

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

38

(2009)

I diritti dei nemici

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

PIETRO COSTA

PAGINA INTRODUTTIVA.
I DIRITTI DEI NEMICI: UN OSSIMORO?

1. Il discorso giuridico e la 'costruzione' del nemico. — 2. L'ordine e i suoi nemici nelle società di 'antico regime'. — 3. L'ordine e i suoi nemici nella modernità. — 4. I diritti dei nemici nell'ordine internazionale.

1. *Il discorso giuridico e la 'costruzione' del nemico.*

‘I diritti dei nemici’ — l’espressione che dà il titolo al 38° volume dei «Quaderni Fiorentini» — può suonare come una contraddizione in termini. L’immagine del nemico evoca un’esperienza di conflitto radicale, di guerra, mentre il diritto sembra intervenire quando tacciono le armi e si apre la possibilità della cooperazione e della condivisione. La guerra sembra destinata a ‘sospendere’ il diritto e a impedire quel processo che conduce al riconoscimento dei soggetti e dei loro diritti. La violenza illimitata della guerra appare incompatibile con la vocazione pacificatrice del diritto così come la radicale alterità del nemico rende impossibile quell’interazione e quello scambio da cui dipende l’attribuzione dei diritti.

In realtà, il rapporto fra diritto e guerra, fra norma e violenza è più complesso e sfuggente ⁽¹⁾. Che il diritto abbia a che fare con la forza e implichi una qualche forma di coazione è uno dei *topoi* ricorrenti nella cultura giuridica occidentale in tutto l’arco della sua storia: la valenza pacificatrice e ordinatrice del diritto è (non obbligatoriamente, ma spesso) associata a una qualche costrizione che

⁽¹⁾ Cfr. la lucida sintesi di C. GALLI, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in *Delitto politico e delitto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini, R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, pp. 45-60.

‘dall’esterno’ preme sui soggetti per indirizzarne e vincolarne i comportamenti. Certo, il diritto impiega o può impiegare gli strumenti della coazione, ma, per un verso, mira a controllare, regolare, razionalizzare la violenza, mentre, per un altro verso, indirizza la coazione al mantenimento dell’ordine e della pacifica convivenza. Momento dell’ordine e forma della cooperazione intersoggettiva, il diritto sembra quindi confermarsi come incompatibile con una violenza alimentata da contrapposizioni radicali e ultimative, estranee al terreno ad esso proprio.

È appunto questo troppo limpido e rassicurante ‘confinamento’ del diritto che il nostro ‘Quaderno’ induce a ripensare criticamente. Il saggio di Geminello Preterossi, con il quale esso si apre, mira appunto, attraverso una rilettura di Schmitt, a suggerire nessi non più semplicemente disgiuntivi fra il diritto e i suoi opposti (fra il diritto e la violenza, fra il diritto e l’inimicizia, fra il diritto e la guerra), ipotizzando che la negazione del diritto possa avere qualcosa a che fare, paradossalmente, anche con la sua genesi e la sua matrice.

Il ‘Quaderno’ ci mette in contatto con una zona fluida e incerta, sospesa fra diritto e non diritto, fra ordine e violenza, fra regola ed eccezione. A questa area di confine Agamben ha dedicato da tempo analisi penetranti ⁽²⁾. Quando ci troviamo di fronte a provvedimenti *extra ordinem*, che vengono giustificati come decisioni politiche imposte dall’urgenza della crisi, ma al contempo vengono presentati come provvedimenti pur sempre giuridici, siamo costretti a fare i conti con un paradosso; il paradosso, come scrive Agamben, di norme giuridiche che non possono essere comprese nella forma del diritto: in questo modo « lo stato di eccezione si presenta come la forma legale di ciò che non può avere forma legale » ⁽³⁾.

È questo il paradosso che il diritto si trova a fronteggiare nel momento in cui entra in contatto con la figura del nemico: che non coincide sempre e comunque con il membro di una comunità politica diversa e ostile. Certo, anche per il diritto l’esperienza della

⁽²⁾ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 2005; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II*, 1, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

⁽³⁾ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 9.

guerra e la connessa definizione del nemico sono momenti di grande rilievo (e proprio per questo la sezione dedicata a 'I nemici nell'ordine internazionale' ospita una nutrita serie di saggi). Non dobbiamo però concluderne che il discorso giuridico tematizzi l'inimicizia soltanto quando è in gioco il rapporto fra ordinamenti diversi. Il nesso fra nemico e guerra è fondamentale, ma non esaurisce la rappresentazione giuridica dell'inimicizia.

Conviene prendere sul serio una distinzione risalente nel tempo e presente nella cultura giuridica (e nella pubblicistica politica) fino a oggi: la distinzione fra nemico 'interno' e nemico 'esterno' (4). La metafora del 'fuori' e del 'dentro' permette di moltiplicare le figure del nemico e suggerisce l'esistenza di soggetti che, pur all'interno dello spazio protetto della *polis*, manifestano tratti di quella pericolosa ed ostile estraneità normalmente associata al barbaro che preme alle porte. La diffusione della coppia 'nemico interno/nemico esterno' è l'indizio che il discorso giuridico ha fatto un uso versatile e vario della figura del nemico, adattandola a contesti molto diversi, senza però perdere di vista una valenza unitaria: che emerge quando si vuole denunciare l'esistenza di una minaccia o di un attacco sferrato agli elementi costitutivi di un determinato assetto politico-giuridico.

L'inimicizia non è una categoria che il discorso giuridico allontana da sé come estranea e incompatibile; al contrario, essa si impone all'attenzione del giurista in molteplici occasioni, oltre i confini del singolo ordinamento come al suo interno, tutte le volte che sembri in questione la sopravvivenza dell'ordine. Proprio per questo la distinzione fra nemici 'interni' ed 'esterni', per quanto diffusa e dotata di una sua indubbia efficacia orientativa, non deve essere irrigidita.

In primo luogo, infatti, l' 'interno' e l' 'esterno' non sono entità fisse e reciprocamente impenetrabili; al contrario, non soltanto il nemico 'interno' è spesso rappresentato come la proiezione *intra*

(4) Una recente riflessione sul 'nemico interno' in «Storia e problemi contemporanei», XVII, 2004, 35 (*Il nemico interno*). Per la storia italiana del Novecento ha usato questa categoria A. VENTRONE, *Il nemico interno. Immagini, parole e simboli della lotta politica nell'Italia del Novecento*, Roma, Donzelli, 2005; *L'ossessione del nemico. Memorie divise nella storia della Repubblica*, a cura di A. Ventrone, Roma, Donzelli, 2006.

moenia di una minaccia che sovrasta dall'esterno la *civitas*, ma emergono anche classi di soggetti collocate in una posizione fluida, difficilmente riconducibili all'opposizione 'interno'/'esterno' (Preterossi parla di soggetti 'transfrontalieri').

In secondo luogo, la stessa distinzione fra lo spazio interno a una comunità politica e lo spazio esterno ha una sua precisa storicità: la logica dell'estraneità non è sempre e comunque binaria, ma si è sviluppata in più occasioni secondo scansioni più complesse. Nell'Italia comunale, il membro di una città può essere un nemico 'esterno' nei confronti di una città rivale e tuttavia la sua 'estraneità' ha una valenza diversa da quella riferibile al mondo islamico (ai barbari *secundum quid*, secondo alcuni commentatori medievali della *Politica* aristotelica) o addirittura ai barbari *simpliciter*, collocati in un'area remota e favolosa (e un'analogia gradazione dell'estraneità potrebbe essere ravvisata, nella Grecia 'classica', guardando ai rapporti fra città greche e fra greci e mondo orientale). È in realtà soltanto nell'orizzonte della moderna statualità che la dialettica fra nemico interno ed esterno si fa più precisa ed univoca; e tuttavia anche in quel contesto non mancheranno di presentarsi e produrre effetti socialmente e giuridicamente rilevanti gradazioni ulteriori di estraneità e di ostilità: basti pensare ai conflitti interstatuali all'interno dell'Europa, che però coesistono con l'unitario contrapporsi del mondo 'civile' ai 'barbari' colonizzati.

Il discorso giuridico entra dunque costantemente in contatto con l'estraneità e l'inimicizia ⁽⁵⁾. È facile comprendere però che un enunciato siffatto è il frutto di una semplificazione che ho impiegato (e continuerò a impiegare) solo per comodità di esposizione. Nella realtà le cose sono più complesse. Il discorso giuridico non trova fuori di sé, da qualche parte nel mondo, un qualcosa che si presenti *in rerum natura* come estraneità ed inimicizia. Il discorso giuridico non *trova* (non descrive, non rappresenta) il nemico, ma lo *costruisce*: più esattamente, collabora, in stretta sinergia con le più diverse componenti di una determinata cultura, alla costruzione del nemico.

⁽⁵⁾ Cfr. le importanti considerazioni di P.P. PORTINARO, *Materiali per una storizzazione della coppia amico-nemico*, in *Amicus (Inimicus) Hostis. Le radici concettuali della costitutività 'privata' e della conflittualità 'politica'*, a cura di G. Miglio, M. Morani, P.P. Portinaro, A. Vitale, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 219-310.

La categoria del nemico è una costruzione sociale: è la risultante, storicamente determinata, degli interessi, delle aspettative, dei timori, dei conflitti che si agitano entro una determinata società; ed è la società che, ricorrendo a tutte le risorse culturali e simboliche di cui dispone, definisce, in uno stesso movimento, ciò che essa è o vuol essere e ciò da cui essa intende guardarsi e differenziarsi (6).

Il discorso giuridico partecipa attivamente al processo di costruzione delle identità (e delle estraneità) collettive. Il suo intervento non può apparire (in termini generali) marginale, se si tiene presente l'importanza (ormai ampiamente riconosciuta dalle scienze sociali) che un impianto categoriale-classificatorio riveste nella messa a punto degli schemi cognitivi socialmente condivisi (7).

Proprio perché il discorso giuridico collabora alla categorizzazione-classificazione (socialmente mediata) della realtà, esso procede alla creazione di schemi concettuali e di stereotipi connessi all'esperienza del conflitto, dell'estraneità, dell'ostilità. Il discorso giuridico però, se si affianca ad altri saperi nell'elaborazione di strumenti capaci di offrire una determinata rappresentazione-categorizzazione della realtà, possiede una caratteristica ulteriore, ad esso specifica: la spiccata vocazione 'performativa' dei suoi enunciati. Le categorie del discorso giuridico sono (spesso, anche se non necessariamente) concepite in funzione della prassi. Certo, tutte le parole «do things», anche quando non se lo propongono; nel caso del discorso giuridico, però, produrre effetti, incidere sui comportamenti, è (spesso) l'obiettivo cui le parole sono esplicitamente destinate.

Sono numerose le occasioni nelle quali il discorso giuridico manifesta la sua dimensione 'performativa'. Fra queste, occupa una posizione centrale il momento del 'giudicare'. È quindi una riprova del nesso che il discorso giuridico intrattiene con il 'trattamento' e la neutralizzazione del nemico il tema della 'giustizia politica', studiato da Pier Paolo Portinaro. È un tema intorno al quale si incrociano, come scrive Portinaro, due strategie politiche opposte, rispettiva-

(6) Cfr. *Lo straniero e il nemico: materiali per l'etnografia contemporanea*, a cura di A. Dal Lago, Genova, Costa & Nolan, 1998.

(7) Cfr. R. KODILJA, *Il nemico invade la mente. Rappresentazione dell'altro, pregiudizio e conflitto in psicologia sociale*, in *Il nemico di casa. Diversità culturale e conflitto politico*, a cura di L. D'Ascia, Bologna, Pendragon, 1999, pp. 17-47.

mente volte all'eliminazione del nemico e alla radicalizzazione del conflitto o piuttosto alla neutralizzazione e all'integrazione dell'antagonista. Ed è a questo tema che il saggio di Portinaro offre una compiuta introduzione.

Il discorso giuridico non si limita dunque a dire chi sia il nemico, quale classe di soggetti debba essere sussunta sotto questa categoria, e quali siano i tratti che la caratterizzano; esso dice anche come il nemico debba essere trattato, quale sorte gli debba essere riservata, e predispone gli strumenti più funzionali a questo scopo. Proprio per questo l'espressione 'diritti dei nemici' non è gratuitamente provocatoria: se il discorso giuridico interviene nella definizione del nemico e nella predisposizione del suo 'trattamento', esso non potrà non metterlo in rapporto con l'ordinamento e interrogarsi sulla sua 'identità' giuridica, sull'intreccio di oneri, prerogative, soggezioni, pretese che la definiscono.

Certo, ci muoviamo in una zona grigia dove l'esperienza del conflitto e la tematizzazione dell'ostilità sospingono il discorso giuridico verso i suoi limiti estremi, lo fanno uscire allo scoperto, inducendolo a presentare il diritto come uno strumento di razionalizzazione e di contenimento della forza oppure a denunciarne la resa a una violenza refrattaria a qualsiasi normazione.

È un problema in qualche modo 'estremo', con il quale il discorso giuridico si misura in tutto l'arco della storia occidentale, dal mondo antico fino al presente. Finiscono quindi per presentarsi, nei più diversi contesti, schemi concettuali, figure retoriche, strategie argomentative accomunate da un'aria di famiglia che sembrerebbe legittimare il rinvio ad archetipi concettuali soggiacenti alle più intense trasformazioni storiche. La preoccupazione dominante nei saggi che compongono il 'Quaderno' è però rivolta a cogliere le caratteristiche storicamente determinate dei contesti analizzati, pur nella consapevolezza di dover fare i conti con la 'lunga durata' di temi e stilemi di impressionante continuità.

Della lunga storia della costruzione giuridica del nemico il 'Quaderno', in ottemperanza alla sua vocazione 'modernistica', prende in considerazione la sezione cronologica relativamente più recente, e anche di questa fase mette a fuoco solo alcuni passaggi: sarebbe stato ingenuo proporsi l'obiettivo della completezza ed era scontato che i 'vuoti' (le aree tematiche e i contesti non analizzati)

sarebbero stati numerosi, nonostante la mole del 'Quaderno'. Il senso dell'impresa è dato non dall'impossibile pretesa di una ricostruzione esauriente, ma dal tentativo di richiamare l'attenzione su una zona di confine, non troppo frequentata e tuttavia cruciale per saggiare la consistenza di principî e valori tanto fragili quanto decisivi per la nostra civiltà giuridica.

2. *L'ordine e i suoi nemici nelle società di 'antico regime'.*

L'orizzonte nel quale si iscrive il 'Quaderno' coincide con la modernità e la modernità politico-giuridica trova a sua volta il suo epicentro nello Stato. Non è tuttavia lo Stato moderno a occupare le prime pagine del nostro volume. È apparso indispensabile fare un passo indietro per cogliere le radici e le condizioni di impiego di quelle strategie dell'inimicizia che lo Stato moderno verrà sviluppando.

È sembrato necessario soffermarsi sulla straordinaria esperienza della città comunale, per molti aspetti agli antipodi dei modelli giuspolitici della prima modernità e tuttavia capace di mostrarci *in statu nascenti* strategie di risposta al conflitto destinate a una lunga fortuna. La pena del *bannum*, studiata da Giuliano Milani, ci mette in contatto con due aspetti decisivi e ricorrenti nella costruzione e nella neutralizzazione del nemico: da un lato, la plastica rappresentazione del 'fuori' e del 'dentro', dello spazio chiuso, inclusivo e protettivo, contrapposto a un 'esterno' esposto a una violenza non controllabile; dall'altro lato, il meccanismo espulsivo nella sua più pura e 'realistica' realizzazione.

Entrano in scena strategie di ostilità che, per un verso, ci spingono all'indietro nel tempo, verso fasi arcaiche e 'originarie' della storia giuridica, mentre, per un altro verso, si protendono ben oltre la civiltà medievale per riproporsi nei contesti più diversi: entro filosofie penali di una matura e conclamata modernità (cui il saggio di Giovanni Cazzetta non manca di riferirsi) così come nelle pulsioni 'securitarie' delle più recenti ideologie politico-criminali.

In questa prospettiva, potremmo trovare suggestive conferme empiriche delle tesi antropologiche girardiane. Dovremmo però guardarci dal dissolvere la specifica storicità dei comuni cittadini facendo delle loro strategie politico-penali la semplice, immediata

epifania di una atemporale vocazione espulsiva e sacrificale dell'*homo sapiens*. È all'irripetibile esperienza del comune cittadino che il contributo di Milani tende a ricondurre il *bannum* ed è proprio dall'analisi ravvicinata delle dinamiche politiche e istituzionali della città medievale che emergono i tratti più interessanti della strategia che essa dispiega nei confronti del 'nemico'.

In primo luogo, il nemico 'interno' e il nemico 'esterno' sono figure, sì, distinte, ma anche complementari, dal momento che il primo è spesso rappresentato-costruito come una manifestazione *intra moenia* del secondo. In secondo luogo — ed è un dato di importanza primaria — la definizione del nemico è una variabile dipendente della lotta per il potere all'interno della città e del processo di formazione dell'ordinamento cittadino. La costruzione del nemico è una strategia funzionale alla selezione della classe dirigente e procede di pari passo con la graduale strutturazione di un vero e proprio potere 'pubblico'; un potere che avoca a sé funzioni di notevole rilevanza e colpisce come 'nemico' chiunque entri in rotta di collisione con le modalità e i contenuti del loro esercizio.

Emerge un doppio, nitido profilo del nemico, della sua definizione come del suo 'trattamento': da un lato, un soggetto di cui si sancisce l'insuperabile incompatibilità con la sopravvivenza stessa della *civitas*; dall'altro lato, una decisione giuridica che rende 'non giuridica', estranea al diritto (quanto meno al diritto della *universitas civium*) la condizione del suo destinatario.

Nella cultura e nella prassi medievali il conflitto non è una possibile modalità della coesistenza: convivenza e conflitto sono grandezze incompatibili, entro una cultura che immagina la società come un'unità gerarchicamente ordinata, ispirata dalla pace e dalla *concordia civium*, orientata alla realizzazione del *bonum commune*. Certo, le *partialitates* esistono e Bartolo, con la sua acuta percezione della realtà effettuale, non mancherà di darne conto; e tuttavia, di fronte all'ipotesi del conflitto, anch'egli non potrà che rinviare a due criteri obbligati: il ricorso al *superior* (l'immagine della gerarchia) oppure, in sua assenza, il riferimento al *bonum commune*. Solo la *partialitas* che se ne faccia interprete potrà essere infatti considerata legittima. Il punto è però che per la cultura medievale può darsi una e una sola interpretazione vera del bene comune. Per essa quindi la

compresenza di molteplici, divergenti interpretazioni ed orientamenti non può che condurre al collasso dell'ordine.

L'ordine presuppone la concordia ed è incompatibile con la contesa. Sarà Machiavelli il primo ad opporre a questa *opinio communis* l'idea di un conflitto che, a certe condizioni, può tradursi in uno strumento di rafforzamento della *respublica* e della sua libertà (8). Ma il suo intervento resterà per lungo tempo isolato, mentre continuerà a dominare la tesi dell'insuperabile incompatibilità fra ordine e conflitto.

Già nell'esperienza, pur così peculiare, del comune cittadino si delinea un rapporto fra potere politico, difesa dell'ordine e costruzione del nemico destinato a riproporsi in contesti per molti aspetti diversi. La città comunale non è però l'unico caso in cui esperienze dell'Europa pre-moderna appaiono cruciali anche per la comprensione della modernità. Decisivo per intendere le strategie moderne dell'inimicizia è il riferimento alla Chiesa medievale; una Chiesa impegnata, a partire dall'età gregoriana, in una pionieristica opera di costruzione di un ordinamento gerarchico-potestativo culminante in un vertice la cui *plenitudo potestatis* sembra incarnare un'immagine di 'sovranità' assai più credibile della simbolica *maiestas* dell'imperatore.

È nella Chiesa post-gregoriana, portatrice, secondo Harold Berman, di una vera e propria 'rivoluzione', che prendono forma nuove o rinnovate definizioni di estraneità e di inimicizia. Muta la visione del ruolo della Chiesa nei confronti del mondo non cristiano (sarà l'Ostiense a teorizzare la *iurisdictio de iure* del pontefice, in quanto *vicarius Christi*, sull'intero ecumene) e la *defensio Christianitatis* assume — come mostra il saggio di Tomaž Mastnak — una valenza aggressiva congruente con la promozione della *crux ultramarina*. L'estraneità trascolora in ostilità e il rafforzamento di una comune identità 'cristiana' procede di pari passo con la costruzione di un nemico che tende a presentarsi come 'assoluto': portatore di un male che merita di essere debellato con ogni mezzo (l'uccisione

(8) Cfr. J.-L. FOURNEL, *La connaissance de l'ennemi comme forme nécessaire de la politique dans la Florence des Guerres d'Italie*, in *L'Italie menacée: figures de l'ennemi du XVI^e au XX^e siècle*, a cura di L. Fournier-Finocchiaro, Paris, L'Harmattan, 2004, pp. 18-43.

del nemico è per S. Bernardo un « malicidium »), mentre è esclusa la legittimità di qualsiasi accordo o negoziazione.

La costruzione dell'ordinamento procede di conserva con l'affermazione di una supremazia culturale e ideale nei confronti dei poteri 'temporali', con l'irrigidimento della contrapposizione fra 'interno' ed 'esterno' e con l'individuazione di un nemico capace di rafforzare, per contrasto, l'identità unitaria della *communitas fidelium*. Detentrici del potere 'spirituale', la Chiesa diviene « custode e promotrice dell'identità collettiva della cristianità »⁽⁹⁾, attraverso molti mezzi (il monopolio del sapere, il governo capillare dei soggetti, gli apparati istituzionali e normativi di cui dispone) e soprattutto attraverso il « controllo della devozione »: il controllo di « quell'atteggiamento mentale [...] grazie al quale un individuo 'consacra' la propria attività, tempo e ricchezze a una causa collettiva che trascende il proprio personale interesse »⁽¹⁰⁾. È da questo complesso apparato che deriva la possibilità di costruire il nemico e predisporre la sconfitta (e a sua volta è il potere di definire il nemico il suggello della supremazia).

Impegnata nella costruzione del nemico 'esterno' (il fedele a fronte del quale rinsaldare l'unità della *societas christiana*), la Chiesa basso-medievale è non meno attenta a individuare e a estirpare le deviazioni interne, le scissioni, le eresie. La costruzione dell'ordinamento e il controllo della devozione richiedono una doppia e complementare definizione di inimicizia: l'infedele all'esterno e l'eretico all'interno. Proprio per questo si moltiplicano, fra il XII e il XIII secolo, gli interventi dei papi e dei concili contro gli eretici e viene curata la messa a punto di strumenti giuridici e coattivi per fronteggiare le crescenti minacce all'unità dell'ordine.

Una raffinata cultura giuridica, sostenuta da una forte legittimazione teologica, offre gli strumenti più idonei per costruire un preciso apparato categoriale, ricondurre a esso la variopinta fenomenologia ereticale e giungere infine allo smantellamento dell'identità giuridica del nemico. Le strategie 'espulsive' esercitano un forte richiamo (i giuristi del periodo non mancano di rilevare suggestive analogie, teoriche e pratiche, fra la *excommunicatio* e il *bannum*); ed

⁽⁹⁾ A. PIZZORNO, *Le radici della politica assoluta*, Milano, Feltrinelli, 19942, p. 57.

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 55.

è comprensibile che la retorica dell'‘eliminazione’ del membro infetto suoni persuasiva, data la posizione centrale che la metafora del *corpus* (e la conseguente valorizzazione dell'armoniosa e gerarchica unità del gruppo sociale) occupa nella teologia politica e nel discorso giuridico medievali.

Il nemico è colui che si allontana dalle verità di fede, ma è egualmente nemico chi si oppone al *superior*: « inoboedientia aequiparatur haeresi ». In ogni caso, occorre intervenire per impedire che il deviante comprometta l'armonia e l'unità della comunità. Lo stereotipo del nemico e della sua radicale incompatibilità con l'ordine è compiutamente delineato.

Non è soltanto l'eretico il nemico da cui difendersi. Un analogo problema — affrontato nel saggio di Diego Quagliani — emerge nei confronti delle comunità ebraiche. La loro singolare, paradossale condizione di estraneità-intrinsecità (estranee alla società cristiana e tuttavia presenti al suo interno) sollecita interventi discriminatori molto differenziati, a seconda dei tempi e dei contesti. Come mostra Diego Quagliani, la civilistica ha un atteggiamento abbastanza distaccato e tollerante nei confronti della ‘diversità’ ebraica, di contro ai duri attacchi dei pontefici e della canonistica. È soprattutto per la canonistica, impegnata a racchiudere la *societas christiana* nella possente armatura dell'ordinamento ecclesiale, che si pone con urgenza la questione della supremazia e dell'obbedienza e quindi l'onere della definizione dell'estraneità e dell'inimicizia. Si rafforza l'esigenza di porre vincoli e confini allo scopo di proteggere il corpo della cristianità dagli ebrei a essa « infesti »; tanto che l'infrangere queste pareti divisorie viene denunciato come un « *auxilium inimico* », un comportamento riconducibile alla più grave trasgressione contemplata dall'etica feudale: il tradimento. Il tradimento, la collusione con il nemico: sono già delineati alcuni dei principali parametri che il tardo *ius commune* impiegherà nella costruzione della categoria del *crimen laesae maiestatis*.

Ricondotti all'archetipo del nemico, le più diverse categorie di soggetti sono passibili di atti di ostilità, che trovano nell'estromissione la loro estrema (ma, se si vuole, più coerente) espressione. In Spagna, all'espulsione degli ebrei, decretata dai Re Cattolici, fa seguito, agli inizi del XVII secolo, la cacciata dei ‘moriscos’, i mussulmani di recente convertiti alla fede cattolica. L'espulsione —

come mostra il saggio di Carlos Garriga — è motivata da un complesso di argomentazioni che uniscono il riferimento alla *pureza de sangre* con profili più schiettamente religiosi, ma trovano il loro epicentro nella celebrazione del sovrano: è il re che avoca a sé il potere supremo di definire il nemico, lo colpisce come disobbediente e traditore e rafforza per questa via i vincoli di soggezione e di fedeltà di un popolo finalmente omogeneo.

I nemici della *societas christiana* non sono soltanto nemici 'spirituali'. La Chiesa, sostenendo il primato, in ultima istanza, dello spirituale sul temporale, si sforza di avocare a sé il potere e l'onere di costruire e definire il nemico. I sovrani secolari, d'altra parte, poggiano su una legittimazione strettamente sacrale e sono indotti a procedere nell'alveo segnato dalla Chiesa, nonostante i ricorrenti tentativi di rafforzamento della loro autonomia. Nemmeno il terremoto della Riforma sovverte alla radice questa logica: il quadro medievale del rapporto fra i poteri è sconvolto, ma il punto di approdo è quel forte legame fra Riforma e Stato moderno di cui parla nel suo saggio Michele Luminati. Il nemico pubblico per eccellenza diviene in questo contesto il pacifico e innocuo anabattista: il cui rifiuto, squisitamente religioso, del giuramento vale come atto (come simbolo) di una ribellione incompatibile con i principi costitutivi della società 'riformata'.

Siamo alle fasi iniziali di quel lungo processo che condurrà al trionfo della statualità moderna. È però facile comprendere, anche solo da questi rapidi richiami, che il complesso panorama della *societas christiana*, a partire dalla sua configurazione medievale, non è un remoto 'prologo in cielo'. Come ricorda Luminati, citando Bohn, « la religione anticipa, nella società stratificata, le condizioni moderne dell'inclusione e dell'esclusione, nel senso che rappresenta essa stessa un prototipo di sistema divenuto autonomo mediante differenziazione funzionale », capace di individuare e colpire i propri nemici.

È nell'ambiente politico-istituzionale della nascente statualità che i giuristi mettono a punto un formidabile apparato categoriale che permette l'individuazione e l'annientamento del nemico; e lo fanno raccogliendo e riformulando categorie e definizioni risalenti, in modo da renderle funzionali alla difesa intransigente di un ordine culminante nella figura del *princeps*. Questo processo, fondamentale

per la comprensione delle moderne strategie dell'inimicizia, è stato ricostruito, ormai molti anni or sono, da un'opera capitale e ancora oggi insostituibile: il *Crimen laesae maiestatis* di Mario Sbriccoli, pubblicato nella Collana dei Quaderni Fiorentini nel 1974; è di quel libro ⁽¹¹⁾ che l'attuale 'Quaderno' si propone come un'ideale prosecuzione.

Come mostra Mario Sbriccoli, l'ordine ruota intorno all'asse 'obbedienza-soggezione' e trova la sua valvola di chiusura nella definizione del 'ribelle'. Attraverso una sapiente graduazione di figure retoriche (l'eretico, il disobbediente, il sedizioso, il ribelle) il giurista di *ius commune* definisce lo stereotipo del nemico e lo assume come la figura antagonista di un ordine che trova nel *princeps* la sua emblematica incarnazione. Da un lato, la *maiestas* del sovrano che (da Bodin in poi) viene presentato come l'elemento trainante e indispensabile della comunità politica; dall'altro lato, un individuo la cui identità giuridica dipende strettamente dal rapporto di sudditanza che lo lega al sovrano (il cittadino è il suddito, per Bodin). È ancora il modello feudale lo schema di riferimento: comando e protezione, *ex parte principis*; fedeltà e obbedienza, *ex parte civis*. Il giurista partecipa di questo antico, ma tuttora vitale, immaginario collettivo e lo assume come retroterra del reato che egli viene costruendo: il reato politico, il *crimen laesae maiestatis*. Il bene protetto è il potere come tale, la *maiestas* del principe, e tutto ciò che direttamente o indirettamente lo minaccia può essere etichettato come reato politico e colpito con lo stigma del tradimento. Le categorie giuridiche si dilatano, i casi si moltiplicano rendendo possibile la persecuzione del ribelle-traditore quali che siano le sue sediziose iniziative, aperte o conclamate oppure occulte e dissimulate. Non bastano a questo scopo le risorse ordinarie del sistema penale: il *crimen laesae* è, per la sua gravità, un *crimen exceptuatum* che richiede interventi di carattere eccezionale, che l'ordinamento di antico regime non ha difficoltà a promuovere, dati il suo carattere flessibile e la sua matrice giurisprudenziale.

L'antica immagine dell'unità del corpo politico, che rendeva

⁽¹¹⁾ E dei saggi dello stesso autore, raccolti in un volume della Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno dal titolo *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti* (Milano, Giuffrè, 2009).

improponibile la pacifica coesistenza di interpretazioni diverse del bene comune, è ancora condivisa e, nel nuovo ambiente del cosiddetto 'assolutismo' monarchico, favorisce la trasformazione del dissenso in ribellione e la presentazione delle *factiones* come tentativi di dissoluzione dell'ordine. Si moltiplicano le figure di inimicizia, ma assume al contempo contorni più netti e univoci l'immagine di un nemico che, quale che sia la varietà delle sue manifestazioni, è tale in quanto frontalmente opposto a (e incompatibile con) un potere dominante assunto come il *deus ex machina* dell'ordine politico-sociale.

È questo rapporto di inimicizia radicale, che pone l'uno contro l'altro il *princeps* e il suddito-traditore (il sovrano e il suo antagonista, l'ordine e il suo nemico), che i giuristi contribuiscono a costruire e a legittimare. Attraverso la rete delle definizioni e delle distinzioni, delle regole e delle eccezioni, i giuristi rendono precisa e mirata l'azione autodifensiva e repressiva del potere, offrendone insieme una robusta giustificazione. Essi intervengono razionalizzando il governo del sovrano e rendendone possibile l'effettivo dispiegarsi nella società. Al contempo, la razionalizzazione dell'azione repressiva, se per un verso serve a rafforzarne l'efficacia, per un altro verso introduce anche regole e vincoli che, se pure aggirabili dato il loro carattere flessibile, producono comunque un qualche effetto di contenimento della violenza del potere.

3. *L'ordine e i suoi nemici nella modernità.*

Una svolta epocale è provocata dalla rivoluzione francese. Essa era stata preceduta da una pubblicistica che, pur nella varietà dei riferimenti teorici e degli orientamenti politici, era riuscita a mettere in questione i principali fondamenti di quell'ordine che la rivoluzione avrebbe indotto a definire *ancien*. Due orientamenti in particolare — il contrattualismo e il costituzionalismo — entrano in rotta di collisione con quelle strategie di inimicizia che, dal lontano assetto della *societas christiana* dell'età di mezzo, avevano raggiunto la cultura e le pratiche di governo delle monarchie assolute.

Una rilevanza inedita viene reclamata per l'individuo, che una diffusa sensibilità giusnaturalistica vuole corredato da alcuni diritti (in sostanza la *liberty and property* lockiana) accreditati come ina-

lienabili e imprescrittibili. È l'individuo il perno dell'ordine, mentre il sovrano ha il solo compito di tutelare il rispetto delle regole e dei diritti. La fondazione contrattualistica della sovranità offre lo schema teorico più coerente con questo esito. Inventato, creato artificialmente dai soggetti, il potere politico è uno strumento nelle loro mani e non può dunque convertirsi in una forza distruttiva dei loro beni e delle loro vite.

In realtà, lo schema contrattualistico, se per un verso può essere usato efficacemente per contrastare le pretese assolutistiche della sovranità, per un altro verso si presta a essere impiegato (come mostra il saggio di Giovanni Cazzetta) come uno strumento di costruzione di una nuova figura di nemico: non più il nemico del sovrano assoluto, ma il nemico del vincolo sociale fondato sul contratto; il criminale che, attentando alla vita e alle proprietà dei consociati, è responsabile della rottura del patto e come tale è il nemico di tutti, il nemico della società. Da Locke a Rousseau, a Fichte emerge, lungo la direttrice di un contrattualismo teso a valorizzare un ordine fondato sulla volontà eguale dei soggetti, una nuova immagine di nemico (di criminale-nemico) destinata a una lunga fortuna.

Il contratto sociale, inoltre, permette di individuare come nemici non soltanto i membri del corpo politico che ne violino le regole costitutive e pattuite, ma anche classi di soggetti che, in quanto estranee all'accordo, vengono collocate in una zona esterna e potenzialmente o attualmente ostile. È un modello contrattualistico quello cui Sieyès si ispira quando ridefinisce la nazione e la assume come la detentrica della sovranità e il *mythomoteur* del processo costituente: una nazione che coincide con la classe dei soggetti giuridicamente eguali ed esclude da sé l'esigua minoranza dei privilegiati.

Il processo rivoluzionario si sviluppa lungo un'ideale linea divisoria, tracciata secondo precisi criteri di inclusione ed esclusione. La nazione, che costituisce la condizione di legittimità (vorrei dire, di pensabilità) del processo rivoluzionario, è il soggetto collettivo intorno al quale si apre la partita della costruzione e della neutralizzazione del nemico. I nuovi nemici sono i nemici della nazione. Non assistiamo a un vecchio gioco, dove soltanto i nomi sono cambiati (la nazione al posto del sovrano di antico regime, il nuovo

ordine dei soggetti giuridicamente eguali al posto della vecchia società cetuale), mentre le regole e la posta sono rimaste immutate. Al contrario, le novità sono dirompenti e sostanziali.

Si delineano tensioni radicali destinate a presentarsi e a rinnovarsi in tutto l'arco della modernità. Sono tensioni che il saggio di Roberto Martucci rende visibili e concrete. Da un lato, l'assemblea costituente si sforza di varare un vasto programma di riforme ispirato ai nuovi principî della trasparenza della legge, del garantismo penale, della certezza del diritto; dall'altro lato, il processo rivoluzionario entra in rotta di collisione con gli scrupoli legalitari della Costituente reclamando la rapida individuazione e la pronta neutralizzazione di tutto ciò che ostacoli o sembri ostacolare il processo stesso. Emerge una tensione destinata a segnare drammaticamente l'intera vicenda rivoluzionaria e, a partire da essa, la storia otto-novecentesca. Si diffonde nel discorso pubblico il termine di « lèse-Nation », già nel 1789, e, ben prima della 'deriva' giacobina, si moltiplicano le figure dei nemici e si profila in filigrana la dialettica fra regola ed eccezione.

L'attacco ai principî basilari del nuovo ordine viene assimilato alla guerra e si diffondono la strategia del sospetto e la pratica della delazione, destinate a intensificarsi negli anni del Terrore. La retorica di Saint-Just e di Robespierre, nel periodo del Terrore, ruota intorno a contrapposizioni binarie che non lasciano scampo ad alternative o a mediazioni. Il primato della legge e il principio di legalità vengono confermati, ma al contempo sospesi di fronte all'irrompere della necessità; la regola è bloccata dallo stato di eccezione; il tempo della costituzione non è il tempo della rivoluzione: costituzione e diritti sono ancora il fine immanente della rivoluzione, ma la loro realizzazione è differita al futuro. E ciò che separa il presente dal futuro è l'esistenza del nemico e la necessità di debellarlo. La scansione della temporalità caratteristica della rivoluzione (l'idea di un futuro promosso da un presente che sappia rompere i ponti con il passato) è inseparabile dalla declinazione dell'inimicizia: l'avvento del futuro è mediato dalla necessità di individuare e sconfiggere il nemico.

Di fronte a questo compito epocale, l'eccezione travolge (o sospende) la norma e le classiche distinzioni vacillano: il nemico non è soltanto palese, ma è anche dissimulato; è insieme esterno ed

interno e in ogni caso non è collocato al margine della scena, ma ne occupa il centro, perché mette in questione non una contingente scelta politica, non un regime qualsiasi, ma il passaggio salvifico dalle tenebre alla luce, la fine del dispotismo e l'escatologico avvento della libertà.

Il nemico viene costruito come un nemico assoluto. Il controllo della devozione (per usare il termine di Pizzorno), efficacemente realizzato dalla Chiesa post-gregoriana, era stato in qualche misura ereditato (e al contempo spartito o cogestito con le Chiese) dalle monarchie di antico regime. Dalla canonistica medievale il nascente Stato moderno aveva tratto stimoli utili per costruire, individuare e debellare il nemico 'interno': il disobbediente, il ribelle, il traditore, che rompe il vincolo che lo lega al sovrano e mette in questione l'ordine legittimo. Con la rivoluzione francese si sviluppa una retorica capace di mobilitare, in nome della virtù, i cittadini, inducendoli a sacrificarsi per la repubblica e ad agire unitariamente e compattamente contro il nemico; contro un nemico responsabile di opporsi al trionfo della libertà e quindi meritevole di essere combattuto ovunque senza cedimenti o compromessi. Bene e male, libertà e dispotismo si fronteggiano in uno scenario sopranazionale che impone una nuova geografia del 'dentro' e del 'fuori' e una declinazione 'cosmopolitica' dell'inimicizia.

Dalla rivoluzione francese, dunque, da un lato si diparte una rinnovata 'assolutizzazione' e 'internazionalizzazione' del nemico (che non mancherà di impressionare le generazioni successive, tanto che Lenin si dichiarerà in più occasioni simpatetico con il 'giacobinismo'), mentre, dall'altro lato, trae origine una dialettica (anch'essa legata all'esperienza dell'inimicizia) fra legge e decisione, fra norma ed eccezione destinata a costituire l'orizzonte obbligato della statualità otto-novecentesca.

È questo il tema con il quale si cimentano i saggi raccolti nella sezione dedicata a *I nemici dell'ordine*. Dato che per la cultura politico-giuridica dominante nell'Ottocento e nel Novecento l'ordine tende a coincidere con lo Stato, i 'nemici dell'ordine' potrebbero essere denominati senza troppe forzature come i 'nemici dello Stato'. È però anche vero che ciò che i 'nemici' sembrano mettere primariamente in questione è, più che l'apparato statale, la sua funzione socialmente 'ordinante'. In questa prospettiva è allora forse

più incisivo e pertinente il riferimento all' 'ordine', a patto però di non dimenticare che l'ordine in questione è quell'assetto giuridico-statuale che si propone di tenere insieme (disciplinare, indirizzare, 'governare') la società.

Collocati su questo sfondo, tutti i saggi sono costretti a fare i conti con una tensione fondamentale: da un lato, la vocazione legalitaria dello Stato moderno, che si afferma faticosamente nel corso dell'Ottocento, va incontro a drastiche smentite nel Novecento, ma si presenta comunque come la strada maestra della modernità giuridica; dall'altro lato, la tendenza del potere (ora dissimulata, ora conclamata, ma comunque ricorrente) ad avere mano libera, ad aggirare gli ostacoli normativi, a sbarazzarsi da vincoli e controlli.

Da questo punto di vista, questa sezione del Quaderno può essere letta come la continuazione ideale del tema affrontato *ex professo* dal precedente Quaderno monografico (del 2007), dedicato a "Principio di legalità e diritto penale". Le tensioni interne al moderno principio di legalità vengono ora riconsiderate alla luce di un elemento decisivo, che costituisce, per così dire, il loro momento di precipitazione: appunto la costruzione del nemico.

In sostanza tutti i saggi entrano in contatto con il medesimo tema di fondo: la 'torsione' (sia pure diversa in intensità e modalità) impressa al sistema giuridico quando entra in scena il nemico. Al contempo però essi insistono su un arco cronologico notevolmente ampio, che inizia con la Restaurazione, include la costruzione dello Stato liberale, attraversa il fascismo e si spinge fino al secondo dopoguerra. Ciascun saggio è quindi costretto a misurarsi (implicitamente o apertamente) con uno dei compiti più difficili della storiografia: tener d'occhio le soggiacenti continuità, ma al contempo render piena giustizia alla determinatezza e alla specificità dei singoli contesti. È un compito ineludibile anche per chi si muove all'interno della 'modernità' inaugurata dalla rivoluzione francese (data la radicale diversità delle sue varie fasi o scansioni); ed è un compito a maggior ragione impegnativo per chi si dedica (come fa Giovanni Cazzetta nel suo saggio) a un'analisi di lungo periodo, a cavallo fra regime 'antico' e modernità.

Di primo acchito potremmo trarre, da una lettura complessiva dei saggi, un'impressione: una sorta di incombenza del 'pre-mo-

derno' sul 'moderno', o almeno una compresenza di tempi storici diversi, la riattivazione di strumenti arcaici insieme all'attenzione per principî e valori nuovi. In realtà, una più attenta lettura suggerisce, a mio avviso, una diversa conclusione: che cioè, se anche il ricorrente trascolorare del regime 'ordinario' nel regime 'eccezionale' sembra gettare un ponte fra pre-modernità e modernità, tuttavia la logica del rapporto fra i due regimi è profondamente diversa. Mentre nella penalistica di antico regime la regola e l'eccezione sembravano procedere lungo una linea continua resa possibile dalla flessibilità dell'ordinamento, nel discorso giuridico moderno il principio di legalità e la sua trasgressione, il sistema delle garanzie e la sua sospensione divengono i poli di un campo di tensione, gli estremi di un rapporto, al contempo, di complementarità e di incompatibilità.

Con apparente paradosso, questa tensione non scompare nemmeno là dove è proprio la rivoluzione (la sua politica e la sua cultura, insomma, la sua eredità) ad essere assunta come il nemico per eccellenza: come avviene negli Stati della Restaurazione, nell'ambiente asburgico studiato da Maria Pia Paternò. I partigiani della rivoluzione sono, per Metternich, « cancrene morali »: l'immagine è arcaica (e al contempo dotata di una straordinaria longevità) e reclama un intervento pronto e duro; e tale è in effetti la repressione che colpisce i nemici dell'ordine 'restaurato' (valga il riferimento al processo e alla detenzione di Silvio Pellico). E tuttavia la volontà di debellare ogni velleità di opposizione coesiste con l'esigenza di preservare le forme processuali e i vincoli giuridici, dando luogo a una tensione fra regola ed eccezione ormai tipicamente moderna.

È la tensione che Carlotta Latini ritrova nella legislazione degli Stati italiani preunitari, dove i reati politici continuano a richiedere quell'intervento spiccio e brutale per il quale sembra necessario ricorrere alla giustizia militare. Il nemico è tale in quanto mette in questione la sopravvivenza dell'ordine e, come ogni nemico, deve essere neutralizzato *manu militari*, deve essere, appunto, debellato, sconfitto dagli specialisti della guerra: l'immagine del nemico non è un orpello retorico, ma, come ogni 'grande metafora', plasma la rappresentazione della realtà e incide sui comportamenti. Ancora una volta, il passaggio dalla norma all'eccezione non è un'invenzione inedita e rinvia (come ricorda Carlotta Latini) non solo a Napoleone ma più all'indietro nel tempo, al modello e alla prassi inquisitoria di

antico regime, e tuttavia coesiste con la crescente celebrazione della legge, delle libertà, delle garanzie.

Si manifesta, negli Stati preunitari, la direttrice lungo la quale anche lo Stato unitario procede per affrontare i suoi nemici. E non è soltanto una vicenda italiana. Sia nell'Italia studiata da Giampietro Berti che nella Spagna analizzata da Sebastián Martín lo Stato si presenta come l'espressione di un blocco d'ordine assediato da nemici sempre diversi, ma coerenti nel metterne in questione la sopravvivenza.

In Spagna come in Italia il nemico radicale, negli ultimi lustri dell'Ottocento, è l'anarchico. L'anarchico incarna la minaccia del sovvertimento radicale dell'ordine e richiede un intervento risolutivo da parte del potere pubblico. Sono gli apparati di governo, prima ancora della società nel suo complesso, a drammatizzare il problema, mentre le giurie popolari, come mostra Giampietro Berti nel suo saggio, spesso inclinano ad assolvere o a colpire con pene lievi gli imputati. A fine secolo in Spagna non si esita a sospendere le principali garanzie e a colpire la libertà di associazione e di espressione del pensiero indicando nell'anarchismo un pericolo che richiede interventi *extra ordinem*. Viene adottata, secondo Sebastián Martín, una strategia che va oltre la ricorrente connessione-alternanza fra garantismo e repressione e dà luogo a una sorta di « eccezione permanente » estesa all'intera area del dissenso politico radicale. La difesa dell'ordine (la preoccupazione 'governamentale', in senso foucaultiano) appare la scelta dominante, destinata a prevalere sul rispetto dei diritti fondamentali quando sono in gioco gli interessi vitali della società.

Resta comunque attiva, fra Otto e Novecento, la dialettica fra norma ed eccezione inaugurata dalla rivoluzione francese. Per assistere allo spezzarsi di questa dialettica e all'affermazione di nuove strategie di definizione e di neutralizzazione del nemico occorre attendere l'avvento del fascismo e del nazionalsocialismo. Nemmeno questa svolta, tuttavia, giunge (come è ovvio) del tutto improvvisa. Essa è preceduta da slittamenti progressivi sul piano inclinato che conduce alla crescente restrizione dello spazio 'normale' e alla moltiplicazione delle 'eccezioni'.

La Grande Guerra (la cesura che separa idealmente il 'secolo lungo' dal 'secolo breve') è un importante momento di accelerazione

di questo processo. Lo stesso Vittorio Emanuele Orlando, come ricorda Floriana Colao, non esita a difendere un insieme di provvedimenti che, all'inizio della guerra, limitano pesantemente le libertà in nome della « lotta [...] contro il nemico ». Nello scenario della guerra i nemici, interni ed esterni, si saldano componendo un unico fronte contro cui lottare in nome della nazione in armi. Ricorrendo all'elastica categoria del 'disfattismo' qualsiasi espressione di dissenso poteva essere stroncata come la manifestazione di un nemico interno virtualmente escluso dalla comunità nazionale.

Il fenomeno non è soltanto italiano. Come osserva Giovanna Procacci, la campagna contro il nemico 'esterno(-interno)' in Francia, in Inghilterra e poi negli Stati Uniti raggiunge toni tanto più esasperati quanto più la guerra viene legittimata come la battaglia della democrazia contro l'autocrazia, del bene contro il male. In Italia viene condotta una lotta senza quartiere al nemico interno: per neutralizzarlo con provvedimenti di internamento decisi dalle autorità militare è sufficiente il presupposto del 'sospetto', che può colpire personaggi e orientamenti molto diversi, che si vogliono però accomunati dalla loro pretesa estraneità alla compagine nazionale.

Prende campo quell'ossessione dell'unità che dominerà prima il fascismo e poi il nazionalsocialismo. L'avversario è il diverso e il diverso è il nemico; e l'obiettivo primario del potere è creare un cordone sanitario che separi il corpo sano del popolo dalle infiltrazioni e dalle corruzioni. Proprio per questo ha un valore paradigmatico la legge sui fuoriusciti, del '26, su cui si sofferma Floriana Colao: una legge varata dal fascismo agli inizi della sua parabola totalitaria, per individuare il nemico, decretarne l'assoluta estraneità alla comunità politica e sancirne di conseguenza l'estromissione. L'ordine è ormai definito da un partito che, presentandosi come l'unico interprete dell'identità nazionale, persegue l'obiettivo di una intransigente omogeneizzazione (« fascistizzazione ») delle masse. Scattano di conseguenza dispositivi di criminalizzazione e di esclusione tanto antichi (Trentin li attaccava evocando la pena del *bannum*) quanto attuali, che trasformano il cittadino in traditore e nemico e lo espellono dal corpo sano della nazione.

Se il potere pubblico si concentra sullo smascheramento e sull'eliminazione del nemico, l'intero sistema viene sollecitato a spostare il suo punto di equilibrio dal reato al reo, dalla configura-

zione oggettiva dei reati (fiore all'occhiello del garantismo penale sette-ottocentesco) alla neutralizzazione del criminale. Naturalmente, anche su questo terreno non mancavano sollecitazioni e argomentazioni maturate in contesti precedenti e diversi; e tuttavia, quanto più il regime trova un suo profilo caratterizzante nella strategia dell'inimicizia e nell'assolutizzazione del nemico, tanto più esso sospinge verso il punto di rottura l'enigmatico campo di tensione fra norma ed eccezione, caratteristico dei liberalismi ottoneviceschi. Quando ciò avviene, lo stato di eccezione finisce per inglobare (o addirittura per cancellare) la configurazione 'normale' ('normata') dell'ordinamento.

Di un esito siffatto la Germania nazionalsocialista offre l'esempio più evidente e drammatico. Come ricorda Enzo Collotti, con l'Ordinanza per la tutela del popolo e dello Stato, del 28 febbraio 1933, vengono travolte le più elementari garanzie poste a tutela delle libertà fondamentali e polizia e corpi armati del partito hanno mano libera nel decidere e realizzare la detenzione, senza limiti di tempo, di intere categorie di cittadini-nemici. Inizia una sistematica strategia di annientamento del nemico che costituirà uno dei profili caratteristici del Terzo *Reich*.

Non siamo però di fronte soltanto a un incremento (impressionante quanto si voglia) della forza repressiva e 'terroristica' dello Stato. Il dispiegarsi del terrore è inseparabile da un processo di assolutizzazione del nemico che assume una radicalità senza precedenti. È un processo che Barnaba Maj ricostruisce (a partire da uno dei suoi punti di origine quale il *Mein Kampf* hitleriano) mostrando il nesso strettissimo che intercorre fra la costruzione dell'ebreo come razza e la sua dis-umanizzazione, da un lato, e, dall'altro lato, il rafforzamento dell'identità tedesca e la creazione di una religione, alternativa al cristianesimo e all'ebraismo, capace di proiettare sul *Reich* una luce sacrale e millenaristica che ne esalta la irresistibile potenza.

Se dunque l'ebreo è il nemico assoluto, ancor più che un capro espiatorio, egli è la principale minaccia da cui liberare il popolo tedesco. L'assolutizzazione del nemico è la condizione (necessaria, anche se non sufficiente) di una sua futura eliminazione; quell'eliminazione che troverà nei campi di sterminio il suo conclusivo strumento di realizzazione.

Il sistema del *Konzentrationslager* studiato da Enzo Collotti è una complicata e ramificata geografia del terrore, destinata a svolgere un ruolo chiave nella strutturazione del regime. È un efficiente strumento di liquidazione dell'avversario politico (e come tale fu impiegato fin dall'inizio della parabola nazionalsocialista) ed è una carta da giocare (come farà Himmler) nella dura lotta per il potere combattuta dai gerarchi del regime. È però al contempo molto di più. È (come ci dice Collotti) la rappresentazione emblematica e 'pura' di uno stato di eccezione permanente sospeso all'imperscrutabile decisione del *Führer* (è il *Führer* che, per Schmitt, « schützt das Recht », entro il nuovo 'Stato di giustizia' finalmente succeduto all'imbelle Stato di diritto del liberalismo). È un microcosmo che, proprio perché esaspera i dispositivi della gerarchia, dell'esclusione e del terrore, porta alla superficie e rende visibile la logica profonda del macrocosmo nazional-socialista. Il *Konzentrationslager* non è il trionfo di una violenza caotica e improvvisata. È un 'ordinamento giuridico', dotato di un suo apparato normativo, la cui caratteristica essenziale è quella di rendere ogni regola funzionale alla massimizzazione della violenza. Il nesso fra diritto e violenza raggiunge la massima evidenza immaginabile e si traduce nel sistematico annientamento del nemico.

L'assolutizzazione del nemico richiede la sua eliminazione e il diritto è semplicemente uno strumento fra gli altri al servizio di questo scopo primario. Una siffatta modalità di costruzione e di trattamento del nemico trova nel nazionalsocialismo un esempio paradigmatico. È quindi plausibile attendersi che all'estremo opposto si collochino i regimi democratici: tanto le nuove democrazie costituzionali (che, nel secondo dopoguerra, nascono in Europa sulle macerie dei totalitarismi sconfitti) quanto l'ormai collaudata democrazia degli Stati Uniti d'America hanno infatti tratto una forte legittimazione dalla loro contrapposizione al totalitarismo.

È indubbia in effetti la distanza radicale che separa sia le 'nuove' che le 'vecchie' democrazie dai regimi totalitari. Ciò non significa però che per i regimi democratici il problema del nemico non si ponga. Il nemico è una presenza inquietante anche per le democrazie; e la loro distanza dai totalitarismi sarà data non dall'essere dispensate dal confronto con elementi estranei ed ostili, ma dalle

strategie adottate nella ‘costruzione’ del nemico e nella determinazione del suo *status* giuridico.

Le giovani democrazie trovano presto i loro nemici. Negli anni Cinquanta la Repubblica federale tedesca individua il *Verfassungsfeind* nel militante comunista, mentre nello stesso periodo la repubblica italiana si preoccupa di difendersi (con la cosiddetta ‘legge Scelba’ del 1952) dal pericolo di un fascismo di ritorno. Non si trattava di inquietudini riconducibili alla giovane età e alla fragilità delle nuove democrazie europee. Anche negli Stati Uniti si manifesta un fenomeno analogo, analizzato dal saggio di Chiara Bologna.

Il dilemma, sul piano teorico, è noto ai filosofi della politica e ai costituzionalisti: se la democrazia possa e debba difendersi dagli attacchi dei suoi nemici o se piuttosto, introducendo limiti ai diritti di espressione e di associazione, venga a contraddire vistosamente i suoi principî costitutivi. Quale che sia la soluzione più plausibile sul piano della teoria, è comunque ricorrente nella prassi la tendenza dei regimi democratici a ripensare i propri fondamenti con tanta maggiore decisione quanto più minacciosa appare la presenza del nemico.

Gli Stati Uniti costituiscono da questo punto un interessante *case study*. La democrazia americana riposa, come osserva Chiara Bologna, su un *plafond* costituzionale dove la libertà di pensiero e di espressione e la piena autodeterminazione dei soggetti figurano come elementi caratterizzanti e imprescindibili. La democrazia americana non sembra preoccupata di difendere se stessa. E tuttavia, nel corso della sua storia, l’immagine del nemico ha più volte gettato un’ombra sull’ottimismo illuministico del suo impianto costituzionale. Nel secondo Novecento, sotto la presidenza Truman, con la guerra fredda e la divisione del mondo in blocchi contrapposti, il nemico si è materializzato nella minaccia bolscevica: il senatore McCarthy inizia la sua famosa ‘caccia alle streghe’ e la libertà di espressione e di associazione viene messa in scacco, per un verso, approfittando della difficoltà di distinguere fra ‘pensiero’ e ‘azione’, lavorando sulla zona grigia che separa l’espressione del pensiero dall’istigazione a delinquere, e, per un altro verso, costruendo il ‘nemico’ come una categoria elastica, suscettibile di includere una vasta fenomenologia di comportamenti e di orientamenti.

Torna a presentarsi, pur nel nuovo ed originale quadro della democrazia costituzionale, quel nesso fra costruzione del nemico e

strutturazione dell'ordinamento che già aveva costretto i liberalismi ottocenteschi a cimentarsi nel gioco della *coniunctio oppositorum*, nella scommessa del temperamento fra tutela delle libertà e neutralizzazione dell'opposizione, fra stato di diritto e stato di eccezione.

Questo territorio di confine è stato analizzato, dai saggi finora ricordati, facendo leva su una precisa contrapposizione: da un lato, un determinato assetto istituzionale e normativo, dall'altro lato, un 'nemico' (costruito socialmente come il) responsabile di un attacco diretto all'ordine costituito. La contestazione deliberata e radicale dell'ordine non è però l'unica figura di inimicizia di cui tener conto. L'assetto politico-giuridico non si regge da solo, bensì è strettamente collegato con gruppi e interessi diversi, ma solidali nel chiedere di essere difesi da tutto ciò che viene rappresentato come ostile alla loro 'forma di vita', eversivo dei loro punti di riferimento, minaccioso della loro 'sicurezza'. Si allarga di conseguenza il fronte dei 'nemici' nei confronti dei quali il potere pubblico è chiamato a intervenire.

I nemici possono essere, in questa prospettiva, i più diversi, ma sono comunque accomunati dal filtro impiegato nella costruzione sociale del loro stereotipo: appunto la 'sicurezza'. Se nell'Europa dell'assolutismo monarchico il nemico pubblico per eccellenza era il suddito-traditore che attentava al sovrano e all'ordine che ne dipendeva, a partire dal tardo Settecento (soprattutto inglese), e poi con crescente evidenza nel corso dell'Ottocento, ad assumere le sembianze di un pericoloso nemico è (anche) il criminale comune. In una società organizzata intorno ai diritti (e ai valori) della libertà-proprietà, il mondo dei non proprietari si presentava, all'opinione pubblica dominante, come lontano ed estraneo; e questa condizione di estraneità (che la comune appartenenza alla medesima entità statual-nazionale non bastava a superare) si prestava a essere interpretata prima come una potenziale minaccia (le 'classi pericolose') e poi come la fonte di un pericolo attuale quando ad essa venivano collegate la diffusione della criminalità e la moltiplicazione delle aggressioni alla vita e ai beni dei cittadini 'eccellenti'.

Nel fronte 'interno' dell'inimicizia trova dunque una posizione di tutto riguardo anche la criminalità comune. Il suo obiettivo non è l'attacco alla struttura stessa dell'ordine; e tuttavia nella risposta

orchestrata dalle classi dirigenti tornano a presentarsi le due strategie, strettamente complementari, della costruzione del nemico e della sua neutralizzazione.

Offre un'interessante conferma di questo atteggiamento lo Stato italiano ai suoi esordi, messo alla prova da un fenomeno — il 'brigantaggio' delle province meridionali — che si muoveva in una zona di confine fra criminalità comune e criminalità politica. È una vera e propria guerra, descritta nel suo saggio da Monica Stronati, che lo Stato sferra nei confronti dei nuovi nemici: trattandosi di una guerra, non si esita a ricorrere alla proclamazione dello stato d'assedio e all'impiego dell'esercito, chiamato a spazzar via una classe di soggetti assimilati ai 'selvaggi' e come tali esclusi dalle tutele e dalle cautele riservate agli uomini 'civili'. Si intrecciano però al contempo con la logica della guerra e dello sterminio le esigenze di un assoggettamento che non disdegna di ricorrere agli strumenti della repressione 'ordinaria'. In ogni caso, il sistema normativo entra in fibrillazione non appena subisce la pressione di due argomenti connessi: l'urgenza del pericolo (la minaccia alla forma di vita consolidata) e il carattere disumano (o subumano) del nemico.

Di fronte ai nemici della sicurezza è indispensabile affidarsi a quella politica del doppio binario, a quel doppio livello di legalità (già tematizzato da Mario Sbriccoli⁽¹²⁾ e da Luigi Lacché⁽¹³⁾) di cui il 'Quaderno' 36 (del 2007) ha offerto esempi ed analisi ravvicinate: da un lato vengono redatti i codici 'liberali' e vengono celebrate le libertà, ma, dall'altro lato, come ricorda Paolo Marchetti, si sviluppa una prassi amministrativa e poliziesca incline ad aggirare gli ostacoli formali e ad infliggere misure coercitive in nome del decisivo criterio della 'pericolosità sociale' (un criterio che trova nel concetto di 'recidiva' una sua puntuale estrinsecazione).

È indispensabile difendere la società: correnti significative della penalistica (e del discorso pubblico) di fine Ottocento assumono la difesa sociale come il fondamento e l'obiettivo della politica crimi-

(12) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 489 ss.

(13) L. LACCHÉ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 1990.

nale e, forti dell'associazione retorica fra delinquente e nemico, per un verso, reclamano la contrazione dei vincoli formali e del principio di legalità, mentre, per un altro verso, non escludono di tradurre la neutralizzazione del nemico nella sua eliminazione.

I nemici, guardati attraverso il filtro della sicurezza, si moltiplicano. Ne offre una compiuta rassegna il saggio di Sebastián Martín, per la Spagna, ma la fenomenologia dell'inimicizia da esso delineata può essere estesa, *mutatis mutandis*, ad altre zone d'Europa. I nemici da cui la società deve difendersi sono tutti coloro che, per ciò che fanno e per ciò che sono (dalla piccola o grande criminalità alle prostitute, agli omosessuali), appaiono incompatibili con una società coesa intorno alla centralità antropologica ed economica della proprietà e al microcosmo gerarchico-patriarcale della famiglia.

Certo, la società idealmente racchiusa nel modello (etico e giuridico) del Codice Napoleone sembra appartenere a una fase conclusa e lontana della modernità. A separarci da quella stagione sono intervenuti mutamenti epocali, che, già emergenti alla fine del secolo XIX, si sono affermati e radicati nel corso del Novecento e sono sfociati nel *welfare State* del secondo dopoguerra. Il lungo travaglio delle molteplici ed eterogenee ideologie solidaristiche tardo-ottocentesche, non meno dello slancio egualitario delle nuove democrazie costituzionali, hanno indotto a vedere nella 'libertà dal bisogno' promessa da Roosevelt nel 1941 un obiettivo irrinunciabile e un definitivo congedo da ormai lontane figure di inimicizia.

In realtà, un quadro siffatto sarebbe troppo semplice: non soltanto perché darebbe un credito eccessivo alle virtù socialmente pacificatrici del welfarismo, ma soprattutto perché non terrebbe conto del fatto che la crisi dello Stato sociale, dilagante a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, ha aperto scenari diversi e ha costretto a fare i conti con nuovi (o meglio ricorrenti) stereotipi.

È questo l'esito cui si riferisce, a conclusione del suo saggio, Giovanni Cazzetta ed è questo il fenomeno che Elisabetta Grande studia in un contesto — gli Stati Uniti d'America — dove esso, a partire dai tardi anni Settanta, si è manifestato con notevole evidenza. Si afferma la tendenza a una disuguaglianza crescente all'interno di una società che mantiene ancora viva, nel suo immaginario collettivo, l'immagine protomoderna (e protoliberal) del nesso diretto fra responsabilità e povertà, fra pigrizia e disoccupazione. Il

risultato è il rapido incremento di una classe (o meglio di una *underclass*) di soggetti — gli *homeless* — privati di quei diritti che le carte internazionali e le costituzioni del Novecento continuano a enunciare come propri dell'essere umano come tale. Il passaggio immediatamente successivo è la costruzione del povero come nemico: un passaggio che permette di colpirlo, come scrive Elisabetta Grande, con « il mezzo più aggressivo di cui il diritto dispone, ossia lo strumento penale ». Trionfano negli Stati Uniti (ma 'de nobis fabula narratur') le nuove politiche 'securitarie' che moltiplicano i divieti e riducono i diritti per i poverissimi, in nome di una strategia che si propone di 'gettarli fuori' dalla comunità come estranei e pericolosi nemici. « *Don't feed the homeless* », dunque: è questa la raccomandazione pedagogica (non troppo diversa dai precetti volti a tutelare, negli zoo, gli animali dai visitatori troppo zelanti) che, alla fine della modernità, rovescia la tesi che, ai suoi esordi, Leibniz aveva espresso affermando che « difficilmente uno può essere felice in mezzo ad una massa di disgraziati » (14).

4. *I diritti dei nemici nell'ordine internazionale.*

La costruzione del nemico non è un processo estraneo e indifferente al diritto. I saggi compresi nelle prime otto sezioni del 'Quaderno' hanno mostrato la presenza ubiquitaria del nemico nel discorso giuridico e la sua importanza nevralgica per la strutturazione dell'ordinamento. Le forme dell'inimicizia e le strategie adottate nei vari contesti per farvi fronte sono state molteplici e tuttavia sono apparse tutte coinvolte da una predominante immagine di nemico: il nemico 'interno'.

Certo, la distinzione fra il nemico interno e il nemico esterno, sottoposta al vaglio di analisi precise e mirate, ha mostrato tutta la sua fragilità e provvisorietà. Applicata alla complessa trama ordinamentale caratteristica del mondo medievale, la dicotomia interno/esterno appare troppo semplice e rudimentale e deve cedere il posto a relazioni non a due ma a più termini. Solo se situata sullo sfondo della statualità moderna essa risulta in effetti più convincente. Anche

(14) G. W. LEIBNIZ, *Elementa juris naturalis*, in ID., *Sämtliche Schriften und Briefe*, Berlin, Akademie Verlag, 1950 ss., VI, 1, pp. 459-60.

in questo caso, però, l'opposizione fra nemico interno e nemico esterno non può essere impiegata in modo rigido e perentorio, dal momento che il nemico interno è spesso costruito in connessione con il nemico esterno (e viceversa).

Possiamo comunque continuare ad attribuire a questa distinzione un valore orientativo e, per così dire, negativo: è di nemici 'interni' che abbiamo finora parlato nel senso che le strategie di inimicizia analizzate nelle prime otto sezioni del Quaderno non hanno collocato al centro della scena la guerra (la guerra in senso proprio, il conflitto aperto e conclamato fra ordinamenti). È invece questa dimensione dell'inimicizia a essere messa a fuoco nella nona sezione del 'Quaderno' ('I nemici nell'ordine internazionale').

È superfluo spendere parole per sottolinearne l'importanza, data la presenza costante e la diffusione planetaria della guerra nella storia del genere umano. A questo fenomeno (la cui decifrazione appare tuttora estremamente complessa e problematica) il 'Quaderno' guarda dal suo specifico angolo visuale, riproponendo la domanda cui esso è dedicato: in che modo il discorso giuridico rappresenti (abbia rappresentato) il nemico (e, quindi, in questo caso, il nemico come *hostis*, il membro di una comunità politica in guerra) e quale 'trattamento' suggerisca (abbia suggerito) di riservargli.

La domanda, riferita al nemico belligerante, potrebbe sembrare ingenua o provocatoria: la guerra evoca (attraverso una letteratura smisurata che dalle origini della cultura occidentale arriva fino a tempi recenti) l'estremo dispiegarsi della violenza, il sangue, la morte, l'annichilamento del nemico. Ipotizzare la formulazione di regole capaci di tutelare i belligeranti e di attribuire loro qualche legittima pretesa nei confronti della controparte sembra bizzarro.

In realtà, il diritto si è proposto in varie occasioni di enunciare principî e vincoli dai quali poteva indirettamente scaturire qualche effetto protettivo nei confronti delle parti in lotta. Per la cultura politico-giuridica medievale, però, non era facile procedere in questa direzione. Quando era in gioco la *defensio Christianitatis* di cui si faceva promotrice la Chiesa post-gregoriana (studiata da Mastnak) ogni accordo o compromesso con il nemico — il nemico per eccellenza, l'infedele — era bandito proprio in ragione della sua incolmabile alterità e negatività. E anche quando i contendenti non

erano separati da un abisso così profondo, l'attenzione era concentrata sul fondamento etico della guerra. Tutto si giocava sulla distinzione, di capitale importanza per la teologia politica medievale, fra guerra 'giusta' e 'ingiusta', mentre passava in secondo piano la valutazione del comportamento dei belligeranti. La tendenza ad assolutizzare i termini della contrapposizione conduceva a recidere qualsiasi ponte, analogia o equipollenza fra le parti in guerra e rendeva difficile la predisposizione di regole che entrambi le parti fossero tenute a rispettare.

A rimescolare le carte interviene la formazione degli Stati sovrani nel corso della prima modernità. Se guardiamo a questo processo nello specchio della teoria hobbesiana, non sembra che le condizioni siano favorevoli alla formazione di regole capaci di proteggere i soggetti dalla violenza della guerra. È infatti all'interno dei singoli Stati che i soggetti sono preservati dalla distruzione, grazie all'ordine che il sovrano assoluto è chiamato a creare. È bloccata la conflittualità intersoggettiva all'interno dei singoli Stati, ma continua la conflittualità interstatale: lo stato di natura non vale più per i soggetti, ma è ancora la condizione propria dei sovrani, che si muovono liberi ed eguali, privi di vincoli e regole, sulla scena internazionale. È entro questo sistema (che è stato chiamato westphaliano) che l'interno e l'esterno si contrappongono nettamente: se l'interno è uno spazio delimitato, ordinato e privo di nemici, l'esterno è uno spazio anarchico e conflittuale, dove gli Stati lottano sfrenatamente per il potere (come gli individui fra loro prima della creazione della *societas civilis*).

In realtà, i profili non sono così nitidi. L'interno non è affatto libero da nemici (e si moltiplicano infatti le strategie che si propongono di individuarli e di neutralizzarli); mentre l'esterno finisce per divenire una realtà assai meno refrattaria all'intervento regolatore del diritto di quanto potremmo immaginare. È vero infatti che a quell'intervento il dogma (hobbesiano e poi ottocentesco) dell'assoluta, incoercibile ed eguale sovranità degli Stati sembra opporre un ostacolo consistente. È tuttavia è proprio nel nuovo scenario dello *ius publicum europaeum* che il discorso giuridico dà avvio a una difficile e coraggiosa opera di 'colonizzazione' di un territorio sostanzialmente inesplorato. Matura infatti in questo nuovo contesto, come ci dicono Aldo Andrea Cassi e Stefano Pietropaoli, una

condizione culturalmente indispensabile. Se tutto (a partire dall'idea stessa di ordine) ruota ormai intorno all'imperscrutabile volontà del sovrano, il fondamento di legittimità della guerra, la sua giusta causa, vede ridursi la sua importanza. La guerra cessa di essere giusta (o ingiusta) in sé: è giusta semplicemente perché è decisa dal sovrano. La *veritas* perde terreno a vantaggio dell'*auctoritas*. La sostanza si contrae identificandosi con la forma.

Se Vitoria — come ricorda Aldo Andrea Cassi — continuava a difendere la tesi tradizionale (ancora convinto della distinzione qualitativa fra guerra 'giusta' e 'ingiusta') e dalla legittimazione etica della guerra traeva la conseguenza che per chi combatteva dalla parte della giustizia tutto fosse lecito contro il nemico (fatto salvo il limite di una ragionevole moderazione), Alberico Gentili invitava a dubitare della presunta trasparenza della verità e a risolvere quest'ultima in una mera verosimiglianza soggettiva: se il bene e il male, le ragioni e i torti dei belligeranti, non possono essere determinati con assoluta e univoca certezza, se a entrambi i contendenti la guerra può apparire, con buoni argomenti, giusta, conviene spostare l'attenzione dalla sostanza alla forma, dalla fondazione etica della guerra alla predisposizione di criteri che permettano di controllarne la legalità formale.

Inizia, con Gentili, con Grozio, quel lungo processo di formalizzazione della guerra (la *guerres en forme* di cui lo schmittiano *Nomos della terra* ha offerto una suggestiva ricostruzione), che troverà riconoscimenti crescenti nel corso dei due secoli successivi e introdurrà, come ci dice Stefano Pietropaoli, principî e regole funzionali al contenimento della violenza bellica (quali la distinzione fra 'combattenti' e 'non combattenti', fra obiettivi militari e civili, fra armi ammesse e proibite).

Un indubbio protagonista di questa vicenda è stato Emerich de Vattel, non a caso valorizzato da Schmitt come uno dei principali artefici del passaggio dalla riflessione sul fondamento etico della guerra (lo *ius ad bellum*) alla formulazione delle regole applicabili al suo svolgimento (lo *ius in bello*).

Il saggio di Francesco Mancuso conferma e circostanzia il giudizio schmittiano, ma al contempo documenta le semplificazioni e le forzature storiografiche nelle quali incorre il *Nomos della terra*. È vero che Vattel contribuisce alla messa in forma della guerra e alla

determinazione delle regole che i belligeranti sono chiamati a rispettare e denuncia come « *ferinum* » il « *bellum* » condotto in dispregio delle debite forme. Al contempo però esistono, come segnala Francesco Mancuso, tanto sentieri interrotti (quali la mancata distinzione fra i diritti dei belligeranti e i diritti delle popolazioni civili) quanto tensioni permanenti entro il ‘formalismo’ del giurista svizzero; che dalla messa in forma della guerra si attende la protezione dei soggetti, ma al contempo introduce due vistose eccezioni. In primo luogo, infatti, per Vattel vige, sì, il divieto di uccidere i prigionieri, ma non può essere esclusa l’ipotesi di uno ‘stato di necessità’ che ne legittimi il superamento. E in secondo luogo, se è vero che i nemici si fronteggiano ordinariamente in condizioni di parità (di pari legittimità), è altrettanto vero che il belligerante che violi le regole di guerra diviene un combattente ‘illegittimo’ e si converte in un nemico-criminale, in un nemico ‘assoluto’, che merita di essere annientato con tutti i mezzi.

Ancora una volta si presentano, all’interno di un processo votato alla formalizzazione giuridica della guerra e alla protezione dei soggetti in essa coinvolti, la tensione fra la regola e l’eccezione e la tendenza alla radicalizzazione del rapporto di inimicizia. Da questo punto di vista, è emblematica la figura del pirata, cui è dedicato il saggio di Filippo Ruschi. Non è solo il mondo antico a rappresentare il pirata come un nemico del genere umano. Anche entro il processo di graduale messa in forma della guerra, il pirata resta il criminale-nemico, lo *hostis communis omnium*, il *monstrum humani generis* che merita di essere perseguito attraverso azioni che, estranee alla logica della guerra, si sottraggono alle regole ad essa pertinenti.

Continuano a presentarsi tensioni ed eccezioni e tuttavia il processo di formalizzazione giuridica della condotta bellica prosegue e si rafforza nel corso dell’Ottocento. Un contributo importante in questa direzione è offerto dal giurista svizzero Bluntschli, studiato da Michel Senellart.

Colpito dall’iniziativa di Francis Lieber, che, con l’avallo del presidente Lincoln, aveva scritto nel 1863 le *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* (il *Lieber Code*), con lo scopo di fornire ai combattenti della guerra civile americana regole comuni di condotta, Bluntschli persegue l’obiet-

tivo di una 'umanizzazione' della guerra attraverso lo strumento di una sua condivisa regolamentazione giuridica.

Bluntschli rifuggiva da astrazioni e utopismi. Attaccato dalle alte gerarchie militari in nome di un 'realismo' convinto dell'impotenza del diritto e della supremazia della forza, il giurista svizzero rispondeva invitando a guardare (savignianamente) alla storia e all'esperienza: alle consuetudini di guerra (per generalizzarle e rifonderle in un coerente sistema normativo) e soprattutto alla coscienza dei popoli civili e alla sua valenza tendenzialmente universale.

Il progetto e il processo di umanizzazione della guerra non sarebbero comprensibili se non fossero collocati sullo sfondo di una cultura filosofico-giuridica e di una filosofia del diritto internazionale (messe a fuoco dal saggio di Luigi Nuzzo), destinate a godere di un largo credito nel secondo Ottocento. Potremmo sintetizzarne, senza troppe forzature, le caratteristiche, impiegando alcune parole chiave: storicità, civiltà, cristianità, universalità. Potrebbe sembrare incongruo l'impiego simultaneo di questi lemmi: lo storicismo non appare facilmente componibile con l'universalismo e il ruolo della cristianità, come contrassegno dell'Europa, sembra destinato a essere scavalcato, nel corso dell'Ottocento, dal valore assorbente della civilizzazione. In realtà, come dimostra il saggio di Luigi Nuzzo, l'orizzonte nel quale si iscrive l'umanizzazione ottocentesca della guerra è segnato, da un lato, dalla convinzione che il diritto è un portato della consuetudine, della tradizione, della storia, e, dall'altro lato, dall'idea di una civiltà giuridica giunta al suo culmine in Occidente, ma al contempo convinta di possedere, proprio in ragione delle sue radici cristiane, una valenza e una forza propulsiva di portata universale.

È in questo clima che nasce (con l'apporto, fra gli altri, di Bluntschli) l'*Institut de droit international*, che si propone come l'organo della coscienza giuridica del mondo civilizzato, promuove la pubblicazione del *Manuel des lois de la guerre sur terre* (il cosiddetto *Oxford Code*) e svolge un ruolo importante nella formazione di un nuovo diritto internazionale, cui è dedicato il saggio di Francesco Salerno. Uno degli animatori dell'*Institut* è il giurista estone Martens, la cui famosa 'clausola' non fa altro che esprimere sinteticamente la convinzione dell'esistenza di principi condivisi da tutte le nazioni civili e capaci di porre limiti alla violenza salvaguar-

dando i soggetti. Viene fondata, su iniziativa di un imprenditore svizzero, Dunant, la Croce Rossa. Vengono indette le Conferenze di Ginevra e dell'Aja, che non mancano di far riferimento alla 'formula' di Martens. Si giunge all'enunciazione di regole che investono molteplici aspetti della guerra: dalle forme necessarie per la dichiarazione di guerra alla distinzione fra soldati e civili, alla protezione dei prigionieri, al divieto di attaccare città indifese, alla proibizione di sottoporre a tortura i combattenti legittimi, alla tutela internazionale dei civili.

È in questa cultura tardo-ottocentesca che la messa in forma della guerra e la formulazione di regole a protezione dei soggetti (militari e civili) conoscono uno slancio senza precedenti: diritto e guerra non sembrano mondi reciprocamente incompatibili; il primo non può impedire la violenza della seconda, ma può contenerla, indirizzarla, ponendo argini a difesa di molte classi di soggetti. È una prospettiva che si alimenta di quella filosofia del progresso (l'idea di una storia che procede verso il meglio e raggiunge crescenti livelli di civiltà) che costituisce una delle idee-guida della cultura ottocentesca.

La fede nel progresso e nella forza civilizzatrice del diritto non domina però il discorso pubblico tardo-ottocentesco nella sua interezza. L'Ottocento non coincide senza residui con la bobbiana 'età dei diritti'. In primo luogo, infatti, anche là dove l'accento cade sull'assolutezza dei diritti e sul primato della legalità, le strategie dell'inimicizia rivendicano il loro posto al sole provocando una costante, irrisolta tensione fra diritto e violenza, fra norma ed eccezione. In secondo luogo, la celebrazione del progresso e dei diritti deve fare i conti con prospettive che, soprattutto a fine secolo, conoscono una crescente diffusione e tentano di rovesciare le convinzioni dominanti: diffidano del progresso, attaccano l'eguaglianza, sostengono il primato della collettività sull'individuo, rilanciano l'immagine di una nazione aggressiva ed espansionistica, elogiano la guerra come un indispensabile motore della storia. Sull'onda di un'ottimistica filosofia del progresso e della civilizzazione, il discorso giuridico si era sospinto oltre i confini della statualità per misurarsi con la violenza che si sprigiona dalla sovranità (nella sua dimensione 'esterna') e in questa temeraria impresa sembrava aver messo a segno

consistenti risultati. La crisi però era dietro l'angolo e sarebbe scoppiata con fragore con il divampare della guerra mondiale.

È una crisi che Laura Passero, nel saggio ad essa dedicato, intitola alla bancarotta del diritto internazionale. Il fallimento è annunciato, da un lato, dalla diffusione di un'immagine di Stato à la Treitschke — uno Stato che in nome della sua vocazione al dominio e all'espansione deve poter travolgere le resistenze individuali e gli scrupoli legalitari — e, dall'altro lato e di conseguenza, dall'impiego (nell'ambito del diritto internazionale) di un concetto già ampiamente collaudato sul fronte interno: lo stato di necessità (teorizzato in Italia, come ricorda Laura Passero, da Anzilotti); uno stato di necessità invocato per legittimare il superamento delle regole, in sintonia con l'effettivo comportamento delle potenze coinvolte nel dramma della guerra mondiale.

È quindi solo un apparente paradosso che proprio in questo periodo di crisi radicale della messa in forma della guerra venga finalmente sancito il 'nome' di quella distinzione che, *in re ipsa*, aveva accompagnato la costruzione e il trattamento dell'*hostis* nel discorso giuridico sette-ottocentesco: la distinzione fra *ius ad bellum* e *ius in bello*; una distinzione che, come documenta il saggio di Stefano Pietropaoli, trova la sua esplicitazione linguistica nelle pagine di Lammasch e di Kunz, nel momento in cui di essa si denuncia l'esaurimento o il sovvertimento.

La crisi della distinzione fra *ius ad bellum* e *ius in bello* era annunciata negli anni della prima guerra mondiale, ma si trattava in realtà soltanto dell'avvio di un processo che avrebbe raggiunto il culmine e il compimento nello scenario della seconda guerra mondiale. La filosofia che sostiene lo sforzo delle potenze alleate contro il nazionalsocialismo e il fascismo rompe i ponti con la legittimazione ottocentesca della guerra. La guerra in atto non è l'espressione della sovranità di uno o più Stati né ha a che fare con le molteplici versioni della tradizione nazionalistica (anche se non mancano tentativi di un suo recupero: basti pensare alla resistenza francese e italiana e al nesso che, entro quest'ultima, si vuole instaurare con il Risorgimento). La guerra delle potenze alleate non è la guerra di una nazione: è la difesa della libertà contro l'oppressione, dei diritti contro l'annichilamento dell'individuo, dell'umanità contro la barbarie.

In questa prospettiva, il nemico contro il quale si combatte non può essere che 'assoluto': un nemico con il quale non possono esservi punti di contatto o compromessi. La contrapposizione non è meno radicale di quella che divideva i difensori della *societas Christiana* dai barbari infedeli. Non è però in atto un ritorno al medioevo. Tutto è diverso (come è ovvio) ed è diversa anche la costruzione del nemico: che è il nemico non di una parte (la cristianità), ma dell'intera umanità; e la posta in gioco, il bene da difendere, non è una verità di fede, ma è (diviene in corso d'opera e si afferma *post festum*, come sigillo conclusivo dell'impresa) la dottrina dei diritti dell'uomo.

Proprio per questo uno dei documenti fondativi del nuovo ordine vuol essere la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, varata dalle Nazioni Unite nel 1948. Guardando alla Dichiarazione dei diritti, studiata da Bartolomé Clavero, ogni figura di estraneità e di inimicizia sembra dissolversi alla luce di un'eguaglianza che, enunciata fino dalle prime battute del testo, si traduce nella proscrizione di qualsiasi meccanismo discriminatorio e si articola in una variegata molteplicità di diritti. Esiste però, secondo Clavero, un 'non detto' di quel testo, un vuoto, un varco attraverso il quale riprendono (o per meglio dire continuano) a passare importanti figure di estraneità. Il non detto della Dichiarazione del '48 è, semplicemente, il passato e il presente della colonizzazione; una colonizzazione che ha accompagnato, come una sua essenziale proiezione, l'intera parabola della modernità occidentale e non viene messa in questione, bensì è implicitamente accolta come un dato acquisito dai redattori della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Può continuare allora, sotto l'egida dell'universalismo dei diritti (finché il processo di decolonizzazione, nel ventennio successivo, non avrà avuto ragione delle ultime resistenti dei colonizzatori), il vecchio gioco opposizionale caratteristico della cultura politico-giuridica (e giuridico-internazionalistica) ottocentesca: da un lato l'Europa, dove la civiltà giunge al culmine e sprigiona le sue valenze universalistiche, e dall'altro lato i colonizzati, per i quali valgono ancora coercizioni, violenze, illegalismi che inducono Clavero a parlare, per le colonie, dell'esistenza di un vecchio-nuovo « derecho del enemigo ».

Il soggetto colonizzato incarna una figura antica di estraneità e di inimicizia che, attraverso un gioco di reticenze e di occultamenti, per-

mane al di sotto della scintillante superficie egualitaria della Dichiarazione universale dei diritti. Nasce però al contempo, nel medesimo clima che alimenta la Carta del '48, una figura nuova di nemico: il responsabile di un nuovo tipo di azione delittuosa — il crimine contro l'umanità — e quindi, in una parola, il nemico dell'umanità.

Il punto di origine di questa nuova figura di inimicizia è il processo di Norimberga (e l'analogo processo di Tokyo), studiato da Marcello Flores. Il processo obbedisce innanzitutto alla medesima motivazione che sorreggerà la redazione della Carta dei diritti universali: confermare, *ex post*, la legittimità della guerra appena vinta presentandola come la vittoria della civiltà sulla barbarie, dell'umanità sulla violenza che degrada e avvilisce ogni essere umano. È la forte valenza simbolica dello strumento processuale che induce a impiegarlo come un sigillo di legittimazione della guerra conclusa. Il processo non ha però soltanto una funzione simbolica e retrospettiva: esso guarda anche in avanti e agisce come tramite per la definizione di nuove figure di inimicizia. L'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale enumera, accanto ai crimini contro la pace e ai crimini di guerra (e in connessione con questi), i crimini contro l'umanità. E già nel dicembre del 1946 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite emette la Risoluzione 95/I a conferma dei principî di diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga.

È aperta la strada per una nuova definizione di nemico. La definizione intende essere rigorosamente giuridica; la macchina processuale costruita *ad hoc* vuol essere l'espressione di una ragione giuridica (e non il veicolo di una decisione politica), promuove un serrato confronto fra le parti, adotta regole e garanzie per assicurare un'adeguata difesa degli imputati e favorire una pronuncia equa ed imparziale. A Norimberga non viene inscenato un processo-farsa, il camuffamento processuale di decisioni politiche prese *aliunde*. Il processo è autentico, le forme sono rispettate, la difesa e l'accusa si fronteggiano con dovizia di argomenti. E tuttavia grava su tutta la vicenda il peccato originale dell'insufficiente terzietà del giudice: è un giudice-vincitore che giudica un imputato-nemico.

Nella messa a punto della nuova definizione di nemico torna a presentarsi la 'classica' tensione fra regola ed eccezione. Alla composizione della corte (il giudice-vincitore) corrisponde la predeterminazione degli imputati: che coincidono con i vinti, senza che venga

presa in considerazione l'ipotesi che anche i vincitori possano aver commesso qualcuno dei crimini previsti dallo statuto del tribunale. Il rispetto del garantismo sembra inficiato dall'applicazione di norme estranee all'ordinamento cui gli imputati appartenevano, in violazione del principio del 'nullum crimen sine praevia lege poenali'. A questa obiezione però si rispondeva appellandosi all'esistenza di consolidati principî di civiltà (in sostanza i principî elaborati dal diritto internazionale ottocentesco e smentiti sul campo nel corso della prima guerra mondiale), la cui validità doveva essere data per intatta ⁽¹⁵⁾.

Segnato da un intreccio, difficilmente districabile, fra legittimità e legalità, fra politica e diritto, fra norma ed eccezione, il processo di Norimberga è comunque il punto di irradiazione di nuove strategie dell'inimicizia che giungono fino al nostro presente ⁽¹⁶⁾. Emerge oggi, all'attenzione degli studiosi di diritto internazionale (come mostra il saggio di Giuseppe Palmisano), il problema della definizione di un nemico che sia tale in rapporto non a uno Stato o a un gruppo di Stati, ma all'intero ordine internazionale: all'insieme dei principî e valori iscritti nella Carta delle Nazioni Unite e nei principali documenti internazionali e assunti come l'elemento caratterizzante dell'ordine stesso (quali il valore della pace, il ripudio della guerra, la pari dignità delle persone, l'autodeterminazione dei popoli).

Esistono i nemici dell'ordine internazionale e si apre il problema della loro definizione e della loro neutralizzazione. È soprattutto una nuova figura di nemico — il terrorista di ispirazione politico-religiosa — che, dopo l'evento-simbolo dell'11 settembre, sembra capace di mettere a dura prova le categorie e le strategie consolidate ⁽¹⁷⁾.

Il terrorista ⁽¹⁸⁾ è un nemico per il quale, di nuovo, le categorie

⁽¹⁵⁾ È questo l'argomento impiegato da Jackson nella sua arringa. Cfr. L. BALDISSARA, *Giudizio e castigo. La brutalizzazione della guerra e le contraddizioni della 'giustizia politica'*, in *Giudicare e punire*, a cura di L. Baldissara, P. Pezzino, Napoli, L'ancora del mediterraneo, 2005, pp. 5-73.

⁽¹⁶⁾ Ne offre un'impressionante e convincente analisi G. De Luna, *Il corpo del nemico ucciso. Violenza e morte nella guerra contemporanea*, Torino, Einaudi, 2006.

⁽¹⁷⁾ Importanti considerazioni in *Delitto politico e delitto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, cit. e in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Milano, Giuffrè, 2007.

⁽¹⁸⁾ Cfr. A. CAVARERO, *Orrorismo, ovvero della violenza sull'inerte*, Milano, Feltrinelli, 2007, pp. 107 ss.

dell'esterno e dell'interno sembrano inadeguate, dal momento che egli si muove contemporaneamente 'dentro' una determinata comunità politica e al di fuori di essa, senza però che il suo 'esterno' coincida necessariamente con una precisa appartenenza statale.

Alla difficoltà della definizione seguono i problemi indotti dalla sua neutralizzazione: che, ancora una volta, sembrano richiedere, secondo autorevoli commentatori (come ricorda Pietropaoli discutendo la tesi di Michael Walzer), la sospensione delle garanzie, la messa in parentesi dello *ius in bello*, di fronte al ritorno di un nemico 'assoluto' che non può essere debellato rispettando le regole 'ordinarie'.

È un problema che ha investito gli Stati Uniti come l'Europa e ha inciso a fondo sulla dinamica complessiva della giustizia penale, come ci dicono, con diagnosi sostanzialmente convergenti, Massimo Donini, Roberto Bartoli e Federica Resta. Di fronte all'emergenza terroristica, tornano al pettine i nodi irrisolti della cui fenomenologia storica il 'Quaderno' offre una vasta ricostruzione. La modernità politico-giuridica ha scommesso sulla possibilità di preservare l'ordine pur riducendo e limitando la violenza del potere, ma al contempo essa ha prodotto dal suo interno sempre nuove figure di inimicizia che portavano al limite della rottura il precario equilibrio fra norma ed eccezione (e spesso sono giunte a infrangere quell'equilibrio a tutto vantaggio di un illimitato dispiegarsi della violenza). Da un lato, il discorso giuridico ha fornito strumenti funzionali alla costruzione e alla neutralizzazione del nemico; dall'altro lato, esso ha favorito la formulazione di regole capaci di attenuare gli effetti distruttivi della coazione (capaci di attribuire 'diritti' ai 'nemici', se vogliamo usare questa espressione, insieme, ellittica ed ottimistica).

La scelta cui oggi il giurista si trova di fronte, stimolata dall'emergenza terroristica, non è, da questo punto di vista, una scelta inedita: si tratta di attribuire al diritto una funzione prevalentemente o esclusivamente 'garantistica' ⁽¹⁹⁾ oppure proporre una combinazione fra 'un diritto penale di garanzia' e un 'diritto penale di lotta'. È a quest'ultima soluzione che propendono tanto Massimo Donini

(19) Fra i sostenitori di questa scelta cfr. A. CAVALIERE, *Diritto penale 'del nemico' e 'di lotta': due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Delitto politico e delitto penale del nemico*, cit., pp. 265-90.

quanto Roberto Bartoli. Conviene ispirarsi, scrive Donini, all'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, accettare, in caso di emergenza, l'introduzione di deroghe a regole di garanzia, ma al contempo tener fermi alcuni principî fondamentali (quali il rispetto per la vita umana, la condanna della tortura, il divieto della retroattività) e difenderne la immutabilità. Dobbiamo prendere atto, secondo Roberto Bartoli, che il gioco di sponda fra principî e deroghe è ineliminabile e conviene quindi tentare (per così dire) di 'regolare l'eccezione', di prevederne, in sede costituzionale, la possibilità, al contempo determinando con precisione i principî e i diritti che debbano essere assunti come inderogabili.

Si tratta di un delicato e difficile gioco di equilibrio. Certo è però che le tendenze dominanti nell'ultimo decennio — come mostra il saggio di Federica Resta — sembrano spingere verso una crescente contrazione delle regole e un corrispettivo rafforzamento della logica dell'eccezione. E, ancora una volta, questo processo trova il suo motore simbolico e retorico nella moltiplicazione delle figure di inimicizia: il terrorista, il migrante, lo *homeless*, il nomade, l'irregolare, tendono a essere presentati come le diverse, ma solidali manifestazioni di una proteiforme alterità minacciosa ed ostile. Il trionfo planetario della retorica dei diritti umani non sembra essere un antidoto sufficiente nei confronti della ricorrente inclinazione a moltiplicare le figure del 'nemico', a denunciarne l'«assoluta» estraneità e a reclamarne l'espulsione o l'eliminazione.

Il 'Quaderno' 38 non sarebbe giunto a termine senza i suggerimenti di numerosi amici e colleghi. È quindi un gradito dovere ringraziare per la loro generosa collaborazione Bartolomé, Clavero, Carlo Galli, Nicola Labanca, Luigi Lacché, Francesco Migliorino, Pier Paolo Portinaro, Luca Scuccimarra.

Un contributo importante per la messa a punto del 'Quaderno' è stato offerto dal seminario organizzato da Carlotta Latini nel maggio 2008, presso la Facoltà di Giurisprudenza di Camerino, e dedicato a 'Diritti e guerra. Stato, sovranità e mutamenti dell'ordine giuridico fra Otto e Novecento'.

Categorie e strategie dell'inimicizia

GEMINELLO PRETEROSSÌ

L'OVVIA VERITÀ DEL 'POLITICO'.
DIRITTO E OSTILITÀ IN CARL SCHMITT

Il fatto di definire il nemico come politico e se stessi come non-politici (cioè come scientifici, giusti, obiettivi, imparziali ecc.) costituisce proprio un modo tipico e particolarmente intensivo di far politica.

CARL SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*

In questo saggio ripercorrerò la concezione schmittiana del 'nemico', sulla base di un convincimento che concede a Schmitt il merito di aver fissato lo sguardo sul 'volto di Gorgone' del potere e del conflitto 'estremi', senza che tale riconoscimento debba implicare necessariamente adesione ai suoi assunti ideologici e a determinate opzioni di 'politica del diritto'. Se non si vuol subire la nemesi di Gorgone, trovarsi impreparati e scoperti di fronte alle svariate risorgenze del 'politico', occorre pensarlo e assumerlo, non darlo per liquidato. Assumo che il fenomeno dell'ostilità non sia solo un dato 'limite' di cui in qualche modo occorra dare seriamente conto, sia sul piano internazionale che su quello interno, ma soprattutto che attraverso di esso emergano taluni imprescindibili presupposti pre-giuridici del diritto stesso, che smentiscono l'auto-narrazione rassicurante di tante visioni contemporanee del rapporto diritto-potere, contribuendo a smontare quegli assunti impregiudicati e diffusi — più o meno consapevoli da un punto di vista teorico — che postulano di fatto l'autogenerazione e l'autosufficienza del 'giuridico'. È vero che — come insegnava Bobbio — il diritto ha, quale suo compito principale e imprescindibile, quello di assicurare la pace (intesa innanzitutto come 'sicurezza'), risolvere i conflitti che la minacciano. Ma ciò non significa affatto — come Bobbio stesso ha messo in luce — che esso sia apertamente 'pacifico', neu-

trale, sconnesso dalla forza ⁽¹⁾. Il diritto ordina il caos e limita la violenza, se riesce a commisurarsi a questa, assumendone all'interno del proprio dispositivo la sfida. L'ostilità è da un lato l'*altro* del diritto in quanto 'ordinamento della sopravvivenza', situazione normale. Ma dall'altro è anche la sua matrice generativa, il suo 'problema', non trattabile attraverso astrazioni o procedure che già presuppongono la soluzione, ovvero una pacificazione condotta con successo e di misura adeguata. L'ostilità spiega per tanti aspetti la funzione del diritto. Schmitt va oltre, individuandovi una sorta di orientamento e vincolo indisponibile, la sua *Ortung*. Ciò non significa che il diritto promuova l'ostilità, perché al contrario la sua vocazione è l'ordine, ma proprio la centralità della 'sicurezza' e della preservazione della vita impongono alla forma giuridica di sporgersi sul crinale del conflitto estremo, attrezzandosi ad esso, introiettandone la 'lezione'.

Il nucleo teorico fondamentale della mia analisi sarà costituito da una rilettura del *Concetto di 'politico'* ⁽²⁾, per poi considerare le ulteriori riflessioni schmittiane del secondo dopoguerra, in rapporto alle trasformazioni del diritto internazionale 'post-westfaliano'. Nella significativa Premessa alla (nuova e ampliata) edizione del '63 del *Begriff*, Schmitt sottolinea, riprendendo maliziosamente una notazione di Ilting, come Hegel traduca abitualmente il termine *polis* con 'popolo'. Ciò in vista di una comprensione molto orientata — e funzionale al suo discorso sul 'politico' — della nozione di 'politica'

(1) Cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino 1999, pp. 478 ss., 520 ss.

(2) Della vasta bibliografia sul *Begriff des Politischen*, mi limito a citare: C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen: ein kooperativer Kommentar*, a cura di R. Mehring, Akademie Verlag, Berlin 2003; C. GALLI, *Genealogia della politica*, Bologna, Il Mulino 1996, pp. 733 ss.; G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari 1996, pp. 85 ss.; P.P. PORTINARO, *Materiali per una storicizzazione della coppia amico-nemico*, in AA.VV., *Amicus (inimicus) hostis*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 219-310; J.-F. KERVEGAN, *Hegel, Carl Schmitt: le politique entre spéculation et positivité*, Puf, Paris 1992 (in particolare, pp. 133 ss.); V. HOLCZHAUSER, *Konsens und Konflikt: die Begriffe des Politischen bei Carl Schmitt*, Duncker und Humblot, Berlin 1990; H. MEIER, *Carl Schmitt, Leo Strauss und der «Begriff des Politischen»*, Metzler, Stuttgart 1988; H. HOFFMANN, *Feindschaft — Grundbegriff des Politischen?*, in ID., *Recht, politik, Verfassung*, Metzner, Frankfurt a.M. 1986, pp. 212 ss.; M. SCHMITZ, *Der Freund-Feind-Theorie Carl Schmitts*, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen 1965.

aristotelica. Centrale per Schmitt è mostrare la connessione ‘strutturale’ tra popolo come ‘unità’ ed esperienza della ‘politica’, a prescindere dalle ovvie differenze tra epoche (peraltro da egli stesso spesso enfatizzate ⁽³⁾) e dalla instabilità polimorfa dei fenomeni politici nella storia. Anche alle spalle della politica antica — che implica precisi presupposti metafisici ‘oggettivistici’ e comunitari — si muove quella dimensione del ‘politico’ che Schmitt intende far emergere. Anche se è con la modernità che tale ambito si potenzia intrecciandosi direttamente con la produzione dell’ordine giuridico, non essendo più filtrato e convogliato dalle stratificazioni di senso ‘etico’ assicurate da quei presupposti.

Nel XVI secolo, nota subito dopo Schmitt, l’unità della Chiesa si spezzò e l’unità politica fu distrutta. Ergo, essa esisteva già. C’era una qualche forma di unità politica precedente, anche se non era quella della forma-Stato. Anche alla luce di tale passaggio, l’unità politica si confermerebbe nozione generale, non solo moderna. Ovvero non ‘generata’ dallo Stato moderno (che però ne è una forma peculiare, non occasionale, cioè non una tra le tante). Come è confermato da vari luoghi schmittiani, il concetto di unità intrattiene con la forma-Stato un rapporto stringente ma allo stesso tempo di irriducibilità reciproca: si tratta di un nesso tra due paradigmi, l’uno — quello dell’unità politica — più ‘elementare’, una sorta di modello funzionale scarnificato, l’altro — quello dello Stato (moderno) — ‘forma’ storico-concreta. Nel primo, in evidenza sono le costanti di sfida, che chiedono risposte e concretizzazioni (le quali possono variare nella loro configurazione specifica). Nel secondo, i fattori politici e giuridico-istituzionali definiscono un ‘ideal-tipo’ storicamente determinato, che costituisce tanto ciò che dà visibilità e soluzione efficace alla sfida generale del ‘politico in quanto tale’, quanto ciò che da esso viene ricondotto genealogicamente alla sua matrice pre-giuridica.

⁽³⁾ È Schmitt medesimo a richiamare qui il suo saggio sulla ‘determinatezza moderna’ dello Stato (C. SCHMITT, *Der Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, Duncker und Humblot, 1958, pp. 375-385). Ma a noi sembra che questo storicismo radicale sia l’altro lato di un tentativo teorico di definizione delle condizioni allo stesso tempo costanti e concrete, non determinate contenutisticamente e tuttavia specificamente funzionali, dell’esperienza politica in quanto tale.

Insomma, per un rispetto sembrerebbe esservi un rapporto biunivoco tra unità politica e Stato moderno. Per altro verso, tale rapporto serba in Schmitt un margine di oscillazione e ambiguità, che pare collocare su un piano di subordinazione lo Stato moderno (così come le altre forme dell'associazione peculiarmente 'politica') rispetto al (pre-)concetto di unità politica, che viene a configurarsi quasi come una costante funzionale e 'formante'. Da un lato, determinazione, dall'altro, quasi circolarità.

Ciò è assai rilevante ai fini della questione dell'ostilità, e del suo rapporto con la giuridicità, perché l'unità politica — e con essa lo spazio pacificato del diritto — è tanto orientata all'ostilità, in quanto risposta obbligata, ovvero l'unica capace di efficacia, quanto condizionata e in qualche modo concettualmente determinata da essa. La costellazione concettuale unità politica-popolo-ordinamento giuridico non funziona se non introiettando una nozione ipotecante e produttiva di ostilità.

Nello *jus publicum europaeum* lo Stato è il 'modello' dell'unità politica, fulcro del diritto pubblico domestico e internazionale, criterio di coordinazione tra interno ed esterno. 'Interno' ed 'esterno' sussistono e sono concettualizzabili nella misura in cui si dia una qualche forma di 'unità' politico-giuridica. A nostro avviso è opportuno non contentarsi delle tesi che decretano il tramonto di tale sistemática, e chiedersi, sulla scia di Schmitt, se la crisi dello Stato (inteso in senso forte, 'westfaliano') implichi automaticamente la crisi (o l'inutilità) della nozione di unità politica in generale, e addirittura una sorta di tramonto del 'politico'. Occorre prestare molta attenzione alle risposte affrettate. Intanto, perché l'ostilità non tramonta affatto, così come le esigenze di sicurezza, pacificazione, identificazione politica ecc. Inoltre, come nota Schmitt, paradossalmente i concetti 'statualistici' permangono, anche se chiamati a qualificare e descrivere un contesto profondamente mutato, in virtù di una sorta di persistente 'classicità', che determina tanto una divaricazione quanto un corto-circuito tra normatività ed effettività. Ciò alimenta certamente attese ordinarie destinate a essere frustrate e confusione, ma è indice anche di qualcosa di costitutivo che permane, o non riesce a essere espresso e gestito altrimenti, nell'eredità del diritto moderno.

Uno dei grandi portati dello Stato moderno è consistito nella pacificazione interna, ovvero nella tendenziale eliminazione dell'inimicizia quale concetto giuridico. Tale 'successo' ha consentito ai massimi esponenti dell'Illuminismo giuridico di contrapporre guerra e diritto. Questa contrapposizione però ha in sé, sostiene Schmitt, il rischio di essere fuorviante. Essa si riferisce a un esito (o più precisamente a uno *Streben* reale, a una tendenza capace di forza propulsiva), non a un'opposizione originaria. Anzi, tale risultato è (relativamente) conseguibile nella misura in cui guerra e diritto, ostilità e forma si rapportano, si implicano per differenziarsi e contrapporsi. Quindi, il carattere pacifico del diritto serba in sé, per funzionare, il proprio 'altro' trasformato, l'assunzione della sfida dell'ostilità. La proscrizione giuridica dell'inimicizia (l'eliminazione della faida, che era come è noto un istituto *giuridico* medievale; la neutralizzazione delle guerre di religione) presupponeva un'operazione *politica* sull'ostilità. Ma non il suo debellamento 'irenico': anche con la modernità il *fatto dell'inimicizia* (« la realtà per cui esiste ostilità tra gli uomini », dice Schmitt (4)) trovava — non poteva non trovare — il suo spazio deputato.

Nella macchina teorica schmittiana, la costruzione di un concetto giuridico procede sempre dalla sua negazione (5). Ciò, dice Schmitt, non significa assegnare un 'primato' al 'negativo', perché rientra nella natura dei concetti giuridici tale funzione attivatrice e disvelante del 'negativo' medesimo. Schmitt fa esempi tratti dall'ordinamento giudiziario e dal diritto penale (« un processo, in quanto controversia giuridica, è pensabile solo se viene negato un diritto. La pena e il diritto penale presuppongono non un fatto ma un non-fatto » (6)), non a caso da quegli ambiti in cui più forte ed evidente è la connessione tra diritto e forza, giuridicità e 'patologia'. Alla luce di tale 'sguardo', il concetto di 'politico' è nell'auto-interpretazione schmittiana solo la delimitazione, prudente e iniziale, di un preciso

(4) C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, ed. it. a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1972, p. 96.

(5) In questo senso Schmitt risponde a Otto Brunner (la cui fondamentale impresa 'storico-costituzionale' molto deve alle intuizioni schmittiane), il quale gli imputava di aver assegnato un carattere concettuale 'positivo' solo al 'nemico'.

(6) C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 95.

ambito concettuale, non uno slogan primitivo (la ‘teoria dell’amico-nemico’) (7).

Nella sua analisi Schmitt muove da un assunto: anche una volta che i grandi sistemi ‘ordinativi’ siano tramontati e le soggettività politiche frammentate (in attesa magari di nuove, inattese ‘eccedenze’), non si esce dal ‘politico’; anche quando si crede — o si vuol far credere — di sottrarvisi, si soggiace ad esso e lo si replica. Non si tratta di cattiva o buona volontà, di opzioni o evoluzioni culturali ecc.: l’indecidibile è il ‘politico’ (8). Siamo in presenza di un’ipoteca, di un presupposto indisponibile all’umano eppure ad esso intrinseco (per quanto non in senso ‘sostanziale’ o ‘essenzialistico’, nelle intenzioni di Schmitt). Anche se esso da solo non basta, sia in chiave produttiva che euristica: ha bisogno, per funzionare, di accompagnarsi ad altri due elementi essenziali per la politica (anche se niente affatto ovvi e facili da definire): un ‘popolo’; uno *status* esclusivo, che prevalga su tutti gli altri.

Attraverso il concetto di ‘politico’, Schmitt intendeva riconquistare una capacità di presa per la scienza giuspubblicistica che consentisse di « non perdere di vista il fenomeno » (9), evitando il salto nell’aforisma (impraticabile per il giurista), ma anche il comodo rifugio nell’astrattezza di una teoria autoreferenziale, che si contenta di se stessa. Una delle prime mosse che Schmitt escogita in funzione demistificante è quella di evitare la circolarità tra ‘statuale’ e ‘politico’, che funzionava finché lo Stato poteva essere presupposto come

(7) Ivi, p. 97.

(8) Se Schmitt ha anche solo minimamente colto nel segno, dobbiamo chiederci: è possibile, e a quali condizioni, pensare quale ‘sfera dell’indecidibile’ quella dei diritti fondamentali (come sostiene Luigi Ferrajoli, con comprensibili — e per tanti aspetti condivisibili in termini di politica del diritto — intenti di ‘supergaranzia costituzionale’)? Per pensarla come tale (decidendo artificialmente che sia così, come accade nel costituzionalismo novecentesco), quale rapporto essa deve intrattenere con l’indecidibilità ipotecante del ‘politico’? Quale riverbero sui diritti comporta tale connessione aporetica? Il ‘politico’ decisionistico — insieme ai poteri ‘selvaggi’ economici — è proprio ciò da cui i diritti fondamentali sono chiamati a difenderci. Eppure, potremmo dire sulla sia di Schmitt, ma ben oltre i suoi assunti, senza un corpo a corpo con tale contraddizione e una sua rideterminazione, senza una consapevolezza e persino un uso del ‘politico’ da parte della cultura dei diritti, essa si condanna all’ineffettualità e all’astrattezza.

(9) C. SCHMITT, *Il concetto di ‘politico’*, cit., p. 98.

un'entità non problematica. Schmitt vuole rendere evidente, esplicitare radicalizzando quanto, finché si è data tale condizione di scontatezza ed evidenza della statualità, era già incorporato all'interno della dottrina dello Stato moderno.

Ma, con le democrazie di massa, lo Stato non scompare affatto (anzi, esse si sviluppano storicamente proprio entro il corpo socio-politico della 'nazione', potendo presupporre l'istituzionalizzazione dell'unità politica e l'apertura dello spazio regolato della società civile): semplicemente perde il 'monopolio' del 'politico'. L'identità democratica tra Stato e società fa sì che ambiti precedentemente definiti come 'neutrali' — religione, economia, cultura, educazione — vengano ripoliticizzati⁽¹⁰⁾. Schmitt chiama questo fenomeno di compenetrazione e perdita di distinzioni chiare 'totalizzazione'. A mio avviso un interrogativo spinoso si pone oggi a una riflessione teorico-politica sottratta ai luoghi comuni e alle auto-rappresentazioni bonificate del presente: c'è un qualche nesso, e di che genere, tra tale nozione di matrice 'weimariana', l'analisi che essa presuppone, e la cosiddetta 'globalizzazione', con le sue tendenze post-democratiche? Questa — per come si è venuta sviluppando fino alla sua attuale 'crisi' — è anch'essa una forma di 'totalizzazione', ovvero di perdita ulteriore di evidenze, di differenziazioni qualitative, di ancoraggi politici concreti? E in cosa consiste la sua specificità rispetto alla crisi dei regimi di massa della prima metà del Novecento? Qual è il senso di tale riaccelerazione che sembra incapace di 'freno interno', nonostante il successo delle soluzioni 'integrative', del nuovo compromesso sociale tra politica ed economia sperimentato dopo il secondo conflitto mondiale? Il ritorno multiforme del 'fantasma' decisionistico della sovranità, che caratterizza l'ultimo decennio, cosa annuncia? Esiste un asse a suo modo 'unitario', per quanto fortemente contraddittorio e non lineare, della modernità giuspolitica che dall'"universale" (in senso politico-determinato, hegeliano), attraverso il 'totale' (che non significa necessariamente totalitario, perché qui il concetto ha una valenza puramente euristico-analitica), giunge fino al 'globale'? E quali sono le conseguenze di tale spoliticizzazione dell'universale/ripoliticizzazione dell'immediatezza? Il primo dato da constatare è, ci sembra, che lungo questo

⁽¹⁰⁾ Ivi, pp. 105-107.

percorso il nemico non solo non scompare (come rappresentazioni superficiali e talvolta non innocenti si sono incaricate di far intendere dopo il 1989), ma nei suoi esiti contemporanei si intensifica e frammenta allo stesso tempo, disseminandosi e opacizzandosi. La liquidazione della forma politica concreta prepara la deriva del 'politico'.

Per Schmitt è la politica estera a rappresentare lo strumento pertinente ai fini della 'messa in forma' del 'politico': una sorta di 'istituzionalizzazione' chiamata per ruolo ad affacciarsi sull'eccezione 'esterna', sull'anarchia internazionale, essendone al contempo fattore attivo e disciplinatore. Il suo 'primato' presuppone e allo stesso tempo riproduce quel livello di strutturazione minima possibile del conflitto estremo che, sulla base del paradigma concettuale hobbesiano — precipitato storicamente nel modello westfaliano di coordinamento-atrito tra le unità politiche (statuali) — confina e soggettivizza pubblicisticamente l'ostilità, facendo da corrispettivo funzionale alla pace sociale interna. In questo senso tradizionale, è del tutto conseguente che la 'grande' o 'alta' politica sia appunto (e possa solo essere) la politica estera, il livello in cui le ragioni dell'unità, della sua autoconservazione (anche espansiva), che definisce e gerarchizza le solidarietà interne, si manifestano prevalendo su tutte le altre. Qui si radica, in tale modello di 'gestione' dell'ostilità, attraverso la sua esternalizzazione che crea un terreno politico specifico e particolarmente intenso, la radice di quel paradigma della 'politica di potenza', che non è certo derubricabile a *Sonderweg* tedesco, a deriva dell'Impero guglielmino, perché ha riguardato il modo di comportarsi, seppure in forme e modalità specifiche, tutte le medio-grandi potenze europee tra Ottocento e Novecento.

Naturalmente, tale modello classico non è più proponibile in termini di *jus publicum europaeum* e di 'diritto statale esterno', sia perché l'Europa è stata da tempo detronizzata politicamente, sia perché l'intreccio di spirito commerciale, tecnica e politica ha sfondato i confini di un equilibrio territoriale asimmetrico. Nell'ottica di Schmitt, la crisi della 'messa in forma del politico' ha agito parallelamente su due piani, quello interno e quello internazionale. Già i regimi politici di massa della prima metà del Novecento, le costituzioni 'lunghe' e 'programmatiche' come quella di Weimar, rappresentavano un'alterazione dell'equilibrio verticale esterno-in-

terno, uno scantonamento verso un nuovo 'primato della politica interna' e la riedizione di guerre civili, più o meno 'fredde' (posizione sostanzialmente non mutata da Schmitt anche nel secondo dopoguerra, con scarsa comprensione — o forse sarebbe meglio dire ostinato rifiuto — delle nuove formule politicamente integrative assicurate dagli Stati sociali di diritto). La politica estera definiva nella logica del *Concetto di 'politico'* una 'comunanza' effettiva e immediatamente unificante che nessuna etica costituzionale pluralistica potrà mai assicurare: « L'equivalenza 'politico' = 'politico di partito' è possibile allorché l'idea di un'unità politica (lo 'Stato') comprendente tutto e in grado di relativizzare tutti i partiti politici al suo interno e le loro conflittualità, perde la sua forza e di conseguenza le contrapposizioni interne allo Stato acquistano intensità maggiore della comune contrapposizione di politica estera nei confronti di un altro Stato. Quando all'interno di uno Stato i contrasti tra i partiti politici sono divenuti 'i' contrasti politici tout court, allora viene raggiunto il grado estremo di sviluppo della 'politica interna', cioè diventano decisivi per lo scontro armato non più i raggruppamenti amico-nemico di politica estera, bensì quelli interni allo Stato » (11).

Il nemico si fa dunque, con la *crisi senza superamento del Moderno*, 'interno' o più propriamente 'transfrontaliero': negli anni Venti in quanto connesso a un internazionalismo 'ideologico' e 'di classe', oggi perché legato a uno scontro identitario presuntamente 'religioso' e 'di civiltà'. Detto ciò, è significativo che formule come 'sicurezza nazionale', 'interessi geopolitici', 'immunità militari', 'non ingerenza negli affari interni', vengano ancora e anzi incontrino una rinnovata fortuna. Da un lato sembrerebbe di essere di fronte a 'retaggi' (così hanno interpretato tali persistenze i sostenitori dell'ipotesi, peraltro sempre più labile, del costituzionalismo mondiale, così come i 'globalisti' di vario segno, i cui scenari ideologici pacificamente 'orizzontali', 'neocontrattuali' e 'sconfinati' sono ormai pesantemente smentiti dagli effetti devastanti dell'attuale crisi della globalizzazione economica anti-politica). Dall'altro, un'analisi realistica non può ignorare come gli elementi decisivi connessi alla sovranità politico-militare abbiano dominato ampiamente la politica

(11) Ivi, p. 115.

delle grandi potenze dal 1948 ad oggi e abbiano conosciuto nell'ultimo ventennio, dopo le iniziali illusioni su ipotetici 'governi mondiali', una inattesa intensificazione (ciò che vale non solo per gli Stati Uniti, ma anche per la Russia, la Cina, nel teatro mediorientale Israele ecc.). Quei fattori di 'confinamento immunitario' costituiscono — da un lato — l'eredità spesso velenosa della tradizione moderna del 'politico', attraverso cui si tenta di rigenerare le risorse simboliche di legittimazione proprie della 'politica di potenza' in chiave contemporanea, anche nelle democrazie pluraliste: i 'nuovi fini' degli Stati costituzionali di diritto — connessi al discorso dei diritti, a politiche sociali integrative, alla cooperazione internazionale — sono così destinati, in fasi di crisi acuta dello scenario politico internazionale che alimentano esigenze di rassicurazione interna, a essere messi fortemente sotto pressione dal riuso (reale o fittizio, fondato o strumentale, poco importa) del 'primato della politica estera' come politica militare di difesa/offesa. Dall'altro lato, il fatto che questo venga aggiornato in chiave globalistica (come guerra 'globale' o 'umanitaria' o 'preventiva') rappresenta una distorsione che estremizza la natura sregolata del 'politico' (ormai privato di 'forma', di vocazione ordinante), svincolandolo dai limiti realistici determinati dal confronto di soggetti territoriali plurali dotati di pari dignità e legittimazione. Ciò determina, in un certo senso, uno scarto di paradigma, una iper-sovrantà agita in modo fantasmatico e incoerente con le proprie premesse 'hobbesiane' di sistema. Non a caso, militarizzazione della decisione e inefficacia, eticizzazione delle relazioni internazionali e de-giuridificazione ⁽¹²⁾ sono andate di pari passo nel recente, fallimentare ciclo neo-conservatore americano, da taluni inteso troppo semplicisticamente come 'schmittiano', in realtà leggibile criticamente, in chiave demistificante, attraverso Schmitt, ma certo non conseguente a una progettualità politica coerentemente 'schmittiana' ⁽¹³⁾.

Ma veniamo più dappresso ai tratti decisivi che caratterizzano la

⁽¹²⁾ Cfr. J. HABERMAS, *L'Occidente diviso*, trad. it. a cura di M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari 2005.

⁽¹³⁾ Sui rischi insiti in un'applicazione meccanica e strumentale delle categorie giusinternazionalistiche schmittiane alla politica 'globale', cfr. C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 129 ss.

distinzione schmittiana ‘amico-nemico’. Essa rappresenta un ‘criterio’ concettuale, non una qualificazione contenutistica. È autonoma, cioè non necessita di altri ambiti (morale, estetico ecc.) per fondarsi e operare. Il senso dell’amico-nemico consiste nella sua capacità di segnalare l’intensità di un’associazione o di una dissociazione, e il nesso strutturale tra questi due movimenti. Ciò significa che le unioni — e le separazioni — che si determinano in virtù della possibilità dell’ostilità sono costitutivamente diverse da qualsiasi altra forma di associazione e differenziazione umana. Quindi, il ‘segreto’ della politicità — ciò che ci fa avvertire, magari confusamente, che un club, un’associazione sportiva o una corporazione sono cosa diversa dalla ‘politica’ in quanto tale — consiste per Schmitt, in ultima istanza, nella possibilità dell’ostilità di essere un (‘il’) criterio di identificazione collettiva trascendente tutti gli altri (14).

Il nemico — dice Schmitt — è l’altro, l’estraneo (*der Fremde*). Si tratta di una condizione esistenziale, concreta, ma non di un’essenza ‘etnica’ (almeno così sembra seguendo il senso del discorso di Schmitt e la sua stessa auto-comprensione, anche se permangono dei margini di ambiguità): chiunque può essere — diventare — l’altro, in ragione del tipo di conflitto che con lui si instaura. Se non è neutralizzabile in termini giuridici, se non è interno a un ordine prestabilito e come tale si mantiene, il conflitto è ‘politico’ in senso forte, estremo: è un rapporto con l’alterità. Ma tale alterità ci appartiene (anche se Schmitt è assai parco quando si tratta di trarre da tale visione conseguenze in termini di identità personale e intersoggettività, spingendosi su un piano psicologico-sociale: nel *Glossarium* è possibile leggere la celebre massima secondo cui « il nemico è la nostra peculiare questione in figura » (15), ma lo Schmitt giurista e politologo non punta esplicitamente nella sua argomenta-

(14) Come afferma efficacemente Schmitt nella *Teoria del partigiano* (frutto di due conferenze tenute nel 1962 in Spagna, e concepita da Schmitt come una « integrazione al concetto del Politico »), « l’essenza del Politico non è l’inimicizia pura e semplice, bensì la distinzione fra amico e nemico, e presuppone l’amico e il nemico » (C. SCHMITT, *Teoria del partigiano*, trad. it a cura di A. De Martinis, con un saggio di F. Volpi, Adelphi, Milano 2005, p. 127).

(15) « Der Feind ist unsere eigene Frage in Gestalt » (C. SCHMITT, *Glossarium*, Duncker und Humblot, Berlin 1991, p. 247).

zione su tale sfondo ‘etico-esistenziale’, forse anche per una sorta di pudore teorico). Tale coappartenenza funzionale dei ‘nemici’ è resa evidente non solo dal fatto che altrimenti non si potrebbe definire la condizione di ‘amicizia’ ⁽¹⁶⁾, il precipitato interno dell’alterità. Ma anche dal fatto che si tratta, in tutta evidenza, di un movimento biunivoco: ognuno, ogni raggruppamento è, reciprocamente, l’*altro di un altro*. E quello che vale per una parte può essere affermato con altrettanta certezza formale per l’altra. Siamo cioè di fronte a un gioco a specchi, per certi aspetti simile alla lotta delle autocoscienze hegeliana, salvo che Schmitt si vieta — ovviamente — qualsiasi approfondimento in chiave antropogenetica, o *weltgeschichtlich*, di tale conflitto per l’identità generativo del destino politico dell’umano.

L’alterità dell’estraneo viene ‘decisa’: non basta, perché si carichi polemicamente, che sia una condizione statica, ‘data’. E tale decisione non può che essere ‘esistenziale’, cioè presa da chi è parte in causa sul terreno concreto del conflitto: solo se questi decide che l’altro rappresenta una minaccia alla propria forma di esistenza, scatta *polemos*. Il ‘politico’ in questo senso è quasi inafferrabile: un movimento, una dinamica priva di contenuto concreto che porta all’estremo. Schmitt, nel suo sforzo costante e per certi aspetti disperato, destinato al fraintendimento, di evitare al suo concetto di ‘politico’ corto-circuiti ideologici o moralistici e sovrapposizioni contenutistiche, sottopone il ‘criterio’ a una tale curvatura volontaristico-formale, che da un lato ascrive pienamente il ‘politico’ al Moderno (ovvero al suo nucleo artificialista e de-essenzializzante), dall’altro lo sottrae — almeno dal punto di vista concettuale — alle mitologie *völkisch* su ‘terra e sangue’. Il prezzo di tale impostazione — che è poi il motivo del successo teorico del criterio amico-nemico e del suo persistente interesse — è che esso a tratti sembri oscillante, indeterminato, non vincolabile semanticamente, eppure in grado di produrre il vincolo teorico-politico prioritario e generale: apparen-

⁽¹⁶⁾ Per un’impostazione che muove dall’amicizia politica in funzione di un’*altra* idea e pratica della politica, ma vede lucidamente la costitutività legittimante per il diritto del nesso ostilità-violenza-ordine e l’implicazione possibile tra fratellanza e inimicizia, cfr. J. DERRIDA, *Politiche dell’amicizia*, trad. it. a cura di G. Chiurazzi, Cortina, Milano 1995.

temente chiarissimo da un punto di vista formale, capace di grande presa su ogni 'effettualità', proprio per questo è come se spiegasse troppo, come se fosse un meccanismo concettuale potente e rarefatto sconnesso dalla concreta esperienza storico-politica, e tuttavia sua precondizione. Insomma, un indicatore di 'energia politica': ciò che resta — una 'mobilitazione' dei concetti, un 'potenziamento' dei soggetti — una volta che la dimensione politica non possa che essere pensata 'senza Sostanza'.

Concretezza, esistenzialità, intensità, estremità, originarietà — ma anche formalità (in senso non procedurale, bensì anti-sostanzialistico) — rappresentano le caratteristiche peculiari di ciò che è 'politico'. Esso, anche quando sembra declinato in chiave universale e astratta, o specularmente soggettivistica, costituisce una 'presa di posizione' determinata, che colloca, identifica e riorienta per il solo fatto di sussistere l'intero scacchiere delle forze, influenzando l'auto-posizionamento degli altri soggetti: « I concetti di amico e nemico devono essere presi nel loro significato concreto, esistenziale, non come metafore o simboli; essi non devono essere mescolati e affievoliti da concezioni economiche, morali o di altro tipo, e meno che mai vanno intesi in senso individualistico-privato, come espressione psicologica di sentimenti e tendenze private. Non sono contrapposizioni normative o 'puramente spirituali' » (17). L'universale — anche se contenutisticamente determinato — è politicamente 'neutro'. Concretezza e 'forma' collettivo-agonistica vanno di pari passo. Non sono i contenuti 'generalì' a determinare la politicità, ma l'orientamento polemico, l'atteggiarsi 'tellurico', non importa in base a quali 'ragioni'. In questo senso, il 'politico' — soprattutto in un mondo senza *auctoritas* — ha in sé un germe potenzialmente nichilistico, perché non incorpora né presuppone alcuna 'Sostanza', ma solo una dinamica 'antropologica' produttiva di sensi e forme specifiche non preordinabili. Allo stesso tempo, rispetto a tale spinta distruttiva alla totalizzazione e allo svuotamento, offre un 'salvante' ancorante interno, proprio in virtù della sua aspra 'serietà', dell'esperienza di apertura sull'estremo che gli è implicita e che svela il bisogno e la possibilità del 'limite' (concreto), del 'confinamento' ordinante. Il 'politico' schmittiano è quindi un'ipotesi sull'umano;

(17) C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 110.

non una sua definizione metafisica, certo, ma l'assunzione realistica di un condizionamento costante, produttivo delle forme dell'umano e allo stesso tempo intrascendibile in quanto 'truismo' originario, 'ovvia verità' vincolante il suo darsi collettivo, ultra-individualistico nel mondo (18).

Il concetto di nemico e quello di lotta non hanno una valenza puramente simbolica (cioè discorsiva e astratta), ma « si riferiscono alla possibilità reale dell'uccisione fisica » (19). È la 'problematicità' dell'umano e la sua conseguente vulnerabilità alla violenza, che qualifica e determina in senso più proprio ed esistenziale il fenomeno del potere come potere — al suo apice e nella sua più intima essenza concettuale — 'di vita e di morte', la politicità dell'ordine e le ragioni opache dell'obbedienza. L'ambivalenza, l'imprevedibilità, la matrice simbolico-identitaria dell'ostilità (tutti fattori 'spirituali', ma nel senso teologico-politico schmittiano) determinano un'esposizione al rischio che è molto concreta e determinata, 'passionale', niente affatto neutralizzabile nel 'gioco' tra avversari proprio della 'metafisica' liberale.

In questo senso, il conflitto per la vita e per la morte, la guerra, costituiscono il *presupposto* della politica. Ciò non significa affatto che la condizione normale e costante della politica sia la guerra, ma che la sua possibilità reale non è mai escludibile dall'orizzonte politico e dalla sua comprensione consapevole e memore. Così come il nemico non è una figura 'etnica' stabile, immodificabile. Le forme concrete dell'ostilità sono determinate da dinamiche storico-concrete, dalla declinazione specifica dello schema sfida-risposta, minaccia-autoconservazione. Il punto è che anche la neutralità è a suo

(18) L'uso della terminologia hartiana relativa al 'contenuto minimo del diritto naturale' è qui, da parte mia, consapevolmente provocatoria e, per dir così, di 'segno rovesciato'. Anche se la matrice 'hobbesiana' implicita nel riferimento hartiano alla 'sopravvivenza' quale fine minimo di qualsiasi ordinamento, quale *presupposto* elementare che non si può non assumere al fine di comprendere il concetto stesso di diritto (positivo), a prescindere dai contenuti specifici delle singole norme, è connettibile, seppure da un punto di vista esterno e puramente teorico, con il tentativo schmittiano di esplicitare i *presupposti* antropologico-politici del dispositivo diritto-pacificazione (anche se la cifra di Schmitt — profondamente diversa in questo senso da quella hartiana — sta nell'assolutizzazione 'politica' di quei presupposti in funzione del nesso decisione-ostilità).

(19) C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 116.

modo per Schmitt una presa di posizione, ciò che indica l'impossibilità di schermarsi 'assolutamente' rispetto alla logica del conflitto, che ci trascende in quanto singoli. L'assunto 'filosofico' fondamentale di Schmitt (anche se non presentato come tale e anzi rigettato in quanto tesi 'metafisica') è l'inoperabilità culturale di tale matrice 'ostile', l'impossibilità di una civilizzazione che renda disponibile alla razionalizzazione etico-giuridica il nucleo 'politicista' che allo stesso tempo rende possibile e vincola all'elementare la razionalità politico-giuridica 'hobbesiana', la cui asimmetria a-razionale è concentrata e resa evidente nella 'decisione'.

Per Schmitt il 'politico' non è un progetto, un'ideologia (militaristica, bellicista ecc.), ma un 'fatto originario', o meglio l'ipotesi minima e intrascendibile se si vuole cogliere la costitutività del 'fatto politico'. In questo senso è 'criterio', e non essenza (differentemente dalla curvatura teorica sviluppata da Julien Freund ⁽²⁰⁾); anche se si tratta di un 'criterio' fatto apposta per qualificare una 'condizione', che non costituirà un'essenza, ma certo si presenta come una 'costante funzionale': pertanto una minima fonte di slittamento semantico e ambivalenza ermeneutica sullo statuto del 'politico' è, a mio avviso, presente già in Schmitt (nonostante tutti i suoi tentativi di sottrarsi a tale rischio 'essenzialista'), e per ragioni perfettamente conseguenti alla funzione euristico-generativa della politicità dell'umano che egli gli attribuisce, la quale in taluni passaggi sembrerebbe rinviare a un'ipotesi ontologica (per quanto negata e inagibile direttamente in chiave 'affermativa', fondativa).

Il 'politico' presuppone l'esperienza di una 'radicalità esistenziale', che nell'ottica schmittiana è l'unico criterio autentico, non venato di moralismo e strumentalizzazioni, di integrità etico-politica. Non basta che si diano contrapposizioni e contrasti, occorre che essi siano 'seri', cioè devono potersi spingere all'estremo del sacrificio personale. Il 'politico' è una lotta che non può escludere di mettere in gioco la vita e la morte, il rischio 'fisico'. In questo senso è vero che, da una parte, dal punto di vista delle mentalità, dei quadri ideologici, narra di un vecchio mondo 'patriottico' e 'nazionale', sostanzialmente perduto (anche se di recente, dopo la caduta dell'equilibrio bipolare, ri-agito reattivamente in chiave di micro-nazio-

(20) Cfr. J. FREUND, *L'Essence du politique* (1965), Paris, Dalloz 2004.

nalità e neo-tribalismi etnici). Ma, dall'altro, è giustappunto la matrice persistente e incattivita da cui riemergono gli spettri della violenza (devastanti e ben poco eroici, in quanto sempre più mediati dalla tecnica), della paura per la minaccia all'integrità del proprio mondo (magari disgregato e anomico, ma ricompattabile fantasmaticamente come 'comunità' di fronte al pericolo), del lutto da (ri-)vendicare, della retorica della vita — o del *way of life* da difendere — come fonte di potenziamento e auto-autorizzazione 'morale'.

La cifra del 'politico' è la sua consequenzialità, una serie di inerenze semplici che talvolta sembrano delineare quasi una forma di tautologia e circolarità semantica. Lo stesso 'gruppo politico' è contenuto a se stesso, è auto-definito dalla propria politicità, ovvero dall'essere — e percepire se stesso — come gruppo che ha un comportamento e una conoscenza concreta della situazione aperta al conflitto decisivo, discriminante rispetto a tutti gli altri (che è un conflitto per essere ancora se stessi, per persistere in quanto gruppo). Il 'politico' è un'auto-identificazione senza contenuto (o meglio, in cui il contenuto non è determinante e può essere ideologicamente vario, purché si leghi all'integrità del 'collettivo'). Per Schmitt un mondo senza tali tipi di appartenenze e tali valvole di sfogo per la conflittualità sarebbe un mondo 'senza politica', mitemente diabolico, da non augurarsi mai. Non esistono, se non nell'apparenza di situazione tranquille, che non sono in grado di prodursi e sostenersi da sole, associazioni politiche di matrice puramente individualistica. Qui si radica il paradosso, l'auto-contraddizione del liberalismo (ma anche la sua forza seduttiva, perché in generale gli uomini preferiscono non curarsi della realtà politica e godersi una 'serena sicurezza', se possono). Esso presuppone, per vigere e funzionare, una dose di politicità trascendente — e se occorre 'eccezionale', soprattutto di fronte a conflitti sociali aspri — che entra in rotta di collisione con la sua 'metafisica spontaneistica', incapace di rendere conto dell'unità politica, assumendone fino in fondo e in modo teoricamente consapevole gli oneri. In realtà, politica per Schmitt è solo la 'comunità' (in quanto unità 'decisa', volontarismo autofinalizzato): « In verità non esiste nessuna 'società' o 'associazione' politica, ma solo un'unità politica, una 'comunità' politica. La possibilità reale del raggruppamento di amico e nemico

è sufficiente a costituire, al di sopra del semplice dato associativo-sociale, un'unità decisiva che è qualcosa di specificamente diverso e insieme di decisivo nei confronti delle altre associazioni » (21). L'amico-nemico è in ultima istanza l'unico possibile contenuto 'minimo' e 'certo' della comunità, che viene così azzerata in quanto integrazione etico-sociale stabile e ridotta a concetto polemico. Tali assunti spingono Schmitt a liquidare tendenziosamente ogni forma di solidarismo sociale prodotto per via politica, come ovviamente il pacifismo *tout court*, anche nelle sue versioni realistiche e istituzionali. Infatti i pacifisti, nel momento in cui volessero fare sul serio, diverrebbero 'polemici', finendo per confermare la 'logica del politico', sebbene credendo di liberarsene in una sorta di 'guerra finale contro tutte le guerre': « Se l'opposizione pacifista alla guerra fosse tanto forte da poter condurre i pacifisti in guerra contro i non pacifisti in una 'guerra contro la guerra', in tal modo si otterrebbe la dimostrazione che tale opposizione ha realmente forza politica perché è abbastanza forte da raggruppare gli uomini in amici e nemici. Se la volontà di impedire la guerra è tanto forte da non temere più neppure la guerra stessa, allora essa è diventata un motivo politico, essa cioè conferma la guerra, anche se solo come eventualità estrema, e quindi il senso della guerra » (22). Il politico è un destino da cui non ci si libera. E se si tenta di farlo è peggio: si finisce per confermarlo a caro prezzo. Da passi come questo, l'ossessiva attenzione di Schmitt volta a evitare riferimenti a presupposti metafisici, il richiamo costante alla storicità di quanto viene analizzato, alla concretezza degli esempi forniti, la sottolineatura della funzione euristica e della valenza formale (per quanto non astratta) del 'criterio' del politico, ricevono se non una smentita, certamente una significativa messa in discussione: il 'politico' come lo pensa Schmitt è radicato in uno statuto antropologico che serba valenze e implicazioni ontologiche, per quanto espresse in chiave 'funzionale' e ridotte all'osso.

Per quanto il modo schmittiano di impostare il problema del rapporto guerra-pace paghi dazio a una certa semplificazione, anche per una sorta di gusto cinico della scarnificazione morale e del

(21) C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, p. 128.

(22) Ivi, p. 119-120.

rovesciamento paradossale che annichilisce le migliori intenzioni, svelandone il veleno inatteso, tuttavia Schmitt un punto di grande rilievo teorico lo coglie: anticipando lucidamente certe tendenze attuali, evidenzia già nel *Begriff* i rischi e le derive insite nella moralizzazione anti-politica della guerra, in nozioni quali guerra ‘umanitaria’ e ‘in nome dell’umanità’, come se fosse possibile una guerra ‘definitiva’ e moralmente ‘assoluta’; si delinea così la fisionomia di una ‘guerra non guerra’ a priori giustificata, che si può permettere il lusso morale di de-umanizzare perché veramente ‘umana’: « Tali guerre sono necessariamente particolarmente intensive e disumane poiché, superando il ‘politico’, squalificano il nemico anche sotto il profilo morale come sotto tutti gli altri profili e lo trasformano in un mostro disumano che non può essere solo sconfitto ma dev’essere definitivamente distrutto, cioè non deve essere più soltanto un nemico da ricacciare nei suoi confini. Dalla possibilità di tali guerre appare in tutta chiarezza che la guerra come possibilità reale esiste ancor oggi, il che è importante per la distinzione di amico e nemico e per la comprensione del ‘politico’ » (23).

Il riferimento alla difesa/definizione dei confini consente a Schmitt di rivendicare (in particolare nella nota 25, aggiunta all’edizione del 1963 del *Begriff*) una nozione ‘misurata’ di ostilità, funzionale all’unità politica, contrapponendola a un concetto ‘assoluto’ di nemico — sconfinato, sradicato, senza vincoli realistici —, e perciò dalla valenza polemica illimitata. Un’ostilità, questa, allucinatória, pericolosa perché intensamente polemogena e discriminatoria, e allo stesso tempo inefficace, incapace di fare ordine assumendo i vincoli della cultura del *limes*. Il ‘buon’ nemico, schmittianamente, non può che essere il nemico ‘pubblico’, il quale implica una dimensione collettiva e una conflittualità la cui valenza non sia riducibile ad affare ‘personale’ o ‘morale’. L’offuscamento di tale ‘pubblicità’, e la progressiva dilatazione/indistinzione dei confini, dei profili della conflittualità — determinati dal globalismo moralistico e/o tecnocratico, ovvero dall’americanizzazione del mondo — non significa affatto il tramonto dell’ostilità, ma tutto al contrario la sua diffusione e intensificazione. Per Schmitt nozioni come popolo, guerra ‘legittima’, unità politica sono allo stesso tempo parte costi-

(23) Ivi, p. 120.

tuiva della costellazione semantico-concettuale dell'ostilità e argine, modalità di disciplinamento di essa. Presumere di poterne prescindere — o peggio di 'superarli' — è ingenuità o inganno.

Tra criterio del 'politico', decisione e unità politica vi è dunque un nesso di coappartenza e implicazione. La politicità indica il grado di intensità di un'associazione (e di una dissociazione): la forza di tale dinamica di compattamento escludente è tale da assorbire i motivi 'non politici' che determinano le altre forme di associazione e contrapposizione (religiose, culturali ecc.), sottoponendoli a una curvatura del tutto nuova e peculiare, perfino 'irrazionale' e 'inconseguita' dal punto di vista del punto di partenza contenutistico 'non politico' di quegli ambiti. I condizionamenti e le conseguenze proprie del 'politico' sono impermeabili alle logiche (etiche, economiche ecc.) di tali altri ambiti, mentre esse sono inevitabilmente 'vampirizzate' nel momento in cui vengono attratte nell'orbita del 'politico' (cioè quando la conflittualità interna ad essi acquisisce un 'grado di intensità' — peraltro non definibile quantitativamente ma solo qualitativamente, cioè come autopercezione collettiva mobilitante — tale da produrre effetti politici prevalenti su tutte le altre valutazioni). Schmitt tiene a precisare che qui sovranità e unità debbono essere intese in senso « buono »⁽²⁴⁾ (qualificazione singolare e infrequente nei suoi scritti), ovvero non come un assorbimento totale e centralistico di ogni ambito della vita individuale, ma solo come capacità di riconoscere e dirimere il caso conflittuale (la cui matrice socio-culturale può essere la più varia) che abbia assunto rilevanza politica complessiva, ribadendo artificialmente — cioè attraverso l'esercizio di un potere che si pone come trascendente le parti in causa — un'omogeneità sufficiente a garantire la lealtà interna al raggruppamento. Le ragioni di tale solidarietà non sono indagate da Schmitt. Il nemico 'esterno' svolge perfettamente la funzione di compattare in modo 'immediato' — quasi fosse una 'briscola'⁽²⁵⁾ che viene calata sul tavolo della paura —, senza dover

⁽²⁴⁾ Ivi, p. 122.

⁽²⁵⁾ Differentemente da quello che pensa Dworkin, a mio avviso purtroppo la vera 'briscola', la carta decisiva nel campo politico, soprattutto quando le ansie di sicurezza non sono tenute sotto controllo e diventano anzi terreno per la costruzione di egemonie neo-

mettere a tema le sedimentazioni di senso e le cristallizzazioni di interessi attraverso cui si costruisce realisticamente l'integrazione in società pluralistiche. Il 'popolo' è il soggetto-di-volontà dell'unità politica. Il popolo è allo stesso tempo volontà di unità, oggetto di questa volontà e contenuto unico dell'unità: si evidenzia qui (anche al di là dello specifico schmittiano) la *circolarità politica del popolo* in ogni discorso di legittimazione 'democratico' o post-tradizionale. Ora, il problema è che, per funzionare, tale circolo rivela sempre in sé la tendenza a produrre un 'Altro' semplice: il nemico. Così, la finzione dell'unità del popolo che la decisione invoca e di fatto presuppone (per produrla forzosamente), in sé ben poco realistica, è una carta tendenziosa che effettivamente può consentire al potere, in contesti difficili, di aggirare le mediazioni e imporre il terreno riduzionista del 'politico' quale pura ostilità produttrice di forma, giocando il tutto per tutto. È un gioco rischioso, che spesso deve 'inventare il nemico' e addirittura criminalizzarne uno 'interno', quando le ragioni della disgregazione sono endogene, ma che se riesce consente di ridefinire i contorni della legittimità, aggancian-dola definitivamente al potere che ha scelto di spingersi sul crinale della coppia 'amico-nemico', riattivandone la funzione 'costituente'.

L'identificazione del 'nemico interno' è funzionale, in situazioni critiche, al bisogno di pacificazione. La decisione sovrana e/o costituente, punto cieco e fondativo dell'ordinamento, si nutre dell'ostilità (interna) e la trasforma, neutralizzandola, nella principale risorsa di legittimazione. Ogni ordine, anche costituzionale, nasce contrapponendosi a un 'nemico', portatore di un modello d'ordine fallito, sconfitto, superato ⁽²⁶⁾. Il nuovo ordine è la negazione di esso. Oppure, se l'esito dello 'stato di eccezione', del caos politicizzato e

autoritarie, non sono i diritti, ma la paura verso ciò che ci minaccia e per questo ci è 'nemico' (vero, presunto o impastato di realtà e *fiction* che sia il pericolo).

⁽²⁶⁾ Cfr. l'efficacissima e in qualche modo ormai 'classica' lettura del nesso 'politico'-ordine costituzionale di E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Il concetto di 'politico' come chiave per intendere l'opera giuspubblicistica di Carl Schmitt*, in ID., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, ed. it. a cura di G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 115 ss. (che 'traghetta' il 'politico' schmittiano nell'ambito delle democrazie pluraliste, ritraducendolo nei termini di una necessaria 'omogeneità relativa' intorno a un nucleo di principi fondanti ed 'esclusivi' dell'ordinamento, che ne determina i 'confini').

risolto dal potere sovrano, è il ristabilimento dell'ordine minacciato, le forze disgregative saranno qualificate come 'eversive', nemiche della legittimità riaffermata. In questo senso, vi è un nesso forte tra 'concetto del politico' e 'teologia politica', matrice agonistica e genealogia del potere, sfida controversistica e vocazione all'unità. Schmitt delinea, nella nota 32 (27), una contratta quanto tendenziosa sequenza di esempi della ricorrente funzione 'produttiva' del 'nemico interno': in Grecia, la decisione popolare seguente alla cacciata dei Quattrocento nel 410 a.C., che identificava in chiunque fosse ostile alla democrazia ateniese un 'nemico' degli Ateniesi; a Roma la dichiarazione di *hostis*; le prassi intensamente polemiche e discriminatorie dei giacobini, che collocano *hors-la-loi* i nemici del popolo francese, sulla base di una inesorabile deduzione: la volontà del popolo, una volta manifestatasi (attraverso i suoi interpreti autentici), si identifica con la sovranità stessa e definisce i confini della legittimità (tutto ciò che le è contrario è esterno ad essa e può essere trattato, in quanto estraneo, solo con la spada: non sono possibili terreni comuni di pacificazione). Così come, ed è un esempio chiave, estremamente rivelatore, quando si tratta di eretici: in tali casi, innumerevoli nella storia europea, l'espulsione dalla 'comunità di pace' avviene anche solo sulla base della logica del sospetto, ovvero della mancanza *presunta* di sentimenti pacifici negli eretici. Significativamente, Schmitt pone sullo stesso piano tanto gli appartenenti a determinate religioni quanto gli aderenti a 'partiti' (ideologici), nella presunzione di pericolosità, ennesima conferma di una lettura della crisi del Novecento tutta condotta alla luce del paradigma delle guerre civili di religione, di una connessione tra esito e origine. L'eretico è costitutivamente una sfida per l'ordine, anche se sembra comportarsi pacificamente: in realtà, in quanto eretico, non può essere pacifico (Schmitt cita qui una massima del *De una et diversa religione* di Nicolas de Vernuls, 1646). L'irriducibilità esistenziale, che in questo contesto Schmitt coglie e sottolinea con inquietante acutezza, fa dell'eretico il paradigma dell'insidia interna di chi defeziona in nome dell'attaccamento alla propria autenticità, al proprio 'dio' refrattario alle mediazioni istituzionali. È anche attraverso questo passaggio paradossale — di assolutizzazione di un

(27) Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., pp. 130-131.

‘senso’ interiorizzato e di apertura al diritto di conversione — che salta l’ordine ontologico-sostanziale premoderno. La soggettivazione della Sostanza, che lacera e disgrega il mondo tradizionale (aprendo lo spazio delle libertà soggettive e della società civile) passa inizialmente, pagando un alto prezzo, anche dall’ostinazione che custodisce e rivendica gelosamente se stessa e i propri convincimenti in rapporto a un ‘dio’ esclusivo, intimo, e in connessione con tali ‘stati devozionali’⁽²⁸⁾ si soggettivizza. Non a caso, nella lettura di Schmitt, la forza della neutralizzazione hobbesiana consisteva nel suo essere una risposta reattiva all’altezza di tali dinamiche disgregative e assolutizzanti, che ne assumeva il dato di fatto, comprendendone la logica, e allo stesso tempo lo sterilizzava. La sovranità è stata efficace e ancora politicamente nitida, incorrotta, fino a quando ha consentito un contenimento politico di quelle soggettivazioni, costruendo solo libertà private e spolitizzate: il godimento ‘proto-liberale’ della vita tranquilla e della prosperità non poteva implicare conseguenze collettive, erosioni e defezioni ‘pubbliche’, cioè un protagonismo del ‘foro interno’ auto-espansivo. Un ‘freno’ che ha finito per essere vittima delle conseguenze sociali del proprio successo. Non a caso, nel 1963 Schmitt aggiunge alla nota che stiamo analizzando un riferimento alla tesi elaborata da Koselleck in *Kritik und Krise* (fortemente debitrice della lettura schmittiana della modernità e in particolare di Hobbes), che riconduce la logica politica della Rivoluzione francese a quella delle guerre civili di religione. Acutamente Schmitt vede qui il nesso stringente tra la costruzione dello Stato di Rousseau e quella di Hobbes, entrambe centrate sulla nozione di unità politica e sulla proiezione all’esterno del nemico (la volontà generale non è null’altro che questa unità identica a se stessa, l’auto-riferimento di un’universalità politicamente determinata). La guerra civile è la guerra dell’intolleranza: l’ordine moderno il suo rovescio. Un costrutto che si realizza grazie alla canalizzazione istituzionale e all’externalizzazione di quella logica ‘assoluta’ dell’auto-identificazione — che è in definitiva il ‘politico’ —, compresa e utilizzata come ‘farmaco’.

Dall’analisi delle caratteristiche che definiscono il ‘politico’ Schmitt deriva il carattere necessariamente ‘pluriverso’ della politica

⁽²⁸⁾ Cfr. A. PIZZORNO, *Le radici della politica assoluta e altri saggi*, Feltrinelli, Milano 1993.

(internazionale). Il mondo è 'striato'. Se da un lato la radicalizzazione insita nella concettualizzazione del 'politico' presuppone la crisi dell'aggancio completo della politica allo Stato e una sorta di riesplicitazione polemica di un'energia che altrimenti risulterebbe offuscata, dall'altro l'assetto che il *Begriff* ricostruisce e mira a rilegittimare è ancora quello per 'unità politiche'. Esse non saranno più 'westfaliane', perché le condizioni storiche e i presupposti socio-culturali sono drasticamente mutati, ma il vincolo che la distinzione amico-nemico impone determina comunque una pluralità di soggettività politiche sulla scena internazionale irriducibili le une alle altre (in questo senso, a noi sembra che Schmitt usi nel *Begriff* anche una nozione più generale di Stato, quale analogo funzionale di unità politica, con minori presupposizioni specificanti, oscillando tra un senso forte di 'statualità', storicamente determinato, e uno più generico, politologico) ⁽²⁹⁾. Infatti quello di umanità non è un concetto 'politico' (se non in senso indiretto e confusivo, polemico verso la 'forma politica' stessa, o quale strumento di espansione imperialista). Così come l'idea di uno Stato mondiale è una contraddizione in termini, la pretesa di ordinare politicamente la negazione del 'politico': « Se uno 'Stato mondiale' comprendesse il mondo intero e l'intera umanità, esso non sarebbe più un'unità politica e potrebbe essere chiamato Stato solo per modo di dire. Se l'intera umanità e il mondo intero venissero riuniti di fatto sulla base di un'unità solo economica e tecnico-commerciale, ciò non costituirebbe più un' 'unità sociale', allo stesso modo come non costituiscono 'unità' sociale gli abitanti di un casamento o gli utenti del gas di una medesima fabbrica o i viaggiatori del medesimo autobus » ⁽³⁰⁾.

Il criterio del politico serve a 'salvare' la nozione di unità politica, sottraendosi alla tenaglia tra Stato continentale europeo (in crisi) e Stato mondiale (sintomo e mezzo di un'impostazione ideologica che nell'ottica schmittiana produce la crisi). L'universalismo spolitizzato si riduce a un'utopia spontaneistica, che lungi dall'abolirli occulta i reali rapporti di potere e alimenta l'autoreferenzialità di un anonimo meccanismo tecnico-economico: « È però facile chie-

⁽²⁹⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., pp. 137-138.

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 142.

dersi a quali uomini toccherebbe il potere che è legato ad una centralizzazione economica e tecnica estesa a tutto il mondo. Non si può certo rispondere a questa domanda sollevando la speranza che in tal caso tutto ‘andrebbe da sé’, che le cose ‘si amministrerebbero da sé’ e che sarebbe superfluo un governo di uomini sopra altri uomini, poiché allora gli uomini sarebbero assolutamente ‘liberi’: infatti ciò che ci si chiede è proprio *per che cosa* essi diventano liberi» (31). Lo Stato mondiale — o, più propriamente, un ordinamento omogeneo del globo, alla Kojève — per Schmitt è volontà di potenza senza soggettività, senza possibilità di rapporto con l’Altro.

Per quanto già nel *Concetto di ‘politico’* Schmitt abbia colto lucidamente i prodromi della crisi dello *jus publicum europaeum* e della politicizzazione dell’umanità, è solo con il saggio sulla *Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* del 1938 (32) e poi, più sistematicamente, con il *Nomos della Terra* (33), che le conseguenze per il diritto internazionale classico dell’avvento delle nuove guerre novecentesche — e della loro paradossale ideologia anti-bellica — vengono colte in tutta la loro portata. È da notare, tra l’altro, che nel ’63 Schmitt, rileggendo il *Begriff*, qualifica la guerra discriminatoria quale guerra *tout court* ‘rivoluzionaria’ (34), avendo in mente le guerre ‘internazionaliste’ in nome della ‘Giustizia’, quindi sconnesse da un immediato riferimento all’appartenenza politico-territoriale, che segnano l’epoca della ‘guerra civile ideologica’. Ma tale tratto

(31) Ivi, p. 143.

(32) Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra*, trad. it. e cura di S. Pietropaoli, Prefazione di D. ZOLO, Laterza, Roma-Bari 2008.

(33) Sulla teoria giusinternazionalistica di Schmitt, anche nell’ottica delle sue possibili applicazioni alla politica globale e al diritto internazionale contemporaneo, cfr.: K.J. SHAPIRO, *Carl Schmitt and the intensification of politics*, Rowman and Littlefield, Lanham 2008; *The International Political Thought of Carl Schmitt*, a cura di L. Odysseos e F. Petitto, Routledge, London-New York 2007; H. KLEINSCHMIDT, *Carl Schmitt als Theoretiker der internationalen Beziehungen, Studien zur internationalen Politik*, Heft 2, Institut für internationale Politik, Hamburg 2004; M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge University Press, Cambridge 2002 (in particolare, pp. 415-437, 453-454, 459-465). Sul concetto di *nomos*, cfr. anche P.P. PATTLACH, *Recht als Einheit von Ordnung und Ortung*, Pattlach, Aschaffenburg 1961 e P.P. PORTINARO, *Appropriazione, distribuzione, produzione*, Franco Angeli, Milano 1983; sulla dottrina dei ‘grandi spazi’, R. VOIGT, *Grossraum-Denken*, Steiner, Stuttgart 2008.

(34) Cfr. la nota 36 del *Concetto di ‘politico’* (cit., p. 135).

‘assoluto’ della guerra post-classica, al di là dello specifico riferimento alle ideologie rivoluzionarie del Novecento, si presta, più in generale, a qualificare ogni guerra combattuta in nome di un’etica sradicante, anche quando essa è presentata in versione mite e *liberal*, quale guerra per la pace e la libertà.

Nel *Nomos della Terra* Schmitt chiarisce esemplarmente il ruolo giocato dallo Stato moderno quale forza portante (per quanto non esclusiva e in concorrenza con altre, ma in definitiva dotata di spinta propulsiva prevalente) nella definizione di un nuovo modello di diritto internazionale di natura ‘interstatale’. Si trattava di un diritto ‘europeo-moderno’, che si affrancava ‘concettualmente’ dal paradigma della ‘guerra giusta’, di eredità medievale, così come dalla tradizione romanistica. Tale mutamento di paradigma fu possibile sulla base di un assetto territoriale che consentì un ordinamento spaziale concreto, basato sull’equilibrio tra gli Stati (reciprocamente riconoscentisi in senso formale/effettivo) in Europa, avendo sullo sfondo gli immensi spazi liberi del Nuovo Mondo, aperti alla conquista e allo sfruttamento perché collocati al di fuori delle regolarità interne dello *jus publicum europaeum* ⁽³⁵⁾. Esso rappresentò certamente un significativo esempio di ‘razionalizzazione possibile’ — cioè una forma di effettiva limitazione della violenza — ma sulla base di una netta asimmetria tra spazi europei ed extra-europei. Anche questa ricostruzione — che da un lato valorizza il portato ‘progressivo’ del diritto westfaliano e dall’altro ne vede le implicazioni e i costi —, conferma come per Schmitt, non senza motivi ed esempi eloquenti, ogni razionalizzazione politico-giuridica si basi sempre su un cospicuo fondo di ‘non-ragione’, in questo caso di violenza conquistatrice e brama appropriativa. Uguaglianza e disuguaglianza si intrecciano e presuppongono anche nel diritto moderno, poiché vincolate a un doppio livello di inclusione/esclusione, interno/esterno: quello tra appartenenze agli Stati, e quello che definisce una linea divisoria tra spazi europei e non-europei, al fine di preservare l’eurocentrismo e di consentirne, per certi aspetti contraddittoriamente, almeno per i suoi effetti ‘detronizzanti’ sul lungo periodo, la proiezione ‘oceanica’. Tale doppio livello dello *jus*

⁽³⁵⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra*, ed. it. a cura di E. Castrucci e F. Volpi, Adelphi, Milano 1991, pp. 163.

publicum europaeum, terrestre e marittimo, politico-territoriale e commerciale, era implicito nel rapporto — problematico ma costitutivo — tra sovranità continentali e potenza insulare inglese.

Nell'ambito di quella che Schmitt non esita a chiamare la 'famiglia' degli Stati europei, il passaggio dalla guerra 'giusta' al nemico 'giusto' (ovvero quello legittimo, statutale, incardinato a uno spazio pubblico esclusivo) si accompagna alla deteologizzazione dei conflitti e alla loro 'messa in forma'. È notevole che per Schmitt anche in presenza di un'autorità spirituale comune e universalmente riconosciuta, come nel Medioevo 'sostanzialista', già si palesasse la possibile connessione tra guerra 'giusta' e guerra 'totale': il Concilio Lateranense del 1139, che aveva vietato l'uso di armi distruttive (per l'epoca) quali frecce e macchine a lunga gittata tra principi e popoli cristiani, tentando apparentemente una limitazione della violenza, venne contraddetto nella sua interpretazione applicativa, che prevedeva una deroga nel caso di 'guerra giusta' (cioè nel caso che una 'parte' si ritenesse e accreditasse nel 'giusto') ⁽³⁶⁾. Le guerre confessionali dei secoli XVI e XVII porteranno alle estreme conseguenze tali germi, trasformando la guerra giusta, inevitabilmente soggetta a dinamica di assolutizzazione, in guerra civile.

Naturalmente, la guerra tra Stati non era priva di violenza e di potenzialità di distruzione; tuttavia, il fatto che essa fosse vincolata ad un'unica soggettività agente, a eserciti identificabili, a chiare distinzioni territoriali, a un monopolio della politicizzazione che escludeva mobilitazioni indirette in nome della verità, cioè collocate al di fuori del circuito della responsabilità politica diretta sintetizzata dal criterio '*protego ergo obligo*', ridimensionava il carico debordante della polemicità, mantenendola a quel livello di bassa tensione permanente che, come sappiamo, nell'ottica schmittiana non può né deve essere considerata eliminabile. Solo l'unità (costruita) che nega le parti 'totali', assumendosi l'onere di disarmarle materialmente e ideologicamente, può costituire un 'freno'.

La nozione di guerra che Schmitt difende è una sorta di 'resto' — in qualche modo funzionale a uno sfogo 'misurato' dell'ostilità — che non è qualificabile né come guerra di religione e di fazione, né come guerra coloniale, anzi è reso possibile e acquisisce il suo senso

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 164-165.

‘giuridico’ proprio dalla loro esclusione. Escludendo dall’orizzonte del ‘politico messo in forma’ le discriminazioni totalizzanti (i nemici come ‘criminali’, ‘pirati’, i popoli indigeni come ‘selvaggi’), si crea in Europa lo spazio concreto e simbolico per un concetto di nemico « capace di assumere una forma giuridica »⁽³⁷⁾. Sviluppando un’analogia perlomeno singolare, anche se suggestiva, tra guerra moderna e duello (classico prodotto della civiltà tradizionale dell’onore), Schmitt intende sottolineare come la ‘personalità fittizia’ degli Stati, il loro essere incardinati in persone fisiche (i sovrani) che rappresentano ‘persone pubblico-morali’, consente un confronto e un conflitto tra ‘partner’ che non implica la demonizzazione del ‘nemico’: « Là dove il duello viene riconosciuto come istituzione, la giustizia di un duello consiste proprio nella netta separazione della *justa causa* dalla forma, dell’astratta norma di giustizia dall’*ordo* concreto. Un duello, in altre parole, non è giusto per il fatto che in esso vince sempre la giusta causa, ma perché nella tutela della forma sono assicurate determinate garanzie »⁽³⁸⁾. La giustizia delle guerre non è più inquadrabile nell’ottica teologico-morale della colpa, non è un problema di ‘contenuti’. Le uniche guerre ‘giuste’ sono quelle condotte da nemici ‘giusti’, cioè ‘legittimi’ titolari dello *ius belli*, nell’ambito di un sistema complessivo ed egualitario di reciprocità, non derogabile né delegittimabile unilateralmente. I soggetti del diritto internazionale hanno nello *jus publicum europaeum* la qualità ‘istituzionale’ e ‘strutturale’ di ‘entità politiche’, che ne consente la connessione agli altri attori ‘analoghi’ del diritto internazionale, fornendo un realistico vincolo minimale, escludendo la qualificazione del conflitto bellico in termini di tradimento e criminalizzazione⁽³⁹⁾. Tale ‘evidenza pubblica’ delle soggettività politiche inter-

(37) Ivi, p. 166.

(38) Ivi, p. 167.

(39) Ancora in questo luogo, attraverso l’elegante riferimento al duello e la critica della criminalizzazione dell’iniziatore di una guerra quale ‘aggressore’, Schmitt non rinuncia a difendere la Germania portando una stoccata — seppur indiretta — alle potenze ‘liberali’ vincitrici della prima guerra mondiale, artefici delle accuse ai suoi occhi odiose, ipocrite e strumentali rivolte al Kaiser Guglielmo II in quanto presunto ‘unico’ responsabile del conflitto, nel tentativo di sottoporlo a un processo per crimini di guerra. Dimenticando però che la portata totale di una guerra ‘mondiale’ non consente agevolmente di intendere l’inizio di una guerra di tale entità — di chiunque sia la

nazionali è per Schmitt un'esigenza strutturante ineludibile, da adempiere nuovamente anche dopo la crisi del diritto eurocentrico, nelle forme possibili.

Schmitt non si limita a cogliere il dato 'formale' insito nel concetto di sovranità e la 'geometria' che consente, ma li problematizza in chiave spaziale. Quello dell'auto-obbligazione e dei trattati è un filo sottile, di per sé non sufficiente a spiegare il funzionamento effettivo dell'ordinamento internazionale europeo-moderno. Come nello 'stato di eccezione' interno sussiste ancora un minimum di *Recht*, di ordinamento, sebbene il diritto in senso normativistico (*Gesetz*) sia sospeso, così lo stato di natura interstatale infraeuropeo è anarchico⁽⁴⁰⁾ (nel senso che non c'è un'autorità terza e superiore), ma non privo di diritto⁽⁴¹⁾. Schmitt adotta la stessa logica tutte le volte in cui si concentra sulle situazioni-limite: tende il filo della giuridicità fino all'estremo, ma senza spezzarlo (o almeno tale è la sua rivendicazione). Ciò consente di guadagnare non solo un altro sguardo sui meccanismi interni al giuridico, smontandoli, ma proprio un altro 'concetto di diritto', intrinsecamente 'politico'. Tale politicità è connessa a una determinazione per 'confini' precisi di uno spazio relativamente omogeneo, « sullo sfondo di immensi spazi aperti dotati di un particolare tipo di libertà »⁽⁴²⁾ (ovvero, di una libertà diversa da quella possibile entro lo spazio europeo, una libertà 'naturale' espressiva di un'energia che di fatto può dispiegarsi

responsabilità — come l'atto di uno 'sfidante'. In ogni caso, sulle effettive aporie della giurisdizionalizzazione della politica e della storia, cfr.: A. DEMANDT, *Processare il nemico*, ed. it. a cura di P. Portinaro, Einaudi, Torino 1996; H. QUARITSCH, *Giustizia politica: le amnistie nella storia*, ed. it. a cura di P. Portinaro, Giuffrè, Milano 1995; D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori*, Laterza, Roma-Bari 2006; O. MARQUARD-A. MELLONI, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Laterza, Roma-Bari 2008.

⁽⁴⁰⁾ Sul modello 'anarchico' delle relazioni internazionali, che per certi aspetti sembra proiettare su scala mondiale il paradigma 'hobbesiano' dello *jus publicum europaeum*, sottovalutando le sue precondizioni politico-istituzionali e geopolitiche, che Schmitt mette in evidenza, cfr. H. BULL, *The Anarchical Society*, Macmillan, London 1997. Per un'analisi del concetto di guerra e delle sue trasformazioni fortemente debitrice nei confronti di Schmitt, ma di uno Schmitt letto alla luce della nozione di 'società anarchica' alla Bull, cfr. S. PIETROPAOLI, *Abolire o limitare la guerra?*, Edizioni Polistampa, Firenze 2008.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 173.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 175.

senza vincoli). La ‘forza vincolante’ è propria dell’*ordinamento spaziale eurocentrico*, e i sovrani sono compresi all’interno di esso: lo spazio europeo concretamente ordinato — e dissimetrico rispetto al suolo non europeo — funge da ‘presupposto’ del diritto interstatale. Addirittura, Schmitt si spinge a sottolineare, non senza contraddizioni, dopo aver ripetutamente insistito sulla *tabula rasa* dell’*ordo* sostanzialistico pre-moderno determinatasi con le guerre di religione e la crisi della *Respublica christiana*, come sussistessero ancora, nel sostrato dello *jus publicum europaeum*, forti vincoli tradizionali (di natura ecclesiastica, sociale ed economica) ⁽⁴³⁾, alleggerendo la portata volontaristica implicita nel modello dell’auto-obbligazione incardinato sulla sovranità (o di una sua lettura puramente soggettivistico-formale). Se in *Teologia politica* e nel *Concetto di ‘politico’* il presupposto è decisionistico e agonistico, nello Schmitt del secondo dopoguerra il *nomos* assorbe il ‘politico’. Non si tratta di rovesciamenti o opposizioni, ma di due diverse sottolineature e accentuazioni del rapporto perennemente costitutivo tra decisione e ordinamento, volontà e radici, ostilità e spazialità. A Weimar, la produttività dell’origine è data dall’assenza di Fondamento. Nel *Nomos*, l’accento è sul ‘radicamento’ (per quanto portatore di un carico asimmetrico ‘fondante’).

La scoperta della funzione radicante dello spazio ⁽⁴⁴⁾ per i raggruppamenti umani, la consapevolezza della necessità realistica di ‘linee di amicizia’ che governino l’ostilità, hanno consentito a Schmitt di cogliere con profetica acutezza, per contrasto, la crisi del mondo globale che stiamo vivendo, o perlomeno la sua logica tendenziale: « Se le armi sono in modo evidente impari, allora cade il concetto di guerra reciproca, le cui parti si situano sullo stesso piano. È infatti proprio di tale tipo di guerra il fatto che si dia una certa determinata chance, un minimo di possibilità di vittoria. Se questa viene meno, l’avversario diventa soltanto oggetto di coazione. Si acuisce allora in misura corrispondente il contrasto tra le parti in lotta. Chi è in stato di inferiorità sposterà la distinzione tra potere e diritto negli spazi del *bellum intestinum*. Chi è superiore vedrà

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 174.

⁽⁴⁴⁾ Sulla costitutiva ‘spazialità’ della politica, cfr. C. GALLI, *Spazi politici*, Il Mulino, Bologna 2001.

invece nella propria superiorità sul piano delle armi una prova della sua *justa causa* e dichiarerà il nemico criminale, dal momento che il concetto di *justus hostis* non è più realizzabile »⁽⁴⁵⁾. Le conseguenze del potenziamento dei mezzi di annientamento e dello sradicamento spaziale della guerra, gli effetti della combinazione tecnica-finanza-industria bellica, l'ascesa concomitante di un'ideologia opacamente discriminatoria, hanno aperto lo scenario di una inusitata e per ora non ordinabile distruttività. Il vero rischio per l'umanità contemporanea è rappresentato dalla combinazione, che corrisponde a una logica ineluttabile, tra distruttività assoluta e assoluta delegittimazione, perché una forma politicamente realistica e quindi in qualche modo delimitata di ostilità non è in grado di sostenere le implicazioni 'spirituali' — in termini di mentalità e auto-rappresentazione — determinate dalla potenza delle nuove tecnologie militari: « [...] armi extraconvenzionali presuppongono uomini extraconvenzionali [...]. L'estremo pericolo non risiede perciò neppure nell'esistenza dei mezzi di annientamento o in una premeditata malvagità dell'uomo. Risiede nella ineluttabilità di un obbligo morale. Gli uomini che adoperano simili mezzi contro altri uomini si vedono costretti ad annientare questi altri uomini — cioè le loro vittime e i loro oggetti — anche moralmente. Devono bollare la parte avversa come criminale e disumana, come un disvalore assoluto. Altrimenti sarebbero essi stessi dei criminali e dei mostri [...]. L'inimicizia diventa così terribile che forse non è più nemmeno lecito parlare di nemico e inimicizia; entrambi questi concetti sono addirittura condannati e banditi formalmente prima che possa cominciare l'opera di annientamento... Solo la sconfessione della vera inimicizia spiana la strada all'opera di annientamento di una inimicizia assoluta »⁽⁴⁶⁾. Si delinea così la figura conturbante di un nuovo nemico 'oltre l'inimicizia politica', 'oltre il politico passibile di *messa in forma*': una sorta di *Altro assoluto e post-politico*, de-soggettivato in quanto mero 'oggetto' meritevole di annichilimento etico-tecnologico, condannato necessariamente a soccombere, ad essere inerme di fronte a chi ha i mezzi per distruggere sottraendosi alla qualificazione di 'parte in causa', di attore (con e come gli altri) di un conflitto a cui si

⁽⁴⁵⁾ Ivi, p. 430.

⁽⁴⁶⁾ C. SCHMITT, *Teoria del partigiano*, cit., pp. 130-131.

appartiene. Nel mondo contemporaneo i nemici sono contemporaneamente interni/esterni; la distinzione tra criminale e nemico è divenuta labile; le guerre si sono fatte 'asimmetriche', sia nel senso della disparità abissale di forza tecnologica ed economica tra le parti, sia nel senso di una qualificazione 'moralistica' priva di reciprocità che distingue, il più delle volte strumentalmente, tra guerre (quelle degli altri) e operazioni di polizia (quelle delle grandi potenze mondiali); i civili — come già annunciato dalle due guerre mondiali — sono sempre più gli 'oggetti reali' delle forme attuali della violenza bellica, i cui effetti sui 'non militari' non sono residuali o collaterali, ma strutturali (l'arte della guerra non è oggi concettualizzabile se non come produzione del 'terrore' in quanto tale). Non a caso, tutti i tentativi finora dispiegati di rispazializzare il conflitto, nell'attuale temperie di 'guerra globale' (47) (Afghanistan, Iraq ecc.), si sono rivelati fallimentari, benché sia certo significativo che come tali siano stati progettati e condotti, in una sorta di paradossale coazione a ripetere, che mentre riproponeva la pura logica della sovranità militare, intensificandola e monopolizzandola globalisticamente alterava le premesse del 'pluriverso politico' in quanto tale.

In una prospettiva schmittiana 'critica', per arrestare tale deriva occorre ricostruire le condizioni materiali e politiche della reciprocità politica (intesa non in senso idealistico, ma come articolazione concreta e bilanciamento di grandi ordinamenti spaziali). Schmitt chiude il *Nomos della Terra* riprendendo l'esempio eloquente, cui abbiamo già fatto riferimento, del divieto delle armi a distanza varato dal secondo Concilio Lateranense. L'interpretazione della Glossa che ne tradisce l'istanza di limitazione della violenza, in nome del diritto della parte che si ritiene nel giusto a usare ogni mezzo efficace contro la parte 'ingiusta', sembra, dice Schmitt, « di fatto inconfutabile e fa riconoscere un nesso essenziale » (48). Con questa sintetica notazione, Schmitt vuole ancora una volta mettere in guardia dallo scivolamento sul piano inclinato della de-territorializzazione e moralizzazione dell'ostilità. Non è possibile alcuna dimostrazione incontrovertibile, alcun vincolo argomentativo quando le

(47) Cfr. C. GALLI, *La guerra globale*, Laterza, Roma-Bari 2002; ma mi permetto di rinviare anche al mio *L'Occidente contro se stesso*, Laterza, Roma-Bari 2004.

(48) C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra*, cit., p. 431.

‘ragioni etico-polemiche’ definiscono l’identità di una ‘parte assoluta’. Tale violenza senza radicamento spaziale, tale ostilità senza diritto perché pretende di averne troppo, serba una tendenza esponenziale e inarginabile. L’unico modo per fermarla è romperne la logica, delegittimarla complessivamente attraverso una realistica operazione di riordinamento ‘plurale’ della Terra, sottrarsi all’illusione post-politica.

PIER PAOLO PORTINARO

LA SPADA SULLA BILANCIA.
FUNZIONI E PARADOSSI DELLA GIUSTIZIA POLITICA

1. Sul finire del XX secolo la questione di cosa debba intendersi per « giustizia politica » è tornata a porsi in tutta la gamma delle sue valenze ed ha generato, nel breve volgere di pochi lustri, una letteratura di imponenti proporzioni quantitative — anche se di diseguale rilevanza qualitativa. È plausibile ritenere che ciò abbia a che fare con: *a*) l'espansione del potere giudiziario, a livello nazionale e globale, verificatasi negli ultimi decenni, *b*) la nascita, ancor più recente, della giustizia penale internazionale con giudice precostituito, *c*) la ricerca storiografica sui precedenti di questa recente esperienza, in particolare i processi di Norimberga, *d*) la nuova stagione di elaborazione giudiziaria del passato legata al crollo dei regimi totalitari e di altre dittature in molte parti del mondo, *e*) la crescente attenzione rivolta ai problemi della cosiddetta giustizia di transizione (non limitata a tribunali e procedure giudiziarie), *f*) più in generale, e conseguentemente, il ritorno d'interesse storico e teorico per le istituzioni giudiziarie.

a) Il dato da cui sicuramente occorre partire concerne l'espansione del potere giudiziario, a livello nazionale e globale. Come è stato sintetizzato in un aureo libretto, tale espansione è connessa a un insieme di processi che hanno investito le democrazie contemporanee e che riguardano l'accresciuta creatività normativa e partecipazione del giudice alla produzione del diritto, la complementare « tendenza degli organi amministrativi e legislativi a delegare a quelli giurisdizionali » decisioni democraticamente ingestibili, « l'allargamento dell'accesso dei cittadini alla giustizia per risolvere controversie che tradizionalmente venivano risolte da autorità sociali o amministrative », la diffusione e il potenziamento del controllo di

costituzionalità delle leggi, l'apparire e il diffondersi di una pratica che è stata definita « controllo di correttezza politica » o « controllo di virtù » da parte della magistratura ⁽¹⁾. Questo insieme di trasformazioni fornisce già di per sé una serie di spiegazioni per quel fenomeno che è stato chiamato « politicizzazione della giustizia ».

b) L'ultimo decennio del XX secolo ha assistito alla nascita della giustizia penale internazionale, dopo il precedente eccezionale di Norimberga e dopo gli abortiti tentativi seguiti alla prima guerra mondiale e al tentativo d'incriminazione dell'imperatore Guglielmo II. A imporre l'istituzione di tribunali penali internazionali come un passaggio ineludibile del processo di globalizzazione è stata l'emergenza, a livello mediatico e di opinione pubblica internazionale, soprattutto a partire dagli anni '90, di una vera e propria pandemia di crimini contro l'umanità, politiche genocidarie e ricorrenti violazioni del diritto internazionale nel corso di conflitti armati di varia natura (spesso guerre civili) e la sempre più diffusa consapevolezza che anche nella fase storica precedente, dominata dalle politiche di stabilizzazione del sistema internazionale ad opera dell'equilibrio bipolare, non erano mancati i genocidi (il più assurdamente tragico è quello cambogiano) e le violazioni su grande scala dei diritti umani ⁽²⁾. Il nuovo clima internazionale conseguente alla svolta del 1989/90 aveva creato le condizioni per l'attuazione di idee e progetti che erano parsi maturi alla comunità degli Stati già alla fine della

⁽¹⁾ Cfr. A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 12-13.

⁽²⁾ Y. BEIGBEDER, *Judging War Criminals: The Politics of International Justice*, New York, St. Martin's Press, 1999, M. BIEGI, *Die humanitäre Herausforderung. Der International Criminal Court und die USA*, Baden-Baden, Nomos, 2004, H. AHLBRECHT, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert. Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Straftatbestände und der Bemühungen um einen Ständigen Internationalen Strafgerichtshof*, Baden-Baden, Nomos, 1999, H. BROHMALL, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, New York, Oxford University Press, 2003, W. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, il Mulino, 2004, D. MCGOLDRICK, P. ROWE, E. DONNELLY (a cura di), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Oxford, Hart, 2004.

seconda guerra mondiale — trovando una prima, per quanto problematica, attuazione nell'IMT, il Tribunale militare internazionale di Norimberga (e nel suo emulo di Tokio, l'IMTFE) — ma che poi avevano condotto per decenni una vita stentata nel labirinto delle commissioni ONU.

c) Proprio in virtù di queste nuove esperienze ha riacquisito interesse la considerazione di quei precedenti storici e dei dibattiti ad essi connessi ⁽³⁾. Norimberga, per cui e su cui nell'immediato dopoguerra si era sviluppata una pionieristica letteratura ⁽⁴⁾, è tornata ad essere al centro della ricerca storiografica ⁽⁵⁾. Accanto agli

⁽³⁾ Cfr. G. HANKEL, *Die Leipziger Prozesse. Deutsche Kriegsverbrechen und ihre strafrechtliche Verfolgung nach dem Ersten Weltkrieg*, Hamburg, Hamburger Edition, 2003, T. AKÇAM, *Armenien und das Völkerrecht. Die Instabuler Prozesse und die türkische Nationalbewegung*, Hamburg, Hamburger Edition, 1996 (Purtropo in questo caso le fonti non riguardano tutti i 28 processi che si svolsero a Istanbul, e sono per giunta complete solo per quanto riguarda quello principale, contro il Partito per l'Unione e il Progresso, *İttihat ve Terakki*, i cui protocolli delle prime due sedute erano apparsi in forma di libro nel 1919, per essere poi soffocati dalla censura).

⁽⁴⁾ Fondamentale, anche in vista del ruolo poi giocato dall'autore nell'istruzione dell'Auschwitz-Prozess degli anni Sessanta, F. BAUER, *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, Zürich, Europa Verlag, 1945. Per la letteratura italiana vanno menzionati almeno i primi lavori di G. VASSALLI, *La giustizia internazionale penale. Studi*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 9-113.

⁽⁵⁾ A. WIEVIORKA, (a cura di), *Les procès de Nuremberg et Tokyo*, Bruxelles, Complexe, 1996, G. R. UEBERSCHAR (a cura di), *Der Nationalsozialismus vor Gericht. Die alliierten Prozesse gegen Kriegsverbrecher und Soldaten 1943-1952*, Frankfurt a. M., Fischer, 1999, K. PATZOLD, *Im Rückspiegel: Nürnberg: der Prozess gegen die deutschen Hauptkriegsverbrecher 1945/46*, Köln, Papyrossa, 2006, A. WEINKE, *Die Nürnberger Prozesse*, München, Beck, 2006. È significativo anche il numero di traduzioni recenti di opere ormai classiche o di materiali d'archivio che per decenni erano rimasti negletti. Si veda, per limitarsi alla cultura tedesca, la più attenta alla rivisitazione del problema, la recentissima traduzione dell'opera ormai classica di Whitney R. HARRIS, *Tyranny on Trial* (1954), con il titolo: *Tyrannen vor Gericht. Das Verfahren gegen die deutschen Hauptkriegsverbrecher nach dem zweiten Weltkrieg in Nürnberg 1945-1946*, a cura di Ch. Safferling, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008, con una Premessa di Hans-Peter Kaul, giudice alla Corte penale internazionale, nella quale si fornisce testimonianza dell'impegno di Harris, già membro del collegio d'accusa a Norimberga, per l'approvazione dello Statuto di Roma e della sua presenza all'atto di ratifica dello Statuto da parte del parlamento tedesco il 27 ottobre 2000 (pp. V-XI). Fra le ricostruzioni dei testimoni classico ormai T. TAYLOR, *Anatomia dei Processi di Norimberga*, Milano, Rizzoli, 1996. Sul processo di Tokyo T. MAGA, *Judgment at Tokyo. The Japanese War Crimes Trials*, Lexington, The University Press of Kentucky, 2001.

studi che hanno ricostruito il lavoro preparatorio che avrebbe portato al Tribunale militare internazionale ⁽⁶⁾, vanno annoverate le pubblicazioni che documentano gli interrogatori che ebbero luogo tra la capitolazione della Germania e l'inizio del processo, il 20 novembre 1945, ma anche negli anni successivi in vista degli altri processi che si svolsero nella città bavarese ⁽⁷⁾. Non mancano anche fra le ricostruzioni recenti quelle che continuano a interpretare Norimberga in termini di *giustizia dei vincitori* — non esitando a estendere tale valutazione anche all'attività delle Corti penali internazionali a partire dagli anni '90. Sulla portata delle innovazioni introdotte dal primo esperimento di giurisdizione penale internazionale e sulla precarietà delle sue basi giuridiche la dottrina non ha in effetti lesinato le critiche — e il dibattito è lungi dall'essersi placato. Più di un autore, in polemica con la tesi che fa di Norimberga un « forerunner of universal justice », ha argomentato che quella giurisdizione ha violato il principio di irretroattività (che concerneva, oltre al crimine contro la pace, anche i crimini contro l'umanità), il principio d'imparzialità (essendo gli imputati scelti esclusivamente tra i vinti e i giudici esclusivamente tra i vincitori), il principio di divisione dei poteri (essendo stati da un lato i governi, dall'altro gli stessi giudici e procuratori a dettare le norme del processo) ed anche altre garanzie processuali (essendo rimasta la difesa in larga misura in balia della benevolenza dei giudici) ⁽⁸⁾. Più equilibrato appare

⁽⁶⁾ J. F. WILLIS, *Prologue to Nuremberg. The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Westport, Greenwood Press, 1982, A. J. KOCHAVI, *Prelude to Nuremberg: Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1998.

⁽⁷⁾ R. OVERY, *Interrogations*, New York, Penguin Press, 2001 (trad. it. *Interrogatori. Come gli alleati hanno scoperto la terribile realtà del Terzo Reich*, Milano, Mondadori, 2002), L. GOLDENSOHN, *The Nuremberg Interviews*, a cura di R. Gellately, New York, Knopf, 2004 (trad. it. *I taccuini di Norimberga*, Milano, il Saggiatore, 2005), J. K. OLICK, *In the House of the Hangman. The Agonies of German Defeat, 1943-1949*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga*, a cura di H. Quaritsch, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁽⁸⁾ Cfr. W. MASER, *Nürnberg. Tribunal der Sieger*, Düsseldorf, Econ, 1977, M. BIDDISS, *The Nuremberg Trial and the Third Reich*, London 1993, B. V. ROLING, A. CASSESE, *The Tokyo Trial and Beyond*, London, Polity Press, 1993, H. AHLBRECHT, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* cit., P. HAZAN, *La Justice face à la guerre: de Nuremberg à La Haye*, Paris, Stock, 2000, H. BUTTERWECK, *Der*

però sostenere che le aspettative nei confronti dei processi si sono rivelate ovunque eccessive, in relazione al fatto che assai difficile risultava il contemperamento degli obiettivi perseguiti dai procedimenti giudiziari: per rispondere alla domanda che ne forniva la legittimazione, si è sostenuto, i processi avrebbero dovuto essere « *solleciti*, ossia iniziare subito dopo la fine delle ostilità [...], *veloci*, ossia concludersi rapidamente [...], *severi*, ossia contemplare la pena di morte e la condanna a pene detentive pesanti [...], *giusti*, sia nel senso sostantivo di punire in base al grado di colpevolezza effettivo, sia nel senso procedurale di rispettare le regole dello Stato di diritto [...], *estesivi*, ossia condannare un'alta percentuale di collaborazionisti [...] *efficaci*, ossia utilizzare le risorse scarse disponibili nel modo più efficiente possibile » ⁽⁹⁾.

In ragione della giurisdizione conseguente ai processi di Norimberga e del consapevole sforzo di collocarla nel quadro di un'organica « politica del passato », quello della Germania è diventato notoriamente il caso più studiato di elaborazione giudiziaria di una stagione collettiva di crimini politici. L'occupazione aveva reso possibile un esperimento di resa dei conti con il passato senza precedenti e senza eguali nella storia. Che questo esperimento sia stato spesso considerato fallito alla luce delle ragioni pragmatiche che rapidamente indussero le potenze occupanti (occidentali) a fare marcia indietro e a progressivamente temperare la radicalità dei loro intenti, accettando la domanda di amnistia che veniva da gran parte della società tedesca, non toglie evidenza al fatto che l'esito è stato positivo per quanto concerne la nascita e il consolidamento della democrazia di Bonn. Non può sorprendere pertanto che su questo tema sia cresciuta negli anni un'enorme letteratura, che la riunificazione, riproponendo la questione della resa dei conti con i crimini politici di un'altra dittatura, ha contribuito a rinfocolare ⁽¹⁰⁾.

Nürnberger Prozess. Eine Entmystifizierung, Wien, Czernin, 2005, P. MAGUIRE, *La contraddittoria « lezione » di Norimberga*, in L. BALDISSARA e P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire. I processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli, L'ancora del mediterraneo, 2005, pp. 119-44, D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁽⁹⁾ J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, il Mulino, Bologna 2008, p. 295.

⁽¹⁰⁾ Cfr. K. FREUDIGER, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, Tübingen, Mohr, 2005.

Per molti decenni l'espressione « *Modell Deutschland* » è servita a designare un particolare modello di sviluppo economico, sicurezza sociale e stabilità politica, ma dopo il 1989, forse anche in conseguenza del fatto che quella felice sintesi ha indebolito molti dei suoi elementi costitutivi, essa è quasi passata a designare un modo specifico di elaborazione politico-culturale del passato. In sintesi, la letteratura tedesca ha mostrato come la *Vergangenheitsbewältigung* debba essere raccontata ricostruendo tre storie: quella dei colpevoli, quella delle vittime, quella della società nel suo complesso. La prima storia è primariamente storia di processi, storia dell'elaborazione giudiziaria del passato. La seconda è storia di quelle delicate negoziazioni che hanno dato luogo alla politica delle riparazioni. La terza, ovviamente la più complessa, è la storia della transizione di una società alla democrazia, delle dinamiche di assunzione della colpa, della normalizzazione, della reintegrazione nazionale dopo che il passato regime aveva del tutto screditato non solo l'ideologia nazionalista ma la nazione in quanto tale ⁽¹¹⁾.

d) Con la caduta dei regimi dittatoriali del socialismo reale si è aperta anche in Europa orientale una nuova stagione di elaborazione giudiziaria del passato, che ha sollecitato la comparazione tra due

gen, Mohr Siebeck, 2002, A. WEINKE, *Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland. Vergangenheitsbewältigungen 1949-1969 oder: Eine deutsch-deutsche Beziehungsgeschichte im kalten Krieg*, Paderborn, Schöningh, 2002, C. CORNELISSEN, L. KLINKHAMMER, W. SCHWENTKER (a cura di), *Erinnerungskulturen. Deutschland, Italien und Japan seit 1945*, Frankfurt a. M., Fischer, 2003. Per il caso italiano H. WOLLER, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bologna, il Mulino, 2004, L. BALDISSARA, P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire*, cit., M. BATTINI, *Peccati di memoria. La mancata Norimberga italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁽¹¹⁾ Occorre rilevare che tutto lo strumentario analitico concernente questi problemi è tributario del lessico tedesco: neologismi come *Geschichtspolitik*, *Erinnerungspolitik*, *Vergangenheitspolitik*, *Geschichtsaufarbeitung*, e soprattutto *Vergangenheitsbewältigung* sono ormai entrati a far parte del linguaggio specialistico. È stato lo stesso autore a mettere in circolazione, ricostruendo l'esperienza tedesca del dopoguerra, l'espressione « politica del passato »: N. FREI., *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München, Beck, 1996. Cfr. H. KONIG, M. KOHLSTRUCK, A. WOLL (a cura di), *Vergangenheitsbewältigung am Ende des Zwanzigsten Jahrhunderts*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1998, H. KONIG, *Politik und Gedächtnis*, Weilerswist, Velbrück Wissenschaft, 2008.

modalità di giustizia totalitaria ⁽¹²⁾. Nel corso degli ultimi decenni è avvenuta quella che Daniel Levy e Natan Sznaider hanno definito la « cosmopoliticizzazione della memoria »: l'Olocausto è diventato il referente universale della nostra epoca e la sua elaborazione ha rimesso in moto le ricerche sulla memoria ⁽¹³⁾. È stato osservato che a definire il concetto di *Vergangenheitsbewältigung* concorrono quattro elementi: la conoscenza di quello che è accaduto, parametri morali e giuridici per la valutazione di quanto è accaduto, la solidarietà nei confronti delle vittime e la volontà che quanto è accaduto non si ripeta ⁽¹⁴⁾. Da ciò risulta che il superamento del passato è un processo di lungo periodo che la società (o il gruppo sociale a cui i crimini debbono essere imputati) deve attraversare per riaffermare la propria identità collettiva di soggetto moralmente oltre che giuridicamente riconosciuto dalla comunità delle nazioni. Quasi dialetticamente, la *Vergangenheitsbewältigung* presuppone il momento della *punizione* imposta dall'esterno (le società sono più circospette degli individui nell'amministrare i propri impulsi masochistici autopunitivi) e il momento della *rimozione* che cresce dall'interno e si autolegittima rivendicando un diritto allo sgravio dal passato.

Qui il tema della memoria conosce le sue vistose asimmetrie. Di « passato che non passa » si è cominciato a parlare nel corso dell'*Historikerstreit* degli anni '80 in relazione all'elaborazione del trauma nazionalsocialista. Il passato dei crimini commessi dai regimi

⁽¹²⁾ I. DEAK, J. T. GROSS, T. JUDT (a cura di), *The Politics of Retribution in Europe. World War II and Its Aftermath*, Princeton, Princeton University Press, 2000, G. H. HODOS, *Schauprozesse. Stalinstische Säuberungen in Osteuropa 1948-1954*, Berlin, Aufbau, 2001, G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁽¹³⁾ P. MAYER (a cura di), *Lessons and Legacies: The Meaning of the Holocaust in a Changing World*, Evanston, 1991, M. J. OSIEL, *Mass Atricity, Collective Memory and the Law*, New Brunswick, Transaction 1997, A. WIEVIORKA, *L'era del testimone*, Milano, Cortina, 1999, L. DOUGLAS, *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of Holocaust*, New Haven, Yale University Press, 2001, A. ASSMANN, D. LEVY, N. SZNAIDER, *Erinnerung im globalen Zeitalter: Der Holocaust*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2001.

⁽¹⁴⁾ Così secondo lo storico israeliano Michael Wolffsohn, cit. in U. BROCHHAGEN, *Nach Nürnberg. Vergangenheitsbewältigung und Westintegration in der Ära Adenauer*, Hamburg, Junius, 1994, p. 11.

comunisti è stato invece, per un tempo più o meno lungo, consegnato all'amnesia. Ma con i libri neri del comunismo e la fioritura di una letteratura storiografica « revisionistica » le cose sono cambiate ⁽¹⁵⁾. Di recente, facendo riferimento alla risoluzione di condanna del comunismo (n. 1481) adottata dal Consiglio d'Europa il 25.1.2006 e alla caccia alle streghe scatenata in Polonia dai fratelli Lech e Jaroslaw Kaczynski (la cui legge di « decomunizzazione » è stata però in larga parte abrogata da una sentenza della Corte costituzionale di Varsavia dell'11.5.2007), si è estesa la formula del « passato che non passa » anche a descrivere la situazione di irrigidimento dei fronti della politica del passato in relazione ai regimi comunisti ⁽¹⁶⁾.

e) La ricerca di una via di uscita, giuridicamente, moralmente e politicamente negoziata e condivisibile, dai regimi oppressivi o dalle guerre civili del passato è diventata una delle preoccupazioni prioritarie della politica, interna e internazionale, in età contemporanea. Non è sempre stato così. Di norma nella storia, alla fine di periodi di convulsione, erano parse percorribili solo due strade opposte: la brutale resa dei conti, cioè la vendetta sistematicamente perseguita, oppure l'oblio e l'amnistia, vale a dire la via della clemenza. La vendetta e l'oblio hanno continuato anche in età moderna a rappresentare le vie d'uscita più consuete dai torbidi del passato. Solo il XX secolo ha innovato, ponendo in discussione la massima realpolitica che metteva in guardia dai tentativi disarmati di riappacificazione, teorizzando e, ciò che è più rilevante, praticando due nuove modalità: quella della via giudiziaria dei processi internazionali, che legittimasse punizioni e riparazioni, e quella delle commissioni verità e riconciliazione che, facendo luce su quella che ormai veniva qualificata come « macrocriminalità di Stato » (quindi rovesciando il carico della colpa sulle istituzioni), individuasse e attivasse nella società le forze morali per la riconciliazione o almeno per la ricom-

⁽¹⁵⁾ Cfr. il volume a cura di N. FREI, *Transnationale Vergangenheitspolitik. Der Umgang mit deutschen Kriegsverbrechern in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg*, Göttingen, Wallstein, 2006.

⁽¹⁶⁾ G. MOURALIS, *Une épuration allemande. La RDA en procès 1949-2004*, Paris, Fayard, 2008, p. 10.

posizione delle fratture. Alcune di queste esperienze sono maturate sul continente europeo alla fine del primo e soprattutto del secondo conflitto mondiale, generando un dibattito storico ed etico-politico senza precedenti ⁽¹⁷⁾. Ma altre hanno avuto luogo ai quattro angoli del pianeta, dando vita ad un'ulteriore modalità del processo di globalizzazione — a quella che è stata definita « elaborazione transnazionale del passato » e che potremmo anche designare come globalizzazione delle « politiche del passato ».

Sulla base di queste esperienze si è avvertita da varie parti l'urgenza di ordinare tipologicamente e di comparare le diverse modalità di resa dei conti con il passato. Accanto alla *vendetta*, cioè alle ritorsioni violente e persecutorie nel quadro di una più o meno spontanea od organizzata resa dei conti (che presuppone una chiara vittoria di una parte sull'altra), e all'*amnistia*, come decisione politica, giuridicamente formalizzata, di seppellire il passato ponendo fine alle reciproche accuse (la quale presuppone invece un vincitore più incerto della sua posizione e comunque consapevole del fatto che la bilancia dei crimini compiuti da entrambe le parti è quasi in pareggio), ha così trovato posto una terza modalità di rapportarsi al passato, quella demandata alle istituzioni giudiziarie nella forma di *processi* ai maggiori responsabili di crimini e violenze indiscriminate. Ma accanto a questi tre paradigmi di governo della transizione — rispettivamente consistenti nell'aggiungere nuove ingiustizie alle passate, nell'ignorare le ingiustizie, nel sanzionare le ingiustizie con mezzi legali — si sono venute configurando anche soluzioni diverse, in qualche modo intermedie o anche spurie: come le *epurazioni*, che sono una sorta di legalizzazione della resa dei conti (volta ad escludere la violenza e praticata quindi secondo modalità paragiudiziarie), e le *commissioni verità e riconciliazione*, che un po' riduttivamente possono essere interpretate come un'ibrida combinazione di processo e amnistia; e come le *riparazioni*, materiali e simboliche, indirizzate alle vittime delle ingiustizie ⁽¹⁸⁾. Va da sé che in ogni

⁽¹⁷⁾ Cfr. N. FREI, *Transnationale Vergangenheitspolitik* cit., che fa il punto sulla questione nell'Europa del secondo dopoguerra e del dopo '89. Inoltre K.D. HENKE, H. WOLLER (a cura di), *Politische Säuberung in Europa. Die Abrechnung mit Faschismus und Kollaboration nach dem Zweiten Weltkrieg*, München, dtv, 1991.

⁽¹⁸⁾ Per un inquadramento della problematica mi permetto di rinviare a P.P.

transizione queste diverse soluzioni possono variamente succedersi, intersecarsi, sovrapporsi, creando attriti e paradossi.

È nato così un intero filone di ricerca sulla cosiddetta *giustizia di transizione*, per cui si è riproposto il problema del ruolo dei tribunali nella transizione alla democrazia. La teoria della giustizia di transizione, a cui stanno lavorando molti studiosi delle ultime generazioni, si caratterizza proprio per l'attenzione riservata alle strategie politico-amministrative e ai dispositivi costituzionali messi in atto, sia pure sotto pressioni internazionali, dai governi nazionali — strategie e dispositivi che non si limitano a misure legislative di amnistia o a procedimenti giudiziari, ma includono provvedimenti di riparazione e riabilitazione delle vittime e politiche dell'integrazione, della memoria e dell'identità articolate a diversi livelli ⁽¹⁹⁾. Una prima sintesi della recente letteratura sulle politiche di riparazione del passato è fornita dalla monografia di Ruth G. Teitel, *Transitional Justice* (2000), che indaga a tutto campo i problemi che emergono nel corso dei processi di transizione dai regimi autoritari e totalitari alla democrazia. Sullo stesso tema è intervenuto più di recente Jon Elster con un libro altresì di ampio respiro, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective* (2004), nel quale, senza la pretesa di elaborare una teoria generale, vengono analizzati in riferimento ad una molteplicità di casi storici attori, motivazioni, emozioni, istitu-

PORTINARO, *Crimini politici e giustizia internazionale. Ricerca storica e questioni teoriche*, Working Papers, Dipartimento di Studi Politici, Torino 2005 e ID., *La giustizia retributiva oltre la pena*, « Rivista di filosofia », 98 (2007), pp. 259-78.

⁽¹⁹⁾ N. J. KRITZ (a cura di), *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, 3 voll., Washington, United States Institute of Peace Press, 1995, H. KÖNIG, *Von der Diktatur zur Demokratie oder Was ist Vergangenheitsbewältigung*, in H. KÖNIG, M. KOHLSTRUCK, A. WÖLL (a cura di), *Vergangenheitsbewältigung am Ende des Zwanzigsten Jahrhunderts* cit., pp. 371-92, R. G. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000, M. FLORES (a cura di), *Storia, verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, Milano, Bruno Mondadori, 2001, E. BARKAN, *The Guilt of Nations. Restitution and Negotiating Historical Injustices*, New York, Norton, 2000, G. H. BASS, *Stay the Hand of Vengeance. The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2000, A. RIGBY, *Justice and Reconciliation. After the Violence*, Boulder-London, Lynne Rienner, 2001, AA. VV., *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Antwerpen, Interscentia, 2005, C. GOSCHLER, *Schuld und Schulden. Die Politik der Wiedergutmachung für NS-Verfolgte seit 1945*, Göttingen, Wallstein, 2005, E. BARKAN, A. KARN (a cura di), *Taking Wrongs Seriously. Apologies and Reconciliation*, Stanford, Stanford University Press, 2006.

zioni e vincoli della giustizia di transizione con l'obiettivo di comprendere « perché i processi della giustizia di transizione abbiano assunto forme diverse in transizioni differenti e perché talvolta siano mancati del tutto » (20).

f) Va detto infine che, anche sull'onda di queste sollecitazioni, gli storici si stanno riappropriando a tutto campo del tema. Anche quando siano affidati non a tribunali speciali ma alla magistratura ordinaria, i processi che si svolgono in siffatti periodi di transizione da un regime all'altro risentono pesantemente del clima generale di una società polarizzata e del condizionamento delle circostanze. Il fatto che necessariamente in tali periodi molteplici e concorrenti e tra loro configgenti risultino essere le modalità del fare i conti con il passato (incluso le pratiche della vendetta e quelle volte a garantire l'impunità, la ricerca accanita dei colpevoli e le manovre d'insabbiamento delle misure di epurazione, l'allarme sulle congiure restauratrici e la cancellazione delle tracce) ha come conseguenza la contaminazione politica dei processi, sia sul versante dell'istruzione e del dibattimento sia su quello dell'uso a fini politici delle sentenze. L'attenzione degli storici si rivolge alla grande eterogeneità di situazioni, riconducibile però a una comune esigenza che si è sempre manifestata ovunque in una comunità politica si fosse realizzato un certo grado di centralizzazione: che la decisione circa l'opportunità di portare a giudizio un caso davanti a un tribunale restasse affidata al potere politico (21).

(20) J. ELSTER, *Chiudere I conti. La giustizia nelle transizioni politiche* cit., p. 118.

(21) Cfr. J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, Paris, Puf, 1995, A. PROSPERI, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino, Einaudi, 1996, B. DIESTELKAMP, (a cura di), 1996, *Oberste Gerichtbarkeit und zentrale Gewalt in Europa der Frühen Zeit*, Köln, Böhlau, 1996, R. SAILER, *Untertanenprozesse vor dem Reichskammergericht. Rechtsschutz gegen die Obrigkeit in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts*, Köln, Böhlau, 1999, P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000, A. BAUMANN, *Die Gesellschaft der Frühen Neuzeit im Spiegel der Reichskammergerichtsprozesse*, Köln, Böhlau, 2001, G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, S. CERUTTI, *Giustizia sommaria. Pratiche e ideali di giustizia in una società di Ancien Régime (Torino XVIII secolo)*, Milano, Feltrinelli, 2003, U. SEIF, *Recht und Justizhoheit: historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003.

Di seguito ci proponiamo di svolgere soltanto alcune considerazioni introduttive sul tema, delineando un rapido *excursus* storico sulle forme della giustizia politica (§ 2); cercando di trarre dalla più importante opera sul tema, *Political Justice* di Otto Kirchheimer, una serie di indicazioni per impostare la ricerca (§ 3); e tornando in sede conclusiva su alcune distinzioni analitiche che ci appaiono irrinunciabili per porre le basi teoriche per una ricostruzione delle modalità e del peso della giustizia politica nella storia europea delle istituzioni (§ 4).

2. Nel lessico corrente politica e giustizia sono abitualmente contrapposte, associandosi alla prima l'idea di faziosità, divisione, lotta, agire strategico volto al successo e alla seconda l'idea d'imparzialità, neutralità, equità, agire discorsivo fondato su prove e argomentazioni e rivolto all'intesa entro un quadro normativo condiviso. La coniugazione delle due nozioni appare pertanto problematica e perverso l'esito che da quella coniugazione può risultare. I tribunali infatti mirano all'istituzionalizzazione della giustizia (equilibrando le aspettative delle parti), la giustizia politica serve all'istituzionalizzazione della vendetta (di una parte sull'altra).

E nondimeno, si può affermare che la giustizia politica, intesa in quest'ultimo senso, sia stata la norma nella storia occidentale. Anzi, più in generale, si può sostenere che in tutte le forme di governo i processi politici svolgono le seguenti funzioni: *a)* sul piano strumentale sono parte dell'autodifesa del potere, *b)* su un piano simbolico servono all'autorappresentazione e autorassicurazione del potere, *c)* contribuiscono alla selezione dell'*élite* politica, *d)* favoriscono il suo controllo (funzione indispensabile in assenza di controlli collegiali di tipo assembleare quali introdotti solo dalle istituzioni rappresentative), *d)* servono al contenimento degli scandali e al governo delle crisi da questi provocate ⁽²²⁾.

Fonte inesauribile per lo studio della giustizia politica è innan-

(22) Cfr. A. DEMANDT (a cura di), *Macht und Recht. Grosse Prozesse in der Geschichte*, München, Beck, 1990 (trad. it. parz. a cura di P. P. PORTINARO, *Processare il nemico*, Einaudi, Torino 1996), e U. SCHULTZ (a cura di), *Grosse Prozesse. Recht und Gerechtigkeit in der Geschichte*, München, Beck, 1996.

zitutto il mondo antico (23). Se anche la divisione, e ancor meno la rigida separazione dei poteri, non si trova ancora teorizzata nel mondo antico, la consapevolezza che l'esercizio della funzione giurisdizionale richiede imparzialità e, proprio per questo, si distingue strutturalmente dal potere politico, è già ben presente in Grecia e a Roma. La prassi delle diverse forme di governo, tuttavia, era un'altra. Nel quadro di una visione esclusiva e totalizzante della partecipazione del cittadino alla vita della città, la storia greca non è avara di processi politici come continuazione della guerra civile con altri mezzi. La giustizia popolare della democrazia ateniese, la giustizia che si praticava nell'Eliea, con giurati liberamente sorteggiati tra tutta la cittadinanza, era intrinsecamente giustizia politica: così necessariamente in una situazione nella quale, secondo Aristotele, « il popolo si è fatto arbitro di tutto e tutto è regolato dai decreti e dai tribunali in cui il popolo è despota » (*Ath. Pol.*, 41). « La giustizia applicata da un tribunale di eliasi greco rappresentava una giustizia di cadì: le parti influivano sui giudici mediante il *pathos*, le lacrime e le diffamazioni dell'avversario » (24). L'ostracismo è la più emblematica rappresentazione dell'intreccio di giustizia e politica nella *polis*.

Anche a Roma, nel periodo repubblicano, « i tribunali di giurati con compiti specificamente politici, nei processi di *repetundae*, si avvicinavano al carattere della giustizia popolare », vale a dire a quella giustizia che « giudica secondo il "sentimento" concreto, condizionato da motivi etici e [...] da motivi politici o politico-sociali » (25). Negli anni del conflitto con il re numida Giugurta l'istituzione di un tribunale speciale per giudicare gli aristocratici che a lui si erano venduti segnò la nascita dell'accusa popolare in sede politica. Già la legge di Gaio Gracco aveva allargato il diritto all'accusa a chi non era in possesso della cittadinanza, ma ora « per denunciare l'operato di un senatore non c'era bisogno di essere stati da lui personalmente lesi. Chiunque poteva farsi avanti, asserendo di essere spinto

(23) L. BURCKHARDT, J. v. UNGERN-STERNBERG (Hg.), 2000, *Grosse Prozesse im antiken Athen*, München, Beck, 2000, U. MANTHE, J. v. UNGERN-STERNBERG (Hg.), *Grosse Prozesse der römischen Antike*, München, Beck, 1997.

(24) M. WEBER, *Economia e società*, a cura di P. Rossi, Milano, Edizioni di Comunità, 1974, vol. II, p. 671.

(25) M. WEBER, *Economia e società cit.*, vol. II, pp. 126 e 135.

dal desiderio di tutelare l'interesse della collettività. Il tribunale si trasformò rapidamente in uno strumento di vendette politiche » (26).

Diverse sono le vie della politicizzazione della giustizia entro il pluralismo ordinamentale d'età medievale. La faida, come forma comunitaria di istituzionalizzazione della vendetta, definisce, di per sé, un genere della giustizia politica (27). Ma è con il diritto canonico che si compie una rivoluzione nelle procedure processuali e si dischiude una nuova modalità di simbiosi tra politica e pratica giudiziaria. In relazione a ciò si è vista nella persecuzione giudiziaria della congiura dei Templari una prefigurazione del processo politico moderno, sia riguardo alla manipolazione delle procedure e dell'organo giudicante, sia per l'azione intimidatoria esercitata fisicamente e psicologicamente sugli imputati, sia ancora per la messa in scena propagandistica dell'evento. Il processo ai Templari acquista in particolare carattere paradigmatico proprio per quel che concerne la formalizzazione delle procedure penali e la politicizzazione delle pratiche giudiziarie (28).

A definire il paradigma operativo della giustizia politica è il paradigma inquisitorio, che muove da un'accusa o da una *notitia criminis*, definisce le regole dell'*inquisitio* (generale, speciale), stabilisce prassi per gli interrogatori e criteri per la valutazione delle prove e degli indizi, concede al giudice, non senza cautele, ampia discrezionalità in ordine all'irrogazione della pena (29). Il processo penale pensato e costruito per la persecuzione dell'eterodossia religiosa verrà progressivamente esteso a colpire l'opposizione politica. Nell'ambito del processo inquisitorio vede la sua genesi anche

(26) E. NARDUCCI, *Processi ai politici nella Roma antica*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 33.

(27) Cfr. O. BRUNNER, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milano, Giuffrè, 1983.

(28) L. SCHULZ, *Normiertes Misstrauen. Der Verdacht im Strafverfahren*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2001, p. 27. Per un quadro d'insieme cfr. M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, il Mulino, 2005.

(29) Cfr. A. PROSPERI, *Tribunali della coscienza* cit., pp. 194 ss.; E. DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, Giuffrè, 1989, S. FITZPATRICK, R. CELLATELY (a cura di), *Accusatory Practices: Denunciation in Modern European History*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, J. H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2003, M. NIEHAUS, *Das Verhör. Geschichte - Theorie - Fiktion*, München, Fink, 2003.

l'istituto della *denuntiatio*, a proposito del quale, in una recente monografia, Arnd Koch mette in luce come ai concetti di *inquisitio* e *denuntiatio* sia oggi attribuito un significato peggiorativo che originariamente non avevano: con processo inquisitorio s'intendeva una procedura d'ufficio rivolta all'accertamento della verità materiale⁽³⁰⁾.

L'età di transizione verso la nuova forma di organizzazione accentrata del potere che sarà lo Stato moderno conosce, nella infinita varietà dei suoi percorsi, anche un caso singolare di giustizia politica attuato da un tribunale « internazionale »: il processo di Breisach del 1474, che ebbe a oggetto le ripetute violazioni del diritto e le vessazioni di un signore locale, Peter von Hagenbach, che sembrerebbe esemplato sulla raffigurazione machiavelliana del duca Valentino⁽³¹⁾. Non vi è oggi praticamente trattazione dei precedenti storici della giustizia penale internazionale che non lo contempli. Esso si situa in un contesto di competizione tra signorie che ambiscono alla monopolizzazione di territori nella fase di formazione degli Stati moderni. Ma l'area in cui si svolge, tra il Sundgau e l'Alsazia, tra città come Moulhouse, Colmar, Freiburg, Basilea, rientra nella fascia della intensa urbanizzazione che resiste al processo di monopolizzazione. È pertanto significativo che il primo processo penale di carattere internazionale che l'Europa abbia conosciuto sia connotato da una matrice prevalentemente repubblicana: a richiederlo è Sigismondo d'Austria, ma l'organizzazione e la composizione della giuria sono in larga misura nelle mani delle città autonome.

La debolezza del potere giudiziario, il suo asservimento al potere politico e al potere economico, il suo essere uno strumento al servizio delle oligarchie, sono un tema ricorrente nella storia del pensiero politico. In età moderna un documento di questa consapevolezza è in Machiavelli, il sismografo del conflitto repubblicano, l'apologeta della pienezza del potere. Una delle ragioni della debolezza della repubblica fiorentina consisteva per lui nel « non essere in quella repubblica alcuno modo di accuse contro alla ambizione de'

⁽³⁰⁾ A. KOCH, *Denunciatio. Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2006, pp. 37 ss.

⁽³¹⁾ Cfr. H. BRAUER-GRAMM, *Der Landvogt Peter von Hagenbach. Die burgundische Herrschaft am Oberrhein 1469-1474*, Göttingen, Musterschmidt, 1957.

potenti cittadini » (*Discorsi*, I, 7). Credo che a ragione si sia suggerito che dietro alla « provvisione », vale a dire al progetto di legge sulla giustizia penale, più precisamente sui processi per « superchierie, violenze, omicidi et casi di stato », che il Gonfaloniere Piero Soderini propose nel dicembre 1510 all'approvazione dei Signori e poi del Consiglio degli ottanta, scontrandosi poi reiteratamente con l'opposizione del Consiglio maggiore, fino a doverla ritirare, ci fosse la penna e l'intelligenza di Machiavelli ⁽³²⁾. Si trattava di misure volte a contrastare la paralisi dei processi e il controllo che l'oligarchia medica esercitava sulla magistratura degli Otto e dei Conservatori di leggi onde sottrarre al giudizio i propri membri. Che nel passo del settimo capitolo del libro primo dei *Discorsi* il riferimento sia proprio a questo conflitto è evidente: « Perché lo accusare uno potente a otto giudici in una repubblica non basta: bisogna che i giudici siano assai, perché i pochi sempre fanno a modo de' pochi » ⁽³³⁾.

Nella stagione moderna della monarchia, tradizionalmente e impropriamente detta 'assolutistica', s'espande l'ambito del penale e si afferma, con la transizione dalla « giustizia penale negoziata » alla « giustizia egemonica di apparato », il « paradigma dell'infrazione politica » ⁽³⁴⁾. La politicizzazione della giustizia viene ora a dipendere da una nuova concezione che sposta la « rilevanza penale di un atto o di un comportamento dal piano del danno a quello della

⁽³²⁾ G. CADONI, *Il Cerretani, Machiavelli e una provvisione sulla giustizia penale*, in ID., *Lotte politiche e riforme istituzionali a Firenze tra il 1494 e il 1502*, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 1999, pp. 237-45. Cfr. Bartolomeo CERRETANI, *Dialogo della mutazione di Firenze*, a cura di R. Mordenti, Roma 1990 e ID., *Storia fiorentina*, a cura di G. Berti, Firenze 1993.

⁽³³⁾ Sulle critiche all'ordinamento giudiziario fiorentino si veda *Discorsi*, I, 8. Anche nel *Discursus florentinarum rerum* si sostiene che « li pochi cittadini non hanno ardire di punire gli uomini grandi; e perciò bisogna che a tale effetto concorressino assai cittadini, acciocché il giudicio si nasconda, e, nascondendosi, ciascuno si possa scusare ». Sul punto anche G. SASSO, *Niccolò Machiavelli*, vol. I, *Il pensiero politico*, Bologna, il Mulino, 1993, pp. 544-49.

⁽³⁴⁾ Cfr. F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985, M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi ed istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, il Mulino, 1989, M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, il Mulino, 1991, G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, cit., M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-207.

disobbedienza, il che corrisponde all'estensione dello schema dell'infrazione politica a ogni violazione penale di qualche rilievo » (35). Alla politicità della giustizia legata alla negoziazione comunitaria, con i suoi complessi meccanismi di inclusione ed esclusione, subentra ora la politicità di una giustizia pubblica, che opera per inquisizioni generali e incoraggia le accuse perché i delitti non restino impuniti. Mutano le pratiche e i riti della giustizia: ma mutano perché intanto muta anche la concezione della politica che informa il suo nuovo soggetto, lo Stato moderno.

Per la teoria politica moderna, anche su questo punto portata a vertici di perentorietà analitica da Hobbes, gli atti di ostilità compiuti contro l'assetto dello Stato « costituiscono crimini maggiori dei medesimi atti compiuti contro privati, poiché il danno si estende a tutti » (36). La verticalizzazione del rapporto politico permette di distinguere due tipi di giustizia, quella che intercorre tra il sovrano e i sudditi e quella che riguarda i rapporti tra i sudditi: il primo definisce l'ambito della giustizia politica, o meglio l'ambito entro il quale si può dare l'asservimento di procedure giudiziarie a fini politici. « Dalla *perduellio* dell'epoca romana, al *crimen lesae majestatis* dell'era medievale, ai delitti contro la personalità dello Stato dell'epoca moderna, il reato politico si caratterizza essenzialmente per l'asprezza e severità della risposta repressiva » (37). Ma accanto a questo elemento, che si accresce con il perfezionamento dell'apparato repressivo dello Stato, acquista rilevanza l'intensificazione del processo di giuridificazione del conflitto politico.

Diventano a questo punto evidenti le ragioni per cui la tematizzazione della giustizia politica s'inscrive nello spazio della statualità moderna. Essa infatti presuppone ad un tempo la giuridifica-

(35) M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 178. Ivi, p. 181: « Lo spostamento di *focus* dal danno alla disobbedienza, che contamina la risposta penale col tipo dell'infrazione politica, spiana la strada alla logica della *prevenzione*, col suo corteo di sospetti e pregiudizi ». Sulla giustizia politica come giustizia preventiva si dovrebbe aprire un apposito capitolo, che condurrebbe alla questione del *diritto penale del nemico*, che questa trattazione per cenni non consente trattare.

(36) T. HOBBS, *Leviatano*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 251.

(37) A. GAMBERINI, R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico. Considerazioni introduttive*, in ID. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, Monduzzi, 2007, p. 9.

zione del vincolo di obbedienza, la pubblicizzazione del diritto penale, la neutralizzazione politica del potere giudiziario, la delimitazione a fini di autoprotezione della sfera degli *arcana imperii*. Solo dopo l'istituzione di procedure formalizzate diventa inevitabile il ricorso al concetto ogni qualvolta la logica del pubblico e la logica del segreto entrino in conflitto, anche se proprio la formalizzazione delle procedure penali è concetto storicamente relativo. Nella considerazione della giustizia politica l'accento spesso non cade sulla dimensione dibattimentale, pubblica, del processo, ma su quella istruttoria, che si svolge nella dimensione del segreto.

Un'indagine a tutto campo del problema entro la cornice della modernità dovrebbe prendere le mosse dalla distinzione tra una giustizia politica *ex parte principis* e una giustizia politica *ex parte populi*. La prima è imperniata sull'autodifesa del potere sovrano e opera attraverso la criminalizzazione di ogni comportamento lesivo del nesso tra protezione e obbedienza, a partire dal *crimen laesae maiestatis*. Con la giustizia rivoluzionaria si celebra invece il processo all'oppressione sociale ⁽³⁸⁾. Il processo rivoluzionario offre l'esemplificazione di quello che è stato chiamato processo di rottura, anche se — è stato precisato — « processo di rottura, processo di connivenza non rappresentano che schemi, la rottura non è mai totale, la connivenza mai perfetta » ⁽³⁹⁾. Alla giustizia rivoluzionaria subentrerà nel XIX secolo quella controrivoluzionaria, che ha nel *Code pénal* napoleonico del 1810 il suo paradigma di riferimento, segnato com'è dal « disegno politico cesarista che principalmente lo ispirava: difender l'ordine sociale e quello pubblico, proteggere lo Stato e il governo, dissuadere e intimidire, minacciare e scoraggiare » ⁽⁴⁰⁾.

La giustizia politica svolge poi un ruolo di primo piano tra le pratiche di dissimulazione dei propri intenti politici da parte degli Stati autoritari e totalitari, in un'età in cui l'accettazione dello Stato di diritto e della democrazia sembra godere ormai di un consenso universale. La peculiarità della giustizia totalitaria consiste nell'estrema perversione dello strumento giudiziario, posto al servizio

⁽³⁸⁾ Cfr. H. M. ENZENSBERGER (a cura di), *Freisprüche. Revolutionäre vor Gericht*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1973.

⁽³⁹⁾ J. M. VERGÈS, *Strategia del processo politico*, Torino, Einaudi, 1969, p. 16.

⁽⁴⁰⁾ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., pp. 191-92.

di una politica che si pretende assoluta e se ne serve per attuare arbitrarie persecuzioni. Alla sua variante staliniana va attribuita la specificità di aver portato il processo di connivenza di tradizione inquisitoriale a vertici d'insuperabile perversione. Alla natura di ogni regime totalitario appartiene comunque il suo essere istituzionalizzazione della guerra civile: in questo i tribunali svolgono una funzione essenziale. « All'essenza della guerra civile — ha sentenziato Carl Schmitt — è proprio l'assoggettamento alla giurisdizione del nemico » ⁽⁴¹⁾.

Il totalitarismo lascia strascichi rilevanti proprio per quanto concerne la giustizia politica. Se i processi dei regimi totalitari sono una perversione della giustizia, i processi contro i crimini dei regimi totalitari mettono drammaticamente a nudo i limiti della giustizia storica. Da un lato appare abnorme imputare la colpa a un intero popolo perseguendo una strategia di criminalizzazione collettiva. *Societas delinquere non potest*. Dall'altro però la funzionale macchina totalitaria dell'intimidazione, della delazione e del sospetto rende problematica l'individualizzazione delle responsabilità e favorisce, negli individui alla mercé di una banda criminale che li ha sottomessi e terrorizzati, meccanismi di autoassoluzione ⁽⁴²⁾.

Tra gli strascichi del totalitarismo vanno annoverate le epidemie di giustizia sommaria, di quella *giustizia privata*, messa in atto da gruppi armati irregolari — illegali per il precedente ordinamento e spesso non legalizzati dal nuovo — o semplicemente da individui contro altri individui per motivazioni in cui elementi politici possono intrecciarsi a vendette personali, che sfocia in una catena di omicidi extralegali. Ciò è accaduto regolarmente nel mondo antico e nelle età seguenti — e le pagine degli storici classici sono una miniera di esempi —, in Europa e in ogni altra parte del mondo; è accaduto in Francia dopo il 1815, e nuovamente in Francia, in Belgio, in Italia al termine della Seconda guerra mondiale ⁽⁴³⁾; ma soprattutto è accaduto in Europa orien-

⁽⁴¹⁾ C. SCHMITT, *Ex captivitate salus. Esperienze degli anni 1945/47*, Milano, Adelphi, 1987, p. 59.

⁽⁴²⁾ H. VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

⁽⁴³⁾ J. ELSTER, *Chiudere i conti*, cit., p. 141.

tale alla fine della seconda guerra mondiale, quando milioni di tedeschi vennero cacciati dalla Polonia e dall'Europa orientale, centinaia di migliaia di civili furono detenuti in condizioni disumane e di quelli (militari e civili) che vennero deportati in Urss oltre un terzo non sopravvisse ⁽⁴⁴⁾.

L'infinita casistica storica non fa che mostrare come sempre in situazioni di transizione i desideri di vendetta di origine emotiva risultino più forti del desiderio di realizzare quanto è prescritto dalla giustizia imparziale. La misura dello scatenamento o del contenimento di tali desideri di vendetta sarà condizionata da una molteplicità di fattori, fra i quali tre rivestono un ruolo preponderante: *a*) il tasso di violenza arbitraria e di crudeltà imputabile al precedente regime o a determinati settori di esso; *b*) la tempestività del nuovo regime o dei suoi attori più significativi nel riprendere il controllo della situazione e imporre regole giuridiche condivise; *c*) il grado di interiorizzazione delle norme giuridiche o, per converso, il tasso di anomia presente nella popolazione. Quello che qui si può semplicemente rilevare è il fatto che, in presenza di pandemie di violenza, la vendetta precede e spesso ancora accompagna la resa dei conti giudiziaria. Quest'ultima, a voler considerare le cose con il necessario disincanto, costituisce *anche* una legittimazione *ex post* di quelle azioni di vendetta ⁽⁴⁵⁾.

Proscrizioni ed epurazioni sono state storicamente fenomeni che hanno accompagnato la resa dei conti violenta nel passaggio da un regime ad un altro, costituendo anzi una continuazione della resa dei conti con altri mezzi (meno violenti). Ma si distinguono da questa anche per un'essenziale differenza. Se di giustizia in riferimento alla resa dei conti si può parlare solo nel senso di una forma arcaica di giustizia, che risponde alla logica della legge del taglione (il nucleo originario della giustizia retributiva), nel caso delle epurazioni abbiamo a che fare con misure che rientrano nell'ambito della *giustizia politica*, o di quella che Elster definisce « giustizia politica pura »,

⁽⁴⁴⁾ Cfr. A.-M. DE ZAYAS, *Anmerkungen zur Vertreibung der Deutschen aus dem Osten*, Stuttgart, Kohlhammer, 1993; G. CRAINZ, R. PUPO, S. SALVATICI (a cura di), *Naufraghi della pace. Il 1945, i profughi e le memorie divise d'Europa*, Roma, Donzelli, 2008.

⁽⁴⁵⁾ Sul tema J. SACK, *An Eye for an Eye*, New York, Basic Books, 1993.

intendendo quelle situazioni in cui «l'esecutivo del nuovo sistema politico (o della potenza occupante) individua i responsabili dei torti e decide come essi debbano essere trattati in modo unilaterale e senza possibilità d'appello» (46).

Per quanto si sia sostenuto con buone ragioni, ma anche con una certa esagerazione, che con il XX secolo sia prevalsa la tendenza alla criminalizzazione del nemico (e quindi a concludere, o piuttosto a continuare, le guerre con processi), le amnistie hanno svolto un ruolo importante anche nella storia recente. È nota la diagnosi schmittiana, secondo cui con i procedimenti giudiziari del dopoguerra in Germania e in altri paesi europei si sia resa impossibile la via dell'amnistia e si sia invece aperta la strada ad una guerra civile fredda (47). Helmut Quaritsch ha ripreso, con qualche temperamento, tale diagnosi. Essa tuttavia è nella sostanza fuorviante, perché disconosce il peso che ebbero le amnistie nel dopoguerra europeo, inclusa la Germania di Adenauer (48). Anche la guerra civile italiana terminò con un'amnistia; anzi essa giunse prima che gli ultimi strascichi della resa dei conti partigiana venissero soffocati dal ritorno alla normalità democratica (49).

3. Se, come si è argomentato fin qui, la giustizia politica ha dominato la storia dal mondo antico fino alla stabilizzazione del mondo moderno, essa è tornata ad essere protagonista, sia pure in forme diverse e in larga misura anche innovative, nel «secolo breve». Al tema si era accostato nell'immediato secondo dopoguerra, in virtù del suo coinvolgimento nelle attività di denazificazione, un gruppo di giuristi e politologi di origine tedesca come Karl Loewenstein, Franz Neumann, Ernst Fraenkel, Otto Kirchheimer, Robert Kempner: tutti consapevoli che prima di avviare la *reeducation* della Germania occorresse procedere ad una resa dei conti in

(46) J. Elster, *Chiudere i conti*, cit., p. 124.

(47) Cfr. C. SCHMITT, *La guerra civile fredda*, in *Scritti politico-giuridici 1933-1942*, Perugia, 1983.

(48) Cfr. N. FREI, *Vergangenheitspolitik*, cit.

(49) Per il caso italiano M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti. 22 giugno 1946: colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano, Mondadori, 2006. Cfr. L. KLINKHAMMER, *Prefazione. Dal perdono all'amnistia*, in F. FOCARDI, *Criminali di guerra in libertà. Un accordo segreto tra Italia e Germania federale, 1949-55*, Roma, Carocci, 2008, pp. 17 ss.

forma giudiziaria con il passato criminale. Protagonista intellettuale nella fase della preparazione del processo di Norimberga è sicuramente Franz Neumann, che con la pubblicazione della sua dettagliata analisi del sistema di potere nazionalsocialista (al suo apparire *Behemoth* destò notevole attenzione tra i *decisionmakers* dell'amministrazione americana) diede un apporto fondamentale alla predisposizione dei capi d'accusa in base ai quali le *élites* naziste sarebbero state giudicate a Norimberga ⁽⁵⁰⁾. Entrando nel 1942 con John H. Herz, Herbert Marcuse e lo stesso Neumann in quell'*Office of Strategic Services*, cui era delegata la funzione di preparare il processo di riconversione delle istituzioni e della società tedesca alla democrazia, sarebbe stato però Otto Kirchheimer a mettere mano a quel laboratorio di ricerca sulla giustizia politica destinato a condurre alla pubblicazione, nel 1961, del suo lavoro di maggior impegno storico e teorico ⁽⁵¹⁾.

Fra le sue opere, quella apparsa in edizione americana con il titolo *Political Justice* nel 1961 e in edizione tedesca, lievemente riveduta, come *Politische Justiz*, nel 1965, resta la meno studiata. Per anni Kirchheimer sarebbe rimasto l'autore che ha diagnosticato la crisi di Weimar in termini di « costituzione senza sovrano », o che ha studiato il partito massa del dopoguerra, il *catch all party* americano ⁽⁵²⁾. Ma l'opera sulla giustizia politica, cui ha dedicato l'ultima fase della sua attività di studioso e il periodo più fecondo del suo

⁽⁵⁰⁾ La rilevanza di Neumann nella preparazione del processo di Norimberga concerne non solo la sua analisi del sistema di potere nazista consegnata alle pagine di *Behemoth*, ma anche il suo ruolo di coordinatore del gruppo che doveva selezionare il materiale documentario per l'accusa del procuratore Jackson: cfr. J. PERELS, *Die Konzeption der Nürnberger Prozesse. Der Beitrag Franz L. Neumanns*, in Id. 2004, pp. 93-105. Se significativo fu il ruolo svolto da Neumann e da altri studiosi nella preparazione del *prosecutorial bullet* del processo di Norimberga, la loro influenza sullo svolgimento diretto del processo fu invece, come ha rilevato Telford Taylor, piuttosto esigua. Per un'analisi pionieristica dei processi ai criminali di guerra cfr. comunque F. L. NEUMANN, *The War Crime Trials*, « World Politics », 2, 1949, pp. 135-147: in questo saggio l'autore di *Behemoth* avanzava una previsione, che si sarebbe rivelata realistica, sulla scarsa incidenza del costruito accusatorio messo a punto a Norimberga sulla successiva giurisprudenza tedesca in materia di crimini nazisti.

⁽⁵¹⁾ O. KIRCHHEIMER, *Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken*, Frankfurt a. M., Europäische Verlagsanstalt, 1981.

⁽⁵²⁾ Cfr. O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e co-*

insegnamento americano, resta quella che meglio condensa la sua lezione. In essa Kirchheimer mostra come il processo politico, con la teatralizzazione delle procedure, assolve a una pluralità di funzioni: valere come tribuna per isolare l'avversario politico e stigmatizzarlo, fungere da legittimazione delle misure del potere volte a neutralizzare il nemico, favorire l'autolimitazione (almeno apparente) del potere politico nel perseguire gli avversari: chi fa ricorso ai tribunali come strumenti di epurazione giuridica per ciò stesso rinuncia ad altre forme, più cruento o comunque meno controllabili, di epurazione e persecuzione politica ⁽⁵³⁾. « Parliamo di giustizia politica quando procedure giudiziarie vengono utilizzate per fini politici. Lo scopo politico può essere rivoluzionario o conservatore, può servire un interesse pressante di chi detiene il potere, ovvero nascere dalla pura e semplice arroganza di chi ne ha la pienezza. Per noi non si tratta della legittimazione di coloro che arrivano all'affermazione per via giudiziaria delle loro pretese di potere, ma semplicemente del fatto che per questo fine viene scelta la via di una procedura giudiziaria » ⁽⁵⁴⁾.

Non deve sorprendere che sia stato uno studioso come Otto Kirchheimer a scrivere l'opera più importante della letteratura novecentesca sulla giustizia politica. Giurista di formazione approdato alla scienza politica, allievo di Carl Schmitt — un critico intransigente non solo delle strumentalizzazioni politiche del potere giudiziario ma soprattutto della dialettica di criminalizzazione del nemico immanente ad ogni guerra civile ⁽⁵⁵⁾ — e al tempo stesso criticamente consapevole dei presupposti ideologici della sua dottrina, passato attraverso le esperienze della politicizzazione della giustizia nella repubblica di Weimar (dove aveva operato nella

stituzionale, a cura di A. Bolaffi, Bari, De Donato, 1982 e A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, Donzelli, 2002, pp. 3-94.

⁽⁵³⁾ O. KIRCHHEIMER, *Politische Justiz*, cit., pp. 607-8.

⁽⁵⁴⁾ O. KIRCHHEIMER, *Giustizia politica*, a cura di R. Racinaro, Macerata, liberilibri, 2002, p. 3. Cfr. ID., *Politische Justiz* cit., p. 80 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Glossario*, a cura di P. Dal Santo, Milano, Giuffrè, 2001, p. 331: « l'arroganza della giustizia penale [...] e della giurisdizione penale nei confronti del nemico è un crimine. La forma del diritto e della procedura giuridica riduce il diritto a mero bottino del vincitore. Questo è il genere più spudorato di rapina e di saccheggio. Il nemico non viene più nemmeno rispettato in quanto nemico ».

cerchia di quei giuristi d'orientamento socialdemocratico che si erano raccolti, con Gustav Radbruch, Hugo Sinzheimer, Ernst Fraenkel, Robert Kempner, Emil J. Gumbel, Theodor Lessing, Wilhelm Hoegner, attorno alla rivista «Justiz», espressione del «Republikanischer Richterbund»), analista della perversione della giustizia nei regimi totalitari dal *Volksgerichtshof* nazista ai processifarsa staliniani, osservatore attento dei processi di Norimberga e dei conseguenti processi di denazificazione, ma anche testimone negli Stati Uniti dei processi politici degli anni della «caccia alle streghe», Kirchheimer si era venuto a trovare, negli anni del dopoguerra, nella posizione ideale per affrontare un tema che le tradizionali dottrina dello Stato e scienza del diritto penale erano sempre state restie ad analizzare.

Gli anni della sua formazione a Weimar erano stati gli anni in cui il matematico e statistico Emil Julius Gumbel, un pacifista impegnato nella causa della riabilitazione delle vittime della leggenda della «pugnolata alle spalle», denunciava l'uso politico della giustizia. Dei delitti politici (omicidi) accaduti nel biennio rosso tedesco a partire dal novembre 1918 — aveva mostrato Gumbel —, 314 erano imputabili alla destra, e vennero puniti con un solo ergastolo e complessivamente 31 anni e 3 mesi di pene detentive; 13 erano imputabili alla sinistra, e furono puniti con 8 condanne a morte e 176 anni e 10 mesi di pene detentive⁽⁵⁶⁾. Gumbel si chiedeva come ciò potesse essere possibile in uno dei paesi più civili d'Europa ed entro la cornice democratica della costituzione di Weimar. Dopo la repressione della *Räterepublik*, la Baviera si era dotata con legge del 12.7.1919 (*Gesetz betreffend die Einsetzung von Volksgerichten bei inneren Unruhen*) di tribunali speciali (*Volksge-*

(56) Cfr. E. J. GUMBEL, *Vier Jahre politischer Mord* (1922), Heidelberg, das Wunderhorn, 1980, Id., *Verschwörer. Zur Geschichte und Soziologie der deutschen nationalistischen Geheimbünde 1918-1924*, Heidelberg, das Wunderhorn, 1979; H. HANNOVER, E. HANNOVER-DRÜCK, *Politische Justiz 1918-1933*, Frankfurt a. M., Fischer, 1966; M. BÖTTGER, *Der Hochverrat in der höchstrichterlichen Rechtssprechung der Weimarer Republik: Ein Fall politischer Instrumentalisierung von Strafgesetzen?*, Frankfurt a. M., Lang, 1998. Sui dibattiti di Weimar si veda anche H. GRUNWALD, *From Courtroom to 'Revolutionary Stage'. Performing Ideology in Weimar Political Trials*, in G. WAMHOF (a cura di), *Das Gericht als Tribunal oder: Wie der Ns-Vergangenheit der Prozess gemacht wurde*, Göttingen, Wallstein, 2009, pp. 41-52.

richte), che sarebbero diventati lo strumento da un lato per perseguire i sostenitori della Repubblica e dall'altro per proteggere i suoi nemici. Contro le sentenze di tali tribunali composti da giurati elettivi non era possibile fare ricorso ⁽⁵⁷⁾.

Alla giustizia totalitaria del regime nazista Kirchheimer dedicava naturalmente nella sua opera ampia attenzione, anche in considerazione del fatto che durante i 12 anni di regime la magistratura aveva comminato almeno 35.000 condanne a morte: ruolo di primo piano sarebbe spettato in questa resa dei conti giudiziaria (vera e propria istituzionalizzazione di una guerra civile) al *Volksgerichtshof* ⁽⁵⁸⁾. Il capitolo centrale, perché più innovativo (anche se i processi-farsa non furono un'invenzione dei regimi totalitari ⁽⁵⁹⁾), sulla giustizia totalitaria è scritto comunque, riconosce Kirchheimer, dal potere sovietico: *a*) per la sua durata, che vede praticamente finoltre la morte di Stalin susseguirsi, sia pure con diversa intensità, processi politici, *b*) per la sua capacità di imporre la pratica anche nei paesi satelliti, *c*) per il dato quantitativo smisurato di procedimenti, di condanne, di vittime, *d*) per il dato qualitativo dell'intensità e della peculiarità (le manipolazioni naziste non erano arrivate a questi livelli). I processi-farsa staliniani costituiscono, con i campi di sterminio nazisti, l'elemento epifanico del totalitarismo. In essi si raggiunge il culmine della degradazione intellettuale. Hannah Arendt ne aveva colto il significato in *The Origins of Totalitarianism* analizzando il ruolo dell'ideologia; Kirchheimer si concentra ora sulle tecniche del processo politico ⁽⁶⁰⁾.

L'interesse di Kirchheimer per il complesso della giustizia politica era ravvivato però dai processi svoltisi negli Stati Uniti, quindi nel paese campione della democrazia occidentale, nel corso degli

⁽⁵⁷⁾ E. J. GUMBEL, *Verschwörer. Zur Geschichte und Soziologie der deutschen nationalistischen Geheimbünde 1918-1924*, a cura di K. Buselmeier, Heidelberg, das Wunderhorn, 1979, p. 118: « Die Volksgerichte sind für fast alle politische Prozesse zuständig. Dies widerspricht dem Strafprozeßrecht und der Gerichtsverfassung, denn für Hoch- und Landesverrat ist nach beiden Gesetzen das Reichsgericht zuständig [...]. Das Gericht ist ein Schöffengericht, doch ist dieser demokratische Anstrich nur ein Mittel, um der Zusammensetzung des Gerichtshofes in jedem Fall sicher zu sein ».

⁽⁵⁸⁾ K. FREUDIGER, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, cit., p. 297.

⁽⁵⁹⁾ O. KIRCHHEIMER, *Politische Justiz*, cit., p. 155.

⁽⁶⁰⁾ O. KIRCHHEIMER, *Politische Justiz*, cit., pp. 151 ss., 420 ss.

anni '50. La storia della giustizia politica del XX secolo non si limitava per lui alle dittature e ai regimi totalitari. Dal caso Dreyfus al *red scare* del primo dopoguerra al maccartismo della guerra fredda il suo interesse era attratto anche da una lunga serie di processi politici svoltisi entro la cornice di democrazie liberali. Questi processi perseguivano il duplice obiettivo di ripulire l'amministrazione o le agenzie governative da potenziali nemici (le quinte colonne del totalitarismo avanzante) e di impedire, come nel caso del maccartismo, il divorzio tra la società e una classe politica impegnata in una sfida ideologica a livello internazionale ⁽⁶¹⁾.

Kirchheimer interviene ancora con il suo libro sulla giustizia politica dei primi tre lustri della *Bundesrepublik*, come attesta il suo libro ma anche il breve *Nachwort* postumo ad un saggio militante di Lutz Lehmann ⁽⁶²⁾. Kirchheimer rilevava che in uno Stato di diritto il livello di garanzie era ben altrimenti elevato, ma « questo non significa ancora che in uno Stato di diritto non vi sia alcun problema di giustizia politica ». La strumentalizzazione della funzione giudiziaria avviene altresì agendo sulla selezione del personale giudiziario, il che consente al detentore del potere politico di garantirsi la fedeltà del ceto giudiziario. Centrale è poi il ruolo della pubblica accusa. La decisione circa l'opportunità di portare un caso al giudizio di un tribunale resta di norma, anche in un sistema democratico, nelle mani del potere politico. La fondamentale differenza rispetto ai regimi totalitari consisteva nel fatto che da fattore di controllo dell'opinione pubblica e di stabilizzazione della lealtà i processi politici divengono fattore d'incertezza: « i governi degli Stati di diritto non sono incondizionatamente nella situazione di poter calcolare in precedenza il punto di approdo di tali processi penali. Non possono impedire all'accusato di presentare prove non autorizzate, né hanno sufficiente influenza sui tribunali per ottenere

⁽⁶¹⁾ Per una ricostruzione recente cfr. M. FLORES, *L'età del sospetto. I processi politici della guerra fredda*, Bologna, il Mulino, 1995, pp. 284-89.

⁽⁶²⁾ O. KIRCHHEIMER, *Nachwort*, in L. LEHMANN, *Legal & Opportun. Politische Justiz in der Bundesrepublik*, Berlin, Voltaire Verlag, 1966, pp. 282-86. Qui Kirchheimer sostiene che parlare di perversione dello Stato di diritto in riferimento ai fatti analizzati nel volume sarebbe fuori posto, occorrerebbe piuttosto parlare di « Überwachungsstaat », in riferimento al quale anche il significato della giustizia politica va ridefinito.

sempre i risultati sperati » (63). Nello Stato di diritto democratico il processo politico rischia pertanto sempre di diventare uno strumento che fa il gioco delle opposizioni.

4. Attraverso la contestualizzazione storica si può dunque ricavare una pluralità di accezioni, anche sensibilmente differenti, del termine « giustizia politica ». Ma non è inutile, giunti a questo punto della trattazione, provare a riproporne, a fronte della molteplicità degli usi, una definizione analitica che tenga conto delle varianti più rappresentative. Per giustizia politica si possono allora intendere fondamentalmente tre cose distinte: innanzitutto l'uso del potere giudiziario per il conseguimento di fini politici — la liquidazione di una classe politica o di un partito avverso, la legittimazione o la delegittimazione di un regime politico; in secondo luogo quei procedimenti giudiziari che hanno per oggetto violazioni del diritto politicamente rilevanti compiute da detentori di pubblici poteri nell'esercizio delle loro funzioni; infine, nell'accezione più ristretta e tecnica del termine, quei procedimenti in forma giudiziaria in cui politico è anche l'organo giudicante (come nel caso di un'assemblea legislativa chiamata a pronunciarsi su violazioni delle leggi ordinarie o costituzionali da parte di altri organi dello Stato). *Giustizia politica in senso forte* dovrebbe essere definita la prima; di *giustizia politica in senso debole* si può invece trattare in riferimento alle altre due. Ma una tale qualificazione può risultare ingannevole. Sotto il denominatore comune dell'uso del potere giudiziario per il conseguimento di fini politici possono essere fatte rientrare le più diverse fattispecie — dalla giustizia di classe alla giustizia totalitaria alla giustizia costituzionale. Di giustizia politica in senso forte e in senso debole, inoltre, si può parlare, e in effetti si parla, anche in una più specifica accezione.

Si deve allora chiarire una volta per tutte che la persistente ambiguità dell'espressione ha innanzitutto a che fare con la sottostante fondamentale duplicità di significato del termine politica. La storia del concetto attesta infatti la permanente contrapposizione tra un'idea di politica incentrata sulla lotta che prevede il ricorso alla violenza per la liquidazione del nemico, dunque sul *conflitto* in

(63) O. KIRCHHEIMER, *Giustizia politica*, cit., p. 7.

quanto antagonistico (in definitiva non eludibile e decisivo in ultima istanza), e una nozione di politica come *neutralizzazione del conflitto*, secondo la quale essa persegue l'integrazione e la ricomposizione della società attraverso le norme dettate da un potere finalizzato al perseguimento dell'interesse generale o del bene comune (e in nome di questo legittimantesi). Questa dicotomia trova espressione fin dal mondo antico nel dialogo tra Clinia cretese e il Forestiero ateniese nel primo libro dei *Nomoi* di Platone, dove si fronteggiano una concezione dell'ordine politico orientato in vista della guerra e una concezione dell'ordine predisposto in funzione della pace. Con accenti che anticipano addirittura il realismo di un Thomas Hobbes e la sua trattazione dello stato di natura come condizione del *bellum omnium erga omnes*, Platone mette in bocca a Clinia la tesi, misconosciuta dai più, che ogni *polis* si trova perennemente in guerra con tutte le altre: « Sì, perché quella che la maggioranza chiama pace, non è che un nome: di fatto ogni Stato (*polis*), per sua stessa natura, si trova sempre con tutti gli altri in guerra non proclamata ». All'argomento di Clinia, che s'interroga sul senso della politica adottando la prospettiva, per riprendere una metafora dello stesso Platone, dello « stratega », il Forestiero ribatte assumendo il punto di vista del « tessitore », di chi lavora alla ricomposizione di un tessuto lacerato dalla guerra civile (*stasis*), quindi alla (ri)costituzione dell'unità. Vero politico sarebbe, secondo questo modo di vedere, « il giudice che presa a curare una famiglia discorde, senza mettere a morte nessuno, ne riconciliasse i membri e, dando loro leggi, riuscisse per l'avvenire a far sì che costoro vivessero in una reciproca durevole amicizia » (64).

È evidente che da queste opposte concezioni della politica si possono dedurre due accezioni diverse e divergenti di giustizia politica. Quando il concetto è usato in senso forte, come mostrano le considerazioni svolte fin qui, sottintesa è la nozione conflittuali-

(64) PLATONE, *Nomoi*, 626-628; « è nella pace che bisogna vivere, e meglio che si potrà, la maggior parte della propria esistenza » (ivi, 803d). La distinzione si riflette anche nell'articolazione delle classi politiche della *polis* platonica come delineata in *Repubblica*, in cui separate appaiono la classe dei guardiani che hanno compiti di governo e la classe dei guardiani ausiliari che hanno compiti di guerra e difesa. Ma la contrapposizione è anche in ARISTOTELE, *Pol.* 1324b. Sugli sviluppi moderni di questa distinzione cfr. M. BOVERO, *Etica e politica tra machiavellismo e kantismo*, in « Teoria politica », 5 (1988), n. 2, p. 55 ss.

stica di politica (il politico in senso schmittiano, definito attraverso il ricorso al criterio amico/nemico), quando l'espressione è adoperata in senso debole, e ad esempio si parla di giustizia politica a proposito di sentenze di una Corte costituzionale o di tribunali orientati a implementare il contenuto programmatico del dettato costituzionale a fini d'integrazione (nel senso smendiano ⁽⁶⁵⁾), sottintesa è la nozione costituzionalistica di politica (politica come attività che dà ordine alla *politeia*). Ma è altrettanto evidente che l'ambivalenza delle posizioni, delle pratiche e delle decisioni dipende dal fatto che si danno situazioni intermedie, in cui la *costituzione* dell'unità presuppone l'esclusione, come nel caso di una Corte costituzionale che si pronuncia sull'incostituzionalità di determinati partiti, mettendoli con ciò stesso fuori dal gioco politico.

Ciò che in ogni caso rende così cangiante il profilo della giustizia politica è il suo collocarsi tra la dimensione della personalizzazione della lotta politica e quella della formalizzazione delle procedure di esclusione. A un livello profondo, il processo politico serve a costruire, in qualche modo a "inventare", il nemico, elaborando ipotesi cospiratorie e orientando in una direzione anziché in un'altra la competizione. Serve a togliere dall'astrattezza il conflitto e a dare un volto concreto al nemico. Nella lotta politica interna è importante che il nemico cessi di essere invisibile, che gli venga strappata la maschera, che ne siano denunciate le frodi. La giustizia politica è in ogni regime la rappresentazione pubblica della pericolosità e insieme dell'estrema vulnerabilità del nemico interno. Il nemico processato è un nemico sconfitto, prigioniero, sottoposto a interrogatori e ridotto in condizione d'impotenza d'offendere.

Questo elemento appare con particolare evidenza se si prende in considerazione lo scenario premoderno. All'interno delle istituzioni d'antico regime la giustizia politica si connota in primo luogo per il suo sistema ufficiale di spionaggio, per il favoreggiamento delle denunce e per le sommarie procedure inquisitorie. « Gli elementi

(65) Cfr. R. C. VAN OUYEN, *Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, Id., *Politik und Verfassung. Beiträge zu einer politikwissenschaftlichen Verfassungslehre*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.

decisivi erano, dal punto di vista oggettivo, l'esclusione dagli uffici di tutte le famiglie con tenore di vita cavalleresco, il loro obbligo di garanzia della buona condotta, la responsabilità dell'intera schiatta per ogni membro, delle leggi penali speciali per i reati politici dei magnati e specialmente per le offese all'onore di un popolano, il divieto di acquistare beni immobili confinanti con quelli di un popolano senza il suo consenso »⁽⁶⁶⁾. Ma tutta la storia moderna dell'invisibilizzazione del potere e della formalizzazione del diritto mostra come a quest'ampia gamma di dispositivi persecutori altri e più raffinati se ne siano aggiunti proprio grazie all'apporto creativo di giuristi e di giudici.

La giustizia politica ha a che fare con l'abuso del potere giudiziario come strumento politico, è una giustizia, si potrebbe dire in analogia con una tradizione di riflessione sul potere tirannico, *ex defectu tituli e quoad exercitium*. Ma, naturalmente, è sempre questione di gradi, e ogni analisi del problema della giustizia politica dovrebbe distinguere tra *perversione, corruzione e disposizione* del potere giudiziario ad opera del potere politico. In questi tre casi variano le modalità e le finalità della strumentalizzazione del potere giudiziario. In una teoria del male politico, è sempre bene distinguere tra incontinenza, malizia e matta bestialità.

In termini generali, di giustizia politica nell'età dello Stato di diritto si parla abitualmente in presenza dei seguenti indicatori: 1) arresti illegali, 2) ricorso a tribunali speciali, 3) collettivizzazione della colpa, 4) presunzione di colpa e inversione dell'onere della prova, 5) selezione non neutrale di giudici e giurati, 6) selezione arbitraria degli imputati, 7) violazione dei principi del contraddittorio, 8) impossibilità di ricorrere in appello, 9) estensione, abbreviazione o cancellazione dei termini di prescrizione, 10) applicazione di leggi retroattive⁽⁶⁷⁾. Ma, ancora una volta, è riscontrabile una pluralità di gradazioni nella politicizzazione della giustizia, e una pluralità di giudizi di valore sulla sua legittimità, anche in virtù della spesso ambivalente combinazione delle motivazioni che la sorreggono: « il desiderio di vendetta, il desiderio degli aspetti sostanziali della giustizia retributiva, e il desiderio di seguire, nell'implementazione della giu-

⁽⁶⁶⁾ M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. II, p. 610.

⁽⁶⁷⁾ J. ELSTER, *Chiudere i conti*, cit., p. 183 ss.

stizia sostantiva, principi proceduralmente corretti » (68). Jon Elster, che riassume in questi capi una fenomenologia quanto mai ampia, definisce per esempio *giustizia politica pura* quella che si dà « nei casi in cui l'esecutivo del nuovo sistema politico (o della potenza occupante) individua i responsabili dei torti e decide come essi debbano essere trattati in modo unilaterale e senza possibilità di appello » (69).

Sotto il profilo storico, resta comunque fondamentale la distinzione tra due costellazioni tipiche. A) La situazione in cui l'esercizio di funzioni politiche, legislative ed esecutive, e funzioni giudiziarie è sostanzialmente affidato alle stesse mani, e B) quella in cui è istituzionalizzata una « divisione dei poteri mediante specificazione e cioè mediante l'attribuzione di "funzioni" di potere specificamente differenti — determinati razionalmente nel senso della legalità (divisione costituzionale dei poteri) — a differenti titolari » (70). Occorre poi ulteriormente distinguere il caso (B1) in cui esiste una divisione funzionale dei poteri in condizioni però di strutturale dipendenza del potere giudiziario dal potere politico dal caso (B2) in cui la divisione funzionale dei poteri si accompagna al riconoscimento dell'indipendenza del potere giudiziario, pur nel quadro di una teoria che attribuisce al giudiziario il ruolo di un *pouvoir nulle*, il che di fatto ne limita l'autonomia e l'ambito di discrezionalità. È quest'ultima la situazione teorizzata dalla dottrina classica dello Stato di diritto, delineata nei suoi tratti di fondo da Montesquieu e da Kant ridefinita in termini rigorosi, in modo appunto da escludere l'evenienza di una giustizia politica (71).

(68) Ivi, p. 326.

(69) Ivi, p. 124. L'A. precisa che può essere fatta rientrare in questa forma di giustizia « la facoltà del potere esecutivo di decidere il destino dei responsabili anche dopo che essi siano stati giudicati e dichiarati colpevoli da qualche diverso organo dello Stato. Per esempio, nel 1945, de Gaulle fece ricorso al suo potere di grazia in moltissime occasioni ».

(70) M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 279. È bene tener sempre presente come Weber in questo contesto precisi che, se anche la « divisione dei poteri fondata su una statuizione (cioè sulla costituzione) » risulti « senz'altro moderna », la « divisione dei poteri mediante specificazione non è incondizionatamente moderna. A questo tipo appartiene la separazione tra potere politico autonomo e potere ierocratico, entrambi autonomi, contrapposti al cesaropapismo o alla teocrazia. Anche le specifiche competenze delle magistrature romane possono essere considerate come una specie di "divisione dei poteri" » (ivi, p. 280).

(71) I. KANT, *Metafisica del diritto*, § 49, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 147: « né il

L'analisi del problema entro i sistemi politici contemporanei richiede probabilmente che si introduca ancora un'ulteriore distinzione. C'è una giustizia politica *ex parte principis* e una giustizia politica *ex parte judicis*. Infatti, accanto alla situazione paradigmatica (1) della strumentalizzazione del potere giudiziario da parte dei detentori del potere acquista rilevanza nel contesto delle democrazie contemporanee anche la situazione (2) in cui è il potere giudiziario ad assumere il ruolo di un contropotere politico. Quanto alla prima situazione paradigmatica, si possono distinguere due finalità fondamentali: 1a) l'uso che i detentori del potere politico fanno del potere giudiziario per combattere e mettere fuori gioco i propri oppositori; 1b) l'uso che i detentori del potere politico fanno del potere giudiziario per garantire l'impunità a se stessi e ai propri difensori (qui s'incontra il problema dell'impunità, che prevalentemente però è extragiudiziaria). Quanto all'uso e all'abuso che il potere giudiziario, nella cornice di una democrazia costituzionale, fa delle sue prerogative per contrastare il potere politico, si possono distinguere 2a) il caso in cui il potere giudiziario si pone al servizio di gruppi o poteri della società civile (in funzione « antipolitica ») o 2b) quello in cui si espone alla strumentalizzazione dell'opposizione parlamentare per rendere possibile un ricambio della classe politica secondo modalità inconsuete — appunto giudiziarie. Ma, come direbbe Max Weber, in rapporto a situazioni definite in termini di tipi ideali, i confini sono sempre fluidi.

sovrano dello Stato né colui che lo governa possono *giudicare*, ma possono soltanto istituire giudici come magistrati. Il popolo si giudica da sé per mezzo di quei suoi concittadini ch'esso nomina a questo effetto, con una libera scelta, come suoi rappresentanti, per ogni atto particolare. Infatti la decisione (la sentenza) è un atto particolare della giustizia pubblica (*iustitiae distributivae*) emesso da un amministratore dello Stato (giudice o tribunale) riguardo a un suddito, cioè ad un individuo che appartiene al popolo, e in conseguenza essa non è fornita di nessun potere atto a far riconoscere (ad assegnare) a questo individuo ciò che gli appartiene. Siccome tutti gli individui che compongono il popolo sono sotto questo rapporto (nel loro rapporto con il potere) meramente passivi, così ognuno di quei due primi poteri potrebbe, qualora decidesse nei casi in cui ci fosse contestazione intorno al "suo" di ognuno, agire ingiustamente verso i sudditi, perché non sarebbe il popolo a intervenire e pronunciare la sentenza sulla *colpevolezza* o *innocenza* dei propri concittadini ».

I nemici della città

GIULIANO MILANI

BANDITI, MALESARDI E RIBELLI.
L'EVOLUZIONE DEL NEMICO PUBBLICO
NELL'ITALIA COMUNALE (SECOLI XII-XIV)

1. Banditi: i nemici del comune. — 2. *Malesardi*: i nemici del bene comune. — 3. Ribelli e barattieri: i nemici di chi protegge il bene comune. — 4. Conclusioni: capacità coercitiva, obiettivi politici, nemici pubblici.

Negli ultimi dieci anni gli studi sul modo in cui i comuni trattavano i nemici interni sono stati numerosi. Una già consistente produzione, perlopiù in inglese e in francese, apparsa durante gli ultimi decenni del Novecento ⁽¹⁾, è stata affiancata da ricerche particolari e comparative, tentativi di sintesi, edizioni di fonti ⁽²⁾. Io

⁽¹⁾ R. STARN, *Contrary Commonwealth. The Theme of Exile in Medieval and Renaissance Italy*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press, 1982; J. HEERS, *Partiti e vita politica nell'Occidente medievale*, Milano, Mondadori, 1983 [ed. or. Amsterdam-New York-Oxford 1977]; *Exil et civilisation en Italie (XIIe-XVIe siècles)*, a cura di J. Heers e C. Bec, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1990; J. HEERS, *L'esilio, la vita politica, la società nel Medioevo*, Napoli, Liguori, 1997.

⁽²⁾ Le novità riguardano soprattutto la storia fiorentina. Tra gli studi particolari V. MAZZONI, *Il patrimonio fondiario e le strategie insediative della Parte Guelfa di Firenze nel primo trecento*, in « Archivio Storico Italiano », CLIV, 1996, pp. 3-32; ID., *Note sulla confisca dei beni dei ghibellini a Firenze nel 1267 e sul ruolo della Parte Guelfa*, in « Archivio Storico Italiano », CLVIII, 2000, pp. 3-28; ID., *Dalla lotta di parte al governo delle fazioni: i guelfi e i ghibellini del territorio fiorentino nel Trecento*, in « Archivio Storico Italiano » CLX, 2002, pp. 455-513.; e tra quelli generali C. SHAW, *The politics of Exile in Renaissance Italy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; C. KLAPISH ZUBER, *Ritorno alla politica. I magnati fiorentini, 1340-1440*, Roma, Viella, 2009 [ed. or. Paris 2006]; F. RICCIARDELLI, *The politics of Exclusion in early Renaissance Florence*, Turnhout, Brepols, 2007. Oggi disponiamo di ben tre edizioni dei due testi che occupano la maggior parte delle carte del cosiddetto Libro del Chiodo fiorentino: gli elenchi di banditi e confinati del 1268-1269 e le condanne del 1302: *Il libro del Chiodo*, a cura di F. Ricciardelli, Roma 1998; *Il Libro del Chiodo. Riproduzione in fac-simile e*

stesso, in un lavoro del 2003, ho provato a tracciare alcune considerazioni generali scaturite dall'analisi del caso più documentato di esclusione politica, quello originato dall'esclusione dei lambertazzi, la locale parte ghibellina, da Bologna nel 1274, e dal suo confronto con altre vicende avvenute in tempi e luoghi differenti ⁽³⁾.

In quella occasione, tra l'altro, avanzavo due proposte metodologiche. In primo luogo, rispetto a una tradizione antica che aveva visto nei bandi e negli esili avvenuti tra XII e XIV secolo semplici azioni di guerra, pratiche extragiuridiche, esiti scontati di una lotta di fazione privata in cui una parte era interessata a sopraffare l'altra, proponevo di studiare quegli episodi come il segno dell'esercizio da parte dei governi cittadini di una funzione eminentemente pubblica: la selezione dei propri membri attraverso la definizione di alcuni cittadini come nemici e la loro esclusione ⁽⁴⁾. In secondo luogo — notavo — proprio perché tale esigenza non si era manifestata occasionalmente o solo in momenti di particolari emergenze, ma era visibile sul lungo periodo, lo studio delle modalità di esclusione dei nemici e della loro variazione spaziale e temporale poteva rivelare il variare parallelo del modo in cui il comune definiva se stesso ⁽⁵⁾.

La prima di queste due proposte, probabilmente perché frutto di un'impressione già condivisa, è stata sostanzialmente accolta. Oggi è opinione generale che un bando o un processo politico, per

edizione critica, a c. di F. Klein con la collaborazione di S. Sartini, Firenze, Polistampa, 2004. Su queste due edizioni hanno espresso pesanti riserve M. Campanelli e M. A. Pincelli, in una serie di articoli tra loro collegati: M. CAMPANELLI, *Quel che la filologia può dire alla storia: vicende di manoscritti e testi antighibellini nella Firenze del Trecento*, in « *Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo* », CV, 2003, pp. 87-247, M. A. PINCELLI, *Le liste dei ghibellini banditi e confinati da Firenze nel 1268-69. Premessa all'edizione critica*, in « *Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo* », CVII, 2005, pp. 283-483, e M. CAMPANELLI, *Le sentenze contro i Bianchi fiorentini del 1302. Edizione critica*, in « *Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medioevo* », CVII, 2006, pp. 187-377. Gli ultimi due contributi contengono nuove edizioni dei testi che trattano. Un altro documento, sempre relativo all'esclusione fiorentina, è stato pubblicato in F. CANACCINI, *Un nuovo documento sui ghibellini fiorentini nel Duecento*, in « *Bollettino della Deputazione di Storia patria per l'Umbria* » CIII, 2006, pp. 51-60.

⁽³⁾ G. MILANI, *L'esclusione dal comune. Conflitti e bandi politici a Bologna e in altre città italiane tra XII e XIV secolo*, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medioevo, 2003 (Studi Storici 63).

⁽⁴⁾ Ivi, p. 21.

⁽⁵⁾ Ivi, pp. 23-25.

quanto mossi da spirito di parte, furono atti di governo a pieno titolo, e come tali ebbero bisogno di una propria giustificazione legale e di una qualche legittimazione ideologica volta a ottenere un certo consenso ⁽⁶⁾. Minore successo ha avuto la seconda proposta. Dinnanzi all'esclusione politica gli storici tendono ad accentuarne i caratteri permanenti, le analogie di lungo periodo (la violenza contro gli avversari, lo spirito di parte) e si soffermano poco sulle differenze nel modo in cui i nemici pubblici furono definiti in tempi diversi e sulle implicazioni che tali differenze possono avere per comprendere i sistemi che emanarono quei provvedimenti ⁽⁷⁾. Vale dunque la pena tornare a insistere su questo punto, cercando di chiarire che l'esigenza di punire i nemici interni per quanto largamente riscontrabile, fu soddisfatta in modi differenti di volta in volta, mediante procedure variabili e sulla base di un'immagine del nemico che cambiò nel tempo.

Nelle pagine che seguono si proverà a tracciare l'evoluzione di tale immagine tra il secolo XII e il XIV passando in rassegna tre tipi ideali di nemici destinati a succedersi nel mondo comunale italiano: il bandito, il *malesardo* e il ribelle. Si tratta di tre fisionomie tra loro non esclusive, capaci cioè in alcuni casi di convivere e sovrapporsi, tre figure apparse l'una dopo l'altra senza che la nuova soppiantasse la precedente, ma nate in contesti peculiari per rispondere alle mutevoli esigenze dei sistemi politici che si andavano sviluppando.

1. *Banditi: i nemici del comune.*

Intorno alla prima metà del secolo XII, nel momento in cui l'azione politica e giudiziaria del comune comincia a lasciare tracce, i nemici pubblici sono definiti come banditi.

A lungo sulla comprensione del bando in età medievale ha pesato l'idea che si trattasse di una 'pena germanica': un'espressione

⁽⁶⁾ Hanno espresso il loro consenso su questo punto, tra gli altri, I. LAZZARINI, in una recensione apparsa sulla « Revue Historique », CCCVII, 2005, 4, pp. 879-882 e P. COSTA, *Figure del Nemico. Strategie di disconoscimento nella cultura politico-giuridica medievale*, in « Rivista Internazionale di Diritto comune », XVIII, 2007, pp. 141-166, p. 145.

⁽⁷⁾ Lo fa in particolare F. RICCIARDELLI, *The politics of Exclusion*, cit., che non segnala cambiamenti rilevanti nell'esclusione nel periodo qui preso in esame.

doppiamente fuorviante, dal momento che il bando, nella sua essenza, non fu né germanico e nemmeno, in senso stretto, una pena.

Il primo punto è piuttosto semplice da dimostrare. Una linea di studiosi dall'Ottocento in poi ha rinvenuto nella consuetudine della *Friedlosigkeit*, la 'perdita della pace' descritta da Cesare e Tacito di chi, avendo commesso delitti particolarmente gravi, era estromesso dal consorzio civile e umano, l'antenato da cui il bando comunale avrebbe ereditato il suo carattere (8). Contro questa idea, dall'ultimo quarto del secolo scorso, è stato osservato che anche a Roma esistevano pratiche come la sacertà o la *aqua et igni interdictio* che escludevano dalla protezione pubblica alcuni individui (9). In realtà non ci sono prove che documentano i passaggi che tramandarono concetti apparsi nei sistemi giuridici barbarici o della Roma arcaica in quelli, ben diversi, dei comuni del XII secolo. Posizioni come queste appaiono oggi il frutto di una stagione protesa verso la 'ricerca di progenitori nell'analisi degli istituti' da cui sembra opportuno prendere le distanze (10). Con ogni probabilità il bando comunale non derivò direttamente né da una consuetudine germanica né da una pratica romana, anche se con esse condivise più di un aspetto.

Più complessa è la lettura del bando come pena. Gli stessi autori che contestavano che il bando fosse di stirpe germanica non hanno esitato a considerare, in ultima analisi, tra le varie accezioni con cui questo termine è impiegato nelle fonti del tempo, solo quella di pena dell'esilio (11). Considerare il bando una pena vera e propria, e

(8) A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, V. *Storia del diritto penale*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1892, pp. 309-341; C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, G. Barbera, 1895, p. 106, P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. I Il diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1941, I, pp. 25-26, C.C. GHISALBERTI, *La condanna al bando nel diritto comune*, in « Archivio giuridico », CLVIII, 1960, pp. 7-26.

(9) D. CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, Milano, Giuffrè, 1978.

(10) E. CONTE, *Vetustas. Prescrizione acquisitiva e possesso dei diritti nel Medioevo*, in *Uso, tempo, possesso dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Roma, Università degli studi "Roma III", Facoltà di Giurisprudenza, 1999, p. 69. P. COSTA, *Figure del Nemico*, cit., segnala la stessa necessità di uscire dal problema delle origini del bando.

(11) D. CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina*, cit.; P.R. PAZZAGLINI, *The criminal ban of the Sieneese Commune 1225-1310*, Milano, Giuffrè, 1979.

dunque cercare i crimini per i quali era prevista e le norme relative alla sua emanazione, significa attribuire anacronisticamente al sistema giudiziario comunale, sin dalla sua apparizione, la capacità di distinguere un coerente apparato penale; una capacità che si renderà visibile (in parte) solo dal secolo XIV. Inoltre, porre al centro dell'idea di bando la punizione dell'allontanamento non dà conto di importanti aspetti di questa pratica, come ad esempio la sua frequente reversibilità.

Più che una pena ereditata da antiche consuetudini, il bando costituì la forma assunta nell'Italia centro-settentrionale del secolo XII da una pratica diffusa in tempi e culture differenti: la solenne esclusione dalla protezione pubblica di chi non rispetta il patto sul quale quella protezione si fonda. Mary Douglas ha identificato questa pratica come il meccanismo fondamentale che consente alle istituzioni di superare la fase della latenza e di cominciare a funzionare ⁽¹²⁾. Più recentemente, partendo da suggestioni molto diverse, Giorgio Agamben l'ha voluta leggere come il meccanismo originario della politica occidentale ⁽¹³⁾.

Per quanto il significato di bando sia mutevole nelle fonti del tempo ⁽¹⁴⁾, esso può essere definito fondamentalmente come la risposta data dall'autorità pubblica alla mancata esecuzione di un suo ordine ⁽¹⁵⁾. Severino Caprioli ha scritto che « non è sanzione il bando, piuttosto mezzo di coazione all'adempimento di un'obbligazione, indifferente all'origine di questa: reato (*maleficium*) o negozio (*debitum* [...]). Consiste nell'esclusione del soggetto dalla comunità, disposta dall'organo giurisdizionale al termine di un procedimento (ciò inclina molti a ritenere che il bando sia una sanzione), e

⁽¹²⁾ M. DOUGLAS, *Come pensano le istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 1990 (ed. or. Syracuse 1986), pp. 70-79.

⁽¹³⁾ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995, pp.121-123.

⁽¹⁴⁾ ALBERICI A ROSATE, *Dictionarium Iuris tam civilis quam canonici*, Venezia 1573, *sub voce* "bannum", sostiene che termine *bannum* è "largum, obscurum et ut plurimum determinatur per statuta vel consuetudinem civitatum".

⁽¹⁵⁾ G. MILANI, *Prime note su disciplina e pratica del bando a Bologna attorno alla metà del XIII secolo*, in « Mélanges de l'École Française de Rome. Moyen Âge », CIX, 1997, pp. 501-523. Non mi sembra chiara la definizione del bando data in F. RICCIARDELLI, *The politics of Exclusion*, cit., pp. 16-23.

destinata a protrarsi fino a che l'obbligazione venga adempiuta. I caratteri della situazione creata nel soggetto con il provvedimento sono comprensibili: si riassumono nella sospensione di quella difesa coi mezzi del diritto, che è dovere statutario per l'organo della collettività » (16).

Alla luce di questa definizione appare più chiaramente quale sia il denominatore comune delle varie specie di bando che si ritrovano nei registri giudiziari comunali di inizio Duecento. Come mostra un registro bolognese del 1231, ogni semestre il comune poteva registrare bandi diversi: per maleficio, per debito, bandi alle comunità del contado, bandi *pro condemnatione* (17). In tutti i casi le formule contenevano sempre tre elementi: *a*) la registrazione del fatto che qualcuno non aveva eseguito un precetto emanato dal tribunale (di presentazione, di estinzione di un debito, di esecuzione di lavori, o di pagamento di una multa); *b*) la menzione del fatto che per questo era stato colpito dal bando, che lo privava di alcuni diritti tra cui la capacità di potersi difendere in tribunale; *c*) l'affermazione che il soggetto sarebbe rimasto in questa condizione finché non avesse adempito all'obbligazione e pagato una multa ulteriore.

Nella presenza di questa somma in più rispetto al prezzo dell'obbligazione originaria si rivela il carattere pubblico del bando. Il mancato adempimento dell'obbligazione non lede solamente una controparte privata (la famiglia dell'offeso, il creditore), ma anche la giustizia pubblica che, emanando precetti, garantisce il rispetto degli accordi. Per questa ragione l'inadempiente dovrà risarcire anche il comune.

I contemporanei percepirono chiaramente questo aspetto del bando costruendo etimologie che lo sottolineavano. Nicola de Materelli faceva derivare *bannum* « da banderia, cioè *publicum vexillum*, con il significato di *publica dictio*, cioè *interdictio ab honoribus et officiis et statu civitatis* ». Alberico da Rosciate lo collegava « ai

(16) S. CAPIROLI, *Una città nello specchio delle sue norme. Perugia milleduecentosettantanove*, in *Società e istituzioni dell'Italia comunale: l'esempio di Perugia (secoli XII-XIV)*. Perugia 6-9 novembre 1985, II, Perugia, Deputazione di Storia patria per l'Umbria, 1988, pp. 415-416.

(17) È questa la suddivisione interna del più antico registro di bandi conservato a Bologna (ASBO, *Comune, Curia del Podestà, Accusazione b1/a, reg. IV (1234)*) che ho analizzato in G. MILANI, *Prime note su disciplina e pratica del bando a Bologna*, cit. pp. 505-509.

processi pubblici (cioè *per preconzationem vel edictum publicum*) contro i contumaci che vengono espulsi dalla collettività, avendo rifiutato di sottostare alla giustizia *dejiciendo eos per denegationem iurisdictionis* » (18). Definizioni come queste mostrano che, in quanto misure emanate in conseguenza del mancato adempimento di un precetto del giudice, tutti i bandi erano in qualche modo connessi alla contumacia e legati al tempo stesso a ciò che oggi si definisce spregio della corte.

Tutta questa insistenza sulla necessità di non qualificare il bando come una pena potrebbe apparire inutile nel momento in cui si volessero prendere in considerazione i bandi più politici, quelli che le fonti definiscono perpetui (*perpetuales*) perché non prevedevano possibilità di uscita. Tali misure si accompagnavano a confisca e distruzione dei beni e talvolta erano chiamati esilii (19). Sembra verosimile che vere e proprie pene o sanzioni per esempio gli *esilia* che il breve dei consoli di Genova giurato nel 1139 stabiliva per i falsificatori della moneta (20), o quello giurato nel 1143 per i successivi trent'anni, prevedeva per coloro che avessero ucciso volontariamente un genovese (21). È vero che in questi casi il bando perdeva

(18) Si tratta di testi citati in D. CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina*, cit., p. 20.

(19) S. CAPRIOLI, *Una città nello specchio delle sue norme*, cit., p. 416: « Perciò i suoi [del bando] lineamenti mutano affatto se reso indifferente dall'adempimento dell'obbligazione sottostante: perpetuo. Questo raro bando si cumula con le massime sanzioni patrimoniali (distruzione dei beni e confisca) e può ritenersi una sanzione; non differisce granché dal redivivo esilio ». Sul fatto che i lineamenti del bando mutino completamente nel bando perpetuo v. oltre.

(20) *Codice Diplomatico della Repubblica di Genova dal DCCCCLVIII al MCLXIII*, I, a cura di C. Imperiale di Sant'Angelo, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 1936, pp. 115-116 (1134): « [...] si ego invenero ullum hominem testibus qui sint recipendi ad tam magnum crimen vel sua confessione qui falset monetam ianuensem vel qui eam falsatam habeat, aut qui eam falsare faciat, vel qui eam falsari consentiat, vel cuius consilio, falsetur, omnes res suas mobiles et immobiles comuni Ianue laudabo et res eius quas invenero, ita quod eas capere possim, capiam ad comune Ianue et amplius ei non reddam nec ulli alteri persone pro eo. si enim personam eius habere potero manum eius obtruncare faciam atque in parlamento publice laudabo ut eius persona perpetim exilietur [...] ».

(21) Ivi, p. 155 (1143): « Si aliquis homo vel femina specialiter et meditative in homine nostre Compagne homicidium fecerit. vel in illis qui non fuerint vocati, vel quos cognoverimus non esse utiles intrare in nostram Compagnam, vel in clerico sive in minore qui habitant in nostra Compagna. homicidam illum exiliabimus bona fide. et

il suo carattere ‘medicinale’, cioè di provvedimento volto all’adempimento dell’obbligazione o all’esecuzione dell’ordine, e si configurava come una sanzione.

Ma d’altra parte, questa perdita non lo rendeva un istituto diverso da quello sin qui descritto. Il bando perpetuo costituiva ancora una risposta a una disubbidienza, ma tale risposta si era fatta definitiva perché la disubbidienza era stata letta e decretata come altrettanto definitiva: o perché si era ritenuto che l’azione di disobbedienza avesse minato i fondamenti della convivenza civile, andando ad erodere sfere su cui l’autorità pubblica del comune intendeva mantenere un monopolio, come la violenza legittima (gli omicidi) o la misura degli scambi economici (la falsificazione), oppure perché il disubbidiente non aveva adempiuto all’obbligazione originaria nonostante i ripetuti richiami e allora, mediante l’approvazione ulteriore dell’intera cittadinanza riunita nell’arengo, la sua esclusione si era fatta irreversibile. Nella maggior parte dei casi documentati per il secolo XII i bandi perpetui lo sono per entrambe le ragioni.

È il caso per esempio dell’esclusione perpetua dalla *civitas* del bolognese Grasso di Randuino, autore dello scellerato omicidio occulto di un certo Ottolino, accompagnata dalla confisca e dalla distruzione dei beni decretata nell’assemblea generale della città nel 1149 (22). Qualcosa di simile dovette essere decretato a Pisa nel 1163 contro il pirata Trapelicino, che aveva assaltato una nave saracena

omnia bona illius que invenire poterimus diripiemus. et devastabimus. [...] ». Più avanti (p.156) l’esilio è previsto anche per chi, accusato di un omicidio di cui non si conosce il colpevole rifiuta di sostenere il duello giudiziario e per chi risultasse perdente in tale duello.

(22) « Quartodecimo kalendas iunii, indictione.xii. Nos inquam Bononiensis populus, propter perpetuatam scelus a Grasso de Randuino comissum quod Ottolinum suum videlicet generum occulte nocte interfecit, iuramus predictum Grassum et qui cum eo conscii et participes fuerunt mortis prefati Octolini, deinceps in perpetuum neque concives civitatis fore Bononie neque habitatores castri sive burgi sive ville vel cuiuslibet alterius loci territorii sive comitatus Bononiensis, eorumque bona in nullius bonis esse volumus, sed vacua semper atque deserta vel publicata et proscripta in commune totius populi Bononiensis civitatis permaneat ». Il testo è pubblicato in G. RABOTTI, *Note sull’ordinamento costituzionale di Bologna dalle origini alla prima Lega lombarda*, in « Atti e memorie della Deputazione di storia patria per le province di Romagna », n.ser., IX, 1957-58[1962], pp. 51-86, p. 65, n. 48.

mettendo a repentaglio i rapporti commerciali dei pisani con il Maghreb ⁽²³⁾.

Il fatto che bandi perpetui come questi fossero solo una versione più estrema dei bandi ordinari, a cui era connaturata la revocabilità, è dimostrato dall'esistenza di casi per così dire intermedi, di bandi cioè quasi-perpetui. A Pisa nel 1153 si stabilì ad esempio che chi avesse appoggiato la consorteria dei Visconti in lotta con il comune non avrebbe potuto ricoprire la carica di console né avere alcun altro ufficio comunale per dieci anni, e che nello stesso periodo non avrebbe potuto ottenere giustizia se non pagando la rilevante somma di cento soldi ⁽²⁴⁾. Non si affermava che il responsabile era escluso dal godimento della giustizia pubblica ma si ostacolava di fatto tale godimento mediante una sanzione.

Non stupisce che il versatile strumento del bando, nella sua versione più forte, quella perpetua, sia stato usato nel 1167 nei confronti di quanti si erano allontanati da Piacenza per seguire l'imperatore quando il comune si era schierato con la Lega Lombarda ⁽²⁵⁾. Una quindicina di anni dopo il bando era ancora in vigore e nel breve consolare del 1181, si volle precisare che i beni dei discendenti degli usciti erano ancora sotto sequestro ⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ *I Brevi dei consoli del Comune di Pisa, degli anni 1162 e 1164, Studio introduttivo, edizione e note con un'Appendice di documenti*, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo 1997 (Fonti per la storia d'Italia. Antiquitates, 4), p. 46 contengono un'eccezione al giuramento di conservazione della chiesa e della città prestato dai consoli (« exceptis illis qui sceleratissimum et abominabile maleficium in nave Trapicilini de Saracenis commiserunt »). Più avanti (p. 64) i consoli si impegnano a conservare l'ordinamento emanato contro Trapicilino (« Omnia ordinamenta, in Constitutis scripta in consulatu Guidonis de Bella, de hominibus qui fuerunt in navi Trapicilini, propter abhominabile et nefandissimum maleficium quod de saracenis facere non dubitarunt firma tenebo [...] ») e si stabilisce che i consoli che non lo faranno non potranno entrare in città. Su questa vicenda v. ora E. SALVATORI, *Il corsaro pisano Trapelicino: un'avventura mediterranea del XII secolo*, in « Bollettino storico pisano », LXXVI, 2007, pp. 31-56.

⁽²⁴⁾ Ivi, p. 59.

⁽²⁵⁾ A. Solmi, *Le leggi più antiche del comune di Piacenza*, in « Archivio Storico Italiano » LXXIII, 1915, pp. 3-81, p. 63: « Et omnes fructus redditusque possessionum illorum qui Placentiam exierunt et ex parte imperatoris sunt, colligere faciam et in comuni mittam, vel eas guastas manere faciam, salvo eo quod pro isto sacramento non cogas alicui domino vel creditorum eorum contra rationem facere ».

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 76: « Et uxores et filios eorum qui de Placentia pro imperatore exierunt

Il caso piacentino mostra come nei confronti dei ribelli filofedericiani fu effettivamente emanato un bando perpetuo ed esso fu mantenuto a lungo. Sarebbe sbagliato, tuttavia, concludere sulla base di questo esempio che nel XII secolo il bando perpetuo costituiva ovunque la pena ordinaria per chi contestava lo schieramento politico del governo cittadino. Nel breve genovese del 1145, lo stesso in cui questa misura è prevista per gli autori di omicidi volontari, si stabilisce che chi si farà vassallo di un potente senza eccettuare da tale sottomissione l'onore del comune di Genova, sarà semplicemente privato della possibilità di ricoprire pubblici uffici, e che chi non parteciperà alle spedizioni militari decise dai consoli sarà privato del privilegio di esenzione dalle imposte indirette che spetta ai cittadini: niente di più⁽²⁷⁾.

Sarebbe altrettanto sbagliato desumere dal caso piacentino che nella pratica i bandi perpetui si protraessero veramente all'infinito come affermavano le sentenze che li registravano. La diffusione sin dalla fine del secolo XII di una *quaestio* relativa alle conseguenze legali ed economiche del rientro di un bandito perpetuo⁽²⁸⁾ dimostra che nei fatti anche quanti erano colpiti da tali bandi potevano rientrare. La differenza rispetto ai bandi non perpetui era che il rientro non era

et in eius parte perseverant, in districto placentino per totum meum consolatum habitare non sinam ».

⁽²⁷⁾ *Codice diplomatico della Repubblica di Genova*, cit., p. 182, p. 227.

⁽²⁸⁾ La *quaestio*, che A. BELLONI, *Le questioni civilistiche del secolo 12. Da Bulgaro a Pillo da Medicina e Azzone*, Frankfurt am Mein, V. Klostermann, 1989, p. 90, definisce "A 19" recita: « Titius commisit delictum, propter quod deportatus est a potestate huius civitatis vel relegatus, qui multos habebat debitores. Debitores eius exacti sunt actione sue ciuitatis. Tandem Titius iste a novo imperatore restitutus est. Interim vult convenire debitores suos, licet iam exactos actione ciuitatis. Et intendit contra eos actionem, dicens eos non esse liberatos. Queritur an possit ». È pubblicata integralmente, secondo la raccolta azzoniana che la contiene, in *Die Quaestiones des Azo*, a cura di E. Landsberg, Friedburg, 1888, pp. 65-69. Lo stesso Landsberg (p. 17) dimostra l'attribuzione a Bassiano che tuttavia la Belloni non riprende. Il fatto che essa fu impiegata per valutare il caso di un bandito perpetuo è dimostrato dal fatto che una parte della tradizione impiegò solo il termine *deportatus* per indicarlo. Nel diritto romano la *deportatio* indicava l'esclusione più grave, quella che comportava la perdita dei beni, e in questa fase l'espressione fu usata per i bandi perpetui. Su tale *quaestio* v. G. MILANI, *Giuristi, giudici e fuoriusciti nelle città italiane del Duecento. Note sul reato politico comunale*, in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'occident à la fin du Moyen Âge*, a cura di J. Chiffolleau, C. Gauvard e A. Zorzi, Rome, École Française de Rome, 2007, pp. 595-642. A questo articolo si rinvia per una trattazione sui dibattiti dottrinali relativi ai nemici politici.

regolato mediante una procedura stabilita (di cui per i bandi perpetui non abbiamo alcuna traccia), ma da una nuova decisione del comune, altrettanto solenne di quella che aveva sancito l'esclusione. Questa modalità non regolata, straordinaria, di rientro dei banditi perpetui si accorda bene con il loro carattere eminentemente politico: l'obbligazione sottostante al bando perpetuo era contratta in primo luogo con il comune. Se di norma l'adempimento dell'obbligazione, accompagnato dal pagamento della sanzione accessoria, dava luogo all'uscita dalla condizione di bandito, in questi casi ciò non avveniva, perché era il comune, in quanto parte in causa, a stabilire le condizioni.

Il nemico pubblico del primo comune appare dunque innanzitutto un bandito, più precisamente, un bandito perpetuo. Per quanto possano variare le ragioni per le quali viene definito come tale (un omicidio efferato, la rapina a una nave saracena, la falsificazione di una moneta emessa dalla zecca cittadina, l'allontanamento dalla città per seguire l'imperatore) egli viene privato dei beni e dei diritti che possiede e tale privazione è giustificata mediante l'idea che egli ha ostacolato il comune nel monopolio di quelle funzioni (violenza legittima, coniazione, giustizia, controllo delle vie di terra e di acqua) che compongono la *iurisdictio* e al tempo stesso garantiscono la pace sociale, in sostanza che ha impedito al comune il perseguimento di quegli obiettivi per cui esiste. L'attribuzione al nemico di altre responsabilità, come l'appartenenza a un gruppo pericoloso o la violazione della legge non sono ancora visibili, ma non tarderanno ad apparire.

2. Malexardi: *i nemici del bene comune*.

Nel 1236 il comune di Bologna, impegnato nello scontro con Federico II, deliberò di riammettere a condizioni particolarmente vantaggiose (riducendo loro la sanzione accessoria prevista in caso di rientro) alcuni banditi che avessero fatto pace con l'offeso, così da poter rimpolpare l'esercito cittadino bisognoso di forze. Dal provvedimento si eccettuarono tuttavia i responsabili di alcuni delitti. L'elenco di questi crimini costituisce una buona spia per capire quali comportamenti in quel momento erano percepiti come particolarmente gravi: falsificazione, rottura della pace, rapina sulla strada, favoreggiamento nell'evasione di prigionieri, tutti inquadrabili nella

sfera che abbiamo appesa visto essere protetta mediante lo strumento del bando perpetuo. A questi si affiancava tuttavia qualcosa di nuovo: ciò che oggi chiameremmo malversazione o appropriazione indebita di beni pubblici ⁽²⁹⁾.

Quest'ultimo comportamento aggiungeva un elemento importante per identificare il nemico pubblico: la sua natura di sottrattore e dissipatore delle risorse di tutti. Anche in precedenza i governi comunali avevano tenuto nella massima considerazione la necessità di proteggere i beni del comune ⁽³⁰⁾. In altra sede ho sostenuto che proprio la protezione delle risorse collettive era stato sin dalle origini del comune un valore centrale della politica cittadina, e che essa costituisce il principale filo rosso lungo il quale è possibile leggere l'intero sviluppo della documentazione comunale ⁽³¹⁾.

Intorno ai decenni centrali del Duecento, tuttavia, la dialettica sociale in merito all'uso delle risorse pubbliche cresce fino a diventare il principale motivo di scontro all'interno della città, quello che comprende tutti gli altri campi di tensione. Il protrarsi dell'impegno militare della città, dovuto prima al raggiungimento dei limiti del contado storico (che portò a tensioni con le città vicine) e poi — lo

⁽²⁹⁾ *Statuti del comune di Bologna dall'anno 1245 all'anno 1267*, a cura di L. Frati, in « Monumenti storici pertinenti alle province della Romagna », s. I, voll. I-III, Bologna, Deputazione di Storia patria per le Province di Romagna, 1869-84, p. 352: « Quod expedit civitati bononie ad presens habere pacem et concordiam inter cives et habere copiam nostrorum hominum pro negociis jnminentibus statuimus quod omnes banniti pro malleficio qui non sunt banniti pro falsitate vel pro avere comunis malo modo accepto, vel pro pace rupta, vel pro strata robata, vel illi custodes qui aufugerunt cum captis, vel duxerunt captum, si potuerunt habere pacem ab offenso vel eius herede possint et debeant extrahi de banno solvendo comuni pedes X libras bononenorum et miles XXV libras bon. ». La datazione di questo provvedimento al 1236 si ricava dal confronto con il registro di banditi conservato in Archivio di Stato di Bologna, *Comune, Curia del Podestà, Accusationes*, b. 1/a, reg. V (1236), c. 2v.

⁽³⁰⁾ Per un'introduzione al tema della gestione dei beni collettivi nei comuni italiani v. la sezione monografica curata da J.-C. MAIRE VIGUEUR, *Beni comuni nell'Italia comunale: fonti e studi*, in « Mélanges de l'École française de Rome. Moyen Age - Temps modernes », LXXXVIII (1987), pp. 553-728, e ora la pagina *Le risorse collettive nell'Italia medievale*, a cura di Riccardo Rao, ospitata nella sezione *Repertorio del sito Reti Medievali* (<http://www.rm.unina.it/repertorio/rm-riccardo-rao-communia.html>).

⁽³¹⁾ G. MILANI, *Prima del Buongoverno. Motivi politici e ideologia popolare nelle pitture del Broletto di Brescia*, in « Studi Medievali », XLIX, 2008, pp. 19-85, pp. 30-32.

si è visto per Bologna — al lungo conflitto che oppose Federico II e il papato portarono un aumento delle spese notevole, come non si registrava dall'epoca del Barbarossa. Due generazioni di crescita economica tuttavia avevano reso la popolazione cittadina non inquadrata nella milizia, quella che usualmente definiamo Popolo, molto più numerosa e consapevole ⁽³²⁾.

Le prime sollevazioni del Popolo si dovettero quasi sempre a reazioni contro insuccessi militari della cavalleria della propria città ed ebbero come effetto la richiesta, spesso coronata da successo, di una serie di innovazioni istituzionali: ampliamento dei consigli cittadini, nuova ripartizione delle spese, soprattutto mediante l'introduzione di forme di stima dei patrimoni, riorganizzazione delle forme di controllo della gestione dei beni del comune, prima fra tutte la scrittura. Tra il 1220 e il 1260 nelle città si assistette alla istituzione dei *libri iurium*, di estimi e libre, alla ripartizione in quartieri della città e del contado, tutte novità che possono essere lette come un intensificazione del controllo sulle risorse pubbliche. Non stupisce che proprio in questa fase si elaborarono anche procedure e definizioni per colpire chi si sottraeva a questo controllo.

Ovviamente si fece ricorso al bando perpetuo. Già nel 1228, in un momento di successo del Popolo cittadino, tale sanzione fu prevista a Verona per chi si fosse impossessato di castelli del contado e avesse rifiutato di consegnarli al podestà ⁽³³⁾, per chi avesse attaccato il palazzo comunale ⁽³⁴⁾, altro emblema di ciò che apparteneva a tutti, e infine, come *extrema ratio*, in caso di non pagamento di un'alta sanzione pecuniaria, per chi avesse tentato di riavvicinare

⁽³²⁾ Sul Popolo v. J. KOENIG, *Il "popolo" dell'Italia del Nord nel XIII secolo*, Bologna, il Mulino, 1986 e E. ARTIFONI, *I governi di "popolo" e le istituzioni comunali nella seconda metà del secolo XIII*, in « Reti Medievali », disponibile on-line in <http://www.Storia.unifi.it/RM/rivista/2003-2.html>.

⁽³³⁾ *Liber Juris Civilis Urbis Veronae. Ex Bibliothecae Capitularis Ejusdem civitatis autographo Codice, qui Wilielmus Calvus Notarius Anno Domini MCCXXXVIII scripsit, per Bartholomaeum Campagnolam Cancellarium amplissim et reverendissimi Capituli Ecclesiae Veronensis & Archiepiscopum Parochie S. Caeciliae nunc primum editus*, Verona, apud Petrum Antonium Bernum, 1728, p. 48.

⁽³⁴⁾ Ivi p. 52.

ai loro alleati stranieri le *partes* aristocratiche cittadine che si erano combattute fino all'estate dell'anno precedente ⁽³⁵⁾.

Quest'ultimo provvedimento si presta bene a illustrare un'altra conseguenza del profondo movimento socio-politico che si ebbe attorno alla metà del Duecento. Lo stesso ampliamento dei consigli che aveva condotto all'intensificazione del controllo sulle risorse pubbliche a cui si è accennato fu accompagnato in molte città da un movimento di polarizzazione dei gruppi di interesse capace di formare le fazioni che si sarebbero combattute nei secoli a venire. Tale formazione costituì, da un lato, un processo interno alla città, in particolare alla sua milizia, la cui conflittualità interna non aveva smesso da aumentare lungo tutto il corso del XII secolo. Dall'altro, come mostra la norma veronese, fu il risultato della connessione tra i gruppi aristocratici che si venivano formando e i poli di potere esterni alla città (comuni confinanti, signori territoriali, sovrani) interessati ad ostacolare l'espansione del comune ai loro danni o a dividerne i frutti. Anche questo processo fu catalizzato dalle lunghe guerre che impegnarono i comuni e Federico II, come mostra bene un esempio bergamasco.

Com'è noto, la vittoria di Cortenuova del 1237 fu un successo strepitoso per Federico II e i suoi alleati. Immediatamente dopo, il comune di Bergamo, schierato con la Lega Lombarda, bandì i conti di quella località che avevano consegnato all'imperatore due castelli e decretò che nessuno dovesse più riferirsi ai da Cortenuova chiamandoli conti, ma semplicemente traditori (*proditores*), che chiunque fosse stretto ai conti da relazioni feudali potesse considerarsene sciolto, prevedendo addirittura il bando perpetuo per chi si fosse recato nei loro territori senza autorizzazione ⁽³⁶⁾.

Questa associazione tra il tradimento del comune, la sottrazione

⁽³⁵⁾ Ivi p. 190. Si proibisce che la pars veronese dei conti di San Bonifacio possa riprendere i contatti con Mantova, con il marchese d'Este, con i Caminesi di Vicenza e con il comune di Ferrara; e che la pars veronese dei Monticoli e dei Quattroventi stringa relazioni con i Da Romano, il comune di Vicenza, Salinguerra Torelli, Bonifacio d'Este, il conte di Tirolo e gli uomini di Trento.

⁽³⁶⁾ *Antiquae Collationes Statutum Veterum Civitatis Pergami*, a cura di G. Finazzi, in *Historiae Patriae Monumenta*, vol. XVI, *Leges municipales* 2.2, Torino, Bocca, 1876, coll. 1921-1926.

delle sue risorse (i castelli) e l'alleanza con il nemico si compì nei turbolenti decenni a cavallo della metà del secolo.

Di essa resta un segno chiarissimo su una parete del palazzo della Ragione di Mantova, dove ancora oggi si possono osservare le pitture infamanti di alcuni cittadini, banditi nel 1251 per aver consegnato ai nemici cremonesi il castello di Marcaria, indicati per nome ed effigiati con una borsa al collo a segnalarne la pericolosa avidità, capace di spingerli fino al tradimento⁽³⁷⁾. A lungo gente del genere sarebbe stata qualificata in tutta la pianura padana con il termine di *malexardi*, a prescindere dallo schieramento filo o anti-imperiale del comune (e di conseguenza dei suoi nemici). Questa parola fu impiegata a Milano e Brescia per indicare i traditori filofedericiani e a Como per designare i traditori antifridericiani⁽³⁸⁾: tutti uniformemente minacciati o puniti con il bando perpetuo. Talvolta non si impiegò quel termine, ma era sottintesa la medesima idea, come avvenne a Firenze nel 1258 quando alcune famiglie ghibelline (in quest'epoca il termine ha un uso quasi esclusivamente toscano) furono bandite per aver lasciato la città ed essere fuggite a Siena. Nella lettera che chiedeva a Siena di non accoglierli rispettando un patto precedente, il governo fiorentino, all'epoca retto dal 'primo Popolo', qualificò i nemici come banditi per tradimento, ferite gravi, sedizione, cospirazione contro il comune di Firenze e il suo contado⁽³⁹⁾. Testimonianze come queste mettono in evidenza

(37) L'identificazione di questa pittura con una pittura infamante e il particolare della borsa al collo sono sfuggiti all'unico studio relativo a queste immagini, quello compiuto da F. Fantini d'Onofrio, pubblicato in *Matilde, Mantova e i palazzi del borgo: i ritrovati affreschi del Palazzo della Ragione e del Palazzetto* dell'Abate, a cura di A. Cicinelli, Mantova, Sintesi, 1995 pp. 142-149; 156-160. Ne tratto in G. MILANI, *La memoria infamante*, in *Condannare all'oblio. Pratiche della Damnatio Memoriae nel Medioevo*, Atti del convegno organizzato dall'Istituto superiore di studi medievali "Cecco d'Ascoli", Ascoli 27-29 novembre 2008, in corso di stampa.

(38) A Milano il termine *malexardi* si trova dal 1247 (*Les registres de Innocent IV*, a cura di E. Berger, I, Paris, Ernest Thorin, 1884, n. 2036, p. 302, cit. in P. GRILLO, *Milano in età comunale (1183-1276). Istituzioni, società, economia*, Spoleto, Centro di Studi sull'Alto Medioevo, 2001); a Brescia dagli anni 1250, F. ODORICI, *Storie bresciane dai primi tempi sino all'età nostra*, vol. VII, Brescia, Gilberti, 1857, pp. 123-124; a Como poco dopo: C. CAMPICHE, *Die Communalverfassung von Como in 12. und 13. Jahrbundert*, Zürich, Leemann & co, 1929, pp. 200-205.

(39) Archivio di Stato di Firenze, *Capitoli di Firenze, Registri*, XXIX, c. 318r.

un altro elemento che si aggiunge all'immagine del nemico pubblico in questa fase, l'idea che il singolo nemico faccia parte di un gruppo organizzato. Proprio questo carattere collettivo permette di considerare i *malexardi* di metà duecento la categoria di nemici da cui si svilupperanno le due più diffuse incarnazioni che il nemico pubblico assunse nel corso della seconda metà del secolo: i magnati e gli appartenenti alla fazione sconfitta, guelfa o ghibellina che fosse.

La categoria dei magnati fu elaborata dai regimi che si svilupparono in molte città quando, con modalità localmente differenti, si vennero a formare società di Popolo unitarie, strutture che raccoglievano in un nuovo organismo quanti erano iscritti ad alcune (di solito la maggioranza) delle società corporative, territoriali o di entrambe. Tra le prime decisioni prese da queste istituzioni vi fu quella di vietare l'accesso ai nemici storici dei *populares*, quei potenti nobili che con il loro stile di vita violento e la partecipazione alla lotta di fazione erano indicati come l'ostacolo principale al programma popolare di perseguimento del 'buono e tranquillo stato del comune'. Costoro furono presto indicati con il termine di magnati. Laddove le istituzioni del Popolo acquisirono forza e potere e finirono col rivestire funzioni di governo nell'ambito del comune, i magnati furono esclusi dalle istituzioni politiche di vertice ⁽⁴⁰⁾.

Va sottolineato che l'esclusione dei magnati, anche laddove fu applicata con maggiore successo e vigore, non fu rivolta in modo indiscriminato contro un'intera classe sociale, ma piuttosto contro famiglie, o più spesso individui, minuziosamente elencati in liste che facevano testo. Non si trattò dunque di un'azione rivolta contro chi esercitava una certa funzione nella società (come lo erano i *milites* del secolo precedente) ma piuttosto contro chi — in maniera più o meno arbitraria — veniva ad essere identificato come particolarmente ostile e pericoloso.

Oltre ad escluderli dalle istituzioni i regimi di Popolo provvidero a stabilire nei confronti dei magnati procedure che li colpivano in maniera più dura nel momento in cui compivano azioni percepite

⁽⁴⁰⁾ Anche se spesso, loro familiari parteciparono in qualità di *sapientes* alle commissioni speciali dotate dell'*arbitrium* per decidere materie particolarmente delicate. Lo nota S. MENZINGER DI PREUSSENTHAL, *Giuristi e politica nei comuni di popolo. Siena, Perugia e Bologna, tre governi a confronto*, Roma, Viella, 2006.

come lesive della pace e del bene pubblico: attentati contro i beni e le persone dei popolari, costruzione di clientele e *masnade* anche per il tramite di relazioni vassallatico-beneficarie, lotta di fazione, esercizio di diritti e giurisdizioni nel territorio cittadino. In questi casi, con maggiore o minore intensità a seconda della forza del locale schieramento popolare, fu stabilito che i magnati potessero essere accusati in modo indiscriminato, che si potesse procedere in deroga alle procedure ordinarie, talvolta sulla base della semplice testimonianza, che subissero pene più gravi degli altri ⁽⁴¹⁾.

Ma soprattutto — e questa fu la novità più rilevante — l'identificazione dei magnati fu il primo passo verso la *prevenzione* dei crimini che avrebbero potuto commettere. Ai magnati elencati nelle liste fu vietato di recarsi in alcuni luoghi (primo fra tutti il palazzo comunale), di frequentare alcune persone (i magistrati pubblici), di stringere con i popolari accordi che avrebbero potuto costituire un fondamento per la costruzione di una clientela o una fazione (inclusi talvolta quelli matrimoniali). Quasi ovunque furono costretti a prestare giuramenti in cui si impegnavano a non danneggiare con il loro comportamento il buono stato del comune e a garantire questo giuramento attraverso un pegno in danaro che avrebbe reso automatica la sanzione pecuniaria della loro disubbidienza. Fu questo impegno preventivo, a Firenze chiamato *sodamento*, la novità più significativa e longeva dei provvedimenti antimagnatizi ⁽⁴²⁾.

La lotta condotta dalle società di popolo contro i comportamenti violenti dei magnati non arrestò il processo di istituzionalizzazione delle parti intercittadine. Dopo la morte di Federico II gli schieramenti che si erano venuti a formare si consolidarono trovando saldi punti di riferimento in alcuni poli di potere sovraccittadini. Il fronte che era stato filoimperiale si raccolse attorno a Ezzelino da Romano, Uberto Pallavicino e poi alla Verona scaligera; quello che aveva combattuto l'imperatore si mantenne vicino al

⁽⁴¹⁾ Ho provato a dare una lettura del contenuto della normativa antimagnatizia bolognese in G. MILANI, *Ordinamenta Sacrata. Il classicismo del "Popolo" bolognese alla fine del Duecento*, in *L'Autorité du Passé dans les sociétés Médiévales*, a cura di J.-M. Sansterre, Ecole française de Rome, Rome, École française de Rome, 2004, pp. 105-120.

⁽⁴²⁾ La più attenta analisi della normativa antimagnatizia sul lungo periodo è ora in KLAPISH ZUBER, *Retour à la cité*, cit.

papato, e poi trovò il proprio capo in Carlo I d'Angiò e nei suoi successori.

Fu tuttavia soprattutto dopo la conquista angioina del regno di Sicilia che le modalità di esclusione dei nemici di parte, degli appartenenti alla fazione sconfitta, subirono importanti trasformazioni. Se fino a quel momento, sulla base di una pratica che abbiamo visto diffusa dall'epoca di Federico I, quanti avevano abbandonato la città per unirsi allo schieramento nemico avevano subito il bando perpetuo, il sequestro e la distruzione dei beni, a partire dalla fine del decennio 1260 in Toscana e nei decenni successivi un po' ovunque furono messe in atto nuove strategie ⁽⁴³⁾.

La formazione di più stabili 'parti guelfe', società crociate, o protosignorie stimolate dall'iniziativa di poteri esterni alla città, si accompagnò infatti a veri e propri censimenti dei potenziali amici dei fuoriusciti, che ampliavano di molto il gruppo dei colpiti.

Anche stavolta chi aveva lasciato la città per correre in aiuto dei nemici fu citato varie volte affinché tornasse a difendersi e poi, in caso di non ritorno, fu colpito dal bando perpetuo. Ma, soprattutto, tutti coloro che potevano essere identificati come simpatizzanti della fazione sconfitta, come mostrano le liste fiorentine del 1267-68, che contengono più di tremila menzioni, furono invece costretti a prestare un giuramento di fedeltà al nuovo regime e di impegno a non ostacolarlo. Quanti giurarono non furono banditi, ma condannati al soggiorno obbligato nella propria casa, o in località vieppiù lontane dalla città a seconda della gravità della loro implicazione ⁽⁴⁴⁾.

Sino a quel momento, dello strumento del confino, che lasciava al colpito il possesso dei beni, per quanto sottoposto a un controllo da parte del comune, era stato fatto un uso piuttosto limitato. Lo si era adoperato ad esempio per allontanare dalla città gruppi di magnati rissosi in momenti di particolare tensione. Con l'ondata delle esclusioni di ghibellini innescata dalla vittoria di Carlo d'Angiò su Manfredi furono costrette al confino letteralmente migliaia di persone. Si trattava, come abbiamo detto, di un gruppo complessivamente molto maggiore di quello dei banditi a cui erano stati sequestrati i beni, ma con esso comunicante: nel caso in cui un

⁽⁴³⁾ Per questa vicenda v. G. MILANI, *L'esclusione dal comune*, cit., pp. 98-144.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, pp. 145-202.

confinato non fosse stato trovato nel luogo assegnato dal notaio preposto al controllo avrebbe subito il bando perdendo i diritti di cittadinanza ancora in suo possesso ⁽⁴⁵⁾. Anche i nemici di fazione dunque, come i magnati, furono identificati con un atto dotato di un margine più o meno ampio di arbitrio, elencati in apposite liste, e costretti a un giuramento fondato su una garanzia, in cui si impegnavano a non nuocere, un giuramento che preveniva il danno che avrebbero potuto compiere nei confronti dell'onore e della pace del comune e in questo caso, dello schieramento a cui faceva capo.

Le analogie formali tra il modo in cui, negli stessi anni, fu realizzata l'esclusione dei magnati e quella dei nemici di fazione non sono state rilevate dalla storiografia per ragioni facilmente comprensibili. Per molti versi queste due esclusioni furono frutto di ragioni politiche e ideologiche diametralmente opposte: quella del Popolo era presentata come protesa alla pacificazione e alla fine delle lotte di fazione, quella della *pars* vincente come finalizzata alla distruzione degli avversari. Eppure tali programmi facevano uso di strumenti simili, e questa similitudine consente di comprendere come talvolta la repressione dei magnati e quella dei nemici di fazione si influenzarono reciprocamente finendo in alcuni casi per trascolorare l'una nell'altra.

A Bologna per esempio, dopo una fase in cui la parte geremea (la locale parte guelfa) aveva avuto il sopravvento sul Popolo, ed era stata attuata una forte repressione nei confronti dei lambertazzi (i ghibellini) si aprì un periodo in cui il Popolo riguadagnò posizioni e cominciò a condizionare la stessa esclusione dei nemici di parte. Nel 1287, tredici anni dopo il primo bando dei nemici, fu decretato che i lambertazzi 'popolari' avrebbero dovuto essere ricollocati in categorie di confino più leggere (cioè posti in località più vicine alla città) rispetto a quelli inclusi nelle grandi famigli magnatizie ⁽⁴⁶⁾.

A Brescia il contatto tra i due sistemi di esclusione avvenne sul piano simbolico: attorno al 1280 si allestì una grande pittura infamante sulle pareti interne del palazzo comunale, in cui i banditi

⁽⁴⁵⁾ Non sembra cogliere pienamente la differenza tra bando e confino F. RICCIARDELLI, *The Politics of exclusion*, cit., pp. 23-27 che sottolinea spesso le similitudini tra queste due misure, a mio modo di vedere molto superficiali.

⁽⁴⁶⁾ G. MILANI, *L'esclusione dal comune*, cit., pp. 261-288.

vecchi e nuovi, la maggior parte dei quali definibili come filoimperiali ‘ghibellini’, erano rappresentati incatenati e (come era avvenuto trent’anni prima a Mantova) con una borsa al collo che li definiva come avidi sottrattori di beni del comune sotto una scritta (oggi frammentaria) che li qualificava nemici del Popolo. Si trattava di una forzatura, ma fino a un certo punto. Per quanto il tradimento di alcuni dei personaggi effigiati aveva avuto luogo in occasione delle guerre contro Federico II o Ezzelino da Romano, analogamente a quello dei conti di Cortenuova a Bergamo, essi avevano pur sempre consegnato castelli che facevano parte dei beni comunali e con le loro clientele avevano messo a repentaglio, come magnati, il buono e pacifico stato del comune e del Popolo (47).

Nel corso del Duecento dunque l’immagine del nemico pubblico del comune si modificò: il tipo ideale del nemico divenne non più solo colui che aveva messo a repentaglio alcuni fondamenti della convivenza civile, ma anche chi apparteneva a un gruppo organizzato che lo avrebbe potuto rifare anche in futuro. Che si trattasse di un polo di potere concorrente con il comune (i *malexardi*), di una fazione (i nemici della *pars* esclusa) o di una categoria dotata di uno stile di vita ritenuto dannoso (i magnati), per identificare il nemico così definito si cominciò a promuovere un’indagine volta a appurarne la fama, il giudizio che su di lui esercitava la comunità cittadina, quindi, sulla base di questa indagine, a separarlo dal resto dei *cives* e a metterlo in condizione di non nuocere. Da qui la necessità di ricorrere ai giuramenti preventivi, ai pegni, al confino in località più o meno lontane dalla città, tutti dispositivi che generavano un apparato di controllo sconosciuto e complesso coinvolgendo nella repressione e nella prevenzione dei reati politici notai per stilare le liste, personale addetto al controllo e così via.

Nel corso di questa trasformazione si andò precisando anche il tipo di comportamento attribuito al nemico: non più il semplice attacco alla giurisdizione comunale, alla capacità del comune di esercitare le funzioni pubbliche essenziali (giustizia, coniazione, documentazione), ma anche la messa a repentaglio di quello che le fonti con un termine ricco di sfumature definiscono l’*honor communis*, vale a dire tanto le risorse materiali detenute dal comune (i beni

(47) G. MILANI, *Prima del Buongoverno*, cit., in particolare pp. 72-77.

pubblici, il palazzo comunale, le proprietà collettive, i villaggi del territorio da sottoporre a tassazione), quanto, più in generale, la prosperità, la pace che consentiva l'espansione dei traffici e della produzione, il 'buono stato' della città e delle sue istituzioni. Talvolta, come nel caso in cui erano menzionati i castelli, il cui uso improprio e scellerato si rivela tipico sia dei *malexardi*, sia dei magnati, sia infine dei nemici di parte, queste due sfere venivano a confondersi, trattandosi al tempo stesso di risorse pubbliche e di strumenti per garantire la pace. Bene pubblico e beni pubblici, insomma, diventavano difficili da distinguere, ma chi non avesse consentito il mantenimento e l'aumento dell'uno o degli altri sarebbe stato in ogni caso indegno di far parte della città.

3. *Ribelli e barattieri: i nemici di chi protegge il bene comune.*

Attorno ai primi anni del 1300 si registra un'ulteriore evoluzione, che appare in maniera particolarmente evidente scorrendo le pagine del cosiddetto libro del Chiodo fiorentino, il volume miscelaneo in cui attorno alla metà del Trecento la Parte Guelfa volle raccogliere la documentazione relativa alla persecuzione dei ghibellini prodotta durante il secolo precedente. In questo volume sono contenute tra l'altro le liste dei banditi e confinati degli anni 1268-1269, esempio tipico di elenco volto a escludere i nemici di fazione secondo le modalità che si sono appena ricordate, e le sentenze emesse contro i cosiddetti guelfi bianchi nel 1302, famose perché contengono la condanna di Dante. Com'è stato notato più volte, il confronto tra queste due parti del testo mette in luce « due stili di raffigurazione del nemico »⁽⁴⁸⁾, rappresentativi a mio modo di vedere di due momenti differenti nella vicenda dell'esclusione politica⁽⁴⁹⁾.

Le prime sono semplici liste di nomi separati da rubriche che li dividono secondo la residenza e la pena subita (bando e tre categorie di confino). In esse non si fa riferimento ad alcun processo. Come sappiamo da altre fonti, nel 1268-69 i processi non ci furono affatto.

⁽⁴⁸⁾ M. CAMPANELLI, *Quel che la filologia può insegnare alla storia*, cit., pp. 107-111.

⁽⁴⁹⁾ G. MILANI, *L'esclusione dal comune*, cit., pp. 416-418.

Al bando furono condannati tutti coloro che non prestarono il giuramento di fedeltà al nuovo regime guelfo instaurato da Carlo I d'Angiò, al confino quanti, pur essendo stati identificati come possibili alleati di questi banditi, lo prestarono. Al contrario, le condanne dei bianchi del 1302 appaiono come sentenze nominali, esiti finali di procedimenti giudiziari regolari, con cui è stato dimostrato che alcune persone hanno compiuto singoli atti che, in applicazione della normativa vigente (statuti, deliberazioni dei consigli, *arbitrium* attribuito alle commissioni di sapienti) vanno considerati come crimini particolarmente gravi (baratteria, vale a dire malversazione di danaro pubblico, ribellione) e richiedono quindi di una punizione esemplare, spesso, la pena di morte.

Questa criminalizzazione del reato politico costituisce la maggiore novità del Trecento, una novità più significativa del riferimento alla ribellione o alla malversazione in sé. Come si è visto, fino a quel momento se pure poteva capitare che nell'intestazione di alcuni bandi politici facesse riferimento a questo tipo di comportamenti, la sorte di questi banditi rimaneva distinta da quella degli accusati di reati 'comuni', come l'omicidio, la rapina, l'incendio o la falsificazione. Negli statuti e nei registri comunali malesardi, magnati e nemici di fazione erano scritti in liste separate da quelle dei banditi *pro maleficio*, cioè di quanti non si erano presentati a rispondere di crimini comuni. Coloro che erano stati identificati come nemici della fazione avevano spesso approfittato del fatto che la loro identificazione non si basava su norme consolidate, ma su provvedimenti d'emergenza, spesso frutto di una contingenza politica particolare. I loro patroni avevano impostato la difesa recando prove del fatto che i loro assistiti, pur essendo stati accusati di appartenere a una fazione esclusa erano in realtà buoni cittadini, che pagavano le imposte. Avevano insomma contrapposto i valori tradizionali su cui si fondava la cittadinanza fino alla prima metà del secolo XIII a quelli più nuovi, tra cui vi era il sostegno alla parte al potere, su cui si basavano le accuse che dovevano fronteggiare. Le condanne fiorentine del 1302 mostrano l'avvio di una fase diversa, una fase in cui dall'attribuzione di una condizione (malesardo, magnate, ghibellino) l'accento si spostava nettamente sull'accertamento di un fatto criminoso vero e proprio (corruzione, congiura contro il regime, atti

di ribellione) per il quale era prevista una sanzione talmente grave che il bando diveniva un esito quasi scontato.

Da un lato, questo sviluppo era frutto di un'evoluzione delle strutture politiche cittadine che si erano dotate di un vertice indiscutibile, un collegio capace di dominare in modo compiuto e gerarchico i consigli cittadini, gli uffici, i tribunali. Che si trattasse del consiglio degli anziani (nei regimi di popolo), del consiglio del signore o della parte (nei regimi signorili) per la prima volta questo vertice cercava di affermarsi come struttura di governo del comune assumendo le funzioni che nel corso del Duecento aveva esercitato il podestà forestiero e arrogandosene altre, spesso mediante l'acquisizione di un potere straordinario (*l'arbitrium*) su materie particolarmente delicate (la guerra, la fiscalità, la giustizia) ⁽⁵⁰⁾. In virtù di questo accentramento di poteri, i comportamenti contrari alle decisioni del governo (ribellione, ma anche evasione fiscale, baratteria, corruzione) cominciarono ad essere presentate come attacchi a quel vertice, dunque al comune stesso ⁽⁵¹⁾.

Dall'altro lato, gli eserciti, gli uffici e i tribunali cittadini erano cresciuti nel volume delle attività. La guerra, la fiscalità e la giustizia decise dai governi erano molto più presenti nella vita dei cittadini, che pagavano più tasse ed erano maggiormente coinvolti nei processi civili e penali ⁽⁵²⁾. Per questo, come mostrano i registri di delibere di quest'epoca, i modi in cui queste attività pubbliche erano decise e amministrate furono oggetto di serrati dibattiti nei consigli allagati e ristretti, fecero schierare individui e gruppi affinché fossero varate misure straordinarie per risolvere i problemi legati al finanziamento del debito e alla convivenza civile. Spesso queste misure sanzionavano in maniera esemplare i comportamenti devianti, anche quelli dei governanti.

Questa trasformazione così chiaramente visibile a Firenze ebbe luogo anche in altre città. A Lucca già dal 1301 tutti gli anziani di

⁽⁵⁰⁾ M. MECCARELLI, *Arbitrum. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁽⁵¹⁾ G. MILANI, *L'esclusione dal comune*, cit., pp. 430-437.

⁽⁵²⁾ Un segno di questa espansione è stato ravvisato da Maria Ginatempo nell'aumento dei bilanci delle città: M. GINATEMPO, *Prima del debito. Finanziamento della spesa pubblica e gestione del deficit nelle grandi città toscane (1200-1350 ca.)*, Firenze, Olschki, 2000.

Santa Zita, cioè i membri del collegio di vertice del popolo furono condannati per baratteria; a Pistoia nel 1300 membri della locale parte dei guelfi neri furono condannati a morte sulla pubblica piazza ⁽⁵³⁾. A Bologna nello stesso anno, quando alcuni cittadini condannati al confino in quanto lambertazzi, cioè ghibellini, non prestarono le garanzie pecuniarie, i giudici del capitano del Popolo, accertata l'infrazione, aprirono dei processi, al termine dei quali chiesero alla più influente tra le magistrature di governo, gli anziani del Popolo, di emanare una delibera speciale ⁽⁵⁴⁾. Sulla base di questa delibera promulgarono un bando particolarmente grave giustificato mediante la necessità di dare l'esempio agli altri disubbidienti ⁽⁵⁵⁾. Si tratta della stessa citazione di specifici reati definiti come gravissimi, della stessa presenza di veri e propri processi, nonché della stessa menzione di una funzione esemplare che si rilevano nel testo delle condanne del 1302 trascritte nel libro del Chiodo ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵³⁾ G. MILANI, *L'esclusione dal comune*, cit., pp. 415-416.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, pp. 380-382.

⁽⁵⁵⁾ L'intestazione dei bandi bolognesi del 1300 è conservata in Archivio di Stato di Bologna, *Comune, Capitano del popolo, Ufficio ai beni dei banditi e confinati, Elenchi di banditi e confinati*, vol. III, reg.1, c. 60v: « In nomine Domini nostri Ihesu Christi amen. Hec sunt quedam banna data per nobilem et potentem virum dominum Fulcerium de Calbulo laudabilem capitaneum civitatis et populi Bononie de consilio suorum iudicum secundum formam provisionis de hoc loquentis de quibusdam actis seu processibus ventilatis coram ipso et sua curia, sub examine sapientis et discreti viri domini Nicholai de Roçanis de Parma, iudice [*sic*] dicti domini capitanei ad bona bannitorum pro parte lambertatorum deputati, et scripta per me Benvenutum domini Ferulfi et nunc ofitalem et scribam dicti domini capitanei, curentibus annis domini millesimo trecentesimo, inditione tertiadecima. Nos Fulcerius de Calbulo capitaneus antedictus, cum innicium cuiuscumque peccati dicatur superbia secundum quod sapiens attestatur et reperiatur in iure descriptum, quod parum prodesset humilitas humilibus si contumacia contumacibus non obesset et isti qui infra sunt scripti suadente humani generis inimico ac etiam iniquitatis et superbie spiritum assumentes videantur adversus obedientiam errigere cornu suum. Ideo eos et quemlibet eorum bannimus et in banno ponimus in hac forma ».

⁽⁵⁶⁾ Il testo delle condanne fiorentine è pubblicato in M. CAMPANELLI, *Le sentenze contro i Bianchi fiorentini del 1302*, cit., p. 219: « Hee sunt condempnationes sive condempnationum sententie facte, late et promulgate per nobilem et potentem militem dominum Cante de Gabriellibus de Eugubio, honorabilem potestatem civitatis Florentie super infrascriptis excessibus et delictis commissis et perpetratis per infrascriptos homines et personas, sub examine sapientis et discreti viri domini Pauli de Eugubio,

Il mutamento di clima e di paradigma che esprimono questi testi, così come altri dello stesso periodo, ebbe conseguenze importanti sulla persecuzione dei nemici interni. Non solo le nuove condanne fecero ricorso più frequentemente che in precedenza alla pena capitale, ma, proprio perché comminate da tribunali legittimi e non da commissioni straordinarie, furono molto più difficili da cassare. In altre parole, di fronte a sentenze espresse da tribunali ordinari per crimini previsti dal diritto vigente, a giuristi e *sapientes* fu notevolmente ridotta la possibilità di opporre le argomentazioni basate su difetti di legittimità e di forma di cui avevano disposto nel trentennio precedente ⁽⁵⁷⁾.

Una costituzione imperiale mostra come questa trasformazione della giustizia contro i nemici politici si generalizzò nel primo decennio del Trecento. Quando, nel 1311, Enrico VII decise di pacificare le fazioni che si combattevano in ogni centro urbano d'Italia, egli emanò un provvedimento generale: la *Lex de cassatione bannorum*. In esso affermava che in Italia aveva trovato il malvagio costume di bandire i nemici accusandoli falsamente di gravi crimini, e che per questa ragione molti innocenti erano stati condannati. Per questo — proseguiva — aveva dato l'ordine di distinguere le con-

iudicis prefati domini potestatis ad offitium super barattariis, iniquis extorsionibus et lucris illicitis deputati, et de consensu et voluntate aliorum iudicum ipsius domini potestatis, et scripte per me Bonoram de Pregio, notarium et officialem eiusdem domini potestatis ad idem offitium deputatum, currentibus annis Domini a Nativitate millesimo CCC° II, indictione XV^a, tempore sanctissimi patris domini Bonifacii pape octavi. Nos Cante, potestas predictus, infrascriptas condemnationum sententias damus et proferimus in hunc modum. Cum iniqua pastoris rapacitas circa gregem disperdendum convertitur, non est ibi lupina maior offensio nullaque pestis efficacior ad nocendum. Sic eventit itaque cum illi, quos populus honorare voluerit, sui eisdem commictens custodiam ut ipsi tamquam pastores solliciti et custodes castissimi curent populum in ordine salutifero regere, rectos sensus ad indirecta et iniusta pervevertunt, ipsorum facie tecta caligine, non verentes nec considerantes quod populus ipsos sublimat offitio quo iustitiam dilligentes illustrent eumdem et unicuique tibuant quod est iustum. Quod si secus rem gesserint, iniquis extorsionibus aures adhibentes et manus lucris illicitis contra honestatis debitum porrigentes, tunc populus ipse discors efficitur et discors factus a sua unitate dissolvitur et dissolutus confusionem denique devenit in immensam. Est igitur inferenda pena punitionis commictentibus talia, ut per illam commissam culpam visibiler recognoscant et aliis omnibus, quorum insonuerit auribus, prodeat in exemplum ».

⁽⁵⁷⁾ Ho trattato questo punto analiticamente in G. MILANI, *Giuristi, giudici e fuoriusciti*, cit.

danne legittime da quelle illegittime, ma un tale compito si era rivelato impossibile da portare a termine: non solo per la grande quantità di materiale da vagliare, ma anche per l'impossibilità di distinguere le sentenze vere da quelle strumentali. Si era visto dunque costretto a dichiarare vane tutte le condanne, non solo 'occasione rebellionis vel guerre', ma anche per rapina, incendio, omicidio, ferite, furto e altre cause ⁽⁵⁸⁾.

Quella che nella percezione imperiale era una falsificazione consapevole costituiva l'esito dello sviluppo che si è tentato di descrivere. La criminalizzazione del reato politico aveva provocato una politicizzazione dei reati comuni, o almeno una difficoltà di separare i due tipi di crimini. Per certi versi la giustizia politica

⁽⁵⁸⁾ *Henrici VII Constitutiones in Monumenta Germaniae Historica, Constitutiones et Acta publica imperatorum et regum*, t. IV, p. I, a cura di I. Schwalm, Hannover-Leipzig 1906, pp. 522-523: « Ex predictis itaque horrendis nostre mansuetudinis visceribus pietate profusis, quibus iuris et iusticie studium divinitus est commissum, tale primo remedium quesivimus adhibere, ut videlicet omnes iustas condempnationes et banna adque processus ceteros ab iniustis et inconvenientibus secerni facere curaremus, ut que rite acta fuissent, intacta manerent, que vero propter hodia vel guerras iniuste contra insontes fuere prolata, cassationis et annullationis remedio tollerentur. Set dum predictorum discretio quereretur, que iusta ab iniustis secerneret, tum ex operis multitudine, tum etiam ex processuum imeptitudine tanta intricatio et confusio supervenit, quod hanc via, tamquam inexpedibilem relinquentes pro huius rei cita et libera expeditione magisque munifica ex nostre clementie fonte rivos uberiores profundimus, quorum aque salubres omnem delictorum preteritorum maculam universaliter a quibuscumque nostre obedientibus maiestati abluerent et delerent ut sic a preteritis expiati erroribus comuni provisione se renovatos sentiant in quiete, hicque annus sit eis posteritatique eorum iubileus et iocundus et ab hoc incipiat eorum comunis et pacificus status Dei suffragio perpetuo duraturus. Quapropter hanc editalem legem in eternum valituras statuimus ex nostre plenitudine potestatis, per quam irritamus adque cassamus et cassa et irrita esse decernimus per universas civitates, castra et loca Lombardie ac Tuscie, que ad nostra mandata venerint vel venerunt et per nostram ordinationem pacem fecerunt vel facient inter suos intrinsecos et extrinsecos parciales, omnia banna, condempnationes et relegationes et processus adque sententias lata, facta, data seu promulgata de aliquo vel aliquibus seu contra vel in aliquem vel aliquos de extrinsecis seu intrinsecis ipsarum civitatum terrarum vel locorum usque in presentem diem per dominos, potestates seu rectores vel quoscunque officiales dictorum locorum et civitatum adque terrarum, occasione rebellionis vel guerre vel robarie vel incendii seu homicidii vel vulnerum seu furti vel cuiuslibet occasione alterius excessus, criminis, delicti, offense sen ommissi, que quomodocunque vel quandocunque vel ubicunque vel in quemcunque dicerentur fuisse commissa vel ordinata ».

trecentesca era una sintesi tra le due procedure che erano state elaborate in precedenza: l'esclusione dei banditi e quella dei *malesardi*. La punizione dei ribelli prendeva dal bando la solidità del fondamento procedurale, essendo emessa, come il bando, sulla base di una norma e di una pratica stabilita. Ma contemporaneamente essa traeva dalla repressione dei *malesardi* l'idea di punire in modo esemplare chi era stato identificato come pericolo per il bene comune.

Il carattere collettivo di questa categoria di nemici, che nel corso del duecento era stato espresso stilando lunghe liste preventive di singoli nomi, ora si affermava mediante l'elaborazione di categorie di reato come la ribellione o la baratteria, sufficientemente astratte e generali per applicarsi a chiunque si fosse opposto alla linea politica del governo. A riprova di ciò si può osservare che, una volta messo a punto, il dispositivo continuò a funzionare nel mutare degli assetti politici. Come mostra il caso di Bologna le stesse motivazioni e gli stessi apparati polizieschi e giudiziari si conservavano mentre si alternavano al vertice del comune gruppi e interessi nuovi ⁽⁵⁹⁾.

Nello stesso periodo, nelle aule dei palazzi comunali, alle pitture infamanti dei singoli banditi, chiaramente identificati dal nome e per questo destinate ad essere cancellate o sostituite in caso di rientro o morte del personaggio raffigurato, si andavano sostituendo immagini simboliche, allegorie come quella che vedeva la personificazione del comune come vecchio governante (spesso effigiato in due momenti, quello del trionfo, e quello della crisi) circondato da vizi e virtù che facendo leva su categorie largamente condivise erano utilizzabili da tutti i governi e come tali destinate a una fortuna ben più longeva ⁽⁶⁰⁾.

Il nemico pubblico del Trecento appare quindi come chi, avendo compiuto atti definiti come fattispecie dei gravi crimini politici previsti dal diritto cittadino, era stato giudicato colpevole e condannato a una pena altrettanto grave. Tra le figure viste sino a questo momento è la meno esotica ai nostri occhi, la più familiare, quella più vicina ai sistemi che conosciamo per maggiore prossimità o esperienza diretta. Ma al principio del XIV secolo tale figura rappresentava una novità nei sistemi politici delle città italiane.

⁽⁵⁹⁾ G. MILANI, *L'esclusione dal comune*, cit., pp. 403-404.

⁽⁶⁰⁾ G. MILANI, *Prima del Buongoverno*, cit., pp. 80-84.

Questo non avveniva perché sino a quel momento i cittadini avessero fatto un uso più equo, meno arbitrario della giustizia, ma piuttosto perché, da un lato, non si era ancora formata una struttura politica così gerarchica e dotata di un vertice così potente (anche se talvolta plurale), dall'altro la giustizia non costituiva ancora il principale campo di espressione delle tensioni sociali. Al principio del Trecento essa era divenuta il luogo in cui apparati di governo complessi cercavano di intervenire per costruire consenso e affermare il proprio potere, e lo facevano conferendo (o togliendo) ai giudici poteri di *arbitrium* straordinari, regolando secondo criteri nuovi i poteri dei podestà, annullando, sospendendo ed eccettuando i procedimenti ⁽⁶¹⁾.

Anche un cittadino influente della fine del secolo XII o del 1230 avrebbe potuto usare a proprio vantaggio, per escludere un suo avversario, i sistemi giudiziari del comune in cui viveva; lo avrebbe potuto fare facendo deliberare in consiglio che un certo atto era stato così grave da meritare un bando perpetuo o, all'interno di una balia straordinaria, per fare in modo che il nome di un nemico finisse in una lista. Non avrebbe potuto in maniera altrettanto evidente orientare un processo poiché i tribunali penali non erano ancora strutture così sviluppate, pensate per regolare una sfera così ampia di comportamenti, come lo sarebbero state alla fine del Duecento, perché nella maggior parte dei casi su di essi i consoli o il podestà forestiero mantenevano un controllo accettato o almeno non troppo contestato dai gruppi di interesse cittadini.

Questo non significa in alcun modo che le strutture giudiziarie delle città trecentesche fossero più inquisitorie o tanto meno più pubbliche di quelle che le avevano precedute ⁽⁶²⁾, semplicemente esse erano più grandi, forse anche più forti, di sicuro meglio utilizzabili come armi per colpire i nemici.

⁽⁶¹⁾ M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 247-276.

⁽⁶²⁾ F. RICCIARDELLI, *The politics of Exclusion*, cit., p. 27 crede nel « Rise of the Public in the Judicial System ». Ha al contrario dimostrato in modo esauriente la piena pubblicità della giustizia cittadina sin dal XII secolo M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, cit., in part. alle pp. 19-30.

4. *Conclusioni: capacità coercitiva, obiettivi politici, nemici pubblici.*

Il percorso sin qui proposto mostra che la persecuzione dei nemici politici che conosciamo, quella che distorce l'imparzialità della giustizia mettendola al servizio di esigenze 'di parte', non fu un fattore sempre presente, una costante proteiforme capace di incarnarsi nei diversi sistemi giudiziari delle diverse realtà politiche della storia occidentale, ma l'esito databile e concreto di una vicenda che partiva da altre premesse e che sino a quel momento aveva visto in azione dispositivi assai diversi.

La vicenda dell'esclusione comunale non rivela la fragorosa irruzione di un potere politico schierato nell'idilliaca atmosfera di una giustizia equidistante, ma qualcosa di più complicato. Essa mostra la progressiva tecnicizzazione di una funzione originaria del potere pubblico: quella di stabilire il perimetro del gruppo su cui tale potere è esercitato escludendo chi lo minaccia in questo esercizio. Una funzione che ovviamente nasce insieme al potere stesso e che solo a un certo punto, in presenza di determinate condizioni, comincia a servirsi di quel sistema di corrispondenza tra delitti e punizioni che oggi chiamiamo giustizia penale.

La storia dei comuni mostra che non tutte le istituzioni politiche nascono dotate di un proprio codice penale, ma che prima di fissarlo in un canone (comunque destinato ad essere rivisto) trascorre un periodo in cui cambia la scala della gravità dei delitti, muta il grado della loro percepita pericolosità per la sopravvivenza del sistema. Essere falsario in un comune che sta provando ad affermarsi come ente che produce monete affidabili è molto più grave che esserlo in un comune che ha già raggiunto quest'obiettivo. In quest'ultimo caso si è semplicemente un truffatore, nel primo, un nemico pubblico.

I crimini che oggi definiamo politici: il tradimento, la ribellione, l'alleanza con il nemico non fanno eccezione rispetto a questa variabilità. Nella Genova del secolo XII giurare fedeltà a una potenza stranera era un comportamento così diffuso tra i notabili cittadini che il comune poteva semplicemente privare chi lo faceva dei privilegi che garantiva ai suoi membri. Nella Firenze di Dante, che poteva contare su una capacità coercitiva e su un'ubbidienza della cittadinanza molto più alte, chi lo faceva era condannato al

rogo. I mezzi simbolici, procedurali, giuridici con cui i reati politici venivano perseguiti cambiarono in conseguenza del livello di sviluppo raggiunto dal governo del comune. Le altre variabili, come lo schieramento, contavano molto meno: nello stesso periodo i comuni guelfi e quelli ghibellini si servirono degli stessi sistemi. È dunque in questo svolgimento politico che va collocata l'evoluzione del nemico pubblico.

In principio, nel sistema in crisi del *regnum Ytalie*, il comune si presentava come una struttura leggera, volta al perseguimento di alcuni obiettivi precisi (la soluzione delle controversie, la difesa e l'espansione della ricchezza dei cittadini) e spesso limitata nel tempo, come mostrano le comunanze giurate a Genova. Questo sistema era privo di veri e propri strumenti coercitivi, ma si trovava esposto a una minaccia capace di cancellarlo: la defezione di alcuni suoi membri che potevano trovare altrove (presso signori vicini, presso il marchese o nella clientela del vescovo) il proprio vantaggio. Il bando fu una misura volta a scoraggiare tali defezioni poiché privava chi vi incorreva della possibilità di poter fruire della giustizia comunale. Con il bando si cercava di definire il gruppo di chi faceva parte del sistema minacciando chi non rispettava le regole di escluderlo. Il bando perpetuo costituì l'esecuzione di questa minaccia. Per questo il bandito perpetuo, il nemico pubblico del primo comune fu essenzialmente colui che aveva messo a repentaglio la *iurisdictio*, e che al tempo stesso, con la sua esclusione, colui che la confermava e la rafforzava.

Con il passare del tempo, nel corso del XII e della prima metà del XIII, la struttura politica comunale continuò a crescere e ad espandersi. Cominciò a espandersi il numero di cittadini e quello di ufficiali, crebbe l'area su cui si estendeva il controllo fiscale e giurisdizionale, il commercio dei cittadini e la loro proprietà. I regimi cittadini divennero sistemi politici dotati di una quantità sempre maggiore di ricchezze e il problema principale divenne presto il modo in cui queste dovessero essere utilizzate. Dal momento che la voce più rilevante del bilancio era costituita dalle spese militari fu sulla gestione della guerra che si cominciò a polarizzare il conflitto. Senza che il ricorso al bando venisse meno, cominciò a essere impiegato il termine *malexardi* per definire tutti coloro che combattevano per la ragione sbagliata, poi questa definizione gene-

rale si andò precisando a seconda degli esiti che il conflitto sulla guerra produceva. Si chiamarono magnati quanti combattevano con i mezzi sbagliati (vendette, masnade, clientele) nei regimi di Popolo in cui i principali responsabili dell'aumento delle spese militari erano stati identificati nei *milites* che perseguivano i propri interessi a svantaggio del resto della cittadinanza. Si chiamarono guelfi o ghibellini coloro che combattevano con lo schieramento nemico del comune in quei regimi che avevano scelto di allearsi a una delle due coordinazioni intercittadine.

Attorno al 1300 il comune era ormai una struttura pesante e articolata. Le tensioni economiche connesse all'espansione, che nel frattempo aveva ulteriormente progredito, avevano moltiplicato ovunque il numero di uffici e di tribunali, e avevano portato, nel corso di alcuni densi decenni, alla costituzione di un vertice dotato di una capacità di controllo e di un potere coercitivo sconosciuti in precedenza. Un secolo e più di conflitti sociali e di variazioni nell'equilibrio dei vertici avevano tuttavia fatto accumulare in questa struttura gerarchica privilegi, eccezioni, sistemi per adattare le originarie regole di eguaglianza agli obiettivi politici e di ordine pubblico di volta in volta stabiliti. Esistevano leggi e punizioni precise contro i diversi comportamenti che ledevano lo svolgimento della vita civile, ma esistevano anche ordinamenti che differenziavano pene e procedure per i magnati, norme che diminuivano i diritti dei ghibellini, altre che li aumentavano per i membri di alcune corporazioni e via dicendo.

In questo clima non serviva più un sistema come il bando, che separasse chi non rispettava le regole da tutti gli altri, definendolo un non-cittadino, poiché di sistemi del genere se n'erano andati accumulando fin troppi, molti dei quali in contrasto tra di loro. Quello di cui aveva bisogno chi si arrogava il compito di mettere ordine erano strumenti che consentissero di superare le molte eccezioni, sospendendole dinnanzi a una gravità straordinaria, crimini in grado di qualificare comportamenti diversi come attacchi al vertice dello stato, azioni che mettevano a repentaglio il ruolo di chi, rispetto alla molteplicità dei gruppi in conflitto, aveva raggiunto il vertice e cercava di rimanerci. Questa necessità spiega il ricorso alla baratteria e alla ribellione, presentate come crimini che colpivano la *res publica* in modo più grave degli altri. Non si trattava più di condizioni da

accertare nelle sedi necessariamente plurali della politica (consigli ordinari o commissioni straordinarie che fossero), ma di azioni delittuose che avrebbe dovuto certificare una figura *super partes* che per statuto non poteva scendere a compromessi: il giudice.

Non si trattava di un obiettivo facile da raggiungere: per decidere se lo storno di un'entrata pubblica fosse da qualificare come una semplice truffa o piuttosto come il tentativo di affossare il regime difficilmente sarebbe bastata una competenza tecnica; per valutare se l'allontanamento di qualcuno da una spedizione militare fosse una renitenza o un alto tradimento non si sarebbe rivelata sufficiente l'equanime sentenza di un magistrato ⁽⁶³⁾. La pretesa di rendere la persecuzione dei nemici pubblici una semplice funzione amministrativa era destinata a fallire. Dei propri avversari la politica si sarebbe dovuta occupare per molto tempo ancora.

(63) È significativa la soluzione data da Alberico da Rosciate a un problema antico e cioè se fosse lecito al podestà procedere contro una parte che si era allontanata dalla città ed era stata esclusa. Alberico optò per l'idea pilatesca secondo cui sarebbe stato lecito se la parte era stata esclusa per sua colpa e illecito in caso contrario: ALBERICI A ROSATE, *Commentarium de statutis*, in *Tractatus Universi Juris*, II, Venezia 1584, f. 81v: « Solvendo distinguit aut pars expulsa fuit expulsa suo dolo vel culpa, aut dolo vel culpa intrinsecorum. Primo casu, si civitati sint contumaces, potestas procedere possit contra eos secundum formam iuris vel statutorum et consuetudinum civitatis [...]. Secundo casu, quando dolo vel culpa partis intrinsece sunt expulsi, tunc potestas non possit contra eos secundum formam statutorum procedere mulctando vel banniendo, vel alio modo. Imo si expulsi sederentur per intrinsecos praescriptione vel alio modo, restituentur, cum iusto metu absint, ut prolatum est supra ».

I nemici della societas christiana

TOMAŽ MASTNAK

THE MUSLIMS AS ENEMY OF FAITH:
THE CRUSADES AS POLITICAL THEOLOGY

I. During the Middle Ages, Western Christians' prevailing attitude toward Muslims was overwhelmingly hostile. From the ninth century onward at the latest many men and some women in the Latin Christian West, both lay and clerical, some poorly educated but others fairly well informed and qualified, of all the ways and all the stations of life wrote against the Muslims and Islam to build « walls of hatred and contempt » ⁽¹⁾. Many more came to act upon those hostile views.

Christian enmity toward Islam, the latest monotheism to join the quarreling Abrahamic family, existed from about as long as the Muslims existed. That enmity was initially articulated in the East, where the Christians first came in contact with the Muslims and, before long, experienced their rule. From there, *topoi* of Christian anti-Muslim polemics were transmitted to the Christian West. More research is needed to determine the details of that transmission. It appears, however, that the transmission of critical views of the Muslims and their beliefs did not overlap in time or space with Muslim conquests in the West. Moreover, hostility toward the Muslims was often expressed in writing in regions of the Christian West that had no contact with the Muslims and by people who had

⁽¹⁾ John V. TOLAN, *Sons of Ishmael, Muslims through European Eyes in the Middle Ages*, Gainesville, University Press of Florida, 2008, 135. I use the following abbreviations, CCCM, *Corpus Christianorum Continuatio Mediaevalis*, Turnhout, Brepols, 1966-; CCSL, *Corpus Christianorum Series Latina*, Turnhout, Brepols, 1953; MGH, *Monumenta Germaniae Historica*, Epp., *Epistolae*, in quart; SS, *Scriptores*, in folio; SS rer. mer., *Scriptores rerum Merovingicarum*; PL, *Patrologiae cursus completus, Series latina*, ed. J.-P. Migne, Paris, Migne, 1844-91.

no first-hand experience with the enemy they were in train of creating.

Christian enmity against Muslims, while widespread and continuous, was not invariable. In addition to usual differences and changes over time and space, there occurred a fundamental shift in Christian hostility against Muslims, which coincided with the launching of the first Crusades. The Muslims became for Latin Christians *the* enemy. Before the shift, they were one among many enemies. Now, they became the fundamental, normative, universal enemy. This is a relatively common view in historiography of Christian-Muslim relations ⁽²⁾. While this view is generally correct, there is still a need to better explain what specifically constituted that shift.

Most of the elements that formed the Crusaders' view of the Muslims had existed before the Crusades. If we look at those elements as 'antecedents' or 'precursors' of the Crusades, as forming 'prehistory' or 'genesis' of the Crusades, we will very likely miss the nature of the creative act that instituted the Crusades with their fundamentally hostile view of the Muslims. Our knowledge of the historical developments of which the Crusades were an outcome should not supplant what was, for historical agents, a kind of collective work in progress done without a conscious plan, without an organizing *telos*, in which those involved up to a certain point in history did not know what they were doing.

What follows is a preliminary survey of the views of and attitudes toward the Muslims in pre-Crusading Latin Christian sources ⁽³⁾. My aim is to identify some elements of views of and attitudes toward the Muslims that were later built in the Crusaders' view of and attitude toward the Muslims. The question I hope to

⁽²⁾ I accepted this view in my *Crusading Peace: Christendom, the Muslim World, and Western Political Order*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 2002, especially 96-117.

⁽³⁾ For Eastern Christian views, see especially John C. LAMOREAUX, *Early Eastern Christian Responses to Islam*, in *Medieval Christian Perceptions of Islam*, ed. J. V. Tolan, New York and London, Routledge, 2000; Jean FLORI, *La guerre sainte, La formation de l'idée de croisade dans l'Occident Chrétien*, Paris, Aubier, 2001, 230 ff.; John MEYENDORFF, *Byzantine Views of Islam*, in *Arab-Byzantine Relations in Early Islamic Times*, ed. M. Bonner, Aldershot, Ashgate/Variorum, 2004.

answer this way is how were those elements articulated to form a specific Crusading view of and attitude toward the Muslims, and whether the novelty of the Crusading view of and attitude toward the Muslims was solely a new articulation of the already existing elements or did it involve new elements as well.

II. One such new element in the Crusading outlook appears to have been a clear focus on the Saracens (the name by which the Muslims were generally known from the Early to the Late Middle Ages) ⁽⁴⁾ as the Christian enemies. In the early centuries of Muslim expansion, when the Arabs reached the European peninsula, Latin Christians saw them as one among a host of pagans, infidels, or barbarians that menaced them. They did not assign a privileged place to the Muslims. The Merovingian *Chronicle of Fredegar*, the most significant source of our information about the history of the Frankish kingdoms between the late sixth and the early eighth centuries, represented the Saracen conquests as secular wars, that is, as wars fought for booty, power, and territory ⁽⁵⁾. As such, the Saracen conquests and inroads were no different for the chronicler from the many other wars he recorded. The same holds generally true for the Carolingian chronicles. A good example is the *Royal Frankish Annals (741-829)* ⁽⁶⁾. For Charlemagne and his contemporaries, the Muslims were no more than one group of enemies among many, and not the one that worried them the most ⁽⁷⁾. The Carolingians directed most of their warlike energies against the Lombards, Saxons, Avars, Normans, Danes, and Slavs ⁽⁸⁾. And while

⁽⁴⁾ By the fourth century, the Saracens had become a generic name for the Arabs in Latin. See Robert G. HOYLAND, *Arabia and the Arabs: From the Bronze Age to the Coming of Islam*, London, Routledge, 2001, 235. For the Roman use, see, e.g., AMMIANUS *Res gestae* XXII, xv, 2. On possible etymologies of the name, see HOYLAND, *op. cit.*, 255 n. 5.

⁽⁵⁾ Cf. *Fredegarii Chroniconum* IV,66. I cite *Chroniconum quae dicuntur Fredegarii Scholastici libri IV cum continuationibus*, ed. B. Krusch, MGH SS rer. mer. 2.

⁽⁶⁾ English translation in *Carolingian Chronicles, Royal Frankish Annals and Nithard's Histories*, trans. B.W. Scholz with B. Rogers, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1970.

⁽⁷⁾ Cf. Thierry HENTSCH, *Imagining the Middle East*, Montréal, Black Rose Books, 1992, 18.

⁽⁸⁾ Cf. Anna MORISI, *La guerra nel pensiero cristiano dalle origini alle crociate*, Firenze, Sansoni, 1963, 164 f.; Rosamond McKITTERICK, *The Frankish Kingdoms under*

they had their share of military encounters with the Muslims, they also cultivated diplomatic relations with them ⁽⁹⁾. Even the chronicles from the last century before the First Crusade did not change this overall picture. They recorded clashes between the Christians and the Saracens in the same language as other Christian military confrontations. Nothing distinguished the Saracens, *qua* Saracens, from other enemies ⁽¹⁰⁾. With the Crusades, such pluralism of enemies came to end and Christian animosity began to be focused on the Muslims.

A corollary to this change in focus was that the Saracens, originally regarded as a subset of pagans or unbelievers, became a generic name for a plethora of pagan unbelievers. Once in focus, the meaning of the term Saracen was broadened and the name was turned into a symbol for Christian enemies. With the formation of the « crusade idea » ⁽¹¹⁾, the « Saracen » became a « general name for heathen of any sort » ⁽¹²⁾. In the mid-twelfth century, for example, Pope Eugenius III called the East-European Slavs « Saracens » ⁽¹³⁾, while Vincent of Prague used the term « Saracens » for undefined enemies of Christianity in Eastern Europe ⁽¹⁴⁾. A monk

the Carolingians, 751-987, London, Longman 1983, chap. 3, 5, 9; J.M. WALLACE-HADRILL, *The Frankish Church*, Oxford, Clarendon, 1983; and my *Crusading Peace*, 96-117.

⁽⁹⁾ See especially F.W. BUCKLER, *Harunu' l-Rashid and Charles the Great*, Cambridge, Mass., The Medieval Academy of America, 1931; Michael BORGOLTE, *Der Gesandtenaustausch der Karolinger mit den Abbasiden und mit den Patriarchen von Jerusalem*, Münchener Beiträge zur Mediävistik und Renaissance-Forschung 25, München, Arbo Gesellschaf, 1976; Philippe SENAC, *Le monde carolingien et l'islam: Contribution à l'étude des relations diplomatiques pendant le haut Moyen Âge, VIIIe-Xe siècles*, Paris, L'Harmattan, 2006.

⁽¹⁰⁾ Norman DANIEL, *The Arabs and Mediaeval Europe*, London, Longman; Beirut, Librairie du Liban, 1975, 73.

⁽¹¹⁾ See E. O. BLAKE, *The Formation of the 'Crusade Idea'*, « Journal of Ecclesiastical History », 21, 1970, no. 1.

⁽¹²⁾ *King Horn: A Middle-English Romance*, ed. J. Hall, Oxford, Clarendon, 1901, 96, n. to line 38.

⁽¹³⁾ Eugenius III to Moravian Bishop Henry, 3 March 1149, *Epistolae et privilegia* no. 351, PL 180, col. 1385.

⁽¹⁴⁾ *Vincentii Pragensis Annales*, MGH SS 17, 664, quoted in Maureen PURCELL, *Papal Crusading Policy: The Chief Instruments of Papal Crusading Policy and Crusade to the Holy Land from the final loss of Jerusalem to the fall of Acre, 1244-1291*, Leiden, E.J. Brill, 1975, 15-6 n. 19.

writing in twelfth-century England had the Saxons worshipping « maumets » (15). In some early English texts, such as *Gloucester Chronicle* and *Of Arthour and Merlin*, the Danes (together with Scots and Irishmen) and Saxons are named *Sarrazins* or *Saracens* (16), whereas in the *chansons de geste*, Vandals, Vikings, Arabs, and other « unbelievers » appear under the generic heading of *Saracens* (17).

There are some precedents for such generalized usage, not of *Saracens*, but *Agarens*, which was another name used for the Muslims. A monk at St. Gallen used the name *Agareni* for the Magyars, against whom Emperor Otto I fought at Lechfeld in 955 (18). In the mid-eleventh century, when Pope Leo IX went to war against the Normans, the papal adversaries were named *Agareni* (19). However, if this nomenclature was meant to represent Leo IX's cause as just and lend legitimacy to his struggle against Christians by relating it to warfare against pagans (20), which is plausible,

(15) Dorothee METLITZKI, *The Matter of Araby in Medieval England*, New Haven, Yale University Press 1977, 119.

(16) *King Horn*, 96-7, n. to line 38; cf. Diane SPEED, *The Saracens of King Horn*, « *Speculum* » 65, 1990, no. 3, 566-67. See also Leona F. CORDERY, *The Saracens in Middle English Literature, a Definition of Otherness*, « *Al-Masâq* », 14, 2002, no. 2, 88; for a more detailed treatment, see Id., *The Picture of the Saracens in Middle English Literature*, PhD Dissertation, University of Innsbruck, 1993.

(17) Matthew BENNETT, *First Crusaders' Images of Muslims, The Influence of Vernacular Poetry?*, « *Forum for Modern Language Studies* », 22, 1986, no. 2, 102.

(18) « Otto rex cum Agarenis pugnabat ». *Annales sangallenses maiores*, a. 955, in MGH SS 1, 79. For an interpretation see Ekkehart ROTTER, *Abendland und Sarazenen, Das okzidentale Araberbild und seine Entstehung im Frühmittelalter*, Studien zur Sprache, Geschichte und Kultur des islamischen Orients 11, Berlin, Walter de Gruyter, 1986, 259. WIDUKIND, *Res gestae Saxonice* III,44, spoke of « Ungari ». I cite *Widukinds Sachsengeschichte*, in *Quellen zur Geschichte der sächsischen Kaiserzeit*, ed. and trans. A. Bauer and R. Rau, *Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalters*, 8, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1971.

(19) *Annales Romani*, cited in Kenneth BAXTER WOLF, *Making History, The Normans and Their Historians in Eleventh-Century Italy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1995, 65. See also Carl ERDMANN, *Endkaisererglaube und Kreuzzugsgedanke im 11. Jahrhundert*, « *Zeitschrift für Kirchengeschichte* », 3d ser., 51, 1932, 407; Id., *Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1935, 110; BENZO VON ALBA, *Sieben Bücher an Kaiser Heinrich IV.*, ed. and trans. H. Seyffert, *MGH Scriptores rerum germanicarum in usum scholarum*, 65, Hannover, Hahnsche Buchhandlung, 1996, 310 n. 220.

(20) ERDMANN, *Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens*, 110; Norman HOUSLEY,

we do not have so much to do with a generalized meaning of « Agareni » as with a pejorative use of a name for the Muslims. To cite another example, the name « Agareni » was certainly used as an invective when imperial polemicist Benzo of Alba called Pope Gregory VII an *Agarenius* (21).

III. The instances I cited at the close of the previous section may serve as a warning against seeing too sharp a turn, occurring with the launching of the Crusades, in the nature of language used to describe the Muslims. In addition to privileging the Muslims in Christian perceptions of the enemy, there is no doubt that from the late eleventh century onward the emotional tone in Latin Christians' talk about the Muslims intensified. Describing the heated language that became common after 1095 as a « hysterical Christian zeal » (22), is not wrong. It is also safe to say that, at that point in time, « Western attitude toward the Saracens became more belligerent » (23). But using a name for the Muslims as an invective, and in order to legitimize violence, is an indication that the pre-Crusading Christian attitude toward the Muslims could not have been overwhelmingly benign.

On the one hand, as a number of historians have observed, the tone in which Christian writers in the West wrote about the Muslims in the first centuries of Islam and of Arab conquests was generally more moderate than what was inaugurated with the Crusades (24).

Crusades Against Christians, their Origins and Early Development, c. 1000-1216, in *Crusade and Settlement*, ed. P.W. Edbury, Cardiff, University College Cardiff Press, 1985, 19; cf. WOLF, *Making History*, 65-66.

(21) BENZO, *Ad Heinricum IV. Imp. VI*, narratio, 4. See BENZO VON ALBA, *Sieben Bücher an Kaiser Heinrich IV.*, 542 n. 186. Benzo also called Gregory VII an « Ishmaelite ». BENZO, *Ad Heinricum IV. Imp. VI*, 5, op. cit., 552.

(22) Ronald C. FINUCANE, *Soldiers of Faith, Crusaders and Moslems at War*, New York, St. Martin's Press, 1983, 149-50.

(23) Michael FRASSETTO, *The Image of the Saracen in the Sermons of Ademar of Chabannes*, in *Western Views of Islam in Medieval and Early Modern Europe, Perception of Other*, ed. D.R. Blanks and M. Frassetto, New York, St. Martin's Press, 1999, 83, with further references.

(24) Rainer Ch. SCHWINGES, *Kreuzzugsideologie und Toleranz, Studien zu Wilhelm von Tyrus*, Stuttgart, Anton Hiersemann, 1977, 98; R.W. SOUTHERN, *Western Views of Islam in the Middle Ages*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1962, 16; DANIEL,

The *Fredegar* chroniclers and their continuators, for example, spoke of the Saracens and their wars in an objective mode. The language in which they recorded the wars against the Saracens did not differ from their reports of other Frankish military pursuits. The « lack of rancor », linked with detachment, continued to be characteristic of Carolingian accounts of the Saracens (25). The chroniclers of the last century before the First Crusade fit this pattern. They rejoiced in Christian victories over the Saracens, to be sure, but their reports of wars and descriptions of Muslim enemies were dull, flat, dry, and detached (26).

On the other hand, if we look at the names Latin Christian writers used for the Muslims, the picture we get is more varied and we find many harsh words. It seems that the Arab conquest of Spain and Muslim military advances elsewhere in the northern Mediterranean had attracted relatively little contemporary attention and had not caused excessive worries to Latin Christians bordering those regions. Many of them appear to have believed that the Muslim presence in Christian lands was not going to last long (27). But that presence nevertheless gave rise to more hostile views of the Muslims.

Bede the Venerable, for example, attributed *perfidia* to the Saracens (28). « Perfidia » and « perfidus », with their broad diapason of unflattering connotations, became standard in Latin Christian references to the Saracens. The continuators of *Fredegar* called them « gens perfida » (29), as did the chroniclers at the monastic houses at

The Arabs and Mediaeval Europe, chap. 1; James KRITZEK, *Peter the Venerable and Islam*, Princeton, N. J., Princeton University Press 1964, 15-6; FINUCANE, *Soldiers of Faith*, 147f.

(25) SOUTHERN, *Western Views of Islam*, 18-19; METLITZKI, *The Matter of Araby*, 14.

(26) JOHN FRANCE, *Les origines de la première croisade, Un nouvel examen*, in *Autour de la première croisade, Actes du Colloque de la Society for the Study of the Crusades and the Latin East, Clermont-Ferrand, 22-25 juin 1995*, ed. M. Ballard, Paris, Publications de la Sorbonne, 1996, 44. France cites Thietmar of Merseburg and Ademar of Chabannes as examples. It will become clear later in my article that some historians have read these two medieval writers as more hostile in their views of the Muslims than in France's interpretation.

(27) DANIEL, *The Arabs and Mediaeval Europe*, 17.

(28) *Ecc. Hist.* V, 23. I cite *Bede's Ecclesiastical History of the English People*, ed. B. Colgrave and R.A.B. Mynors, Oxford, Clarendon, 1969, 556.

(29) *Chronicarum continuationes* 13. I cite *Fredegarii Chronicorum Liber Quartus cum Continuationibus, The Fourth Book of the Chronicle of Fredegar with its continua-*

Metten ⁽³⁰⁾, Saint-Wandrille ⁽³¹⁾, and Saint-Denis ⁽³²⁾. Another Merovingian source labeled them « nefandissima gens » ⁽³³⁾. *Vita* of Pope Gregory II (715-731) in *Liber pontificalis* mentioned « nefanda Agarenorum gens », which had for ten years been in possession of the province of Spain ⁽³⁴⁾. These names were in continuous use until the Renaissance ⁽³⁵⁾, and beyond. We find them, for example, in Pope Leo III's letters ⁽³⁶⁾, in *vitae* of Gregory IV ⁽³⁷⁾ and Leo IV ⁽³⁸⁾ in *Liber pontificalis*, in Benedict IV ⁽³⁹⁾ and Sergius III's ⁽⁴⁰⁾ letters, in a life of Abbot Mayol ⁽⁴¹⁾, in Ademar of Chabannes ⁽⁴²⁾, and Rodulfus Glaber ⁽⁴³⁾.

tions, ed. and trans. J. M. Wallace-Hadrill, London, Thomas Nelson and Sons, 1960, 90; cf. MGH SS rer. mer. 2, 175.

⁽³⁰⁾ *Annales mettenses*, a. 732, in MGH SS 1, 325.

⁽³¹⁾ *Gesta abbatum fontanellensium* 9, a. 732, MGH SS 2, 282.

⁽³²⁾ *Chronicle of Saint-Denis*, cited in Jean-Henri ROY and Jean DEVIOSSE, *La Bataille de Poitiers*, Paris, Gallimard, 1966, 296.

⁽³³⁾ *Vita Pardulfi abbatis Waractensis*, MGH SS rer. mer. 7, 33, cited in ROTTER, *Abendland und Sarazenen*, 261.

⁽³⁴⁾ *Notitia historica in S. Gregorium Papam II.*, PL 89, col. 468.

⁽³⁵⁾ See, for example, Frederick III to the Venetian Doge, 22 January 1454, in *Deutsche Reichstagsakten, Ältere Reihe*, München, J.G. Cotta; Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1867 -, 19.1, 106; Callistus III to King Ladislav of Hungary, 20 October 1457, in PICCOLOMINI, *Opera inedita*, ed. J. Cugnoni, Roma, Salviucci, 1883, 130, 132. Both letters were written by Piccolomini.

⁽³⁶⁾ « Nefandissima Agarenorum gens ». Leo III to Emperor Charles, a. 812, in Leo III, *Epistolae Ad Imperatorem Karolum Missae*, PL 98, col. 540. « Nefandissimi Mauri ». Ibid. 542.

⁽³⁷⁾ « Nefandissimi Saraceni »; « nefaria [...] Aggarenorum gens ». ANASTASIOS BIBLIOTHECARIUS, *Historiae de vitis romanorum pontificum continuatio*, PL 128, cols. 1289, 1290.

⁽³⁸⁾ *Saraceni* « perfidi » and « nefandi ». ANASTASIOS BIBLIOTHECARIUS, *Historiae*, PL 128, cols. 1313, 1323.

⁽³⁹⁾ « Nefandissima gente Saracenorum ». Benedictus IV, *Epistolae*, PL 131, col. 44.

⁽⁴⁰⁾ « Nephandissima Saracenorum gens ». Sergius III, *Epistolae et Privilegia*, PL 131, col. 973.

⁽⁴¹⁾ *Ex Syri Vita S. Maioli III*,1, MGH SS 4, 652.

⁽⁴²⁾ *Chronicon* I, 52. I cite *Ademari Cabannensis Chronicon*, ed. P. Bourgain, CCCM 129, Turnhout, Brepols, 1999, 63. The only « gens perfida » for Saracens in *Chronicon* is taken over from the continuations of *Fredegar Chronicle*. Cf. P. BOURGAIN, *Introduction*, op. cit., LXIII-LXIV; Yves CHAUVIN and Georges PON, *Introduction*, in ADEMAR DE CHABANNES, *Chronique*, trans. Y. Chauvin and G. Pon, Turnhout, Brepols,

Christian writers in the three centuries preceding the First Crusade employed a number of other abusive names. For Alcuin, upset by the Muslim domination of the whole of Africa and much of Asia, the « Saracens (also called Agarens) » were « maledicti » (44). In *vitae* of popes Leo IV and Nicholas I they were « malevoli » and « gens iniqua » (45). William of Apulia called them « iniquus populus » and « gens perversa » (46). When Bonizo of Sutri, almost three centuries after Alcuin, referred to Saracens' conquests, he called them « pessima gens » (47). For Bernold of Constance, like Bonizo a supporter of the eleventh-century papal reform, the Saracens were « gens crudelissima » (48).

Pope John VIII, credited with having enriched the vocabulary of the war against pagans (49), regarded *Saraceni* or *Agareni* not only

2003, 15. On Ademar's otherwise hostile views of the Muslims, see FRASSETTO, *The Image of the Saracen*; ID., *Pagans, Heretics, Saracens, and Jews in the Sermons of Ademar of Chabannes*, in *Heresy and the Persecuting Society in the Middle Ages: Essays on the Work of R.I. Moore*, ed. M. Frassetto, Leiden, Brill, 2006.

(43) « Sarracenorum [...] perfidia »; « gens [...] perfidissima ». GLABER, *Historiarum* IV, vii, 22. I cite Rodulfus GLABER, *Historiarum libri quinque, The Five Books of the Histories*, ed. and trans. J. France, Oxford, Clarendon, 1989, 206.

(44) Alcuin to Colcum, a. 790, in ALCUIN, *Epistolae*, PL 100, col. 143. Alcuin's « Saraceni, qui et Agareni » is the reverse of Fredegar's « Agarrini, qui et Saracini ». *Fredegarii Chroniconum* IV,66. « Fredegar » credited Orosius with the equation, but Orosius wrote nothing on that account. The source seems to be St. Jerome. See *Die vier Bücher der Chroniken des sogenannten Fredegar*, trans. A. Kusterling, in *Quellen zur Geschichte des 7. und 8. Jahrhunderts*, Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalter, 4a, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982, 232 n. 74. Cf. HIERONYMUS, *Interpretatio Chronicae Eusebii Pamphili*, PL 27, col. 121.

(45) ANASTASIUS BIBLIOTHECARIUS, *Historiae*, PL 128, cols. 1323, 1373.

(46) *Gesta Roberti Wiscardii* III, 261-62, 270, in GUILLAUME DE POUILLE, *Le Geste de Robert Guiscard*, ed. and trans. M. Mathieu, Testi e Monumenti Pubblicati da Bruno Lavagnini sotto gli Auspici dell'Assessorato alla Istruzione della regione Siciliana, Testi 4, Palermo, Istituto Siciliano di studi bizantini e neohellenici, 1961, 178. Cfr. WOLF, *Making History*, 125.

(47) BONIZO OF SUTRI, *Liber ad amicum* II, PL 150, col. 808. Bonizo also called the Muslims « vilissima gens. » *Liber ad amicum* III, PL 150, col. 813. English translation, *The Book of Bishop Bonizo of Sutri which is entitled « To a Friend »*, in *The Papal Reform of the Eleventh Century, Lives of Pope Leo IX and Pope Gregory VII*, trans. I.S. Robinson, Manchester Medieval Sources Series, Manchester, Manchester University Press, 2004, 167, 175.

(48) BERNALDUS CONSTANTIENSIS, *Chronicon*, a. 648. PL 148, col. 1336.

(49) *Heidenskriegsterminologie*. Alfons BECKER, *Der Papst, die griechische Chri-*

as an impious people ⁽⁵⁰⁾. They were also « members of the devil » ⁽⁵¹⁾ and « odious to God » ⁽⁵²⁾. Playing on the biblical story of their origin, he called Saracens « false sons of Sarah » ⁽⁵³⁾. As « sons of Ishmael » ⁽⁵⁴⁾, they were the offspring of Hagar, hence Agareni, and as such « adversaries and sons of a maid » ⁽⁵⁵⁾ or, worse still, « sons of fornication » ⁽⁵⁶⁾. He compared them to locusts, devastating everything in their reach ⁽⁵⁷⁾. But a Pisan writer, good two hundred years later, said they were « quasi bestia » ⁽⁵⁸⁾. Bede compared Saracens to plague, which « ravaged Gaul with cruel bloodshed » ⁽⁵⁹⁾. To Liudprand of Cremona, they were more destructive than any pestilence ⁽⁶⁰⁾.

stenheit und der Kreuzzug, vol. 2 of *Papst Urban II., 1088-1099*, Stuttgart, Anton Hiersemann, 1988, 365.

⁽⁵⁰⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 46, PL 126, col. 696.

⁽⁵¹⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 68, PL 126, col. 722.

⁽⁵²⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, nos. 58, 273, 321, 355, PL 126, cols. 711, 892, 930, 949. One of John VIII's predecessors, Pope Gregory IV, spoke of « Deo odibilis Agarenorum gens ». *Vita*, in PL 106, col. 851.

⁽⁵³⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 60, PL 126, col. 714.

⁽⁵⁴⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 321, PL 126, col. 930.

⁽⁵⁵⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 43, 273, PL 126, cols. 696, 893.

⁽⁵⁶⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 62, 68, PL 126, cols., 716, 722. Writing in pre-Islamic times, Jerome and Sozomen explained that the Saracens had appropriated to themselves the « false name » after Sarah, in order to « conceal the opprobrium of their origin », because their true mother Hagar was a slave. Jerome *Comment. in Ezechielem* VIII, 25, in JEROME, *Commentariorum in Ezechielem prophetam*, PL 25, col. 233; Sozomen, *Eccl. Hist.* VI,38, in SOZOMEN, *The Ecclesiastical History*, revised trans. Ch. D. Hartranft, in *Nicene and Post-Nicene Fathers of the Christian Church*. 2d ser., ed. Ph. Schaff and H. Wace, Grand Rapids, Mich., Eerdmans, 1989-97, vol. 2. Cf. *Chronicon Albedense* 82, « Saraceni perversi se putant se esse ex Sara; verius Agareni ab Agar, et Ismaelitae ab Ismaele ». PL 129, col. 1143. Such exegesis goes back to JOSEPHUS, *Jewish Antiquities* I, x, 5; I, xii, 2f.

⁽⁵⁷⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 30, 43, PL 126, cols. 684, 696. On the devastating Saracens, cf. *ibid.*, nos. 58, 62, 79.

⁽⁵⁸⁾ *Carmen in victoriam Pisanorum* 46,3, in Giuseppe SCALIA, *Il Carme pisano sull'impresa contro i Saraceni del 1087*, *Studi di filologia romanza offerti a Silvio Pellegrini*, Padova, Liviana editrice, 1971; and H. E. J. COWDREY, *The Mahdia campaign of 1087*, « *English Historical Review* », 92, no. 362, 1977.

⁽⁵⁹⁾ « Quo tempore grauissima Sarracenorum lues Gallias misera caede uastata », *Eccl. Hist.* V, 23. I cite *Bede's Ecclesiastical History*, 556, 557.

⁽⁶⁰⁾ LIUDPRAND, *Antapodosis* II, 44. In *Liudprandi Cremonensis Antapodosis, Homelia Paschalis, Historia Ottonis, Relatio de Legatione constantinopolitana*, ed. P.

Such name-calling was not innocent. In terms of the vocabulary, the Crusaders had little to add ⁽⁶¹⁾. However, the context in which invectives were employed changed. «Fredegar», for example, called the Saracens «gens perfida», but he did not call them «dogs», as he did the Slavic Wends ⁽⁶²⁾. Bede described the Christianization of the Frisians as «achieving innumerable daily losses for the devil and gains for the Christian faith», but he did not call the Arab conquest a gain for the devil ⁽⁶³⁾. His likening of the Saracens invasion into Frankish lands to a plague can be read as understanding the Saracens as the scourge of God, that is, as a divine instrument for chastising sinful Christians ⁽⁶⁴⁾. His younger compatriot and contemporary Boniface and many others shared such an understanding ⁽⁶⁵⁾.

Liudprand of Cremona's likening of Saracens to pestilence pales in comparison with what he had to say about the Greeks ⁽⁶⁶⁾. It is interesting as well that Liudprand, while he included a reference to the biblical genealogy of the Saracens ⁽⁶⁷⁾, called the Muslims in southern Italy Carthaginians and Africans ⁽⁶⁸⁾. If this was meant to

Chiesa, CCCM 156, Turnhout, Brepols, 1998, 53. English translation, LIUDPRAND OF CREMONA, *The Embassy to Constantinople and Other Writings*, trans. F.A. Wright, ed. J.J. Norwich, London, J. M. Dent, 1993, 54.

⁽⁶¹⁾ Cf. ROTTER, *Abendland und Sarazenen*, 261, that «die Nomenklatur für später ausgetragene hitzige Wortgefechte mit dem religiösen Gegner [gelangt] bereits frühmittelalterlich zu einem nicht mehr steigerungsfähigen Abschluß».

⁽⁶²⁾ *Fredegarii Chronicorum* IV, 68.

⁽⁶³⁾ BEDE, *Greater Chronicle*, in BEDE, *The Ecclesiastical History of the English People. The Greater Chronicle. Bede's Letter to Egbert*, ed. J. McClure and R. Collins, Oxford, Oxford University Press, 1994, 334, 336; BEDE, *Chronicon, sive de sex hujus seculi aetatibus*, in *Beda's opera historica minora*, ed. J. Stevenson, London, Sumptibus societatis, 1841, 198, 199-200.

⁽⁶⁴⁾ See ROTTER, *Abendland und Sarazenen*, 262.

⁽⁶⁵⁾ See Boniface to King Ethelbald of Mercia, a. 746-7, The «peoples of Spain and Provence and Burgundy» turned «away from God and lived in harlotry until the Almighty Judge let the penalties for such crimes fall upon them through [...] the coming of the Saracens». *The Letters of Saint Boniface*, ed. and trans. E. Emerton, New York, W. W. Norton, 1976, 128.

⁽⁶⁶⁾ See, for example, LIUDPRAND, *Legatio const.* 40.

⁽⁶⁷⁾ The «African king of the Saracens» is called onager, the wild ass. LIUDPRAND, *Legatio const.* 40, ed. Chiesa, 204; trans. Emerton, 195-96.

⁽⁶⁸⁾ LIUDPRAND, *Antapodosis* II, 49-51.

activate the classical, Greek and Roman, disparagement of the cunning and trickish Phoenicians, that is, add another layer of invective against the Muslims, it at the same time deflated some of the religious pressure-building.

Ademar of Chabannes construed a Jewish-Muslim conspiracy alleging that the Jews from the West incited the Muslims from the East ⁽⁶⁹⁾ to destroy the Church of Holy Sepulcher in Jerusalem ⁽⁷⁰⁾. Jews were, thus, the primary agents of evil. Generally, however, Ademar incorporated the Muslims into his discussion of heresies. A characteristic trait of that discussion was that Ademar's views of Christian heresies were well informed and his attitudes toward the Muslims well-formed ⁽⁷¹⁾.

Rodulfus Glaber is of special interest here because his depictions of Christian struggles with the Muslims have brought to historians' mind crusading appeals and chronicles ⁽⁷²⁾. But Glaber's clear-cut dislike of Muslims is paralleled, in his chronicle, with a « vindictive dislike » of the Jews, also seen as « strangers to God's revelation », as well as of the pagan Liutics of Pomerania and

⁽⁶⁹⁾ Ademar spoke of « Sarracenos orientales », Eastern Saracens, as opposed to Western Saracens, whom he juxtaposed to « Judei occidentales » as « Sarraceni Hispanie ». ADEMAR, *Chronicon* III, 47.

⁽⁷⁰⁾ ADEMAR, *Chronicon* III, 47. See Daniel F. CALLAHAN, *Al-Hakim, Charlemagne, and the Destruction of the Church of Holy Sepulcher in Jerusalem in the Writings of Ademar of Chabannes*, in *The Legend of Charlemagne in the Middle Ages, Power, Faith, and Crusade*, ed. M. Gabriele and J. Stuckey, New York, Palgrave Macmillan, 2008. On this alleged Jewish plot, cf. GLABER, *Historiarum* III, vii. See Richard LANDES, *Relics, Apocalypse, and the Deceits of History, Ademar of Chabannes, 989–1034*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995, 40 ff., who characterized Ademar's version as « tamer » than Glaber's.

⁽⁷¹⁾ See especially FRASSETTO, *Pagans, Heretics, Saracens, and Jews*, who at p. 90 spoke of Ademar's « well-formed attitudes toward pagans, Jews, and Muslims ». FRANCE, *Les origines de la première croisade*, 44-45, included Ademar among the writers of the last century before the Crusades who spoke about the Saracens in a detached manner. See n. 26. But CALLAHAN, *Al-Hakim, Charlemagne, and the Destruction of the Church of Holy Sepulcher*, 49, wrote that the « hatred of the Muslims » was « evident » in Ademar's writing, which were characterized by a « loathing based [...] on the apocalyptic fears of the time ».

⁽⁷²⁾ See especially John FRANCE, *War and Christendom in the Thought of Rodulfus Glaber*, « *Studia monastica* », 30, 1988; ID., *Les origines de la première croisade*, 45f.

Mecklenburg, and the recently converted Hungarians (73). The Saracens were no more than an element of the « ravages of the pagans », and not the one about which Glaber wrote most (74). Moreover, his account of the capture of Abbot Mayol by the Saracens displayed very little of that « fierce hatred of Islam » characteristic of other passages of his chronicle. Here, Glaber mentioned a Saracen « moved by compassion », and other « less ferocious Saracens » (75). (In the end, that made little difference, since all of the captors were eventually killed) (76).

For the protagonists of the eleventh-century ecclesiastical reform, the fight against the enemies of the church was at the center of their endeavors, but the enemy against which they fought was far away from being a clear-cut Muslim figure. Pope Leo IX, for example, considered the Normans more impious than the pagans, among whom the Saracens could theoretically be counted (77). Pope Gregory VII wrote of his Italian neighbors — Romans, Lombards, and Normans — as worse than Jews and pagans (78). Manegold of Lautenbach argued that Henricians, supporters of Emperor Henry IV, with whom Gregory was in an epic conflict, were more detestable than pagans and that he who would, defending justice, kill a Henrician would incur less guilt than if he had killed a pagan (79). Anselm of Lucca saw the « enemies of the Church », against whom the Church had the right to « make persecution », in heretics, schismatics, and excommunicates (and, more specifically, in unjust and schismatic bishops) (80). For Bonizo of Sutri, Christian soldiers

(73) See FRANCE, *War and Christendom*, 113, 115.

(74) Rodulfus GLABER, *Historiarum* I, v, « De paganorum plagis ».

(75) GLABER, *Historiarum* I, iv, 9.

(76) GLABER, *Historiarum* I, iv, 9.

(77) See HOUSLEY, *Crusades Against Christians*, 18; WOLF, *Making History*, chap. 2, especially 63.

(78) Gregory VII to Abbot Hugh of Cluny, 22 January 1075, *Register* II,49. I cite *Das Register Gregors VII.*, ed. E. Caspar, MGH *Epistolae selectae* 2, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1920-23, 1, 189.

(79) *Ad Geberhardum liber*, in MGH *Libelli de lite imperatorum et pontificum*, 1, 381.

(80) *Collectio canonum* XII, 44-6, 53, 60, 68-70; I cite Kathleen G. CUSHING, *Papacy and Law in the Gregorian Revolution, The Canonistic Work of Anselm of Lucca*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 187-90, 192. *Collectio canonum* XIII, 29; I cite Edith

had to fight against heretics and schismatics, and against rebels, those irreverent of bishops, in order to impose ecclesiastical discipline ⁽⁸¹⁾. In general, for Gregory VII and his polemicists, the worst enemies were bad Christians.

Imperial writers of the mid-eleventh century did not see the Muslims as the enemy either. Under the reign of Henry III and during the minority of Henry IV, the Saracens still figured as only one of numerous peoples whom imperial propagandists considered potential subjects of the emperor ⁽⁸²⁾. In Benzo of Alba, perhaps the most articulate spokesman of the imperial idea in that period, the Saracens appear to have been almost out of the imperial sight. He mentioned them only once, when he represented Emperor's Otto II defeat in the battle at Crotona as a victory over the Saracens ⁽⁸³⁾.

PASZTOR, *Lotta per le investiture e 'ius belli', la posizione di Anselmo di Lucca*, in *Sant'Anselmo, Mantova e la lotta per le investiture, Atti del Convegno Internazionale di Studi* (Mantova, 23-24-25 maggio 1986), ed. P. Golinelli, Bologna, Pàtron Editore, 1987, 421. Cf. ERDMANN, *Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens*, 228; Alfonso STICKLER, *Il potere coattivo materiale della Chiesa nella Riforma Gregoriana secondo Anselmo di Lucca*, « Studi gregoriani », 2, 1947, 251, 252.

⁽⁸¹⁾ *Liber de vita Christiana* II,43; VII, 16, 28; X, 79. I cite BONIZO OF SUTRI, *Liber de vita christiana*, ed. E. Perels, Texte zur Geschichte des römischen und kanonischen Rechts im Mittelalter, 1, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1930.

⁽⁸²⁾ See Percy Ernst SCHRAMM, *Kaiser, Rom und Renovatio, Studien zur Geschichte des römischen Erneuerungsgedankens vom Ende des Karolingischen Reiches bis zum Investiturstreit*, reprint, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1992, 257, who cites Anselm of Besate's *Rhetorimachia* and *Exhortatio ad proceres regni* by an anonymous imperial writer. The *Exhortatio* is published in E. DÜMLER, *Gedichte aus dem elften Jahrhundert*, « Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde », 1, 1876, line 7, Sarracenos. Cf. I.S. Robinson, *Authority and Resistance in the Investiture Contest, The Polemical Literature of the Late Eleventh Century*, Manchester, Manchester University Press, 1978, 73-72.

⁽⁸³⁾ BENZO VON ALBA, *Ad Heinricum IV. Imp.* I, 13. See *Sieben Bücher an Kaiser Heinrich IV.*, 139-40, n. 235, where the editor notes that the turning of that defeat into victory goes back to Calabrian chroniclers contemporary with the battle. From SCHRAMM, *Kaiser, Rom und Renovatio*, 260 n. 3, it would follow that, in Benzo's view, the Saracens bordered on the world of marvels because Benzo talked about them in connection with the Amazonians. But in *Ad Heinricum IV. Imp.* I, 19, where Benzo talked about the pagans, *aethnici* and Amazonians, he used these names as metaphors in a prophecy designed to be a political advice to the emperor, and he probably intended *aethnici* to mean the Normans and the Amazonians to stand for the pro-Gregorian Countess Matilda of Tuscany. See editor's notes ad loc., *Sieben Bücher an Kaiser Heinrich IV.*, 156-57.

IV. I have argued that the disparaging and hostile names that Latin Christians used for the Muslims prior to the launching of the First Crusade did not differ much from the names the Crusaders used. I have also argued that the difference between that name-calling in the two respective periods lay in the discursive context in which Latin Christians used those names. The main difference, as it would follow from my discussion in the previous section, was that the pre-Crusading times were marked by an enemy pluralism: a mental universe inhabited by a plurality of enemies, among which the Muslims held no privileged place. Much less were the Muslims the main or even exclusive focus of Latin Christian animosity.

Another difference in Latin Christian views of the Muslims before and after the launching of the First Crusade seems to be in the prominence of religion in Crusaders' views of, and attitudes to, the Muslims. Some historical accounts seem to imply that the Muslims were « denominated the enemies of God » at the time of the Crusades ⁽⁸⁴⁾. But that « denomination » had existed earlier and in some sources of the pre-Crusading period the religious element in descriptions of the Muslims was quite pronounced. In this section, I will cite some such cases that make the view of a clean-cut with the launching of the First Crusade untenable. By this I do not want to prove that the religious moment was not more intense and important in the Crusading sources.

In the beginnings, religion did not seem to have determined Latin Christian views of the Muslims. Some seventh- or eighth-century Western pilgrims to the Holy Places, for example, did not notice religious differences between Christians and Saracens. When the pilgrims from the West in that period did observe religious differences, they did not represent them as the basis for condemning the Saracens ⁽⁸⁵⁾. Some reported that Christians and Saracens « shared a church » ⁽⁸⁶⁾. Whereas by the late eleventh-century, Christian writers called mosques *synagoge satani*, the early medieval

⁽⁸⁴⁾ DANIEL, *The Arabs and Mediaeval Europe*, 251.

⁽⁸⁵⁾ See ROTTER, *Abendland und Sarazenen*, chap. 1.

⁽⁸⁶⁾ See ERNA PATZELT, *Die fränkische Kultur und der Islam mit besonderer Berücksichtigung der nordischen Entwicklung, Eine universalhistorische Studie*, 2nd ed., Aalen, Scientia, 1978, 199.

Christian sources spoke of them as « churches », « praying houses »⁽⁸⁷⁾, and « basilicas »⁽⁸⁸⁾.

The closest the chronicler of *Fredegar* came to talking about the Arab invaders' religion was to mention circumcision⁽⁸⁹⁾. In chronicles and annals from the first centuries of Muslim expansion, the Saracens as a rule appear without qualifications. This was, of course, partly due to the nature of the genre. Much more interesting is, for example, that Pope Gregory III extolled Charles Martel as the defender of the Church not because he had fought against the Saracens (those feats, including the mythicized battle of Poitiers, the pope did not even mention) but because he hoped that Charles would protect him against the Lombards⁽⁹⁰⁾. In those early centuries, generally speaking, Western Christians saw neither the Muslims nor their faith as a special threat to the Christian religion.

The « faithlessness » of Saracens of which spoke, for example, the continuators of *Fredegar*⁽⁹¹⁾ or for which the Saracens were punished when they wrought destruction on Gaul in Bede's account⁽⁹²⁾, was *perfidia*: faithlessness in the meaning of breaking

(87) « Domus orationis ». *Adamnani de locis sanctis libri tres* I,i,14. See *De locis sanctis libri tres*, ed. L. Beiler, in *Itineraria et alia geographica*, CCSL 175, 176, Turnhout, Brepols, 1965, 1, 186. Using this source, Bede referred to this « domus » and later in his work wrote that « the king of the Saracens » had « established and consecrated » a « church » in Damascus. BEDE, *De locis sanctis* II, 3; XVII. I cite BEDE, *De locis sanctis*, in vol. 4 of *The Complete Works of Venerable Bede*, ed. J.A. Giles, London, Whittaker, 1843; now in *Itineraria et alia geographica*, 1, 257, 277. Cf. ROTTER, *Abendland und Sarazenen*, 39.

(88) BEDE, *Nomina regionum* IX, 2. I cite *Nomina regionum atque locorum de actibus apostolorum*, ed. M.L.W. Laistner, in pt. 2, vol. 4 of *Bedae Venerabilis opera*, CCSL 121.

(89) « Gens circumcisa ». *Fredegarii Chronicorum* IV, 66.

(90) Gregory III to Charles Martel, a. 739; 740, MGH Epp. 3, 476-79.

(91) *Chronicarum continuationes* 13, *Fredegarii Chronicorum*, p. 90.

(92) « At this time a terrible plague of Saracens ravaged Gaul with cruel bloodshed and not long afterwards they received the due reward of their treachery in the same kingdom ». *Ecl. History* V, 23. I cite *Bede's Ecclesiastical History*, 557. Since the work was concluded in 731, but this passage refers to the battle of Poitiers two years later, « it must be a later insertion ». *Ibid.*, 557 n. 5. In his commentary *ad loc.*, J.M. WALLACE-HADRILL, *Bede's Ecclesiastical History of the English People: A Historical Commentary*, Oxford, Clarendon, 1988, 199, wrote that he saw « no reason why Bede should be thinking of Charles Martel's defeat of the Arabs near Tours in 732. He might be drawing

one's promise, that is untrustworthiness, dishonesty, treachery, and falsehood⁽⁹³⁾. Bede, however, did introduce religion into speaking about Saracens.

Historians have argued that Bede, although contemporary with the Saracen conquests and a very well informed scholar reputed for his exceptional sense of history, knew little of Arab conquests and was slow to see them as a possible threat to the Christian religion (if he ever really saw them as such)⁽⁹⁴⁾, and that he saw the Saracens « as unbelievers of not more than ordinary ferocity »⁽⁹⁵⁾. But if Saracens' belief did not stir Bede's interest⁽⁹⁶⁾, they were of some interest for him in his exposition of Christian belief.

When Bede's interpretation of the true religion touched upon the Saracens, they cut a poor figure. And when the biblical exegesis was brought to bear on the understanding of contemporary history, the Saracens became hateful. At one point, Bede referred to their idolatry, writing that the Saracens had worshipped Venus and abandoned themselves to the cult of Lucifer⁽⁹⁷⁾. That was a *topos* in Christian-Muslim polemics from very early on. (It is plausible that John of Damascus — who in *De hearesibus* accused the Muslims that « their rubbing and kissing the stone near their Khabathan, a stone

on the account of the victory of Odo, duke of Aquitaine, over the Arabs in 721, as recorded in the notice of Pope Gregory II in the *Liber Pontificalis* ». The anonymous continuation of Bede's chronology from 731 to 766 does not mention any battle with the Saracens. *Beda's chronologia continuata*, in *The Complete Works of Venerable Bede*, ed. Giles, 3, 323-25.

⁽⁹³⁾ SCHWINGES, *Kreuzzugsideologie und Toleranz*, 98, described « perfidia » as « keineswegs eindeutige Begriffsvariante des Unglaubens ».

⁽⁹⁴⁾ J.M. WALLACE-HADRILL, *Early Medieval History*, Oxford, Basil Blackwell, 1975, 64.

⁽⁹⁵⁾ SOUTHERN, *Western Views of Islam*, 16.

⁽⁹⁶⁾ METLITZKI, *The Matter of Araby*, 14.

⁽⁹⁷⁾ BEDE, *Expositio act. apostol.* VII, 43, in BEDE, *Expositio actuum apostolorum*, ed. M. L. W. Laistner, in pt. 2, vol. 4 of *Beda's Venerabilis opera*, CCSL 121; cf. WALLACE-HADRILL, *Early Medieval History*, 67. Calling the Devil Lucifer was unusual in the Early Middle Ages. Jeffrey Burton RUSSELL, *Lucifer, The Devil in the Middle Ages*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1984, 247. Bede therefore probably did not want to say that the Saracens were Devil's followers. They were, rather, worshiping the morning star. See ROTTER, *Abendland und Sarazenen*, 247-49. Antonine of Piacenza, a late six-century Christian traveller, reported of a marble idol of Saracens in the Mount Sinai. *Antonini Placentini Itinerarium* 38, in *Itineraria et alia geographica*, 1, 148.

which is the head of Aphrodite », was idolatry — turned the tables against Muslim charges of the Christians with idolatry) ⁽⁹⁸⁾. But the lynchpin of Bede's statements about the Saracens was their biblical status as the descendants of Ishmael, Abraham's bastard son by his Egyptian slave Hagar. That genealogy did not sit well with the name « Saracens », conventionally used in Bede's times. Why were the descendants of Hagar and Ishmael called Saracens, as if they had been Sarah's offspring? Bede did not offer anything new by way of resolving the problem ⁽⁹⁹⁾. New was his calling the Saracens « adversaries of the Church » ⁽¹⁰⁰⁾. On the one hand, Sarah — Abraham's wife and a free woman — represented the Church ⁽¹⁰¹⁾. On the other hand, the Saracens' forefather was a child of a slave. But the Scripture said: « Drive out the slave and her child; for the child of the slave will not share the inheritance with the child of the free woman » ⁽¹⁰²⁾. *Ergo*.

When Bede blended exegesis with history, the Saracens appeared as an unsettled people from the desert ⁽¹⁰³⁾ who had in the past attacked all the other peoples of that desert and been fought — and overcome ⁽¹⁰⁴⁾ — by all. The biblical story tells us that Ishmael

⁽⁹⁸⁾ See G.R. HAWTING, *The Idea of Idolatry and the Emergence of Islam, From Polemic to History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 85.

⁽⁹⁹⁾ Cf. ISIDORE OF SEVILLE, *Etym.* IX, ii, 6, « Ismael filius Abraham, a quo Ismaelitae, qui nunc corrupto nomine Saraceni, quasi a Sara, et Agareni ab Agar ». I cite ISIDORE OF SEVILLE, *Etymologiarum sive originum libri XX*, ed. W.M. Lindsay, Oxford Classical Texts, Oxford, Oxford University Press, 1911. For a more detailed discussion, see ROTTER, *Abendland und Sarazenen*, 68-77; for early Islamic interpretations of this genealogy, see Garth FOWDEN, *Empire to Commonwealth, Consequences of Monotheism in Late Antiquity*, Princeton, N. J., Princeton University Press 1993, 145f. Cf. SOUTHERN, *Western Views of Islam*, 16-8; SCHWINGES, *Kreuzzugsideologie und Toleranz*, 70, 98-9. See n. 57.

⁽¹⁰⁰⁾ BEDE, *In primam partem Samubelis* IV, xxv, 1. I cite *In primam partem Samubelis libri IIII*, ed. D. Hurst, in pt. 2, vol. 2 of *Bedaee Venerabilis opera*, CCSL 119.

⁽¹⁰¹⁾ « Sarra, id est Ecclesia, in libertatem genuit populum Christianum ». BEDE, *Expositio in primum librum Mosis* 21, PL 91, col. 242A, cited in ROTTER, *Abendland und Sarazenen*, 254.

⁽¹⁰²⁾ Bede cited Gal 4.30, referring to Gen 21.8-10.

⁽¹⁰³⁾ « In deserto autem Faran [...] habitasse Ismahelem unde et Ismaelitae qui nunc Saraceni ». BEDE, *In primam partem Samubelis*, *Nomina locorum*, 278. Cf. Gen 21.20.

⁽¹⁰⁴⁾ In order to convey that the Saracens were vincibile, Bede, transcribing

was outside the Covenant: « a wild ass of a man, with his hand against everyone, and everyone's hand against him ». He was doomed to « live at odds with all his kin » And so was his offspring, the Saracens, who could not be counted for multitude ⁽¹⁰⁵⁾. In Bede's own time, because the Saracens had taken possession of the whole of Africa, a great part of Asia, and some of Europe ⁽¹⁰⁶⁾, their hand was against all and the hand of all was against them ⁽¹⁰⁷⁾.

Some historians have interpreted Bede's exegesis, as unflattering as it was, as nonetheless acknowledging the Saracens as descendants of Abraham and thus giving them « a niche in Christian history ». As a consequence, the harsh dichotomy between Christian and Muslim worlds, characteristic of later times, did not yet emerge ⁽¹⁰⁸⁾. But it needs to be pointed out as well that Bede guided biblical exegesis onto the historical battleground. As a result, the Saracens could be considered « adversaries of the Church » in the context of their conquests. Bede brought religious perspective to bear on contemporary historical developments.

Such religious interpretation of historical tensions and conflicts was taken to new heights in two instances in the mid-ninth century. One was the « martyrs of Córdoba ». In the 850s, Muslim authorities in Córdoba decapitated about fifty Christians found guilty for blasphemy. Those Christians had publicly insulted Islam and reviled Muhammad. The Christian community was split in its reactions to these « martyrs ». On the one hand, Christian townsfolk of Córdoba rejected their behavior. Having found a *modus vivendi* with the Muslim power, they were not inclined to give offence to the religious sensibilities of the Muslim rulers and felt little affinity for those who did. Confronted with the « martyrs », they pointed out that unlike

Jerome, changed *expugnator* for *imugnator*. See ROTTER, *Abendland und Sarazenen*, 252-53.

⁽¹⁰⁵⁾ Gen 16.10, 12.

⁽¹⁰⁶⁾ BEDE, *Libri quatuor in principium Genesis IV*, xvi, 12, in *Libri quatuor in principium Genesis usque ad nativitatem Isaac at eiectionem Ismabelis adnotationum*, ed. Ch. W. Jones, in pt. 2, vol. 1 of *Beda's Venerabilis opera*, CCSL 118A.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. Gen 16.12. Bede made use of the same Biblical reference in his *In cantica canticorum allegorica expositio*, PL 91, col. 1088, cited in ROTTER, *Abendland und Sarazenen*, 253.

⁽¹⁰⁸⁾ SOUTHERN, *Western Views of Islam*, 17.

the Roman Empire under Decius or Diocletian, the Córdoba authorities had not persecuted the Christians. They refused to recognize the martyrs as legitimate because they had « suffered at the hands of men who venerated both God and law » (109).

On the other hand the « martyrs » enjoyed support from the outlying monasteries. From the ranks of the latter, there came not only « martyrs » but also their apologists, our main source of the information on this matter. In response to their fellow Christians' appeasement, Eulogius, one of the apologists, wrote that those who « assert that these soldiers of our own times were killed by men who worship God and have a law, are distinguished by no prudence with which they might at least give heed to cautious reflection, because if such a cult or law is said to be valid, indeed the strength of the Christian religion must necessarily be impaired » (110). In order to support their claim, they attacked Muhammad as a « demoniac full of lies », who could not speak the truth, as one « enveloped in fallacies », who could not provide a law, as a « perverse grove », unable to produce good fruit (111). As one who had formed « a sect of novel superstition at the instigation of the devil », he was called « heresiarch » and « antichrist » (112).

The other instance was the efforts of Pope John VIII. During his pontificate, the Saracens in southern Italy threatened Rome (113). The Christians, including bishops, of southern Italian seaports, who

(109) EULOGIUS, *Liber apologeticus martyrum* 12, cited in Kenneth Baxter WOLF, *Christian Views of Islam in Early Medieval Spain*, in TOLAN, *Medieval Christian Perceptions of Islam*, 96.

(110) EULOGIUS, *Liber apologeticus martyrum* 17-18, cited in WOLF, *Christian Views of Islam*, 96-97.

(111) EULOGIUS, *Liber apologeticus martyrum* 17-18, cited in WOLF, *Christian Views of Islam*, 97.

(112) EULOGIUS, *Liber apologeticus martyrum* 19; ALVARUS *Indiculus luminosus* 23-24, cited in Wolf, *Christian Views of Islam*, 98-99. FLORI, *La guerre sainte*, 241, identified this as the first « violently anti-Muslim » writing in the West. For more on the « martyrs of Córdoba » see Edward COLBERT, *The Martyrs of Córdoba, 850-859: A Study of Sources*, Washington, D.C., The Catholic University of America Press, 1962; Kenneth Baxter WOLF, *Christian Martyrs in Muslim Spain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988; ID., *Christian Views of Islam*; SOUTHERN, *Western Views of Islam*, 20f.; DANIEL, *The Arabs and Mediaeval Europe*, chap. 2; SCHWINGES, *Kreuzzugsideologie und Toleranz*, 85f.; COLIN SMITH, *Christians and Moors in Spain*, Warminster, Aris & Phillips, 1988-89, 1, 42-7.

(113) See Aziz AHMAD, *A History of Islamic Sicily*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1975, 19-21.

made alliances with the invaders, aggravated that threat ⁽¹¹⁴⁾. They made such alliances either to avert danger to their homes or to preserve their trade with the Saracens and a share in what the Saracens had plundered in the Roman Campagna ⁽¹¹⁵⁾. But a cause of the troubles was also papal temporal ambitions that pushed some of the Christian cities toward seeking help with the Muslims ⁽¹¹⁶⁾.

In order to orchestrate a successful fight against the Saracens, John VIII prohibited Christians from making alliances with the Muslims. An element in those efforts was the articulation of an uncompromisingly hostile view of the Saracens. In order to represent any alliance of Christians with the Muslims as out of question, he portrayed the Saracens as « impious » and « odious to God » — the more so the more the Christians were unresponsive to the his calls. He demonized Saracens to discipline Christians ⁽¹¹⁷⁾. He clearly represented the Muslims as religious enemies. The Saraceni or Agareni were the « impious Saracen people » ⁽¹¹⁸⁾, « members of the devil » ⁽¹¹⁹⁾ and « odious to God » ⁽¹²⁰⁾. They were « enemies of

⁽¹¹⁴⁾ The first treaty with the Saracens was concluded by Naples in 837. Fred E. GREEN, *Pope John the Eighth and the Arabs*, « *Speculum* », 20, 1945, no. 3, 322 n. 1.

⁽¹¹⁵⁾ Peter PARTNER, *The Lands of St Peter, The Papal State in the Middle Ages and the Early Renaissance*, London, Eyre Methuen, 1972, 70; for a general view of the problem, see GREEN, *Pope John the Eighth and the Arabs*.

⁽¹¹⁶⁾ See Michele AMARI, *Storia dei musulmani di Sicilia*, 2nd revised and enlarged ed., ed. C.A. Nallino, Catania, Romeo Prampolini, 1933-39, 1, 576 ff., 590 ff.

⁽¹¹⁷⁾ AMARI, *Storia dei Musulmani di Sicilia*, 1, 589, pointed at the difference in John VIII's portrayals of the Saracens in the letters he sent beyond the Alps and in his communications with the Greeks. The portrayals of the Saracens are harsher in missives to those who did not know the enemy. John's « scaremongering » reports were sent « ad uso dei devoti di Francia e Alleagna ». To the Greeks, who had direct experience with the Saracens and had been acquainted with the real situation, John VIII « non si potean dir tante bugie ». This points at an element of conscious manipulation in John VIII's representations of the Muslims. For a critical commentary on Amari, see Giulio Vismara, *Impium foedus, Le origini della « respublica christiana »*, Milano, A. Giuffrè, 1974, 49; a view similar to Amari's was held by GREEN, *Pope John the Eighth and the Arabs*, 327.

⁽¹¹⁸⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 43, PL 126, col. 696.

⁽¹¹⁹⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 68, PL 126, col. 722.

⁽¹²⁰⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, nos. 58, 273, 321, 355, PL 126, cols. 711, 892, 930, 949.

God » ⁽¹²¹⁾, « enemies of Christ » ⁽¹²²⁾, « enemies of Christian name » ⁽¹²³⁾, « enemies of Christ's name » ⁽¹²⁴⁾, and « enemies of Christ's cross » ⁽¹²⁵⁾.

Similar language was used in letters of Pope Leo III ⁽¹²⁶⁾ and in *vitae* of popes Gregory IV and Leo IV, where we read of the Agarens as impious ⁽¹²⁷⁾ and hateful to God ⁽¹²⁸⁾ and of the Saracens as God's adversaries ⁽¹²⁹⁾. In a source from about that time, the Muslim rulers of Spain were called infidels ⁽¹³⁰⁾. The annals of St. Bertin reported that a Christian convert to Judaism in Spain was urging « the king and people of the Saracens » to convert Christian subjects « to the insanity of the Jews or the madness of the Saracens » ⁽¹³¹⁾. Pope Hadrian II approved of war not against « the sons of holy religion » but against « the sons of Belial and against the enemies of the name of Christ » with reference to the Saracens, who were invading « our borders » ⁽¹³²⁾. The Cluniac abbot Mayol, captured by the Saracens, reportedly wrote to his brethren that « the

⁽¹²¹⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 9, PL 126, col. 656.

⁽¹²²⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 71, PL 126, col. 725.

⁽¹²³⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, nos. 24, 57, 355, PL 126, cols. 677, 710, 949.

⁽¹²⁴⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 72, PL 126, col. 726.

⁽¹²⁵⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, nos. 43, 73, PL 126, cols. 696, 727.

⁽¹²⁶⁾ « Deo odibiles Mauri ». Leo III to Emperor Charles, a. 812, in LEO III, *Epistolae Ad Imperatorem Karolum Missae*, PL 98, col. 542.

⁽¹²⁷⁾ « Gens impia Agarenorum ». ANASTASIUS BIBLIOTHECARIUS, *Historiae*, PL 128, col. 1332.

⁽¹²⁸⁾ « Nefaria et Deo odibilis Agarenorum gens ». ANASTASIUS BIBLIOTHECARIUS, *Historiae*, PL 128, col. 1289.

⁽¹²⁹⁾ « Saraceni perfidi Deoque contrarii ». ANASTASIUS BIBLIOTHECARIUS, *Historiae*, PL 128, col. 1313.

⁽¹³⁰⁾ Audradus Modicus, cited in Benjamin Z. KEDAR, *Crusade and Mission, European Approaches toward the Muslims*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1988, 39.

⁽¹³¹⁾ *The Annals of St-Bertin, Ninth-Century Histories, Volume I*, trans. and annotated J.L. Nelson, Manchester Medieval Sources, Manchester, Manchester University Press, 1991, 64, a. 847.

⁽¹³²⁾ Hadrian II to King Louis, a. 868, in HADRIAN II, *Epistolae et decreta*, PL 122, col. 1264. See John GILCHRIST, *The Papacy and War against the 'Saracens', 795-1216*, « The International History Review » 10, 1988, no. 2, 182. Hadrian « was keen to concert military operations against the Saracens in southern Italy ». Nelson's note in *The Annals of St-Bertin*, 178 n. 7.

hordes of Belial » had encircled him ⁽¹³³⁾. An early vita of Mayol called his captors « the enemies of Christ » ⁽¹³⁴⁾. Rodulfus Glaber cited the letter on the « hordes of Belial » in his report of Mayol's capture ⁽¹³⁵⁾. In the *Annals of St-Bertin*, the Saracens « blasphemed with their foul mouths against God and our Lord Jesus Christ and his apostles » ⁽¹³⁶⁾. Pope Benedict VIII, responding to news of a Muslim attack, urged his men to « join him in destroying the enemies of Christ » ⁽¹³⁷⁾. When Thietmar of Merseburg reported on that event, he called the Saracens « presumptuous enemies of Christ » and added that they hated God ⁽¹³⁸⁾. For the reformist Pope Nicholas II, the Agarens were the « enemies of God » ⁽¹³⁹⁾. Geoffrey Malaterra called the Muslims impious ⁽¹⁴⁰⁾, infidels and « a people disagreeable to God » ⁽¹⁴¹⁾. In *Carmen in victoriam Pisanorum* one can read that the Agarens « called upon *Machumata* », who was an « enemy of the trinity and holy faith » ⁽¹⁴²⁾.

Another term signifying for the Christians someone not belonging to their religion, and usually seen as adversary or enemy, was « pagan ». The term, which had in the Christian language distinc-

⁽¹³³⁾ *Ex Syri Vita S. Maioli* III, 4, MGH SS 4, 653.

⁽¹³⁴⁾ *Ex Syri Vita S. Maioli* III, 2, MGH SS 4, 652. KEDAR, *Crusade and Mission*, 42 ff., discusses the source in the context of Christian reconquest and Muslim conversion.

⁽¹³⁵⁾ RODULFUS GLABER *Historiarum* I, iv, 9.

⁽¹³⁶⁾ *The Annals of St-Bertin*, 64, a. 847.

⁽¹³⁷⁾ JL post 4103, cited in GILCHRIST, *The Papacy and War against the 'Saracens'*, 184.

⁽¹³⁸⁾ THIETMAR OF MERSEBURG, *Chronicon* VII,45. I cite *Ottonian Germany, The Chronicon of Thietmar of Merseburg*, trans. and annotated D.A. Warner, Manchester Medieval Sources, Manchester, Manchester University Press, 2001, 338-39.

⁽¹³⁹⁾ « Agareni inimici Dei »: *Epistola* no. 19, a. 1060, in NICHOLAS II, *Epistolae et Diplomata*, PL 143, col. 1137.

⁽¹⁴⁰⁾ « Impii Saraceni ». *De rebus gestis/The Deeds of Count Roger* II,45. I cite *The Deeds of Count Roger of Calabria and Sicily and of His Brother Duke Robert Guiscard by Geoffrey Malaterra*, trans. K.B. Wolf, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2005, 125. For the Latin text, I use *De rebus gestis Rogerii Calabriae et Siciliae Comitis et Roberti Guiscardi Ducis fratris eius, Auctore Gaufrido Malaterra, Monacho benedictino*, in Goffredo Malaterra, *Ruggero I e Roberto il Guiscardo*, trans. V. Lo Curto, Cassino, Francesco Ciolfi editore, 2002, here 178.

⁽¹⁴¹⁾ « Gens Deo ingrata ». MALATERRA, *De rebus gestis* II, 1.

⁽¹⁴²⁾ « Inimicus Trinitatis atque sancte fidei ». *Carmen in victoriam Pisanorum* 32.

tively polemical connotations ⁽¹⁴³⁾, became a standard description for the Muslims. Pope John VIII used it ⁽¹⁴⁴⁾. The *Annals of Fulda* mentioned « pagans from the people of the Moors » ⁽¹⁴⁵⁾. Pope Hadrian I, for example, wrote of the pagan people of the Saracens ⁽¹⁴⁶⁾. Pope Hadrian II, commending King Louis for his war against the Saracens, characterized the pagans as « the true powers of evil » ⁽¹⁴⁷⁾. The so-called crusading encyclical of Pope Sergius IV ⁽¹⁴⁸⁾ refers to the destruction of the Holy Sepulcher in 1010 by the impious hands of the pagans ⁽¹⁴⁹⁾. Rodulfus Glaber wrote of Saracen inroads under the heading of « The ravages of the pagans » ⁽¹⁵⁰⁾. Ademar of Chabannes is interesting because he subsumed the Saracens under both pagans and heretics ⁽¹⁵¹⁾. Pope Gregory VII occasionally described the « impious Saracens » ⁽¹⁵²⁾ as

⁽¹⁴³⁾ SCHWINGES, *Kreuzzugsideologie und Toleranz*, 90-92, 136.

⁽¹⁴⁴⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 19, PL 126, col. 664, and *passim*.

⁽¹⁴⁵⁾ *The Annals of Fulda, Ninth-Century Histories, Volume II*, trans. and annotated T. Reuter, Manchester Medieval Sources, Manchester, Manchester University Press, 1992, 107, a. 883.

⁽¹⁴⁶⁾ « Genti paganae Saracenorum ». *Epistola 24 ad Carolum Regem, Hadrian I, Epistolae*, PL 96, col. 1205.

⁽¹⁴⁷⁾ Hadrian II to King Louis, a. 868, in HADRIAN II, *Epistolae et decreta*, PL 122, col. 1264.

⁽¹⁴⁸⁾ Historians have for one and a half century argued for and against the authenticity of the text. If the text is authentic, it was written in response to the destruction of the Church of Holy Sepulcher in Jerusalem in 1010. If it is a forgery, it was composed in Cluniac environment shortly before Urban II's Council of Clermont. The authoritative negative view is Alexander GIEYSZTOR, *Ze studiów nad geneza wypraw krzyżowych, Encyklika Sergiusza IV, 1009-1012*, Warszawa, Nakł. Towarzystwa Naukowego Warszawskiego, 1948; English translation, *The Genesis of the Crusades, The Encyclical of Sergius IV, 1009-1012*, « Medievalia et Humanistica », 5, 1948-50. The latest statement of the positive view is Hans Martin SCHALLER, *Zur Kreuzzugszyklika Papst Sergius' IV*, in *Papsttum, Kirche und Recht im Mittelalter, Festschrift für Horst Fuhrmann zum 65. Geburtstag*, ed. H. Mordek, Tübingen, Max Niemeyer, 1991.

⁽¹⁴⁹⁾ "Die Kreuzzugszyklika Papst Serrgius' IV. von 1010", appendix in SCHALLER, *Zur Kreuzzugszyklika Papst Sergius' IV*, 151.

⁽¹⁵⁰⁾ GLABER, *Historiarum* I, v, 17.

⁽¹⁵¹⁾ See FRASSETTO, *Pagans, Heretics, Saracens, and Jews*.

⁽¹⁵²⁾ Gregory VII to Bishop Berengar of Gerona, 2 January 1079, *Register* VI, 16, 2, 421.

pagani (153), or lumped them together with « pagans » (154). For Amatus of Montecassino, too, the Saracens were pagans (155).

As pagans, the Saracens were idolaters. The charge was present from very early on in Christian anti-Muslim polemics. Bede, as we saw, wrote that they worshipped Venus and abandoned themselves to the cult of Lucifer (156), which is here to be understood as star-worship (157). In the *Song of Roland* we read right in the opening of the poem that the Muslim king of Saragosa « did not love God, served *Mahumet* and prayed to Apollo » (158). Later in the text, the trinity of Muslim gods is mentioned, composed of Tervegan, Mahum, and Apollin (159). Jupiter, too, was a Saracen God (160). « Maumets » or « mahouns » became a synonym for idols (161). In

(153) For example, Gregory VII to French barons, 30 April 1073, *Register* I, 7, 1, 11; Gregory's summons to defend Constantinople, 1 March 1074, *Register* I, 49, 1, 75; Gregory to Count William of Poitou, 10 September 1074, *Register* II, 3, 1, 128; Gregory to Emperor Henry IV, 7 December 1074, *Register* II, 31, 1, 166; Gregory to Countess Matilda of Tuscany, after 16 December 1074, *Epp. vagantes*, no. 5, in *The Epistolae vagantes of Pope Gregory VII*, ed. and trans. H.E.J. Cowdrey, Oxford, Clarendon, 1972. Cf. Anette HETTINGER, *Die Beziehungen des Papsttums zu Afrika von der Mitte des 11. bis zum Ende des 12. Jahrhunderts*, Köln, Böhlau, 1993, 171.

(154) Gregory VII to Countess Beatrice, 16 October 1074, *Register* II, 9, 1, 139; Gregory VII to all the faithful, July-November 1084, *Epp. vagantes*, no. 54.

(155) AMATUS OF MONTECASSINO, *Ystoire de li Normant* V, 18, 22; VI, 22. I cite *Ystoire de li Normant, Par Aimé, Évêque et moine au Mont-Cassin*, ed. O. Delarc, Rouen, A. Lestringant, 1892; English translation, *The History of the Normans*, trans. P.N. Dunbar, revised with introduction and notes by G.A. Loud, Woodbridge, The Boydell Press, 2004.

(156) *Expositio act. apostol.* VII, 43; cf. WALLACE-HADRILL, *Early Medieval History*, 67.

(157) See nn. 98, 99.

(158) « Ki Deu nen aimet, Mahumet sert e Apollin receimet. » *Chanson de Roland* l. 7-8. I cite *La Chanson de Roland, Edition critique*, ed. C. Segre, revised ed., Genève, Droz, 2003.

(159) *Chanson de Roland* l. 2696-97, 3490-91, et *passim*.

(160) *Chanson de Roland* l. 1392. For these and other « Muslim gods » in *chansons de geste*, see Norman DANIEL, *Heroes and Saracens, An Interpretation of the Chansons de Geste*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1984, chap. 7; and Cordery, *The Picture of the Saracens in Middle English Literature*, 207 ff.

(161) See CORDERY, *The Picture of the Saracens in Middle English Literature*, 212-13. On the charge of idolatry against the Muslims, cf. Norman DANIEL, *Islam and the West, The Making of an Image*, 2d ed., Oxford, Oneworld, 1993, app. 1.

Malaterra, the Muslim Sicily had been « given over to idols » (162). Another important source for the Norman conquest of Sicily, William of Apulia's *Deeds of Count Robert Guiscard*, described Palermo, before it fell to the Christians, as « a city inimical to God, ignorant of the divine cult, subject to demons, bereft of its ancient vigor » (163). The mosque, which was duly destroyed by Christian conquerors, was named « a seat of demons » (164).

William of Apulia cited the destruction of the mosque of Palermo with approval, for Robert Guiscard thus turned « what had been a seat of demons [...] into a seat of God [...] a door to heaven for the worthy » (165). Another notorious case, which also did not scandalize the scribe who recorded it, was the cleansing of the chief mosque of Toledo in 1085, after the town surrendered to the Christians. Under terms of the town's capitulation to King Alfonso IV, the continued use of the mosque had been guaranteed to the Muslims. In the absence of the king, however, Bernard de Sédillac, a monk from Cluny, entered the mosque with the support of Christian troops, « and having purged it of the filth of Muhammad [*spurcitia Mahometi*], set up an altar of the Christian faith, and placed bells in the main tower so that the Christians could be called to worship » (166). These two reports are from the time when Christian reconquista was already well underway. But when the situation had been the reverse, Latin Christian sources often recorded that Saracens destroyed churches. In the context of the battle of Poitiers near Tours, where Charles Martel defeated Muslim invaders, Latin writers imputed to the Muslims that they headed toward Tours in order to burn its churches (167). More than one source

(162) MALATERRA, *Deeds of Count Roger II*, 1.

(163) “Urbs inimica Deo, divini nescia cultus./ Subdita daemonibus, veteri spoliata vigore”. *Gesta Roberti Wiscardi* III, 286-87, 292-93, in *Le Geste de Robert Guiscard*, 178. I cite translation in Wolf, *Making History*, 125.

(164) *Gesta Roberti Wiscardi* III, 332, 335.

(165) “Et quae Machamati fuerat daemones sedes./ Sedes facta Dei, fit dignis ianua coeli”. *Gesta Roberti Wiscardi* III, 332-36. See WOLF, *Making History*, 125.

(166) *De rebus Hispaniae* VI, 24 in COLIN SMITH, *Christians and Moors in Spain*, 1, 88-89. Cf. METLITZKI, *The Mutter of Araby*, 11, 19.

(167) Cf. *Chronicarum continuationes* 13, in *Fredegarii Chronicorum Liber Quartus cum Continuationibus*; *The Chronicle of 754*, in *Conquerors and Chroniclers of Early Medieval Spain*, trans. with notes and introduction by K.B. Wolf, *Translated Texts for Historians*, 9, 2nd ed., Liverpool, Liverpool University Press, 1999, 145; *Vita Eucherii*

reported that the Saracens had laid waste the basilica of St. Peter in Rome ⁽¹⁶⁸⁾. In letters sent to German lands Pope John VIII complained that the Saracens, hateful to God, had destroyed « sacred basilicas and altars » in Campagna ⁽¹⁶⁹⁾, that they were « bringing down Lord's altars » ⁽¹⁷⁰⁾. Ademar of Chabannes reported that the Saracens, whom Eudo, the Duke of Aquitaine, called for help against the Carolingians, burnt churches in Bourdeaux, which they had captured, burnt more churches on their way to Poitiers, and planned to destroy the collegiate church of St. Martin at Tours ⁽¹⁷¹⁾. Geoffrey Malaterra described how the Sicilian Saracens made their way to Reggio and « plundered the nearby church built in honor of St. Nicholas and another to St. George, trampling and defiling sacred images and carrying off holy vestments and vessels to be adapted for their own use. From there they moved on to a certain abbey of nuns [...] and attacking it, laid it waste. In their foul lust they raped the nuns that they abducted » ⁽¹⁷²⁾. As destroyers of churches, the Muslims clearly emerged as the enemies of the faith, even though that was rarely explicitly stated.

The evidence I cited is far from exhaustive but, as I hope, convincing enough to suggest that Latin Christians regarded the Muslims as religious enemies prior to the launching of the Crusades. Yet this evidence should be read with due caution. The context of the utterances I cited shows that while Latin Christians saw Muslims as religious enemies, they did not regard them as the religious enemy.

Pope John VIII has been given a place in the history (or

episcopi Aurelianus 8, MGH SS rer. mer. 7, 49. Cf. Ulrich NONN, *Das Bild Karl Martells in mittelalterlichen Quellen*, in *Karl Martell in seiner Zeit*, ed. J. Jarnut, U. Nonn, and M. Richter, in collaboration with M. Becher and W. Reinsch, Sigmaringen, Jan Thorbecke Verlag, 1994, 10; and Annalena STAUDTE-LAUBER, “*Carlus princeps regionem Burgundie sagaciter penetravit*”. *Zur Schlacht von Tours und Poitiers und dem Eingreifen Karl Martells in Burgund*, *ibid.*, 85.

⁽¹⁶⁸⁾ Cf. *The Annals of St-Bertin*, a. 846, p. 63; *The Annals of Fulda*, a. 846, p. 25.

⁽¹⁶⁹⁾ John VIII to bishops in Emperor Charles's kingdom, a. 877, JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 62, PL 126, col. 716.

⁽¹⁷⁰⁾ John VIII to Charles the Bald, a. 877, JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 58, PL 126, col. 711.

⁽¹⁷¹⁾ ADEMAR, *Chronicon* I, 52.

⁽¹⁷²⁾ MALATERRA, *Deeds of Count Roger IV*, 1.

prehistory) of the crusade idea (173), but what he said about the Saracens as the enemies of Christian faith lacked both the clarity and focus (even if not the intensity) characteristic of the Crusading outlook. Of minor interest here is that he never called the Saracens « perfidious ». Of greater importance for my argument is that, notwithstanding all the invectives he drew from biblical genealogy of Hagar and Ishmael's descendants, he never *directly* called the Saracens the enemies of God. That the Saracens were enemies of God, Christ, Christian name and Christ's name, and of Christ's cross, always follows from the context. John occasionally used the designations « enemies of God » and « enemies of Christ » in the abstract sense (174). In some specific usages, such designations did not refer to the Saracens. « Enemies of Christ's cross », for example, could be the Normans (175). The « enemies of the whole of Christendom » were those Christians who made alliances with the Saracens (176). In contexts in which he referred to the Saracens, John VIII sometimes used the general designation « enemies and infidels » (177), whereas for the Saracens he at least at one occasion used the equally general term « pagans » (178). He also called the Saracens « enemies of humankind » (179) and « of all men » (180), which logically implies that they were not the enemies of the Christians alone. Saracens were thus clearly Christian enemies, but neither were they only Christians' enemies nor were they the only Christians' enemies.

Whatever was said of the Muslims as religious enemies in the last centuries of the first millennium could be said and was said about a number of other peoples. Bishop Thietmar of Merseburg could not have said it better: *Finibus e nostris, late regnabat et hostis.*

(173) Recently by Bernard HAMILTON, *Pope John X, 914-928 and the Antecedents of the First Crusade*, in *In laudem hierosolymitani, Studies in Crusades and Medieval Culture in Honour of Benjamin Z. Kedar*, ed. I. Shagrir, R. Ellenblum and J. Riley-Smith, Aldershot, Ashgate, 2007, 309.

(174) JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, nos. 9, 57, PL 126, cols. 656, 710.

(175) JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 22, PL 126, col. 669.

(176) JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 321, PL 126, col. 931.

(177) JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, nos. 45, 56, 103, 106, 287, PL 126, cols. 699, 709, 752, 756, 900.

(178) JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 19, PL 126, 664.

(179) JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 71, PL 126, 724.

(180) JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, nos. 97, 103, PL 126, 748, 752.

« The enemy reigns far and wide »⁽¹⁸¹⁾. While the enemy was everywhere, the Muslims were no more than a stone, or a few stones, in the mosaic of enemies of Christ and God, and of countless heathen *gentes*.

Ademar of Chabannes exemplifies well the vagueness, if not the promiscuous inclusiveness, of the term pagans. In his sermons, he used *pagani* for the opponents of Christianity from antiquity⁽¹⁸²⁾. Pope Gregory VII is of interest here for another reason. In his correspondence with Christian interlocutors, he as a rule called the Saracens « pagans ». At one occasion, he cited the Saracens to shame the bad Christians. The bad Christians had reduced Christian religion « to a laughing-stock not only of the devil but also of Jews, Saracens, and pagans »⁽¹⁸³⁾. But « pagani » was a polemical term, and especially in the letters in which he contemplated an armed expedition to the rescue of Eastern Christians, Gregory painted a frightening portrait of the Saracens⁽¹⁸⁴⁾. However, in his letters to African Christians, he advised them to submit to the powers that be, that is, to Muslim authorities, and suffer patiently, not to take up arms against them⁽¹⁸⁵⁾. Even more intriguing, in a letter to a North-African Muslim ruler, Pope Gregory famously declared that, as children of Abraham, Christians and Muslims owed each other,

(181) THIETMAR, *Chronicon* III, Prologue. PL 139, 1125; *Chronicon of Thietmar of Merseburg*, 126.

(182) FRASSETTO, *Pagans, Heretics, Saracens, and Jews*, 76-77.

(183) Gregory VII to all the faithful, July-November 1084, *Epp. vagantes* no. 54.

(184) Gregory VII to Count William of Burgundy, 2 February 1074, *Register* I, 46, 1, 70-1; Gregory VII to Henry IV, 7 December 1074, *Register* II, 31, 1, 166; Gregory VII to Countess Matilda of Tuscany, after 16 December 1074, *Epp. vagantes* no. 5. For a detailed treatment, see especially H.E.J. COWDREY, *Pope Gregory VII's 'Crusading' Plans of 1074*, in *Outremer, Studies in the History of the Crusading Kingdom of Jerusalem, Presented to Joshua Prawer*, ed. B. Z. Kedar, H. E. Mayer, and R. C. Smail, Jerusalem, Yad Izhak Ben-Zvi Institute, 1982; FLORI, *La guerre sainte*, 305-9.

(185) Gregory VII to the clergy and people of Carthage, 15 September 1073, *Register* I, 22; Gregory VII to Bishop Cyriacus of Carthage, 15 September 1073, *Register* I, 23; Gregory VII to Archbishop Cyriacus of Carthage, June 1076, *Register* III, 19; Gregory VII to the clergy and people of Buzea, Bougie, May [or June] 1076, *Register* III, 20. BECKER, *Papst Urban II.*, 293, commented that these letters lack anything resembling the « crusade idea ». See Christian COURTOIS, *Grégoire VII et l'Afrique du Nord, Remarques sur les communautés chrétiennes d'Afrique au XI^e siècle*, « Revue historique » 195, 1945; HETTINGER, *Die Beziehungen des Papsttums zu Afrika*, chap. 4.

« more particularly than to other peoples », special charity, « for we believe and confess one God, albeit in different way, and we daily praise and revere him as the creator of the ages and the governor of this world » (186).

Finally, Geoffrey Malaterra, the last major source for our understanding of Latin Christian views of Islam prior to the First Crusade (187) (and at least partially written after the launching of the First Crusade), called Saracens impious and disagreeable to God. But such deprecation was balanced with « a number of other images of Saracens that ranged from benign to downright sentimental » (188).

V. Already prior to the Crusades, as we can see, religion was an element that informed Latin Christian views of, and attitudes to, the Muslims. Muslims were religious enemies. But what was religion here? When it comes to Christian-Muslim relations, I do not think that theological disputes have ever played a notable role. Most often, they played no role at all. As a rule, religion that played a role in the formation and reproduction of Christian views of and attitudes toward the Muslims was not a system of beliefs or dogmas, was not a matter of theology. Latin Christians, some exceptions aside, did not study Islam (189). It was not theology that determined how they related to the Muslims. If Latin Christian action, or non-action, regarding the Muslims had been based on the knowledge of Islam, there would have been very little action indeed. Christians have often fought each other over theological fine points; but they did not go to war against the Muslims because of theological questions. Religion that mattered in the creation of the Muslim enemy signified a way of life. It was an intimation of the idea about how one should live.

Pope John VIII, an important figure in the history of the harshening of Christian views of the Muslims, who often repre-

(186) Gregory VII to Anazir, King of Mauretania, [1076], *Register* III, 21. Interpretations of this letter may be left aside here.

(187) Cf. Kenneth Baxter WOLF, Preface, *The Deeds of Count Roger*, vii.

(188) Kenneth Baxter WOLF, Introduction to *The Deeds of Count Roger of Calabria and Sicily and of His Brother Duke Robert Guiscard*, 24-25.

(189) For some such exceptions, as well as the limits of exceptionalism, see KEDAR, *Crusade and Mission*.

sented the Saracens as religious enemies, at some occasions spoke of them as « our enemies »⁽¹⁹⁰⁾. This was not the papal majestic plural. Who was the « we » in the name of whom Pope John spoke? That was an urgent question for him, too, and a question for his Christian contemporaries.

Partly, that papal « we » was the papal state, the republic of St. Peter, that came into existence in the eighth century and had to fight for survival under unfavorable conditions. That struggle for survival « thrust the bishop of Rome into the political and military life of Italy »⁽¹⁹¹⁾. In a situation in which, as the annals of St. Bertin reported, « Romans, in dire straits as a result of Saracen and Moorish attacks, lodged complaints with the Emperor Lothar because of the total neglect of their defence »⁽¹⁹²⁾, the popes became « a primary force in dealing with 'Saracen' threat »⁽¹⁹³⁾.

There was another, normative, dimension to the problem, and to searching a solution to the problem. This other dimension drew the mental horizons in which the popes' struggle for maintaining and expanding their power took place. John VIII did not represent the infidels as enemies of the lands of St. Peter but as the enemies of the holy Roman Church⁽¹⁹⁴⁾. The fight against the infidels in defense of the Church was, in John VIII's words, « defense of Christendom »⁽¹⁹⁵⁾. But Christendom, *christianitas*, was then a relatively new concept. The times in which John VIII lived were characterized by endeavors to find new formulations of Christian community.

An expression of those endeavors was Pope Leo IV's call on Christians to fight against the Saracens and pagans for « the truth of

⁽¹⁹⁰⁾ « Inimici nostri ». JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, nos. 103, 107, PL 126, cols. 752, 757.

⁽¹⁹¹⁾ See PARTNER, *The Lands of St Peter*; THOMAS F.X. NOBLE, *The Republic of St. Peter, the birth of the Papal State, 680-825*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1984; GILCHRIST, *The Papacy and War against the 'Saracens'*, 179-80.

⁽¹⁹²⁾ *The Annals of St-Bertin*, 78, a. 853.

⁽¹⁹³⁾ GILCHRIST, *The Papacy and War against the 'Saracens'*, 180.

⁽¹⁹⁴⁾ « Infideles hostes sanctae Romanae Ecclesiae ». JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 42, PL 126, col. 695.

⁽¹⁹⁵⁾ « Defensio Christianitatis ». JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 73, PL 126, col. 727.

the faith and salvation of the soul and defense of the Christian fatherland » (196). We can consider this a Christianization of the *pro patria mori* motif, bestowing heavenly rewards on those who might lose their life in the fight for the « Christian fatherland ». For the Almighty God knows, Pope Leo wrote, that if anyone dies for that noble cause, « a reward prescribed by Him will follow » (197). Pope John VIII, too, gave assurances to those who had been or would be killed while fighting vigorously against the pagans and infidels « in defense of the holy Church of God and for the standing [*status*] of the Christian religion and the commonwealth [*respublica*] », that they could, « with the piety of Christ our God », obtain indulgence for their transgressions (*delictorum*) and be received into the repose of eternal life (198). For both Leo IV and John VIII the defense of Christian *patria* was practically, more than anything else, defense of their lands against Muslims, in which they were « extremely active » (199). Normatively, however, they represented war against non-Christians — pagans, infidels, and Saracens — as sanctified and sanctifying (200). That was a powerful way of articulating the idea of Christian community or, rather, the articulation of a potent idea of Christian community. That community was not given, it needed to be created, fought for, and it was worth fighting for it. It appealed to *élan vital* and offered eternal life. In that respect, it had no earthly bounds. It had the enemy, it knew its enemy, and through knowing its enemy it grew to know itself. This was the logic of John VIII's formulation of *christianitas*.

(196) Leo to the Frankish army, *a.* 853, *Epistola* 28, MGH Epp. 5, 601.

(197) MGH Epp. 5, 601.

(198) John to the bishops in Louis's realm, *a.* 879, JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 186, PL 126, col. 816.

(199) GILCHRIST, *The Papacy and War against the 'Saracens'*, 181-82.

(200) See Jean RUPP, *L'idée de chrétienté dans la pensée pontificale des origines à Innocent III.*, Paris, Les presses modernes, 1939, 37f.; BECKER, *Papst Urban II.*, 365-8; Étienne DELARUELLE, *L'idée de croisade au moyen âge*, Torino, Bottega d'Erasmus, 1980, 24-41, especially 39; ERDMANN, *Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens*, 23; Michel VILLEY, *La croisade, Essai sur la formation d'une théorie juridique*, Paris, Vrin 1942, 29; Paul ROUSSET, *Les origines et les caractères de la première croisade*, Neuchâtel, Baconnière, 1945, 44; James A. BRUNDAGE, *Medieval Canon Law and the Crusader*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1969, 23; MORISI, *La guerra nel pensiero cristiano*, 172.

It is relevant for my argument here that John VIII invoked the notion of *christianitas* more frequently than his predecessors⁽²⁰¹⁾. It is important that, in his formulations of *christianitas*, he began to transcend the synonymity of the term *christianitas* with the mystical « universal Church »⁽²⁰²⁾ and added a social meaning to the term. *Christianitas* thus came to signify both spiritual and temporal unity of the Christians, their unitary mystical and social body⁽²⁰³⁾. It became a « temporal Christian society animated and vivified by the spiritual Christian society »⁽²⁰⁴⁾. But most important here is that John linked his formulations of the Christian collective identity with defining the enemy. *Christianitas* was being made through the pope's calls on the fellow Christians to sever ties with the Muslims, unite, and join him in the fight against them.

John called for the defense of « the whole of Christendom »⁽²⁰⁵⁾, and in order for that defense to be possible, Christendom had to be « whole ». Renouncing alliances with the Saracens was not just the question of political or military expediency; it was a question of the constitution of Christian community. Any alliance with the enemy was a threat to the purity of the Christian collective body. Christians were members of the mystical/social body of Christ, and Muslims were members of the devil. Those who made alliances with Christ's enemies became strangers to his body, tearing it open⁽²⁰⁶⁾. Any alliance with the enemy of Christ was an *impium*

(201) RUPP, *L'idée de chrétienté*, 41.

(202) Jonas of Orleans, about half a century earlier, used the term *christianitas* in that sense. See JONAS *De institutione regia* IX, lines 5, 28; XI, lines 54-5. I cite JONAS OF ORLEANS, *Le métier de roi, De institutione regia*, ed. A. Dubreucq, Sources chrétiennes, 407, Paris, Les Éditions du CERF, 1995.

(203) See RUPP, *L'idée de chrétienté*, 35; cf. 41, 47; Jan VAN LAARHOVEN, '*Christianitas*' et réforme Grégorienne, « Studi Gregoriani » 6, 1959-61, 11; VISMARA, *Impium foedus*, 31, 33; DELARUELLE, *L'idée de croisade*, 30. Cf. John to the bishops in Emperor Charles' realm, March 877, JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 62, PL 126, col. 717.

(204) RUPP, *L'idée de chrétienté*, 35; cf. VISMARA, *Impium foedus*, 31, 33.

(205) « Totius christianitatis ». John to Count Lambert, a. 877, JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 98, PL 126, col. 749.

(206) JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 9, PL 126, col. 655. Cf. Pietro BALAN, *Il papato di Giovanni VIII dal 872 al 882, ed Il processo di Bonifazio VIII*, [Roma?], 1890, 11.

foedus, polluta unitas, and had to be condemned as a crime, ungodly crime ⁽²⁰⁷⁾.

Had Christians followed Pope John's injunctions, abandoned all the treaties and alliances with the Saracens and completely separated themselves from them, there would have been no peace between Christians and Muslims. Not only because peace implied making and honoring treaties with the enemy, but ultimately because of the nature of the enemy, because of the nature of Christian community, and because of the perceived nature of the threat of that enemy to the Christian community. Christian community meant living in Christ. The Saracens, as John VIII understood them, posed a grave danger to that way of life, to the Christian way of life, to *Christianae religionis cultura* ⁽²⁰⁸⁾. They were a threat to the existence of Christians as Christians, to that which constituted Christian existence. They were the existential enemy.

A similar logic of formulating an exclusivist ideal of Christian community through elaboration of the Muslim enemy figure was at work at Córdoba. The Córdoba « martyrs » extremist confrontation with Islam seems to have been a response to the anxiety over the loss of Christian identity. The separation between Muslims and Christians, which the Muslim conquerors initially imposed, was unsustainable. Assimilation and acculturation advanced in both directions, but especially toward Islam. A number of Christians were employed in the public administration, immersed themselves in Arabic literature, and accumulated wealth in the prosperous commercial empire ⁽²⁰⁹⁾. To the « martyrs » and their apologists, that seems to have meant a fundamental threat to their life as Christians. Once the Muslims were represented as followers of Antichrist or otherwise associated with the devil ⁽²¹⁰⁾, affirming the

⁽²⁰⁷⁾ JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, nos. 9, 71, 72, 288, PL 126, cols. 655, 725, 726, 901. For these any many other qualifications, see VISMARA, *Impium foedus*, 42-47. Cf. SCHWINGES, *Kreuzzugsideologie und Toleranz*, 246; DANIEL, *The Arabs and Mediaeval Europe*, 77; RUPP, *L'idée de chrétienté*, 38.

⁽²⁰⁸⁾ See John to Emperor Charles the Bald, a. 876, JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 43, PL 126, col. 696-97. Cf. BECKER, *Papst Urban II.*, 366-67.

⁽²⁰⁹⁾ WOLF, *Christian Views of Islam in Early Medieval Spain*, 92-93.

⁽²¹⁰⁾ See n. 113.

exclusivity of Christian society was a logically necessary response.

What was it that required the purist exclusivity of Christian society? That was not knowledge of the Muslim way of life and its imagined incompatibility with the Christian way of life. Latin Christians did not show much interest in Muslims way of life and consequently knew hardly anything about it. Western pilgrims to the newly Islamized Near East said very little of the Muslims' daily life, customs, architecture, institutions, and language ⁽²¹¹⁾. With regard to the Greeks, there is a tradition of scandalized references to what they ate and how they dressed from Liudprand of Cremona to Aeneas Sylvius Piccolomini ⁽²¹²⁾. With regard to the Muslims, even that is more often than not missing. The tokens of knowledge about the Muslims' way of life were mainly scandalizing commonplaces about their sexual licentiousness, that is, ultimately Christians' own fantasies.

The ideal exclusivity of Christian society was based in the belief that there was one way, one truth, and one life — « Ego sum via, veritas et vita » (John 14.6.) — that all that was in Christ, and that Christian society was Christ's mystical body or in some other ways joined with Christ. The Christians of Córdoba who disapproved of the « martyrs » from their ranks reportedly held the opinion that the Muslims were « men who venerated both God and law » ⁽²¹³⁾. Their fundamentalist brethren were horrified. If such a view would prevail, it would spell end to Christianity: If the Muslim « cult or law is said to be valid, indeed the strength of the Christian religion must necessarily be impaired » ⁽²¹⁴⁾. It is either « Muslim law », *lex Mahometica* ⁽²¹⁵⁾, or « Christian religion ». In order to bring the

⁽²¹¹⁾ Cf. ROTTER, *Abendland und Sarazenen*, 231-43.

⁽²¹²⁾ Cf. LIUDPRAND, *Legatio const.* 40; PICCOLOMINI, *Oratio de Constantinopolitana Clade*, in *Opera quae extant omnia*, Basle, 1551, 681.

⁽²¹³⁾ EULOGIUS *Liber apologeticus martyrum* 12, cited in WOLF, *Christian Views of Islam*, 96.

⁽²¹⁴⁾ EULOGIUS *Liber apologeticus martyrum* 17-18, cited in WOLF, *Christian Views of Islam*, 96-97.

⁽²¹⁵⁾ Cf. *Sancti Eulogii Archiepiscopi Toletani et Martyris Memorialis Sanctorum Libri Tres*, PL 115, col. 767.

stark choice home to all the Christians, it needed to be made clear just how pernicious was the « Muslim law ». The Muslims were not a threat to the Christian way of life, to their « via, veritas et vita », because of the way they lived, because of ethnographic details of their lives, but because they stood for the « Muslim law », that is, for the monsters Behemoth and Leviathan ⁽²¹⁶⁾, for the Devil, and Antichrist. And as such, they could not have *not* been a fundamental threat to Christian way of life. They faced Christians with the most fundamental of choices and decisions: either we, or they.

This logic was of key importance for the Crusading outlook and action. In the case of the « martyrs of Córdoba » and John VIII's endeavors, the logic did not prevail in practice. In Córdoba, as I mentioned earlier, the Christian community was split between the appeasers and fundamentalists, as we would say today. That is, the extremist Christian challenge to Islam was disavowed by a large portion of Christian population who preferred to live in law-abiding coexistence with their Muslim neighbors (and rulers). As to Pope John, his fellow Christians quite brutally killed him and continued to make alliances with the Muslims till the eve of the First Crusade. Even the Christian reconquista of the northern Mediterranean lands benefited from such alliances ⁽²¹⁷⁾.

VI. The Crusades were holy wars. Guibert of Nogent, one of the first historians of the First Crusade, famously wrote that that was a new kind of war, *praelia sancta*, which God had instituted in his time ⁽²¹⁸⁾. Another of those early historians, Robert the Monk, said that, with what is for us the First Crusade, « we start for the first time to fight for God » ⁽²¹⁹⁾. Among modern historians of the

⁽²¹⁶⁾ Cf. EULOGIUS, *Memorialis Sanctorum Libri Tres*, PL 115, col. 748; PAULUS ALVARUS OF CÓRDOBA, *Indiculus Luminosus*, PL 121, cols. 535, 541, 545.

⁽²¹⁷⁾ The Norman Count Roger, for example, conquered much of the Muslim Sicily with the help of such alliances and by hiring Muslim troops to supplement his own forces. See MALATERRA, *Deeds of Count Roger* II, 3-4, 18, 20, 22; III, 18, 20; IV, 22.

⁽²¹⁸⁾ « Instituit nostro tempore praelia sancta Deus ». GUIBERT OF NOGENT, *Gesta Dei per Francos* I, i. I cite *Historia quae dicitur Gesta Dei per Francos*, in *Recueil des historiens des croisades, historiens occidentaux*, Paris, Imprimerie nationale, 1844-95, 4, 124.

⁽²¹⁹⁾ ROBERT THE MONK, *Historia Iherosolimitana*, II, xvi. I cite *Robert the Monk's*

Crusades, Carl Erdmann wrote the most influential elaboration of that idea ⁽²²⁰⁾. But his thesis, originally published in 1935, has recently been questioned. Among the critiques of the « Erdmann thesis », the most relevant for my argument here is John Gilchrist's refutation of the claim that the Crusades were made possible by a fundamental change in Church's attitude toward war in the eleventh century ⁽²²¹⁾. I cannot enter here the discussion of Erdmann's work. In what follows, I would like to cite some elements of holy war as they appear in Latin Christian sources predating the launching of the First Crusade.

The holy war motif that most often appears in reports of Christian military encounters with the Saracens is God's intervention in the battle on behalf of the Christians. God's help sometimes supplemented Christian help to fellow Christians, like in the *Royal Frankish Annals*, where the Balearic Islands were defended against the Moors « with God's help and ours » ⁽²²²⁾. But as a rule, the Christians appeared as one, and God helped them all. Thus the annals of St. Bertin reported, for example, that « with God's help the Saracens were driven out » of Venetian territory ⁽²²³⁾. A ninth-century Spanish chronicle recorded that King Ordoño, confronted with a Saracen army, « with God's help [...] put the Chaldeans to fight » ⁽²²⁴⁾.

Pope Leo III described the killing of marauding Moors as a result of the mercy of Christ ⁽²²⁵⁾. William of Apulia also wrote of Christ's mercy. In his description of Norman siege of Palermo, then under Muslim rule, he had Duke Robert promise his soldiers that

History of the First Crusade, Historia Iherosolimitana, trans. C. Sweetenham, Aldershot, Ashgate, 2005, 98.

⁽²²⁰⁾ ERDMANN, *Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens*.

⁽²²¹⁾ GILCHRIST, *The Papacy and War against the 'Saracens'*. See also ID., *The Erdmann Thesis and the Canon Law, 1083-1141*, in EDBURY, *Crusade and Settlement*.

⁽²²²⁾ *Royal Frankish Annals*, a. 799, p. 78.

⁽²²³⁾ *The Annals of St-Bertin*, a. 843, p. 56.

⁽²²⁴⁾ *The Chronicle of Alfonso III 25*, in WOLF, *Conquerors and Chroniclers of Early Medieval Spain*, 175. For the date, see Wolf's essay on *The Chronicle of Alfonso*, ibid. 43-44.

⁽²²⁵⁾ « Christo miserante, totos illos iniquos Mauros occiderunt ». Leo III to Emperor Charles, a. 812, in LEO III, *Epistolae Ad Imperatorem Karolum Missae*, PL 98, col. 542.

« [t]his city, so difficult to capture, will be opened, with Christ's mercy, for he makes all difficult undertakings easy » (226). But in general, in pre-Crusading Latin sources « Christ » was nearly not as military active as « God ».

Ademar of Chabannes wrote that, « with the help of God », Charles Martel was victorious in all battles (227). In one of Rodulfus Glaber's description, the Saracens were « struck there dumb-founded » « by the might of God ». And then the « army of God, made irresistible by divine aid, killed so many of them that only a handful of that unnumbered multitude survived » (228). In Thietmar of Merseburg's account of Benedict VIII's military efforts, the pope urging attack on the Saracens assured Christian soldiers that, « with God's help, they could annihilate them » (229). In Amatus of Montecassino's *History of the Normans*, the capture of the Muslim Messina by the Normans, « came from God » (*procede de Dieu*). Moreover, as Amatus's Duke Robert spoke, any « triumph that he had gained had come from God » (230). In a subsequent battle at Castrogiovanni, Duke Robert roused his soldiers to take « this mountain, not of earth and stones, but of the dung of heresy and accumulated perversity » — Castrogiovanni was built on a mountaintop — for « God is powerful enough to give to us, a small and faithful people, victory over the multitude of infidels ». When the battle was joined, « God fought for the army of Christian Normans. He saved them and confounded and destroyed the infidels » (231). In Geoffrey Malaterra's account of Norman conquest of Sicily, both

(226) *Gesta Roberti Wiscardi* III, 292-93, in *Le Geste de Robert*, 180. I cite translation in WOLF, *Making History*, 125.

(227) ADEMAR, *Chronique* I, 52, p. 115.

(228) GLABER, *Historiarum* IV, VII, 223, p. 207.

(229) THIETMAR, *Chronicon* VII, 45, p. 338.

(230) « Toute la vertu et lo triumphe qu' il avoit, contoit que venoit de Dieu ». AMATUS O MONTECASSINO, *Ystoire de li Normant* V, 18. Dunbar and Loud translated « que ceste bataille procede de Dieu » as « this battle was the work of God ». *The History of the Normans*, 139. I will argue in the concluding section that « the work of God » was a distinctively Crusading language.

(231) « Més Dieu combat pour exercit de li Normant chrestien ». AMATUS OF MONTECASSINO, *Ystoire de li Normant* V, 23.

Count Roger and Duke Robert «invoked divine assistance» and counted on «divine help» (232).

Sometimes, the saints helped. Pope Hadrian I interpreted military victories of Charles the Great as due to the intercession of St. Peter (233). In the battle at Tribulana, a joint force of Christians routed the Saracens with the help of St. Peter (234). Sometimes, Christians had visions of divine intervention. In a battle in Sicily toward the end of the ninth century, both Muslims and Christians had their visions. When the Christian military commander invoked the soul of the blessed Ignatius, this appeared in mid-air on a mighty white horse and led the troops against the enemy, and to victory (235). Malaterra wrote that, while the Normans were rushing to the battle against the Muslims at Cerami, «there appeared a certain knight, magnificent in his armor, mounted on a white horse and carrying a white standard with a splendid cross on it tied to the tip of his lance. It was as if the knight were advancing with our battle line and rushing at the enemy where they were the thickest with a most valiant attack, so as to make our men more confident and ready to fight. Seeing this, our men were elated, and they called out again and again, ‘God and St. George’» (236).

Priests were present in the battlefield. Ademar of Chabannes described how, before battle, Christians received from their priests the body and the blood of Christ, preparing themselves for death, charged the Agarens, and won victory (237). A similar scene is found in Amatus of Montecassino. Before the battle between the Normans and the Saracens at Cerami in 1063, Robert Guiscard is said to have exhorted his soldiers as follows: «Our hope is rooted more in God

(232) MALATERRA, *Deeds of Count Roger II*, 9.

(233) GILCHRIST, *The Papacy and War against the ‘Saracens’*, 181.

(234) «Intercedente Beato Petro apostolo, Sarracenis interfecti sunt». *Benedicti S. Andreae Chronicon*, in *Il Chronicon di Benedetto, monaco di S. Andrea del Soratte, e il Libellus de imperatoria potestate in urbe Roma*, ed. G. Zucchetti, *Fonti per la storia d’Italia*, Roma, Istituto storico, 1920, 157. Cf. HAMILTON, «Pope John X», 315-16.

(235) AMARI, *Storia dei musulmani di Sicilia*, 1, 563.

(236) MALATERRA, *Deeds of Count Roger II*, 33, p. 109-10.

(237) ADEMAR, *Chronique III*, 52, p. 266. On wartime religion, see especially David S. BACHRACH, *Religion and the Conduct of War, c. 300-1215*, Woodbridge, The Boydell Press, 2003, chap. 3.

than in a great number of combatants. Have no fear, for we have Jesus Christ with us [...]. Let us purge then our sins by confession and penitence and receive the body and blood of Christ and prepare our arms ». Norman soldiers then made the sign of the cross, attacked, and defeated the much stronger Saracen army ⁽²³⁸⁾.

Other historians of the Norman conquest of Sicily also recorded religious preparations for the battle. In William of Apulia, Norman soldiers in front of Palermo fortified themselves by partaking of the eucharist ⁽²³⁹⁾. Geoffrey Malaterra reported that, before the battle at Cerami was joined, the Norman soldiers confessed to God with great devotion, « with the priests serving as witnesses », and « receiving penance, they commended themselves to the mercy of God and, trusting in his aid, they set out to battle with the enemy » ⁽²⁴⁰⁾. Before the battle for Syracuse, on a sunny Sunday morning, count Roger's soldiers heard matins and the holy mass. Then they were « shriven by the priests and initiated into the sacred mysteries », that is, they took communion ⁽²⁴¹⁾. The count himself had had longer preparations for that battle. After he had fitted out a fleet, « he humbled himself, conducting processions in bare feet through various churches accompanied by great devotion and litanies, as he generously bestowed benefits on the poor » ⁽²⁴²⁾.

Holy banners were either imagined or real. At the battle of Cerami, many Norman soldiers saw « a banner containing a cross hanging from the top of the count's lance, a banner which only God could have placed there » ⁽²⁴³⁾. A real banner arrived after the battle. In recognition of his victory, for which he credited « God and St. Peter », Count Roger sent gifts to Pope Alexander II. In response the pope, « delighted [...] by the count's God-given victory over the pagans », sent back « his apostolic blessing and [...] absolution of sin ». Alexander also sent « a banner from the Roman see, decorated with the seal of apostolic authority, under which the count and his

⁽²³⁸⁾ AMATUS OF MONTECASSINO, *Ystoire de li Normant* V, 23.

⁽²³⁹⁾ *Gesta Roberti Wiscardi* III, 235-37.

⁽²⁴⁰⁾ MALATERRA, *Deeds of Count Roger* II, 33, p. 107.

⁽²⁴¹⁾ MALATERRA, *Deeds of Count Roger* IV, 2, 178.

⁽²⁴²⁾ MALATERRA, *Deeds of Count Roger* IV, 2, 177.

⁽²⁴³⁾ MALATERRA, *Deeds of Count Roger* II, 33, p. 110.

men, trusting in the protection of St. Peter, were to rise up and wage war against the Saracens even more securely » (244).

After the battle, Christian soldiers gave thanks to the imagined author of their victories. When Norman army took Messina, Duke Robert Guiscard, for example, « gave thanks to Almighty God from whom all victory and triumph come » (245). The Norman leaders were « faithful to that passage of scripture, which says, 'First seek the kingdom of heaven and the rest will follow' », by enriching churches with their spoils of war (246). Soldiers would express their thanks to the God of battles singing. Thietmar of Merseburg pictured the victorious Christian soldiers, happily returning to their homes, « as they sang worthy odes to the triumphant Christ » (247).

Among the elements of holy war, which later enlivened the Crusades, the pre-Crusading sources mention also love and vengeance. The struggle for « driving the Saracens from all the lands of the Apostles and from the territory of Benvenuto » and « from the whole of Italy », in which Pope John X was involved, was a struggle « for love of the Christian faith » (248). In a poem on the campaign against the North-African city of Mahdia, one can first read that the Genoese joined themselves to the Pisans « with great love » and then, not caring about earthly life or about their sons, exposed themselves to dangers « out of love for the Redeemer » (249). The vengeance motif appears in full force in histories of Norman wars with the Saracens in Southern Italy and Sicily. Amatus of Montecassino had Robert Guiscard, setting his eyes on the Muslim Sicily, say he wanted to « deliver the Christians and Catholics who are bound in servitude to the Saracens », and to « wreak vengeance for this injury to God » (250). Geoffrey Malaterra portrayed Count Roger, having heard that Muslims had destroyed churches in Cala-

(244) MALATERRA, *Deeds of Count Roger II*, 33, p. 111. On the banners of St. Peter, see ERDMANN, *Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens*, chap. 6; FLORI, *La guerre sainte*, chap. 6.

(245) AMATUS O MONTECASSINO, *Ystoire de li Normant* V, 18.

(246) E.g., MALATERRA, *Deeds of Count Roger II*, 45, p. 125.

(247) THIETMAR, *Chronicon* VII, 45, p. 339.

(248) See HAMILTON, *Pope John X*, 315.

(249) *Carmen in victoriam Pisanorum* 11, 4.

(250) « Je voudroie delivrer li chrestien et li catholici, liquel sont constreint de la

bria ⁽²⁵¹⁾, as « divinely inspired with an unusually intense anger ». He « ardently rose up to avenge the tremendous injury that had been inflicted on God » ⁽²⁵²⁾. In the same context, Malaterra commented on the death of the Muslim leader at the battle of Syracuse as follows: « Thus by a divine judgment he was punished in retribution, appropriately recompensed for the injury he had arrogantly inflicted on God » ⁽²⁵³⁾.

Many of these elements, or motifs, are woven together in an exhortation of the soldiers Malaterra attributed to Count Roger and his adjutant. They spoke as follows: « Arouse your hearts, O most valiant young soldiers of the Christian army. We are all inscribed with the name of Christ, who would not desert his sign unless offended. Our God, the God of gods, is omnipotent [...]. This people [of the Saracens] has rebelled against God, and power which is not directed by God is quickly exhausted. They glory in their own power; we, on the other hand, are secure in the protection of God. There is no room for any doubt: it is certain that, with God leading us, the enemy will not be able to stand before us » ⁽²⁵⁴⁾.

This is full-blown holy war language. It rests on centuries of less intense cultivation of holy war imagery and ideas. As such, it certainly demonstrates that the Crusades as holy war did not come out of the blue. But this very statement should also warn us against seeing a smooth continuity between the time prior to the launching of the First Crusade and the Crusading age, that is, against overlooking the difference between the two periods. Malaterra's exhortation to the Christian army is an exception within Malaterra's own history ⁽²⁵⁵⁾. The predominant mode of his history of Norman exploits in Italy and Sicily builds on much more profane motifs,

servitude de li Sarrazin, et desirre molt de chacier les de la servitude lor, et faire vengeance de la injure de Dieu ». AMATUS, *Ystoire de li Normant* V, 12.

⁽²⁵¹⁾ See n. 173.

⁽²⁵²⁾ MALATERRA, *Deeds of Count Roger* IV, 2.

⁽²⁵³⁾ MALATERRA, *Deeds of Count Roger* IV, 2, p. 178.

⁽²⁵⁴⁾ MALATERRA, *Deeds of Count Roger* II, 33, p. 109.

⁽²⁵⁵⁾ This has convincingly been argued by WOLF in his *Making History*, 157, and *Introduction* to MALATERRA, *Deeds of Count Roger*, 21.

among which the *aviditas dominationis*, the vehement desire for power, holds the place of pride ⁽²⁵⁶⁾.

The motif of God's help in Christian wars is ubiquitous and it applies to virtually any war Christians waged against a plethora of « foreign nations » as well as to many wars they fought against each other. Let me cite just one example with particularly thick holy war imagery from a late sixth-century Spanish chronicle, that is, from pre-Islamic times. In the entry on Goths' victory over the Franks, we read the following: « In this battle divine grace and Catholic faith [...] were at work, since it is not a difficult thing for our God to give victory to a few over the many [...]. Not unworthily is God praised in our own times for having intervened in this battle. In a like manner, many years ago, God is known to have destroyed, at the hand of the general Gideon with only three hundred men, many thousands of Midianites who were attacking the people of God » ⁽²⁵⁷⁾.

Religious practices related to war, and in war, especially in preparations of the soldiers for battle and possible death, were characteristic of war in general, not only of the war against the Muslims or other non-Christians ⁽²⁵⁸⁾. And clerics, from the lower ranks on to the popes, were in charge not only of the *cura animarum* but of bodily arms as well ⁽²⁵⁹⁾.

⁽²⁵⁶⁾ See WOLF, *Making History*, chap. 6; *Introduction*, 12 ff.

⁽²⁵⁷⁾ JOHN OF BICLARO, *Chronicle* 91, in *Conquerors and Chroniclers of Early Medieval Spain*, 74.

⁽²⁵⁸⁾ See BACHRACH, *Religion and the Conduct of War*, chap. 2 and 3; Jean FLORI, *Guerre sainte, jihad, croisade, Violence et religion dans le christianisme et l'islam*, Paris, Seuil, 2002, chap. 8-12; Th. DESWARTE, *Entre historiographie et histoire, aux origines de la guerre sainte en Occident*, in *Regards croisés sur la guerre sainte, Guerre, idéologie et religion dans l'espace méditerranéen latin, XIe-XIIIe siècle* (Actes du colloque international tenu à la Casa de Velázquez, Madrid, du 11 au 13 avril 2005), ed. D. Baloup and Ph. Jossierand, Toulouse, CNRS-Université de Toulouse II-Le Mirail, 2006.

⁽²⁵⁹⁾ See, for example, MORISI, *La guerra nel pensiero cristiano*; Friedrich PRINZ, *Klerus und Krieg im frühen Mittelalter, Untersuchungen zur Rolle der Kirche beim Aufbau der Königsheerrschaft*, Stuttgart, Anton Hiersmann, 1971; ID., *King, Clergy and War at the Time of the Carolingians*, in *Saints, Scholars, and Heroes, Studies in Medieval Culture in Honour of Charles W. Jones*, ed. M.H. King and W.M. Stevens, Saint John's Abbey, Hill Monastic Library; Colegeville, Minn., University, 1979; BACHRACH, *Religion and the Conduct of War*; GILCHRIST, *The Papacy and War against the 'Saracens'*; PARTNER, *The*

Even the sign of cross, emblematic of the Crusaders, was not their exclusive distinction. Widukind reported that, at an unspecified moment in the middle of the tenth century, signs of cross had miraculously appeared on the vestments of many people. But back then, people were still confused about the meaning of that « signum crucis ». Some reacted to the miracle with dread, seeing the signs as portend of calamities, while the wiser predicted that the crosses prefigured safety and victories ⁽²⁶⁰⁾. In his 'crusading encyclical' (assuming it was his), Pope Sergius IV called on Christians to take the cross and follow Christ, invoking a motif that was to figure so prominently in the histories of the First Crusade ⁽²⁶¹⁾. Signs of cross seem to have been used during the Pisan and Genoese attack of Mahdia ⁽²⁶²⁾.

VII. Holy war is a war conceived of as a religious action or a military action directly related to religion ⁽²⁶³⁾. It is a war fought for the « goals or ideals of the faith » or for « religious interests » ⁽²⁶⁴⁾. It is a war that needs to be sanctioned by a religious authority whose power to confer the sacred character upon war is accepted. As such, holy war is waged or directed by a religious authority ⁽²⁶⁵⁾. Scholars discussing holy war have also pointed out that, in holy war, the « force of arms is regarded as being not merely justifiable and condoned by God, but positively sanctioned by him »; ⁽²⁶⁶⁾ that

Lands of St Peter, chap. 1, 4; Id., *God of Battles, Holy Wars of Christianity and Islam*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1997, chap. 4.

⁽²⁶⁰⁾ WIDUKIND, *Res gestae Saxonice* III, 61, p. 167.

⁽²⁶¹⁾ *Die Kreuzzugszyklika Papst Serrgius' IV. von 1010*, 2, p. 150. For the motif, see William J. PURKIS, *Crusading Spirituality in the Holy Land and Iberia*, c. 1095/c.1187, Woodbridge, Boydell Press, 2008, especially chap. 2.

⁽²⁶²⁾ *Carmen in victoriam Pisanorum* 34. See Enrica SALVATORI, *Gens Saracenorum perit sine laude suorum, L'idée de guerre sainte dans les sources pisanes du XI^e au XII^e siècle*, in *Regards croisés sur la guerre sainte*, 242.

⁽²⁶³⁾ ERDMANN, *Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens*, 1.

⁽²⁶⁴⁾ VILLEY, *La croisade*, 21-22; ROUSSET, *Les origines et les caractères de la première croisade*, 140; Frederick H. RUSSELL, *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, 2; James A. BRUNDAGE, *Holy War and the Medieval Lawyers*, in *The Holy War*, ed. T. P. Murphy, Columbus, Ohio State University Press, 1976, 116.

⁽²⁶⁵⁾ RUSSELL, *The Just War*, 2; BRUNDAGE, *Holy War*, 116.

⁽²⁶⁶⁾ Jonathan RILEY-SMITH, *What were the Crusades?*, London and Basingstoke, Macmillan, 1977, 16.

participation in holy war is considered a « positive duty » and seen as conferring positive personal « spiritual merit » on those who fight it ⁽²⁶⁷⁾; and that, in the conduct of war, holy warriors are freed from the restraints typical of just war, which results in greater brutality ⁽²⁶⁸⁾.

But holy war also requires a special kind of enemy. Or, looking from another perspective, a certain kind of enemy requires holy war. This enemy is an enemy of faith and is seen as threatening a way of life, which is defined with references to religion or to which one has religious attitude. This is the kind of enemy with whom one cannot compromise without risking, or giving up, what one holds dear as giving meaning to life. This is an enemy with whom there can be no negotiations because what he is perceived as threatening is unnegotiable ⁽²⁶⁹⁾.

While working on this article I found only one direct reference to the « enemy of faith », *inimicus fidei*, in pre-Crusading Latin sources ⁽²⁷⁰⁾. But the building blocks for the construction of such an enemy in that literature are plenty, and the logic of confrontation involving this kind of enemy was, at certain point in history, developed quite clearly. Pope John VIII is such a case. For Pope John, war was a problem not because it had been morally or theologically objectionable but because Christians were unable to definitively defeat the Saracens. Some even lived with Muslims in peace. *Peace* was the problem, both from practical and normative perspective. Peace was a practical problem because some Christians' fellowship with the pagans ⁽²⁷¹⁾ split Christian forces and undercut Christian military efforts. Normatively, peace was a problem be-

⁽²⁶⁷⁾ RUSSELL, *The Just War*, 2; BRUNDAGE, *Holy War*, 116.

⁽²⁶⁸⁾ RUSSELL, *The Just War*, 2.

⁽²⁶⁹⁾ President Bush I said it well at the time of the First Gulf War, when he declared that the American way of life was unnegotiable.

⁽²⁷⁰⁾ *Carmen in victoriam Pisanorum* 32, 4. See n. 143.

⁽²⁷¹⁾ « Do not be mismatched with unbelievers. For what partnership is there between righteousness and lawlessness? Or what fellowship is there between light and darkness? What agreement does Christ have with Beliar? Or what does a believer share with an unbeliever? » 2 Cor 6.14-15. Pope John VIII interpreted this passage as divine law, condemning and prohibiting any alliance or treaty, indeed, any social contact between Christians and the non-Christians, Muslims in particular. See VISMARA, *Impium foedus*.

cause it implied treaty with the Muslims. But John VIII had banned such treaties. He explicitly stated that keeping peace with the enemies of God was a crime, from which the faithful had to desist ⁽²⁷²⁾. Without treaties, without some sort of shared legal obligations, there can be no coexistence. There has to be war. But since this war cannot end in peace, for peace is an « ungodly crime », its imperative is the elimination or extermination of the enemy.

When John VIII « demanded », « prayed » and « earnestly besought » that « the impious race may be driven out of our territories » ⁽²⁷³⁾, or when Pope John X called for « driving the Saracens from all the lands of the Apostles » ⁽²⁷⁴⁾, their words and phrasing point beyond the call for driving the occupying forces out of a politically delineated territory to a call for the cleansing of *Christian* lands from a *gens* and from the *non-Christian* ⁽²⁷⁵⁾. With the Crusades, this call was universalized and St. Bernard, for example, wanted to extirpate the enemies of the Christian name from the face of the earth ⁽²⁷⁶⁾. With such formulation, it would be hard to deny that the idea of cleansing Christian land implied killing. That killing was not only a means to an end, but an end in itself. That was made clear already before the Crusades. Ademar of Chabannes, for example, wrote that the Normans set out for Spain *in order* to kill the

⁽²⁷²⁾ Quoting Ps 138 [139], 21-22, John VIII demonstrated « [q]uantum praetera sit Deo delectabile ab inimicorum Dei pace desistere »; and also « quanto crimine cum pessimis pax tenetur ». JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 9, PL 126, col. 656.

⁽²⁷³⁾ « Gens impia nostris eliminetur e finibus, hoc est quod exigimus, hoc est quod ante speciali voto deposcimus ». John to Bishop Wigbod of Parma, April 877, JOHN VIII, *Epistolae et decreta*, no. 67, PL 126, 721. Cited in DANIEL, *Arabs and Mediaeval Europe*, 78.

⁽²⁷⁴⁾ Cited in HAMILTON, *Pope John X*, 315.

⁽²⁷⁵⁾ It was not earlier than the Enlightenment that the word « cleansing » was first used, in a call to « cleanse the remaining non-Christian part of Europe from the Muslims. » See [Jakob Heinrich] v[on] L[ilienfeld], *Neues Staats-Gebäude, In drey Büchern*, Leipzig, B.C. Breitkopf, 1767, 334. But in the final years of the Byzantine Empire and in the aftermath of Constantinople's fall to the Ottomans in 1453, there was no secular or ecclesiastical leader or humanist intellectual of stature who would not call for « chasing the Turk out of Europe. » See my article « Iznajdba Evrope, humanisti in vojna proti Turkom », *Filozofski vestnik* 18, 1997, no. 1.

⁽²⁷⁶⁾ « Extirpandos de terra christiani nominis inimicos ». *Epistola* 457. I cite BERNARD OF CLAIRVAUX, *Briefe*, in *Sämtliche Werke*, ed. G.B. Winkler, Innsbruck, Tyrolia, 1992, 890.

« pagans » (277). A modern scholar has commented that Ademar here expressed the view that the Muslims were the enemy that « has to be fought against and slaughtered » (278). In the *Poem of my Cid*, Bishop Jerónimo, of Cluniac background, tells that he came to Spain « out of the desire that I had to kill a few Moors » (279). Cid don Rodrigo was known by his « desire to always wage war against the Moors » (280).

That desire to kill easily translated into cruelty, and in the time when reconquista began to gather momentum that cruelty served the goal of breaking Muslim resistance. Ademar of Chabannes told us, with no visible disapproval, that Count Roger on his Spanish campaign, having « erased innumerable Saracens » (*innumeros Saracenorum deleverunt*) and taken many cities and castles, found an effective way to shock and awe the enemy. Every day he cut to pieces one or the other of the Saracens he held captive « like a hog », so that all the others could see, cooked them in caldrons, served this to them to eat, and then pretended to go feast with his own on what was left to another house. When the Count let the youngest of the captives escape to report on these Thyestes feasts, the Saracens were so frightened that they offered capitulation (281).

The question now is, if so many elements of holy war as a war against religious existential enemy were present in the centuries preceding the launching of the First Crusade, what was new, what

(277) « Item Nortmani [...] ad occidendos paganos Hispaniam profecti ». ADEMAR, *Chronicon* III, 55, p. 174.

(278) The enemy « qu' il faut combattre et massacrer ». PON, Introduction, in ADEMAR DE CHABANNES, *Chronique*, 42.

(279) « Por esso salí de mi tierra vin vos buscar, por sabor que aviade algún moro matare. » *Cantar de mio Cid* 2371-2372. I cite R. MENÉNDEZ PIDAL, *Cantar de mio Cid, Texto, gramática y vocabulario*, Madrid, Espasa-Calpe, 1956, 3, 1114-15. I cited English translation in *The Poem of my Cid, Poema de Mio Cid*, trans. with an Introduction and Commentary by P. Such and J. Hodgkinson, Warminster, Aris & Philips, 1987, 183.

(280) « Don Rodrigo, porque yo oy dezir que ssienpre guerreávades con moros ». MENÉNDEZ PIDAL, *Cantar de mio Cid*, 3, 1115, n. to line 2370.

(281) « Primo vero advento suo Rotgerius, Sarracenis captis, unumquemque eorum per dies singulos, videntibus ceteris, quasi porcum per frusta dividens, in caldarius coctum eis apponebat pro epulis, et in alia domo simulabat se comedere cum suis reliqua medietatis membra ». ADEMAR, *Chronicon* III, 55, p. 174.

changed and what shifted, with the advent of the Crusades? Let me begin answering this question *per negationem*.

What is largely missing in the pre-Crusading texts relating to holy war are, first of all, the questions relating to indulgence and remission of sins (or temporal penalties for sins), that is, technicalities of defining and conferring spiritual benefits on Crusaders (282). The idea itself was not new. It was quite clearly formulated by Pope Leo IV (283) and John VIII (284) and then revived in the second half of the eleventh century by some of the popes of the great Church reform. Leo IX styled « martyrs » those who fell in the battle at Civitate against the Normans (then called *Agareni*) (285). Alexander II ordered that each of those who made the decision « to go to Spain » (presumably this referred to the Barbastro campaign) (286) confessed his sins to his spiritual father, who would impose the proper penance, whereas the pope himself promised absolution of the penance and remission of sins (287). The codification of the details of this spiritual trade, of this *negotium Christi* (288), came with the Crusades. Intimately connected with this penitential element of the Crusades was the idea of pilgrimage and of holy warriors as pilgrims. Prior to the Crusades, this aspect of the sanctification of soldiers, or militarization of the religious, is hard to find.

(282) A good terse overview of these issues, about which there is an extensive literature, is Hans Eberhard MAYER, *The Crusades*, trans. J. Gillingham, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1993, 25-37.

(283) See n. 197.

(284) See n. 199.

(285) See FLORI, *La guerre sainte*, 176-83. On the label of “Agareni”, see nn. 19, 20.

(286) On this issue, see FLORI, *La guerre sainte*, 277 ff.

(287) Alexander II to « clero Vulturnensi », in Samuel LOEWENFELD, *Epistolae pontificum romanorum ineditae*, Leipzig, Veit et. Comp., 1885, no. 82, p. 43.

(288) The trading language is well exemplified by St. Bernard of Clairvaux, addressing the potential Crusader, « Or are you a shrewd businessman, a man quickly to see the profits of this world? If you are, I can offer you a splendid bargain. Do not miss the opportunity. Take the sign of the cross. At once you will have indulgence for all the sins which you confess with a contrite heart. It does not cost you much to buy and if you wear it with humility you will find that it is the kingdom of heaven ». BERNARD, *Epistola* 363, 5, in *Briefe* no. 656; trans. in MAYER, *The Crusades*, 97. On the crusade as « business of Christ », *negotium Christi*, see BERNARD, *Epistola* 363,1, in *Briefe* 648; cf. Étienne DELARUELLE, *L'idée de croisade chez saint Bernard*, in *Mélanges Saint Bernard*, XXIV^e Congrès de l'Association bourguignonne des sociétés savantes, Dijon, Marilier, 1953, 62.

Missing as well in pre-Crusading literature are those joyous descriptions of massacres of the infidels that embellish Crusading chronicles and histories, missing is that pornography of blood, that political hemography, which underscores Christian triumphs. In pre-Crusading chronicles we learn how many enemies were killed, and the numbers often are epic, whereas in Crusading chronicles and histories we also read about how much blood was spilled. Let me cite a few examples. Upon the capture of Jerusalem, in the « Temple of Solomon and the portico crusaders rode in blood up to the knees and the bridles of their horses »⁽²⁸⁹⁾. « Even the soldiers who were carrying out the massacre could hardly breathe vapours rising from the warm blood »⁽²⁹⁰⁾. « If you had been there your feet would have been stained to the ankles in the blood of the slain. What shall I say? None of them was left alive. Neither women or children were spared »⁽²⁹¹⁾. The promiscuity of killing created the promiscuity of the killed: « So much human blood was spilt there that the bodies of the slain were revolving on the floor on a current of blood; arms and hands which had been cut off floated on the blood and found their way to other bodies so that nobody could work out which body the arm had come from which was attached to another headless body »⁽²⁹²⁾. This is the final and ultimate loss of

⁽²⁸⁹⁾ RAYMOND D'AGUILERS, *Historia Francorum* XIV. I cite RAYMOND D'AGUILERS, *Historia Francorum Qui Ceperunt Iherusalem*, trans. J. H. Hill and L. L. Hill, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1968, 127-28. The same in the letter of Godfrey, Raymond, and Daimbert to Pope Urban II, September 1099, in Heinrich HAGENMEYER, *Epistulae et chartae ad historiam primi belli sacri spectantes: Die Kreuzzugsbrieve aus den Jahren 1088-1100*, reprint, Hildesheim, Georg Olms, 1973, no. 18, p. 171, « in porticu Salomonis et in templo eius nostri equitabant in sanguine Saracenorum usque ad genua equorum ». Peter TUDEBODE, *Historia* XI, was more restrained in his description, « blood flowed through all of the Temple ». I cite Peter TUDEBODE, *Historia de Hierosolymitano Itinere*, trans. J. H. Hill and L. L. Hill, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1974, 119.

⁽²⁹⁰⁾ *Robert the Monk's History* IX, viii, p. 201.

⁽²⁹¹⁾ FULCHER OF CHARTRES, *Historia Hierosolymitana*, I, xxvii. I cite FULCHER OF CHARTRES, *A History of the Expedition to Jerusalem 1095-1127*, trans. F. R. Ryan, ed. H. S. Fink, Knoxville, The University of Tennessee Press, 1969, 122.

⁽²⁹²⁾ *Robert the Monk's History* IX, viii, p. 200-1. Repeated in Gilo of Paris: « Who could know the number of the thousands who fell, when their remains were scattered everywhere you trod? Far and wide, severed heads bedewed with blood floated about in the welter of carnage. You could see cut-off hands joined to bodies to which

human identity (293). But the final loss of the enemy's identity is the unrestricted assertion of Christian identity. One may say that the identity politics made great advances with the Crusades. A tribute to that development is paid in the extensive literature on the « image of the Other » (294).

Identity issues as such were, of course, not a Crusading novelty. A novel aspect was that identity politics became much more bloody. I do not primarily mean the literal spilling of blood, where progress was certainly made, but the new prominence of blood and torn flesh in defining Christian identity (295). Christians were defined as « blood-brothers » (296), and Christendom by implication as blood-fraternity. The connection was clearly there in Pope Gregory VII thoughts about a military expedition to the East to the rescue of Oriental Christians (297). References to the slaughter of « many thousands of Christians » like « cattle » by a « race of pagans », to a « great carnage of Christians », led to the appeal to « fraternal love » (*fraterna caritas*) that should impel Western Christians to lay down their lives for the « liberation of our brothers », for « as he had laid down his life for us, we also should lay down our lives for our

they did not belong, torsos borne along without either leg, every part of the body either cut off and far removed from its former location, or just wounded and left where it belonged ». GILO OF PARIS, *Historia Vie Hierosolimitane* IX, 315-322. I cite *The Historia Vie Hierosolimitane of Gilof Paris and a Second, Anonymous Author*, ed. and trans. C. W. Grocock and J. E. Siberry, Oxford, Clarendon, 1997, 247-49.

(293) Robert the Monk's description I cited comes close to today's descriptions of the effects of suicide bombings, to one of their aspects that most induces horror. See Talal ASAD, *On Suicide Bombing*, New York, Columbia University Press, 2007, 68. In the crusading chronicles, this is part of an epic celebration.

(294) The best work in this field is probably Svetlana I. LUCHITSKAYA, *Obraz drugogo, Musul'mane v khronikakh krestovyykh pokhodov*, St. Petersburg, Aleteiia, 2001.

(295) This could be a subject of « hematology ». Cf. Gil ANIDJAR, *We have never been Jewish: an essay in asymmetric hematology in Jewish Blood: Reality and metaphor in history, religion, and culture*, ed. M.B. Hart, London, Routledge, 2009. Anidjar's forthcoming book, *Blood: A Critique of Christianity*, will put the blood-identity of the Crusades, an issue I can only touch upon here, in a broader perspective.

(296) BALDRIC OF BOURGUEIL, *Historia* I,iv. I cite BALDRIC OF BOURGUEIL, *Historia de peregrinatione Jerosolimitana*, in *Recueil des historiens des Croisades, Historiens occidentaux*, 4, 13; English translation in August C. KREY, *The First Crusade, The Accounts of Eye-Witnesses and Participants*, reprint, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1958, 33.

(297) See n. 185.

brothers » (298). A more traditional view that shedding of human blood was impermissible, since « whoever sheds human blood, sheds his blood » (299), was turned so that Christ's shedding of blood became an argument for spilling human blood. While spilling human blood had ceased to be a problem, the problem now was the shedding of *Christian* blood. Thus spoke Pope Urban II: « Christian blood, redeemed by the blood of Christ, has been shed, and Christian flesh, akin to Christ's flesh, has been subjected to unspeakable degradation and servitude » (300). That was a call on Western Christians to take up arms for their « blood-brothers ». And as Latin Christians adopted « the terms of race and blood to describe their group identity » (301), their enemy, pictured as bloody and cruel, became the enemy of Christian blood, and a blood-enemy. Can there be a more existential, life-and-death definition of the existential enemy?

With the prominence of fraternity, liberty also gained on importance in Crusading sources, in which the words *libertas* and *liberatio* abound. « Liberation » was the word most frequently used in Pope Urban II's preaching of the crusade (302). It might appear as self-evident that the conquest of once Christian lands came to be understood as a war of liberation. But the Crusades were wars for liberation of *Christendom* (303), that is, of an entity that had not existed prior to the Muslim conquests but was, to the degree that it was, created with its supposed « liberation » (304). An equally important reservation toward this understanding of « liberation » is that, with regard to Palestine, the geography, or landscape, which

(298) Gregory VII's general summons to the defence of the Byzantine empire, 2 March 1074, *Register* I, 49. I cite translation in *The Register of Pope Gregory VII, 1073-1085*, trans. H.E.J. Cowdrey, Oxford, Oxford University Press, 2002, 55.

(299) *Benedicti capitularium collectio* II,1, in PL 97, col. 753.

(300) BALDRIC OF BOURGUEIL, *Historia* I, iv, p. 13; KREY, *The First Crusade*, 33.

(301) Robert BARTLETT, *The Making of Europe, Conquest, Colonization and Cultural Change, 950-1350*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1993, 251-52.

(302) Jonathan RILEY-SMITH, *The First Crusade and the Idea of Crusading*, London, The Athlone Press, 1993, 17-18; cf. SCHWINGES, *Kreuzzugsideologie und Toleranz*, 232f.; ERDMANN, *Endkaiser Glaube und Kreuzzugsge danke*, 404-5.

(303) See ERDMANN, *Die Entstehung des Kreuzzugsge dankens*, 306. VISMARA, *Impium foedus*, 64 n. 186, pointed out the shift from *defensio* to *liberatio*.

(304) For more on this issue, see MASTNAK, *Crusading Peace*, chap. 3.

Crusaders built around the Holy Sepulcher, was an imaginary construct. It was not « imaginary » in the sense any geography to a certain degree is, but in the sense that it differed from the « inventory of the world » of Roman conquerors ⁽³⁰⁵⁾ and was, instead, drawn from the scripture: an inventory of religious narratives ⁽³⁰⁶⁾. Liberation of that imaginary, spiritual landscape was an exercise in materialization of fantasies, to which soldiers on the ground were, in a sense, collateral. But collateral damage in such fantasy wars is inescapably huge and never accidental.

The Crusades were a war of liberation in a more strictly conceptual sense, which is intimately linked to the definition of the enemy. Pope Urban II in his preaching of the Crusade reportedly said that Christian blood and Christian flesh had been subjected to « servitude » ⁽³⁰⁷⁾. In documents from his chancery, the idea is expressed a number of times. In a letter to the archbishop of the recently reconquered Toledo, Pope Urban wrote that when the town came under the rule of the Saracens as a chastisement for Christian sins, the liberty of Christian religion was lost for three hundred seventy years ⁽³⁰⁸⁾. Similarly, Sicily had lost the cultivation of Christian religion for three hundred years, some of the « Christianae fidei cultores » had perished by the sword, and many more were « oppressed by miserable servitude » ⁽³⁰⁹⁾.

Reconquista, including the « reconquista » in the East, was liberation because it aimed at liberation from tyranny, or from « intolerable oppression », to which the « barbaric fury » had reduced « the Churches of God in Eastern parts » ⁽³¹⁰⁾. In Urban II's

⁽³⁰⁵⁾ See Claude NICOLET, *L'inventaire du monde. Géographie et politique aux origines de l'Empire romain*, Paris, Fayard, 1988.

⁽³⁰⁶⁾ An excellent example is the second part of St. Bernard's *De laude novae militiae*. See BERNARD OF CLAIRVAUX, *Éloge de la nouvelle chevalerie, De laude novae militiae*, ed. P.-Y. Emery, vol. 31 of *Oeuvres complètes*, Sources chrétiennes 367, Paris, Les éditions du CERF, 1990.

⁽³⁰⁷⁾ BALDRIC OF BOURGUEIL, *Historia* I, iv, p. 13.

⁽³⁰⁸⁾ Urban II to Archbishop Bernard of Toledo, a. 1088, in URBAN II, *Epistolae et Privilegia*, no. 5, PL 151, col. 288.

⁽³⁰⁹⁾ Urban II to Bishop Roger of Syracuse, a. 1093, *Epistolae et Privilegia*, no. 43, PL 151, col. 370.

⁽³¹⁰⁾ Urban II to the faithful of Flandria, December 1095, in HAGENMEYER, *Epistolae et chartae*, no. 2, 136. A monastic charter from Saint-Victor from August 1096

judgment, Huesca, for example, was liberated from the « tyranny of the Saracens »⁽³¹¹⁾. Christians, he said, went to « Asia » to « liberate » their « brothers from the tyranny of the Saracens ». But Urban warned Catalan Counts of the danger of joining those efforts at the price of neglecting the fight against the Saracens closer to home. The danger was that the « liberation of Christians from the Saracens in one place » could hand them over to the « Saracen tyranny and oppression in another »⁽³¹²⁾.

As a war of liberation, the Crusade was sometimes called a « liberation of the church »⁽³¹³⁾. In this sense, the crusade can most clearly be seen as carrying on the « program » of the eleventh-century ecclesiastical reform. The prominence of « libertas » in early crusading chronicles, histories, and letters can best be explained if we see the Crusades as an outcome of the Church reform, to which « liberty of the Church » was of key importance. The ecclesiastical reform was a movement for the liberation of the Church from the vices of Simonism and Nicolaitism as well as from oppressive, corrupting Christian princes refusing obedience. The Gregorian reformers struggled with the *dissipatores ecclesiae*⁽³¹⁴⁾, with those bad Christians who were subverting the Church from within. Their Crusading successors turned more energetically against the tyrannical oppressors of the Church from without. « Liberation of the Church » now meant the « liberation of the Eastern churches »⁽³¹⁵⁾, but in view of fraternal

« defined the intention of two Crusader brothers much as the Cluniac charters had done », they undertook the « pilgrimage » to « help with the deliverance of innumerable Christian peoples from the fury of their oppressors. » Cited in H.E.J. COWDREY, *Pope Urban II's Preaching of the First Crusade*, « History » 55, 1970, 182.

⁽³¹¹⁾ Urban to Bishop Peter of Huesca, 11 May 1098, *Epistolae et Privilegia*, no. 237, PL 151, col. 504.

⁽³¹²⁾ *Epistola 23* in Paul KEHR, *Papsturkunden in Spanien, Vorarbeiten zur Hispania Pontificia, I. Katalanie*, Berlin, Wiedmannsche Buchhandlung, 1926, 286-87, cited in FLORI, *La guerre sainte*, 288. For « Saracenorum oppressionis, » cf. Urban to Bishop Peter of Huesca, 11 May 1098, *Epistolae et Privilegia*, no. 237, PL 151, col. 505.

⁽³¹³⁾ Urban II to the Bolognese, 19 September 1096, in HAGENMEYER, *Epistulae et chartae*, no. 3, 137.

⁽³¹⁴⁾ Cf. ANSELM OF LUCCA, *Collectio canonum XII*, 53, in CUSHING, *Papacy and Law in the Gregorian Revolution*, 189.

⁽³¹⁵⁾ Urban II to the faithful of Flandria, in HAGENMEYER, *Epistulae et chartae*, no. 2, 136.

blood ties among Christians it grew into the « liberation of Christendom »⁽³¹⁶⁾.

Seeing the Crusade as liberation of *Christendom* was a logical extension of the reform papacy's claim to universal primacy⁽³¹⁷⁾. The sacredness of papal cause sanctioned military action if required. The papacy's claiming responsibility for the universal church, that is, the universality of its sacred cause, allowed for and called for military action much beyond the local boundaries, which had constrained earlier Christian holy warring. Christian holy wars before the Crusades were local affairs. The Crusade was a world war.

Seeing the crusade as *liberation* of Christendom meant spreading the liberty that was deposited in the true faith of the « free, chaste, and catholic » Church⁽³¹⁸⁾ identical with the Roman Church. Seeing the crusade as *liberation* of Christendom meant asserting that liberty universally. That required vanquishing the enemies of liberty, doing away with the tyranny, oppression, and servitude. Seeing the crusade as *liberation* of Christendom meant seeing the Muslims as tyrants and oppressors, as the enemies of liberty. « They hate us because of our freedom », as some would say today.

What in my view seems more important than these particular points for understanding the shift brought about by the Crusades and the shift that brought about the Crusades, is the formulation of a closed politico-theological view of Christian society and its place in universal history. That political-theological grand perspective organized the particular holy war elements into a convincing whole, framing and directing the action. What comes close to what I want

⁽³¹⁶⁾ Urban II to the monastic community at Vallombrosa, 7 October 1096, cited in H.E.J. COWDREY, *Pope Urban II and the Idea of Crusade*, « Studi medievali », 3° ser., 36, 1995, 728.

⁽³¹⁷⁾ GILCHRIST, *The Papacy and War against the 'Saracens'*, 186, saw this as the crucial shift occurring in the eleventh-century: « Where the reform papacy differed from their predecessors was in their attempt to implement the claim to a universal primacy ».

⁽³¹⁸⁾ Gregory's greatest concern as pope was — as he put it in his *apologia pro vita sua* — that the « holy church, the bride of Christ, our mistress and mother, should return to her true glory and stand free, chaste and catholic ». Gregory VII to all the faithful, July-November 1084, *Epp. Vagantes* no. 54.

to say is Alfons Becker's interpretation of Pope Urban II's historical achievement.

Becker credited Urban II with originating the Crusading idea and movement. Focusing on the « idea of crusade » (a word big since Erdmann's work on the origin of the « Kreuzzugsgedanke »), Becker argued that its « particular components and motives » as such (*an sich*) were not new. Urban's novelty and originality was in construing out of them « a closed theological interpretation of contemporary history », which resonated with the mentality of the time ⁽³¹⁹⁾. In Urban's understanding of history, the late eleventh century, Pope Urban's own time, appeared as a turning point. After three of four centuries of the tyranny of the Saracens, which was a punishment for the sins of Christian people and had put an end to the flowering of the Church in antiquity, it was now manifest that thanks to the mercy of God better times were dawning. Christian reconquest was underway in Spain, in southern Italy, Corsica, and Sicily, and was spreading to the East. Military successes were bringing about the restoration of the Church and Christianity. Pope Urban II's times, « our times », saw an expansion of the Church, a dwindling of the power of the Saracens, and a restoration of episcopal sees to their ancient honor ⁽³²⁰⁾.

Those happy developments were taking place thanks to the merciful God and were an expression of his will. The famous « Deus le volt » cry, with which the gathered crowds at Clermont enthusiastically responded to Pope Urban's call for the liberation of the Holy Land from the Muslim hands and which the pope himself declared for Crusaders' warcry ⁽³²¹⁾, was an expression of both a learned theology of history and of a « popular theology » ⁽³²²⁾. It was God's will that moved and shaped history. But it moved it and

⁽³¹⁹⁾ BECKER, *Papst Urban II.*, 273.

⁽³²⁰⁾ Urban II to Pontius, Bishop of Barbastro, around a. 1099, in URBAN II, *Epistolae et Privilegia*, no. 287, PL 151, col. 539.

⁽³²¹⁾ « So let that cry be a warcry for you in battle because it came from God. When you mass together to attack the enemy, this cry sent by God will be the cry of all — 'God wills it! God wills it!' ». *Robert the Monk's History*, I, ii, p. 81.

⁽³²²⁾ See Benoît LACROIX, *Deus le volt!, la théologie d'un cri*, in *Études de civilisation médiévale, IXe-XIIIe siècles, Mélanges offerts à Edmond-René Labande*, Poitiers, C.É.S.C.M., 1974, 469.

shaped it in a very specific sense. God was the « author », the doer, who acted through the Christians. « In our own days », Urban II wrote, the pressure on the Christian people had been relieved and the faith exalted, because God had « through Christian men vanquished the Turks in Asia and Moors in Europe » and restored cities that once were famous for their faith ⁽³²³⁾.

The linking of the war against the Muslims on western and eastern front, in « Asia » and « Europe », together — and together as well with the Pisan success in Corsica ⁽³²⁴⁾ and Norman successes in Sicily ⁽³²⁵⁾ — was a view from the perspective of a theology of history. That perspective had political implications, as when Pope Urban argued against abandoning the western front in favor of the perhaps more glistening eastern campaign ⁽³²⁶⁾. That was one war of world-historic dimensions, which had to be fought on more than one front. Theological-historical was also the linking of the war against the Muslims with the new flourishing of Christianity. Every loss for the Saracens was a gain for the Christians. Finally, theological-historical was a version of *translatio imperii* theory, that is, the view that the Almighty God was changing times and transferring kingdoms ⁽³²⁷⁾.

Thus far, we have stayed in the framework of Becker's interpretation, which historians have both criticized and endorsed ⁽³²⁸⁾. But I see in Urban II's statements more than a theological interpretation of history. Pope Urban's strength lay in his understanding, which by all appearance must have been shared by great many of his contemporaries across the orders of society, of how God's authorship of history translated into human action. God acted « through

⁽³²³⁾ Urban to Bishop Peter of Huesca, 11 May 1098, *Epistolae et Privilegia*, no. 237, PL 151, col. 504.

⁽³²⁴⁾ Cf. URBAN II, *Epistolae et Privilegia*, no. 63, PL 151, cols. 344-46.

⁽³²⁵⁾ Cf. URBAN II, *Epistolae et Privilegia*, nos. 93, 239, 242, PL 151, cols. 370-71; 506; 510.

⁽³²⁶⁾ See n. 313.

⁽³²⁷⁾ Cf. URBAN II, *Epistolae et Privilegia*, nos. 52, 242, PL 151, cols. 332, 510.

⁽³²⁸⁾ For a critique, see Jonathan RILEY-SMITH's review of Becker, *Papst Urban II.*, in « Journal of Theological Studies » 41, 1990, no. 1, 281-82. An interesting endorsement is Flori's view that Urban II « reprend à son compte le programme de Grégoire, et l'insère dans sa conception de l'Histoire ». FLORI, *La guerre sainte*, 286.

Christian men ». When those « Christian men » fought « the Turks in Asia and Moors in Europe », God worked through them. In pre-Crusading Latin Christian literature there are frequent references to God's help and assistance, to different ways in which the Almighty or his saints intervened in battles to make sure that victory went to the right side. But now, Christian men's deeds are seen not as helped by God but as God's deeds. A clear, or refined ⁽³²⁹⁾, expression of this understanding is captured by the title of Guibert of Nogent's history of the First Crusade: *Gesta Dei per Francos: The Deeds of God through the Franks*.

When action of man is seen as God's action, as deeds of God or work of God, as *gesta Dei* or *opus Dei*, we have to deal with a specific understanding of society and politics, for which we can use the popular concept of political theology — with the proviso that this is not precisely how the concept is nowadays popularly used.

Political theology is a fundamentalist world outlook that is grounded in the belief that one is being in possession of the ultimate truth, revealed by God. Political theology imposes absolutist choices in the struggle of political beliefs: « The truth of revelation is the point at which friend and enemy are differentiated. He, who denies that truth, is a liar. He, who questions it, belongs to the Adversary. He, who does not decide for the truth, decides against it ». The manifestation of political-theological Truth is an all-embracing, all-dominating force. That forceful Truth pushes for the « decision which calls for an Either-Or and which no one can escape » ⁽³³⁰⁾. Political theology does not ask the question of what is right — what is the just government, the best order, the true peace — within the framework of « human wisdom ». It builds instead on the *unum est necessarium* of the faith. It finds its own certainty in the revealed truth and denies the possibility of rational justification of one's way of life ⁽³³¹⁾.

⁽³²⁹⁾ Riley-Smith spoke of a theological refinement of the Crusading experience by men like Guibert. See RILEY-SMITH, *The First Crusade and the Idea of Crusading*, chap. 6.

⁽³³⁰⁾ Heinrich MEIER, *Was ist Politische Theologie? Einführende Bemerkungen zu einem umstrittenen Begriff*, in Jan ASSMANN, *Politische Theologie zwischen Ägypten und Israel*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1992, 14.

⁽³³¹⁾ MEIER, *Was ist Politische Theologie*, 17-18. On political-theological rejection

The Crusades were a practice of political theology *par excellence*. On the one hand, Crusaders were acting as if they were in possession of the divine truth. The divine truth materialized through their action. They were following God; God was with them, in them. Their deeds were *gesta Dei* and spoke and uncompromisingly asserted the true truth, the truth of the true faith, of the sole true God. Correspondingly, their enemy was God's Adversary, the enemy of the only, life-giving truth, which locked Christians into life and death struggle willed by God. In this sense, the Crusades were political theology in action. On the other hand, the Crusades were political theology in the making. In the Crusading turn of history, we can observe a process of theologizing human action. The ultimate reach of such theologizing of worldly pursuits is representing the deeds of men as deeds of God. Theologizing secular action or secular concepts for making sense of such action is the definition of political theology: « All the pithy concepts — perhaps we should rather say it more modestly: some of the central concepts — of theology are theologized political concepts » ⁽³³²⁾.

The Crusades worked with a religiously, or theologically, defined existential enemy. The concept or, rather, conceptualization of such an *inimicus fidei* can be considered political theology in the nutshell. He who defines the enemy is the sovereign. He who defines the enemy as religious enemy is a god-like sovereign. Since construing a god-like political power is all that political theology is about, revisiting the Crusading construction of a religious existential enemy is of at least some relevance for us today.

of « a rational foundation of political order, » allowing only a theological foundation as valid, and legitimizing specific political forms through reference to such a non-rational foundation, cf. Jan ASSMANN, *Herrschaft und Heil, Politischer Theologie in Altägypten, Israel und Europa*, München, Carl Hanser, 2000, 20.

⁽³³²⁾ Jan ASSMANN, *Politische Theologie zwischen Ägypten und Israel*, 35; ID., *Herrschaft und Heil*, 29.

DIEGO QUAGLIONI

« CHRISTIANIS INFESTI ».
UNA MITOLOGIA GIURIDICA DELL'ETÀ INTERMEDIA:
L'EBREO COME 'NEMICO INTERNO'

La questione dello *status* degli ebrei nella società cristiana segna in profondità i caratteri dell'età intermedia, distinti, in una vasta letteratura di varia indole, da una tipicissima mescolanza di motivi polemici. (Si è scritto a questo proposito, già a partire dalle offensive anti giudaiche del mondo antico e tardo-antico, di una « giudeofobia », così come di una combinazione di « odio sociologico » e di « odio teologico ») ⁽¹⁾. Si tratta di una questione che rimanda appunto ad un fenomeno soggiacente, esteso e multiforme, qual è l'antiebraismo pre-moderno: fenomeno di forte radicazione nella mentalità e nella cultura europea fino al tardo Rinascimento, prima della grande svolta della fine del secolo XVIII nella quale devono essere ricercate sia le origini dei processi di emancipazione e di assimilazione, sia i moventi del moderno antisemitismo, padre di quel « sinistro miscuglio di semiverità e confuse superstizioni che,

⁽¹⁾ Cfr. P. SCHAFER, *Judeophobia. Attitudes toward the Jews in the Ancient World*, Boston (Mass.), Harvard University Press, 1997. Ripropongo qui la formula coniata, in una delle più illuminanti sintesi della questione nel suo passaggio dal mondo antico all'età alto-medievale, da L. CRACCO RUGGINI, *Pagani, Ebrei e Cristiani. Odio sociologico e odio teologico nel mondo antico*, in *Gli Ebrei nell'Alto Medioevo*. Atti della XXVI Settimana di Studi del Centro Internazionale di Studi sull'Alto Medioevo, I, Spoleto, 1980, pp. 15-117; e cfr. EAD., *Tolleranza e intolleranza nella società tardo-antica: il caso degli Ebrei*, in *Dieci prolusioni accademiche (1975-1985)*, a c. di A. Lazzaretto Zanolo, Vicenza, Istituto per le Ricerche di Storia Sociale e Religiosa, 1985, pp. 189-208. Cfr. inoltre S. BOESCH GAJANO, *Identità ebraica e stereotipi cristiani: riflessioni sull'Alto Medioevo*, in *Ebrei e Cristiani nell'Italia medievale e moderna: conversioni, scambi, contrasti*. Atti del VI Congresso dell'AIISG (S. Miniato, 4-6 novembre 1986), Roma, Carucci editore 1988 (« Associazione italiana per lo studio del Giudaismo. Testi e studi », 6), pp. 45-61.

dopo il 1914, riapparve come l'ideologia di tutti gli sconfitti rosi dalla frustrazione e dal risentimento » (2). Era per quella ideologia che gli ebrei del primo dopoguerra dovevano diventare « il bersaglio dell'odio di tutti coloro che la società respingeva » (3).

Non si vorrà qui insistere su ciò che con felice formula è stato chiamato il « nesso fluttuante » fra il moderno antisemitismo e il più risalente antiebraismo cristiano (4). L'antigiudaismo dell'età inter-

(2) È questa in conclusione la ben nota e discussa tesi sull'antisemitismo, sviluppata nella prima parte della sua opera maggiore da H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, Harcourt, Brace & World, 1966³; trad. it di A. GUADAGNIN, *Le origini del totalitarismo*. Introduzione di A. Martinelli, Milano, Edizioni di Comunità, 1996, p. 75.

(3) *Ibid.*, p. 74. Mi permetto di rinviare, per un commento sopra questo aspetto, al mio *La cultura giuridica e le 'incertezze' dei diritti umani*, in *L'umanità offesa. Stermini e memoria nell'Europa del Novecento*, a c. di G. Corni e G. Hirschfeld, Bologna, Il Mulino, 2003 (« Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni », 60), pp. 469-488.

(4) Alludo alla riflessione di G. MICCOLI, *Antiebraismo, antisemitismo: un nesso fluttuante*, in *Les racines chrétiennes de l'antisémitisme politique (fin XIX^e-XX^e siècle)*. Sous la direction de C. Brice et G. Miccoli, Rome, École française de Rome, 2003 (« Collection de l'École française de Rome », 306), pp. 3-23; cfr. in proposito la recensione di I. PAVAN, « Rivista di Storia del Cristianesimo », I (2004), pp. 418-423 e le pagine introduttive nel recente volume di E. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 9-48. Più in generale si può spaziare fra una letteratura ormai 'datata' (come in J. TRACHTENBERG, *The Devil and the Jews. The Medieval Conception of the Jew and Its Relation to Modern Anti-Semitism* [1943], Philadelphia, Jewish Publication Society of America, 1983) e alcuni tra i principali studi degli ultimi anni, come ad es. H. OBERMAN, *The Roots of Anti-Semitism in the Ages of the Renaissance and Reformation*, Fortress, 1984; J.G. GAGER, *The Origins of Anti-Semitism. Attitudes Toward Judaism in Pagan and Christian Antiquity*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1985, con la recensione di G.G. STROUMSA, « Numen », 32 (1985), pp. 287-289; *Antisemitism through the Ages*. Ed. by S. Almog. Published for the Vidal Sassoon International Center for the Study of Antisemitism, The Hebrew University of Jerusalem, New York-Oxford, Pergamon Press, 1988; A. BEIN, *The Jewish Question. Biography of a World Problem*. Translated by H. Zohn, Madison (N.J.), Fairleigh Dickinson University Press, 1990; G. LANGMUIR, *Toward a Definition of Antisemitism*, Berkeley, University of California Press, 1990; *Contra Iudaeos. Ancient and Medieval Polemics between Christians and Jews*. Ed. by O. Limor and G.G. Stroumsa, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996 (« Texts and Studies in Medieval and Early Modern Judaism », 10); *La Bibbia nella polemica antiebraica*, a c. di M. Pesce e M. Simonetti, Bologna, Edizioni Dehoniane, 1997 (« Annali di Storia dell'Esgesi », 14/1); R. CHAZAN, *Medieval Stereotypes and Modern Antisemitism*, Berkeley, University of California Press, 1997; G. DAHAN, *La polémique chrétienne contre le judaïsme au*

media, beninteso, nutre anch'esso 'semiverità' e 'confuse superstizioni', delle quali anzi rappresenta il grande momento d'incubazione (si pensi solo allo stereotipo dal quale ha origine il *Blood Libel*, l'accusa del sangue destinata a sfociare nei processi antiebraici, dei quali quello di Trento, nel 1475, resta esemplare di una lunga storia, in cui gli elementi 'leggendari' o 'folklorici' si fissano in un *tòpos* agiografico dalla straordinaria durata e resistenza, com'è quello del *puer a Iudaeis necatus*) (5). Ma questo carico di stereotipi mentali, di miti, di 'fole dei gentili', i *Gentile Tales* che formano un 'assalto narrativo' e che s'impregnano nel tessuto culturale di un mondo cristiano avviato alla costruzione di una « persecuting society » (6),

Moyen Age, Paris, Albin Michel, 1998²; W. HORBURY, *Jews and Christians in Contact and Controversy*, Edinburgh, T. & T. Clark, 1998; utili gli antologici *Essential Papers on Judaism and Christianity in Conflict. From Late Antiquity to the Reformation*. Ed. by J. Cohen, New York, New York University Press, 1991; e cfr. J. ELUKIN, *Living Together, Living Apart. Rethinking Jewish-Christian Relations in the Middle Ages*, Princeton, Princeton University Press, 2007, che mostra una significativa inversione di tendenza nell'insieme dei giudizi sulle relazioni ebrei-cristiani.

(5) Cfr. da ultimo T. CALIÒ, *La leggenda dell'ebreo assassino. Percorsi di un racconto antiebraico*, Roma, Viella, 2007. La documentazione trentina è edita in A. ESPOSITO-D. QUAGLIONI, *Processi contro gli ebrei di Trento (1475-1478)*, I, *I processi del 1475*, Padova, Cedam, 1990, 2008²; II, *I processi alle donne (1475-1476)*, Padova, Cedam, 2008 (« Università di Trento – Dipartimento di Scienze Giuridiche », 8 e 80); cfr. IDD., *I processi contro gli Ebrei di Trento. 1475. Il procedimento inquisitorio*, in *La parola all'accusato*, a c. di J.-C. Maire Vigueur e A. Paravicini Bagliani, Palermo, Sellerio, 1991, pp. 282-306; D. QUAGLIONI, *Il processo di Trento del 1475*, in *L'Inquisizione e gli ebrei in Italia*, a c. di M. Luzzati, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 19-34; D. QUAGLIONI-A. ESPOSITO, *Le donne nei processi contro gli ebrei di Trento, 1475-1476*, in *Donne nella storia degli ebrei d'Italia*. Atti del IX Convegno internazionale 'Italia Judaica' (Lucca, 6-9 giugno 2005); D. QUAGLIONI, *Vero e falso nelle carte processuali: la parola 'data' e la parola 'presa'*, in *Vero e falso. L'uso politico della storia*, a c. di M. Caffiero e M. Procaccia, Roma, Donzelli, 2008, pp. 63-82. Più in generale cfr. R. PO-CHIA HSIA, *The Myth of Ritual Murder. Jews and Magic in Reformation Germany*, New Haven and London, Yale University Press, 1988; *The Blood Libel Legend. A Casebook in Anti-Semitic Folklore*, Ed. by A. Dundes, Madison (Wis.), University of Wisconsin Press, 1991, con la più recente silloge *Ritualmord. Legenden in der europäischen Geschichte*, hrsg. von S. Buttaroni/S. Musiał, Wien-Köln-Weimar, Böhlau Verlag, 2003.

(6) Mi riferisco ovviamente a due notissimi libri di M. RUBIN, *Gentile Tales. The Narrative Assault on Late Medieval Jews*, New Haven and London, Yale University Press, 1999, e di R.I. MOORE, *The Formation of a Persecuting Society. Power and Deviance in Western Europe, 950-1250*, Oxford and New York, Blackwell, 1987, con la recensione della stessa M. RUBIN, « *Speculum* », 65 (1990), pp. 1025-1027.

non può in ogni caso esser confuso con i caratteri della temperie propriamente moderna, con le sue manifestazioni, tipiche di uno storico rigetto di coloro che, non essendo mai stati interamente 'soggetti' in ragione della loro fede, potevano trovare in un ordine giuridico 'plurale', come quello medievale, un'indulgenza maggiore di quella che doveva offrire loro la temperie politico-religiosa volta alla costruzione dello Stato confessionale (7).

Nella temperie universalistica dell'età intermedia, il problema ebraico ha tutt'altra natura, quand'anche si revochi in dubbio, come faceva più di quaranta anni or sono Solomon Grayzel, il benefico influsso del diritto romano giustiniano, e con esso l'esistenza di uno spirito di « liberal interpretation » proprio della civilistica medievale, pur entro un quadro di forti limitazioni della capacità giuridica degli ebrei (8). Il Medioevo giuridico, con la sua forte base nelle norme del diritto giustiniano e in quelle originatesi dalla tradizione conciliare e poi rifuse nelle compilazioni canonistiche, non guarda semplicemente agli ebrei come ad una minoranza sociale e religiosa 'alienata' (9). Il vasto panorama del diritto comune, com'è stato

(7) Cfr. D. QUAGLIONI, *Gli ebrei e la giustizia nell'età del diritto comune. Aspetti del processo e delle dottrine giuridiche*, in *Una manna buona per Mantova. Man Tov le-Man Tovab. Studi in onore di Vittore Colorni per il suo 92° compleanno*, a c. di M. Perani, Firenze 2004, pp. 21-40 (prolusione letta all'VIII Convegno Internazionale di Studi 'Italia Judaica', *Ebrei e giustizia in Italia dal Medioevo all'Età moderna*, Barletta-Trani, 8-11 giugno 2003).

(8) Cfr. S. GRAYZEL, *The Jews and Roman Law*, « The Jewish Quarterly Review », N.S., 59/2 (1968), pp. 93-117 e, per contro, l'apprezzamento per il carattere 'indulgente' della tradizione civilistica 'bartolista' in G. KISCH, *Mediaeval Italian Jurisprudence and the Jews*, « Historia Judaica », VI (1944), pp. 78-82.

(9) Alludo al titolo di uno studio di K.R. STOW, *Alienated Minority. The Jews of Medieval Latin Europe*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1992. Per un quadro sintetico della legislazione e della dottrina della lunga età del diritto comune è sempre di grande utilità V. COLORNI, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune fino alla prima emancipazione*, Milano, Giuffrè, 1956; ampia e dettagliata esposizione in A. LINDER, *The Jews in Roman Imperial Legislation. Edited with Introductions, Translations, and Commentary*, Detroit (Mich.), Wayne State University Press, 1987, con la recensione di G. STEMBERGER, « Journal for the Study of Judaism », 20 (1989), pp. 97-99; e ancora in A. LINDER, *The Jews in the Legal Sources of the Early Middle Ages. Edited with Introductions, Translations, and Commentary*, Detroit (Mich.), Wayne State University Press, 1998, 2000², con la recensione di K. STOW, « Jewish Quarterly Review », 89

sottolineato anche di recente, « offre più volte la possibilità di osservare lo status degli ebrei come diviso tra *gravamina* e *tolerantia*, affidato a una trama di norme restrittive, ma anche permissive »⁽¹⁰⁾. Nell'età media l'antigiudaismo, pur nutrito di motivi 'irrazionali', è espressione di un preciso e articolato paradigma dottrinale, frutto di una caratteristica circolarità fra teologia e diritto, e nel quale proprio al diritto spetta un ruolo di tipo 'architetonico', di rielaborazione e definizione degli schemi abbozzati sul terreno della disputa teologica. Ciò appare chiaro particolarmente nella dimensione del processo, rivelatrice della trama di elementi ordinanti e disciplinanti una società nella quale la diversa appartenenza ad una fede incide potentemente non solo sulle forme della separatezza e della relazione, dell'inclusione e dell'esclusione, ma sulla stessa percezione del diritto e della giustizia⁽¹¹⁾.

Ho ricordato altrove che la propensione dei giuristi medievali alla discussione del 'problema ebraico' trae alimento, oltre che da ovvi motivi di ordine sociale, economico e politico, da preoccupazioni connaturate all'*interpretatio* della norma civile e canonica, così come dalle questioni sorgenti dall'applicazione del diritto statutario (è nota la polemica, solo apparentemente di natura tecnico-giuridica, intorno alla *interpretatio Iudaica* o 'letterale' della norma)⁽¹²⁾. « Il

(1999), pp. 460-465. Indispensabile la monumentale raccolta, in 8 voll., curata da S. SIMONSOHN, *The Apostolic See and the Jews*, Toronto, Pontifical Institute of Medieval Studies, 1988-1991, per la quale v. la recensione di A. VERONESE, « Roma nel Rinascimento », 1992, pp. 312-319.

(10) E. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione*, cit., p. 27, in riferimento al mio contributo di sintesi *Fra tolleranza e persecuzione. Gli ebrei nella letteratura giuridica del tardo Medioevo*, in *Gli ebrei in Italia*, a c. di C. Vivanti, I, *Dall'alto Medioevo all'età dei ghetti*, Torino, Einaudi, 1996 (« Storia d'Italia. Annali », 11*), pp. 645-675. Più in generale cfr. R. CHAZAN, *Church, State and Jew in the Middle Ages*, New York, Behrman House, 1980, e i saggi raccolti nella silloge *Christianity and Judaism. Papers Read at the 1991 Summer Meeting and the 1992 Winter Meeting of the Ecclesiastical History Society*. Ed. by D. Wood, Oxford, Blackwell, 1992.

(11) Cfr. D. QUAGLIONI, *Gli ebrei e la giustizia nell'età del diritto comune. Aspetti del processo e delle dottrine giuridiche*, cit., e ID., *Gli ebrei e il giuramento nell'età del diritto comune*, « Rivista di Storia e Letteratura Religiosa », 39, 2004, pp. 113-128.

(12) Caratteristico è quel che scrive, a metà del secolo XIII, Enrico da Susa, l'Ostiense, ripetendo una formula di Raimondo da Peñafort (S. RAYMUNDI DE PENNAFORT ORDINIS PRAEDICATORUM *Summa*, Veronae, 1743, I, 4, *De Judaeis, et Sarracenis, et eorum servis*, §. 1, p. 24 A): « Qui dicantur Iudaei. Hi quasi literam Mosaicam legem tenent

problema ebraico è insomma, per il giurista dell'età del diritto comune, un problema-chiave, gravido di atteggiamenti notevolmente diversificati nei confronti di questioni di primaria importanza, quali quelle del rapporto fra diritto divino-naturale e legge civile, fra *lex mundana* e legge della Chiesa, fra diritto comune e diritti particolari. L'accanimento antiusuraio e antiebraico della canonistica, per esempio, non si spiega solo perché in essa ha luogo la traduzione in termini giuridici del problema teologico sempre permanente del 'falso Israele' contrapposto al 'verus Israel' della *Christianitas*; bisogna invece pensare alla forza dell'antica tesi ierocratica della prevalenza dei canoni sulle leggi civili, in caso di contrasto, anche *in negotiis saecularibus*; occorre rinviare alla controversia fra canonisti e civilisti in materia di usure, ammesse dalla legge civile e condannate invece dalla canonica come contrarie al diritto divino e naturale. Perciò la polemica antiusuraia e la polemica antiebraica si alimentano a vicenda, e appunto in questa luce acquista tutto il suo valore il carattere 'oscillante' di buona parte della letteratura giuridica » (13).

La questione ebraica costituisce dunque uno dei nodi più intricati di una disputa tutta interna al *ius commune*: disputa tra *scientia canonum* e *scientia civilis*, che nello *status* degli ebrei e nella loro problematica soggezione al diritto della Chiesa trova argomento per negare o per riaffermare il principio della radicale sovraordinazione del potere spirituale al secolare, e del diritto canonico al civile (14). C'è una linea, già tracciata col primo assestamento del-

scilicet circumcidendo; et ad alia legalia ad literam faciendo: ideo hi qui nimis adhaerent literae iudaizare dicuntur » (HENRICI CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Lugduni, 1556, *De Iudaeis, Sarracenis et eorum servis*, n. 1, f. 349vA). Cfr. in proposito U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, Cedam, 1952, p. 58.

(13) D. QUAGLIONI, « *Both as villain and victim* ». *L'ebreo in giudizio. Considerazioni introduttive*, in *Ebrei sotto processo*, « Quaderni Storici », 99, n.s. (1998), pp. 517-532: 521.

(14) Cfr. per tutto ciò W.CH. JORDAN, *Christian Excommunication of the Jews in the Middle Ages: A Restatement of the Issues*, « Jewish History », 1 (1986), pp. 31-38, e più in generale A.S. ABULAFIA, *Christians and Jews in the Twelfth Century Renaissance*, London, Routledge, 1995; J. COHEN, *Living Letters of the Law. Ideas of the Jew in Medieval Christianity*, Berkeley, University of California Press, 1999; e G. DAHAN, *Les intellectuels chrétiens et les juifs au Moyen Age*, Paris, Cerf, 1999.

l'esperienza della Glossa, a cavaliere del secolo XIII, che senza interruzione si svolge fino al maturo bartolismo, a mezzo il Quattrocento e che conduce la civilistica a far leva sullo *status* di *cives Romani*, confermato agli ebrei dal diritto giustiniano, per giungere a qualificare l'ebraismo come *religio licita et approbata*: « La dottrina è concorde nel rispondere affermativamente al quesito se gli ebrei siano o meno da ritenere inclusi nel novero dei cittadini. Il diritto comune non consente altra soluzione » (15). La canonistica, al contrario, fin dallo scorcio del secolo XII e poi più accentuatamente con la svolta di metà Duecento, tende ad esasperare il risalente paradigma teologico ed ecclesiologico che esclude gli ebrei da tutte le forme della *participatio spiritualis* (secondo il principio per cui *Iudaei nobis participant in negotiis saecularibus, in spiritualibus non*) (16), restringendo e impedendo infine la maggior parte delle occasioni quotidiane di contatto (*conversatio et negotium*) tra ebrei e cristiani, non solo nell'ambito delle relazioni spirituali, come il matrimonio o l'insegnamento, ma, in ragione del *periculum animae*, anche nelle materie secolari, la maggior parte delle quali relativa al diritto commerciale e dei contratti (il migliore esempio di tutto ciò è, naturalmente, quello della già ricordata questione delle usure) (17).

(15) V. COLORNI, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune fino alla prima emancipazione*, cit., p. 15. Per Azzone cfr. ancora il mio studio dal titolo *Fra tolleranza e persecuzione. Gli ebrei nella letteratura giuridica del tardo Medioevo*, cit., pp. 652-654. Mi corre l'obbligo di avvertire che un costante errore nella composizione tipografica ha trasformato l'abbreviatura l. (= lex) in un'assurda, incomprensibile « I.^a », senza che l'autore potesse intervenire sulle bozze di stampa, la cui correzione avvenne in sede esclusivamente redazionale.

(16) Cfr. W.J. PAKTER, *De his qui foris sunt. The Teachings of the Medieval Canon and Civil Lawyers concerning the Jews*, Ph.D. Thesis, Baltimore, Johns Hopkins University, 1974, e più ampiamente ID., *Medieval Canon Law and the Jews*, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1988 (« Münchener Universitätschriften — Juristische Fakultät. Abhandlungen zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung », Bd 68). Per gli aspetti legati all'avvento della grande letteratura teologica cfr. almeno J.Y.B. HOOD, *Aquinas and the Jews*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1995, e più in generale l'importante volume di J. COHEN, *The Friars and the Jews. The Evolution of Medieval Anti-Judaism*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1983², con la recensione di D. QUAGLIONI, « Il pensiero politico », XVIII (1985), pp. 369-370.

(17) Cfr. D. QUAGLIONI, « *Inter Iudeos et Christianos commertia sunt permissa* ». 'Questione ebraica' e usura in Baldo degli Ubaldi (c. 1327-1400), in *Aspetti e problemi*

Le opere dei giuristi in favore della tolleranza o, al contrario, il loro sforzo per ricercare nuovi argomenti giuridici per rendere ancor più radicale la separazione tra il 'falso' e il 'vero Israele', hanno le une e le altre una notevole rilevanza per intendere in pieno la rappresentazione dell'immagine dell'ebreo e la sua perpetuazione nella società cristiana, così come per comprendere le scaturigini della moderna tolleranza religiosa, fenomeno entro cui il vecchio e il nuovo coesistono, spesso senza un'apparente contraddizione⁽¹⁸⁾. Si tratta appunto di un fenomeno complesso, che sarebbe erroneo risolvere semplicemente nella dimensione del contrasto ideologico tra l'idea (moderna e razionalistica) della tolleranza religiosa e l'opposto retaggio (medievale) del *ius commune*, in special modo di tradizione canonistica⁽¹⁹⁾. Se il problema della tolleranza religiosa nel tardo antico è delicato, anche a causa di un uso improprio e anacronistico dello stesso termine 'tolleranza', ancor più delicato si presenta nel mondo medievale, a causa della difficoltà di considerare in tale chiave interpretativa la debole barriera della legislazione giustiniana e delle costruzioni della civilistica, l'una e le altre forti

della presenza ebraica nell'Italia centro-settentrionale (secoli XIV e XV), Roma, Dipartimento di Scienze Storiche, 1983, pp. 273-305. Per un'ampia rivisitazione della questione, nell'ambito delle dottrine teologiche e giuridiche medievali e protomoderni, cfr. i saggi raccolti nel volume *Credito e usura fra teologia, diritto e amministrazione. Linguaggi a confronto (sec. XII-XVI)*, a c. di D. Quaglioni, G. Todeschini, G.M. Varanini, Roma, École française de Rome, 2005 (« Collection de l'École française de Rome », 346).

⁽¹⁸⁾ Si veda l'ampio panorama storico-dottrinale e bibliografico nei tre volumi su *La formazione storica della alterità. Studi di storia della tolleranza nell'età moderna offerti a Antonio Rotondò*, Firenze, Olschki, 2001 (« Studi e testi per la storia della tolleranza in Europa nei secoli XVI-XVIII », 5). Alla cara e nobile memoria di Antonio Rotondò è dedicato il mio contributo più recente sul tema: *Judaism and Religious Toleration in Althusius*, in *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit*. Hrsg. von C. Strohm-H. de Wall, Berlin, Duncker & Humblot, 2009 (« Historische Forschungen », Bd 89), pp. 229-238.

⁽¹⁹⁾ Si veda, con il volume di W. PAKTER, *Medieval Canon Law and the Jews*, cit., J. COHEN, *The Jews as the Killers of Christ in the Latin Tradition, from Augustine to the Friars*, « Traditio », XXXIX (1983), pp. 1-27. Una bella ed importante rivisitazione recente del tema è nel libro di C. HERMANIN, « *Sine scandalo Christianorum* ». *Proposte di convivenza ebraico-cristiana nel XVIII secolo: le riflessioni erudite di Johann Jacob Frey*, Firenze, Olschki, 2005 (« Studi e testi per la storia della tolleranza in Europa nei secoli XVI-XVIII », 8).

però abbastanza da resistere ancora a mezzo il Quattrocento, dopo la stagione delle polemiche dotte e prima del cedimento dinnanzi al dilagare del paradigma persecutorio e conversionistico ⁽²⁰⁾. In quel panorama — che è il panorama di una lunga battaglia della Chiesa dei secoli XII-XIII per affermare la propria giurisdizione indiretta sugli *infideles* — un ruolo di primissimo piano sembra spettare alla nascita e all'affermazione di una vera e propria 'mitologia giuridica dell'età intermedia', che è quella della *servitus perpetua* degli ebrei in ragione della loro natura intrinsecamente offensiva nei confronti dei cristiani ⁽²¹⁾.

Nella sua introduzione alla recente ristampa di un fortunato saggio del compianto Furio Jesi sulla « macchina mitologica anti-semita » che in un lunghissimo arco di tempo si concentra soprattutto sull'omicidio rituale *in vilipendium Christianae fidei*, David Bidussa ha scritto: « Con questa espressione [*scil.* macchina mitologica] egli vuole riferirsi a un modello bipolare, i cui estremi — il 'mito' e la 'storia' — hanno interrelazione reciproca. Perciò nello studio dei fenomeni storico-culturali questi andranno fatti reagire con il mito e con le epifanie che esso genera, come risultato del confronto e della produzione che da quell'incontro si origina e, dunque, con le sedimentazioni che quel mito o, meglio, le sue

⁽²⁰⁾ Per qualche riflessione in proposito cfr. già D. QUAGLIONI, *Storia della presenza ebraica e dimensione giuridica*, in *La storia degli Ebrei nell'Italia medievale: tra filologia e metodologia*, a c. di M.G. Muzzarelli e G. Todeschini, Bologna, Istituto per i beni artistici culturali naturali della Regione Emilia-Romagna [1990] (« Documenti », 29), pp. 64-71. Per un più vasto dibattito si vedano i contributi compresi nel volume *Ebrei e Cristiani nell'Italia medievale e moderna: conversioni, scambi, contrasti*, cit., e in particolare G. DAHAN, *L'Église et les Juifs au Moyen-Âge (XII^e-XIV^e siècles)*, pp. 19-43; G. FIORAVANTI, *Polemiche antigudaiche nell'Italia del Quattrocento: un tentativo di interpretazione globale*, pp. 75-91; H.A. OBERMAN, *Gli ostinati Giudei: mutamento delle strategie nell'Europa tardo-medievale*, pp. 123-140; K.R. STOW, *I Papi, gli Ebrei e la Legge*, pp. 141-153; R. BONFIL, *Società cristiana e società ebraica nell'Italia medievale e rinascimentale: riflessioni sul significato e sui limiti di una convergenza*, pp. 231-260. Cfr. anche M. GERALDES, *Das kirchliche Judenrecht bis zum Konzil von Basel (1431/1449)*, Seminararbeit, Bayerische Julius-Maximilians-Universität Würzburg (Juristische Fakultät), 2003.

⁽²¹⁾ Un'ampia raccolta di testimonianze su questo aspetto della questione è in S. BRAND-PIERACH, *Ungläubige im Kirchenrecht. Die kanonistische Behandlung der Nichtchristen als symbolische Manifestation politischen Machtwillens*, Diss., Universität Konstanz - Geisteswissenschaftliche Sektion. Fachbereich Geschichte und Soziologie, 2004.

epifanie lasciano nella tradizione culturale, in quella popolare, nelle credenze e nelle superstizioni, nelle convinzioni e nei luoghi comuni » (22).

I documenti di questa storia sono perfettamente noti, e non si dovrà perciò illustrarli qui dettagliatamente e a lungo (23). Si vorrà solo richiamare l'attenzione su quell'aspetto di « reversione del mito », per dirla con la formula di Kerényi cara appunto a Jesi (24), che si manifesta nell'impressionante sforzo per formulare, in età innocenziana, una compiuta disciplina delle relazioni tra ebrei e cristiani sulla base di mitologie teologico-giuridiche, come quelle della *servitus perpetua* in ragione del deicidio o della perdurante responsabilità dei *blasphematores Christi*. 'Ceto' destinato provvidenzialmente alla diaspora nella società cristiana e la cui conversione forzata è esclusa prima di tutto su base scritturale-dottrinale, gli ebrei non possono essere del tutto espulsi ma non possono neppure essere forzatamente assimilati, ponendo con ciò a rischio la società cristiana, all'interno della quale essi sono giustappunto *infesti*, o, secondo l'antico adagio che affiora dalla decretale innocenziana *Etsi Iudaeos*, già ricompresa nella *Compilatio Tertia* (c. 1, III *Comp.*, v, 3) (25), quindi nel *Liber Extra* sotto il titolo *De Iudaeis* (c. 13, X, v,

(22) D. BIDUSSA, *Retorica e grammatica dell'antisemitismo*, in F. JESI, *L'accusa del sangue. La macchina mitologica antisemita*. Introduzione di D. Bidussa, Torino, Bollati-Boringhieri, 2007 (« Temi », 168), pp. VII-XL: VII-VIII.

(23) Si veda in generale V. COLORNI, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune fino alla prima emancipazione*, cit., p. 8 e *passim*; più in particolare S. GRAYZEL, *The Church and the Jews in the XIIIth Century. A Study of their Relations During the Years 1198-1254, Based on the Papal Letters and the Conciliar Decrees of the Period*, Philadelphia, The Dropsie College for Hebrew and Cognate Learning, 1933 (rist. Ann Arbor, Michigan, 1983); rev. ed. New York, Hermon Press, 1966; ID., *The Church and the Jews in the XIIIth Century*, 2, 1254-1314, Edited and Arranged, with Additional Notes by K. Stow, New York, Jewish Theological Seminary in America - Detroit, Wayne State University Press, 1989.

(24) Cfr. F. JESI, *Materiali mitologici*, Torino, Einaudi, 1979, pp. 3-79, e ID., *Introduzione*, in K. KERENYI, *Miti e misteri*, Torino, Boringhieri, 1979, pp. 7-25.

(25) Cfr. K. PENNINGTON, *The Making of a Decretal Collection. The Genesis of Compilatio Tertia*, in *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1980, pp. 67-92.

6), sempre pronti ad agire come la serpe in seno o come il ratto nella bisaccia (a « *rodere more muris, et pungere sicut serpens* ») ⁽²⁶⁾:

« *Etsi Iudaeos, quos propria culpa submisit perpetuae servituti [...], pietas Christiana receptet, et sustineat cohabitationem illorum [...], ingrati tamen nobis esse non debent, ut reddant Christianis pro gratia contumeliam et de familiaritate contemptum, qui, tanquam misericorditer in nostram familiaritatem admissi, nobis illam retributionem impendunt, quam, iuxta vulgare proverbium, mus in pera, serpens in gremio, et ignis in sinu suis consueverunt hospitibus exhibere* ».

In questo celebre testo normativo gli ebrei sono già gli interni avversari, irriducibili per loro natura ad ogni cooperazione nella società cristiana benevolente, che li accoglie e li nutre, dimentica che essi sono pronti ad attossicarla e a divorarne le sostanze ⁽²⁷⁾. A questo risalente motivo polemico, qui formalizzato e per così dire tecnicizzato, si aggiunge, significativamente, l'emersione dell'accusa della profanazione del corpo e del sangue di Cristo in occasione della Pasqua cristiana, come conseguenza di pratiche nefande nascenti dall'inosservanza del divieto fatto agli ebrei di tenere in casa nutrici cristiane, congiuntamente alla indistinta e perciò ancor più inquietante querela circa un insieme di atti ripugnanti in odio alla fede cristiana (« *alia [...] contra fidem catholicam detestabilia et inaudita* ») ⁽²⁸⁾:

« *Accepimus autem, quod Iudaei faciunt Christianas filiorum suorum nutrices, et, quod non tantum dicere, sed etiam nefandum est cogitare, quum in die Resurrectionis dominicae illas recipere*

⁽²⁶⁾ *Corpus Iuris Canonici*. Editio Lipsiensis secunda post AE. L. Richter curas ad librorum manu scriptorum et Editionis Romanae fidem recognovit et adnotatione critica instruxit AE. Friedberg, II, *Decretalium Collectiones*, Graz, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1959, coll. 775-776. L'espressione tra parentesi (col. 776) appartiene alla sezione del testo non escerpita nel *Liber Extra*. L'adagio, come nota già la Glossa a questo luogo (glo. « mus in pera », in *c. etsi Iudaeos, de Iudaeis* [c. 13, X, V, 6] in *Decretales D. Gregorii Papae IX. suae integritati una cum glossis restitutae*, Romae, In aedibus Populi Romani, 1582, col. 1664), era evocato nella compilazione graziana: « Mus in pera, ignis in sinu, serpens in gremio male suos remunerant hospites » (*Corpus Iuris Canonici*, cit., I, *Decretum magistri Gratiani*, c. 1, §. 11, C. XIII, q. I, col. 720).

⁽²⁷⁾ Cfr. S. GRAYZEL, *The Church and the Jews in the XIIIth Century. A Study of their Relations During the Years 1198-1254*, cit., pp. 104-108.

⁽²⁸⁾ *Corpus Iuris Canonici*, II, cit., col. 776.

corpus et sanguinem Iesu Christi contingit, per triduum, antequam eos lactent, lac effundere faciunt in latrinam. Alia insuper contra fidem catholicam detestabilia et inaudita committunt, propter quae fidelibus est verendum, ne divinam indignationem incurrant, quum eos perpetrare patiuntur indigne quae fidei nostrae confusionem inducunt [...]. Inhibemus ergo districte, ne de cetero nutrices vel servientes habeant Christianos, ne filii liberae filiis famulentur ancillae, sed tanquam servi a Domino reprobati, in cuius mortem nequiter coniurarunt, se saltem per effectum operis recognoscant servos illorum, quos Christi mors liberos, et illos servos effecit ».

È già tutta qui, se non erro, la base 'mitologico-normativa' dell'accusa del sangue. Epifanie di miti 'tecnicizzati', si è detto, cioè applicati nella storia ⁽²⁹⁾; vocabolari mitologici che transitano verso « una riorganizzazione mitologica della storia per giungere, infine, a una proiezione, anch'essa mitologica, dell'azione individuale e collettiva nella storia, nell'intento di far coincidere storia e mito [...] ». Epifanie che funzionano come una macchina desiderante: quanto più si innalza la 'domanda' di mito, tanto più si avrà un' 'offerta' di epifanie del mito e, quindi, di 'mitologie' » ⁽³⁰⁾.

Se ne ha una conferma nella decretale di Innocenzo III *Etsi non displiceat*, datata « Apud S. Petrum » il 15 gennaio 1204 e indirizzata al re di Francia Filippo II Augusto, « *ut compescat insolentiam Iudaeorum in regno commorantium, et contra haereticos insurgat* », per ammonire il sovrano e per sollecitarlo all'applicazione dei canoni del III Concilio Lateranense in materia di interdizioni ebraiche ⁽³¹⁾. In particolare il papa lamenta che gli ebrei di Francia ignorino il divieto di tenere servi cristiani nelle loro case, insolentiscano e gravino sui cristiani « *sub specie usurariae pravitatis* », fino a giungere a disturbare il culto cristiano con l'erigere sinagoghe nuove e più alte delle chiese cattoliche, non osservando il divieto della clausura nella settimana santa e deridendo i cristiani per distoglierli

⁽²⁹⁾ D. BIDUSSA, *Retorica e grammatica dell'antisemitismo*, p. VII, nota 4.

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, pp. VIII-IX e nota 6.

⁽³¹⁾ Cfr. W.CH. JORDAN, *The French Monarchy and the Jews. From Philip Augustus to the Last Capetians*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1989. Per i canoni del III Concilio Lateranense cfr. *Conciliorum Oecumenicorum Decreta* curantibus J. Alberigo, J.A. Dossetti, P.-P. Joannou, C. Leonardi, P. Prodi, consultante H. Jedin, Bologna, Edizioni Dehoniane, 1991⁴, pp. 205-225, con ampia bibliografia.

dal vero culto di Cristo, che per dilleggio e blasfemia indicano come un villano impiccato. Il papa, costantemente rievocando il tema teologico della servitù perpetua degli ebrei e della necessaria affermazione della superiore *libertas* della redenzione cristiana, « nec deterior sit Christianorum libertas, quam servitus Judaeorum », denuncia genericamente la commissione di ‘fatti abominevoli’, di « abominationes », ma si spinge fino ad alludere a pratiche omicide *in vilipendium Christianae fidei*, assicurando il re di avere appreso la notizia della morte di un povero studente, procurata in segreto dagli ebrei (ancora una volta « in eorum latrina ») ⁽³²⁾:

« Praeterea, cum in Lateranensi concilio sit statutum, ut Judaei, nec sub alendorum puerorum obtentu, nec pro servitio, nec alia qualibet causa, in domibus suis habere permittantur mancipia christiana, sed excommunicentur qui cum eis praesumpserint habitare, ipsi et servos Christianos habere non dubitant, et nutrices, cum quibus eas interdum abominationes exercent, quas te potius punire convenit quam nos deceat explicare [...]. Quinimo, nomen Domini blasphemantes, publice Christianis insultant, quod credant in rusticum quemdam suspensum a populo Judaeorum [...]. In die quoque parasceves, Judaei contra veterem consuetudinem per vicos, et plateas publice discurrentes, concurrentes, juxta morem, undique Christianos ut adorent crucifixum in cruce, derident, et eos per impropria sua student ab adorationis officio revocare [...]. Abutuntur ergo Judaei patientia regia, et, cum inter Christianos positi remaneant, hospites suos male cum opportunitate captata Christianos latenter occidunt, sicut nuper dicitur, accidisse, cum quidam pauper scholaris in eorum latrina mortuus est repertus. Ne igitur per eos nomen Domini blasphemetur, nec deterior sit Christianorum libertas, quam servitus Judaeorum, monemus serenitatem regiam et exhortamur in Domino, et in remissionem injungimus peccatorum, quatenus sic Judaeos super his et similibus a sua praesumptione

⁽³²⁾ INNOCENTII III *Epistolae*, VII, 186: *PL*, 215, coll. 501-503: 502-503; il testo riproduce l'inizio del c. 26 del III Concilio Lateranense: *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, cit., pp. 223-224: « Iudaei sive Sarraceni nec sub alendorum puerorum obtentu nec pro servitio nec alia qualibet causa, christiana mancipia in domibus suis permittantur habere. Excommunicentur autem qui cum eis praesumpserint habitare... ». Dal canone derivano sia il c. 5, X, V, 6, sia il c. 21, X, II, 20 (*Corpus Iuris Canonici*, II, cit., col. 773 e col. 322).

compescas, sic abusiones huiusmodi de regno Francorum studeas abolere, quod habere zelum Dei secundum scientiam videris, et cum leges etiam saeculares gravius animadvertant in eos, qui nomen Domini blasphemant, sic animadvertas in blasphemos huiusmodi, quod aliquorum poena metus sit omnium, nec facilitas veniae incentivum tribuat delinquenti ».

A questa lettera va unita la decretale *Ut esset Caym* del 16 gennaio 1207, indirizzata al conte di Nevers: « *Nobili viro Comiti Nivernensi. Adversus Iudaeos* »⁽³³⁾. Si tratta di una vera e propria invettiva contro gli 'ebrei bestemmiatori del nome cristiano': « Blasphematores [...] nominis Christiani non debent a Christianis principibus in oppressionem servorum Domini confoveri, sed potius comprimi servitute »⁽³⁴⁾. In primo piano è sempre il tema teologico-giuridico della *servitus perpetua*: non solo gli ebrei immiseriscono i fedeli di Cristo con le usure, ma compiono atti di predominio simbolico sui cristiani e sulla loro fede. E ancora una volta la dottrina pontificia si sofferma sulla ritualità ebraica (in particolar modo su quella relativa alle norme alimentari), ritualità alla quale è conferito un duplice significato: spregiativo dei cristiani e profanatorio del sangue di Cristo nell'ostia consacrata⁽³⁵⁾:

« Scandalum quoque per eos in Ecclesia Christi non modicum generatur, quod cum ipsi carnibus animalium, quae mactant fideles, vesci abhorreant ut immundis, istud obtinent principum ex favore quod mactanda carnifices animalia tradunt illis, qui ea ritu Iudaico laniantes, ex ipsis accipiunt quantum volunt, relicto residuo Christianis; iis similia Iudaeis mulierculis facientibus de lacte quod

⁽³³⁾ INNOCENTII III *Epistolae*, X, 190: *PL*, 215, coll. 1291-1293. Cfr. G. KISCH, *The Jewry-Law of the Medieval German Law-Books: Part II. The Legal Status of the Jews*, « *Proceeding of the American Academy for Jewish Research* », 10 (1940), pp. 99-184 (sul concetto teologico-giuridico di *servitus perpetua*).

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, col. 1191.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, col. 1192. Su questo aspetto della controversia e sui suoi sviluppi quattrocenteschi, meritevoli di una ulteriore e specifica attenzione perché tendenti a portare alle estreme conseguenze e verso opposte soluzioni la tematica qui esposta, v. H. ANGIOLINI, « *Cibus Iudei* »: un « *consilium* » quasi inedito di Angelo di Castro sulla macellazione con rito ebraico e una « *reprobatio* » di san Giovanni da Capestrano, in *La storia degli Ebrei nell'Italia medievale: tra filologia e metodologia*, cit., pp. 102-114. Cfr. inoltre D. QUAGLIONI, *Fra tolleranza e persecuzione. Gli ebrei nella letteratura giuridica del tardo Medioevo*, cit., pp. 661-665.

publice venditur pro parvulis nutriendis. Aliud quoque praesumunt non minus istis detestabile Christianis, quod vindemiarum tempore uvas calcat Judaeus lineis caligis calceatus, et puriori mero juxta ritum Judaeorum extracto, pro beneplacito suo retinent ex eodem, residuum, quasi foedatum ab ipsis, relinquentes fidelibus Christianis: ex quo interdum sanguinis Christi conficitur sacramentum ».

Il papa accusa il conte di eludere la disciplina ecclesiastica, anzi di essere « principaliter » fautore degli ebrei e loro peculiare difensore, mentre egli dovrebbe preoccuparsi di contrastare la *superstitio Iudaica*, per vanificare ogni tentativo degli ebrei di porsi al di sopra dei cristiani, « Judaicis superstitionibus obviare, ne inimici crucis exaltarentur in semetipsis contra famulos crucifixi »; e gli domanda, parlando la lingua più comprensibile al conte, quella del diritto feudale: « Nonne contra tibi subjectum accenderetur graviter zelus tuus si tuo praerberet auxilium inimico? Quanto magis ergo divinam formidare potes offensam, quod favorem praestare non metuis qui unigenitum Dei Filium cruci affigere praesumpserunt, et adhuc a blasphemii non quiescunt? » ⁽³⁶⁾.

Praebere auxilium inimico, dare aiuto al nemico: il delitto politico del *subiectus malefidus* nei confronti del suo signore feudale offre il paradigma per la censura spirituale del *favor* prestato ai nemici della fede ⁽³⁷⁾. L'ebreo è qui propriamente *inimicus*, ed è un nemico interno, benché non strettamente assimilabile all'eretico. La miglior dottrina giuridica insegna proprio allora che l'ebraismo « costituisce una realizzazione 'semiplena', e dunque imperfetta, del culto divino, in ragione della quale l'ebraismo stesso è riconosciuto come errore 'più lieve' rispetto all'eresia, della quale tuttavia esso costituisce una *species* » ⁽³⁸⁾. La *Summa* di Azzone, alla rubrica *De Iudaeis et coelicolis* (C. 1, 9 [12]), precisa: « De haereticis in genere dictum est supra, modo ponit in specie. Vel sic: supra dictum est de Christianis, qui plenissime diuinam religionem colunt: nunc videam-

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, coll. 1292-1293.

⁽³⁷⁾ Si veda per tutti il classico e insuperato libro di M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il delitto politico alle soglie della penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974.

⁽³⁸⁾ D. QUAGLIONI, *Fra tolleranza e persecuzione. Gli ebrei nella letteratura giuridica del tardo Medioevo*, cit., p. 652.

mus de iudaeis, qui semiplene, et ad literam Deum reuerentur, et colunt, et leuius errant, quam alij haeretici » (39).

Questo schema doveva trovare il suo compimento e insieme il suo punto critico nel IV Concilio Lateranense, convocato da Innocenzo III con la bolla *Vineam Domini Sabaoth* del 19 aprile 1213 e celebrato nelle tre sessioni solenni dell'11, 20 e 30 novembre 1215 (40). Le 70 costituzioni approvate dal Concilio (71 con la celebre proclamazione della crociata) furono elaborate e redatte personalmente dallo stesso Innocenzo (41). A differenza dei precedenti sinodi lateranensi, il IV si aprì con una costituzione dogmatica, la *Firmiter credimus*, seguita immediatamente dalla condanna delle eresie trinitarie di gioachimiti e amalriciani. I due primi deliberati imprimevano al Concilio un carattere marcatamente dottrinale, quasi assente nei precedenti sinodi medievali; lo stesso Lateranense III aveva trattato della repressione delle sette ereticali nell'ultimo canone, « seguendo lo schema delle raccolte canonistiche, che ponevano questa materia alla fine, fra i *crimina* soggetti alle sanzioni ecclesiastiche » (42). Innocenzo III, con una palese *imitatio* del Codice giustiniano, « rovescia tale ordine, ponendo la trattazione degli eretici all'inizio della legislazione conciliare » (43). La *Firmiter credimus*, che introduceva per la prima volta la parola 'transustan-

(39) *Summa AZONIS, locuples iuris civilis thesaurus*, Venetiis, Apud Gasparem Bindonum, 1584, col. 20.

(40) Sono sempre di grande interesse le linee interpretative esposte da M. MACCARRONE, *Il IV concilio lateranense*, « Divinitas », 2 (1961), pp. 270-298. V. inoltre S. KUTTNER-A. GARCÍA Y GARCÍA, *A New Eye Witness Account of the Fourth Lateran Council*, « Traditio », XX (1964), pp. 115-178, e infine, per una veduta d'insieme sul Concilio e per l'amplessima letteratura che lo riguarda, ancora A. GARCÍA Y GARCÍA, *Historia del Concilio IV Lateranense de 1215*, Salamanca, Centro de Estudios Orientales y Euménicos 'Juan XXIII', 2005 (« Bibliotheca Oecumenica Salmanticensis », 31), con la recensione di N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, « Annuario Historiae Conciliorum », 37 (2005), pp. 233-235. Cfr. anche quanto ho ricordato in sintesi in *I concili del Medioevo e dell'Età moderna*, in R. AUBERT-G. FEDALTO-D. QUAGLIONI, *Storia dei concili*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2005, pp. 122-130.

(41) Cfr. A. GARCÍA Y GARCÍA, *Introducción*, in *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*. Edidit A. García y García, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1981 (« Monumenta iuris canonici. Series A: Corpus Glossatorum », 2), pp. 5-11.

(42) M. MACCARRONE, *Il IV concilio lateranense*, cit., p. 288.

(43) *Ibidem*.

ziazione' ad indicare la presenza reale del corpo e del sangue di Cristo nel sacramento dell'eucarestia (« *Iesus Christus, cuius corpus et sanguis in sacramento altaris sub speciebus panis et uini ueraciter continentur, transubstantiatis pane in corpus et uino in sanguinem potestate diuina* ») (44), fu subito intesa come una vera e propria nuova professione di fede, più lunga e circostanziata rispetto a quelle di Nicea e di Costantinopoli, che essa ricalcava e sviluppava. Se non si tiene conto di questa realtà dogmatica in ambito teologico-giuridico non si comprende esattamente quale valenza abbia, agli inizi del XIII secolo, la ricorrente accusa della profanazione 'indiretta' dell'ostia, rivolta agli ebrei nei documenti pontifici del tempo.

Alcune costituzioni del Concilio andarono ad irrobustire in modo deciso la legislazione antiebraica. Ho scritto altrove che « da questo punto di vista il concilio Lateranense IV rappresenta una vera svolta nell'atteggiamento della Chiesa medievale di fronte agli ebrei ed al problema dei loro rapporti con la *societas Christianorum*, poiché nella legislazione che da esso scaturisce trova credito, per riverberarsi poi sulla realtà politica e sociale del tempo con effetti che avrebbero a lungo lasciato il segno, l'immagine dell'ebreo *onerosus e infestus*, dedito a pratiche contrarie al duplice comandamento testamentario, come l'usura, al dilleggio della pietà religiosa dei cristiani e alla blasfemia del Crocefisso: le costituzioni 67-70 sono un *corpus a sé* entro la legislazione sinodale, e prescrivono ai poteri secolari la repressione della pratica feneratizia, l'obbligo del segno distintivo sull'abito (onde principalmente evitare l'indebita commistione sessuale) e della clausura nei giorni della Settimana Santa, la proibizione dell'accesso a uffici e cariche che importassero una qualche forma di *superioritas* nei confronti dei cristiani, l'adozione di misure di particolare sorveglianza affinché gli ebrei convertiti non conservassero alcuno dei riti della loro fede originaria » (45). La costituzione *Cum sit nimis absurdum*, uno dei documenti più importanti del Concilio, esprime nel modo più compiuto questa ossessione per l'esclusione degli ebrei da ogni posizione o funzione potestativa, rinnovando il divieto di accesso degli ebrei agli uffici

(44) *Const. 1*, in *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, cit., p. 42. Cfr. *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, cit., p. 230.

(45) D. QUAGLIONI, *I concili del Medioevo e dell'Età moderna*, cit., pp. 128-129.

pubblici in quanto « sub tali pretextu christianis plurimum [...] infesti »⁽⁴⁶⁾:

« Cum sit nimis absurdum ut Christi blasphemus in christianos uim potestatis exerceat, quod super hoc Toletanum concilium prouide statuit, nos propter transgressorum audaciam in hoc generali concilio innouamus, prohibentes ne Iudaei officiis publicis preferantur, quoniam sub tali pretextu christianis plurimum sunt infesti. Si quis autem eis officium tale commiserit, per prouinciale concilium, quod singulis annis precipimus celebrari, monitione premissa, districtione, qua conuenit compescatur. Officiali uero huiusmodi tamdiu christianorum communitio in commerciis et aliis denegetur, donec in usus pauperum christianorum, secundum prouidentiam diocesani episcopi, conuertatur quicquid fuerit a christianis adeptus, occasione officii sic suscepti, et officium cum pudore dimittat, quod irreuerenter assumpsit. Hoc idem extendimus ad paganos ».

Subito entrata a far parte della *Compilatio Quarta* (c. 2, *IV Comp.*, v, 4) ad opera di Giovanni Teutonico (1216-1217) e quindi nel 1234 del *Liber Extra* di Gregorio IX (c. 16, X, v, 6)⁽⁴⁷⁾, la costituzione *Cum sit nimis absurdum*, in stretta relazione con la più risalente tradizione antiebraica per la diretta citazione del canone 4 del III Concilio di Toledo (589), riprodotto nel canone 14 della Dist.

⁽⁴⁶⁾ *Const.* 69. Ne riproduco il testo secondo la lezione scelta dal P. Antonio García: *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, cit., pp. 108-109. Non essendo al tempo disponibile l'edizione García, segue l'*Editio Romana (Concilia generalia Ecclesiae Catholicae Pauli V. Pont. Max. auctoritate edita, IV, [Romae] Ex Typographia Reueren. Camerae Apostolicae, 1612, pp. 43-63)* il testo dei *Conciliarum Oecumenicorum Decreta*, cit., p. 266. Sull'importanza della costituzione, che rinnova e rende rigida ed assoluta l'antica proibizione teodosiana passata nel diritto giustiniano (C. 1, 9, 18), avente lo scopo « di evitare che l'infedele possa trovarsi in una posizione *potestativa* rispetto al fedele, esercitando, anche vagamente, una signoria su di lui », v. ancora V. COLORNI, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune fino alla prima emancipazione*, cit., pp. 21-22 e p. 35; per la costituzione *Cum sit nimis absurdum* cfr. anche S. BRAND-PIERACH, *Ungläubige im Kirchenrecht*, cit., p. 15 e nota 77.

⁽⁴⁷⁾ *Corpus Iuris Canonici*, II, cit., col. 776. Per Giovanni Teutonico, il grande allievo di Azzone che elaborò la prima stesura della Glossa ordinaria al *Decretum*, cfr. F. KALDE, *Johannes Teutonicus Zemeke*, in *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon*, III, 1992, coll. 596-599, e per un quadro storiografico aggiornato E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il Basso Medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, p. 234 e nota 111.

LIV del *Decretum* di Graziano (*Officia publica Iudeis non sunt committenda*) ⁽⁴⁸⁾, contiene un'espressione, « christianis infesti », che doveva esser cara al papa Innocenzo III, se la troviamo assunta programmaticamente, giusto in apertura del gruppo delle costituzioni del Concilio Lateranense IV che racchiudono la nuova legislazione antiebraica e ne compendiano i contenuti essenziali. Leggiamo infatti nella costituzione *Quanto amplius* (essa pure inclusa nella *Compilatio Quarta*, c. 3, *IV Comp.*, v, 7, quindi nel *Liber Extra*, c. 18, X, v, 19) ⁽⁴⁹⁾:

« Quanto amplius christiana religio ab exactione compescitur usurarum, tanto grauius super hiis Iudeorum perfidia insolescit ita quod breui tempore christianorum exhauriunt facultates. Volentes igitur in hac parte prospicere christianis, ne a Iudeis immaniter aggraentur, synodali decreto statuimus ut si de cetero, quocumque pretextu Iudaei a christianis graues et immoderatas usuras extorse- rint, christianorum eis participium subtrahatur, donec de immoderato grauamine satisfecerint competenter. Vnde christiani, si opus

⁽⁴⁸⁾ Conformemente alla tradizione esegetica (cfr. gli apparati di Giovanni Teutonico e di Vincenzo Ispano in margine alla Cost. 69, in *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, cit., p. 268 e p. 379) è richiamato espressamente nella glo. « Toletanum concilium », c. *cum sit nimis absurdum, de Iudaeis* [c. 16, X, V, 6], in *Decretales D. Gregorii Papae IX. suae integritati una cum glossis restituae*, cit., col. 1666: « 54. dist. nulla. et infra eod. ex speciali [c. 18, X, V, 6] ». *Corpus Iuris Canonici*, I, *Decretum magistri Gratiani*, cit., col. 211: « Nulla officia publica Iudeis iniungantur, per que eis occasio tribuatur penam Christianis inferre. Si qui uero Christiani ab eis in Iudaismo ritu sunt maculati uel etiam circumcisi, non reddito pretio ad libertatem et religionem redeant Christianam ». Tra i canoni del IV Concilio di Toledo (633), direttamente ispirati da Isidoro da Siviglia e dominati dal motivo teologico-giuridico della *seruitus perpetua* dei *blasphemi Christi*, c'è il canone 65, che impone la rimozione degli ebrei, o anche dei cristiani di origini ebraiche (« Iudei, aut hii, qui ex Iudeis sunt ») da ogni ufficio pubblico. Mentre altri canoni del Toletano entrano già a far parte di alcune delle prime compilazioni canonistiche, come quelle di Burcardo di Worms o di Ivo di Chartres, il *Decretum* di Graziano è la sola raccolta a conservare il canone 65, riprodotto integralmente nel can. 31, C. XVII, q. IV. Il *dictum* graziano che lo precede recita: « Sacrilegii quoque reatum incurrit qui Iudeis publica officia committit » (col. 823). Cfr. B. ALBERT, *Isidore of Seville: His Attitude Towards Judaism and His Impact on Early Medieval Canon Law*, « The Jewish Quarterly Review », N.S., 80 (1990), 3/4, pp. 207-220, e più in generale V. COLORNI, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune fino alla prima emancipazione*, cit., p. 22.

⁽⁴⁹⁾ *Const. 67: Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, cit., pp. 106-107.

fuerit, per censuram ecclesiasticam, appellatione postposita, compellantur ab eorum commerciis abstinere. Principibus autem iniungimus ut propter hoc non sint christianis infesti, sed potius a tanto grauamine studeant cohibere Iudeos. Hac eadem pena Iudeos discernimus compellendos ad satisfaciendum ecclesiis pro decimis et oblationibus debitis, quas a christianis de domibus et possessionibus aliis percipere consueuerant, antequam ad Iudeos quocumque titulo deuenissent, ut sic ecclesie conseruentur indemnes ».

La formula *Christianis infesti* appartiene ad un contesto teologico-giuridico che costituisce la premessa della grande disputa del secolo XIII, nella quale un ruolo di speciale rilievo spetta alla scuola di Raimondo da Peñafort, e nella quale, in modo sempre più stretto, la proibizione antiusuraria si salda con il complesso delle interdizioni israelitiche e con la loro nuova connotazione nella legislazione conciliare e nelle compilazioni canoniche che ne derivano ⁽⁵⁰⁾. Qui però non occorre ripercorrere la storia di una stagione controversistica particolarmente accesa e tormentata. È invece alla scolastica del diritto che si deve ora ricorrere per osservare da vicino la tessitura a maglie strette di una disciplina, che nella legislazione pontificia si presenta pur sempre come un ordito molto aperto, come un tessuto normativo a maglie larghe. È appunto da Raimondo di Peñafort al cardinale Ostiense, lungo tutta la prima metà del secolo, che si consuma un trapasso dal vecchio orizzonte normativo-dottrinale, segnato da un caratteristico oscillare tra *tolerantia* e *gravamina*, e la nuova temperie repressiva, tendenzialmente conversionistica. Sarà proprio l'Ostiense, traendo dalla *Summa* di Raimondo da Peñafort la definizione degli ebrei come di coloro che « Deum male colendo inhonorant » ⁽⁵¹⁾, a prendere decisamente le distanze dalla civilistica duecentesca: « all'uso azzoniano dell'avverbio *semiplene* si contrappone l'inequivocabile *male*: non si tratta più di disciplinare lo status di coloro che riconoscono e venerano Dio 'in modo incompiu-

⁽⁵⁰⁾ Cfr. ancora J. COHEN, *The Friars and the Jews. The Evolution of Medieval Anti-Judaism*, cit., pp. 103-128.

⁽⁵¹⁾ HENRICI CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa aurea*, cit., *De Iudaeis, Sarracenis et eorum servis*, rubr., f. 349vA, a ricalcare S. RAYMUNDI DE PENNAFORT ORDINIS PRAEDICATORUM *Summa*, cit., I, 4, *De Iudaeis, et Sarracenis, et eorum servis*, rubr., p. 24 A): « nunc de iis agamus, qui male colendo Deum inhonorant, ut sunt Iudaei, Sarraceni, et Heretici ».

to' » (52), ma di combattere contro nemici della fede dediti ad un culto perverso, ad una *superstitio*. Al semplice « inhonorant » l'Ostiense, nell'assimilare gli ebrei ai musulmani, ai pagani e agli eretici, aggiungerà un carico ulteriore scrivendo: « blasphemant et inhonorant » (53).

L'Ostiense, ancor più dei suoi contemporanei Goffredo da Trani e Sinibaldo Fieschi (papa Innocenzo IV), ai quali per comune consentimento è unito « nel firmamento decretalistico duecentesco » (54), fu il primo, grande collettore della tradizione di scuola che ha nella Glossa la sua base ferma. Se ne può avere un esempio proprio là dove la sua *Summa* affronta l'interpretazione della decretale innocenziana *Etsi Iudaeos* (c. 13, X, v, 6), nel luogo in cui, come sopra si è veduto, è enunciata la *perpetua servitus* degli ebrei « propria culpa » ed è interdetta la presenza di servi cristiani nelle case degli ebrei non già in ragione del *periculum assidue conversationis*, ma a causa di pratiche nefande (« inaudita et detestabilia »), fra le quali è specialmente menzionata la consuetudine, alla quale la decretale accorda credibilità, di forzare le nutrici cristiane a versare il loro latte nella latrina quando esse assumono il corpo di Cristo sotto la specie dell'ostia consacrata. Alla tradizione esegetica risale appunto la preoccupazione teologica che l'Ostiense esprime in proposito, scrivendo: « Quasi intelligunt quod corpus Christi incorporetur et ad secessum descendat. Quod falsum est » (55). Ne aveva infatti già trattato in tal modo Lorenzo Hispano nel suo apparato alla *Compilatio Tertia*, nella glo. « effundere » poi rifluita nell'apparato ordinario di Bernardo da Parma, glossa nella quale l'allievo di

(52) D. QUAGLIONI, *Fra tolleranza e persecuzione. Gli ebrei nella letteratura giuridica del tardo Medioevo*, cit., p. 655.

(53) HENRICI CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa aurea*, cit., *De haereticis*, rubr., f. 352rA: « Audiuimus de Iudaeis et Sarracenis qui per infidelitatem, et duritiam et prauam intelligentiam seu cecitatem dominum non recognoscunt sed ipsum potius blasphemant et inhonorant »; S. RAYMUNDI DE PENNAFORT ORDINIS PRAEDICATORUM *Summa*, cit., I, 5, *De haereticis*, rubr., p. 30 B): « Dictum est supra de Iudaeis, et Paganis, qui per infidelitatem Deum inhonorant ».

(54) E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, cit., p. 235.

(55) HENRICI CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa aurea*, cit., *De Iudaeis, Sarracenis et eorum servis*, n. 3, f. 349vA-B.

Azzone risaliva senza difficoltà alla base graziana della definizione dell'eucaristia come *cibus animae* ⁽⁵⁶⁾:

« Credebant forsan corpus Christi descendere in stomachum et incorporari, quod est falsum. de conse. dist. 2. tribus gradibus [c. 23, D. II *de consecr.*]. non est iste panis. cibus enim animae est. distin. ea. credere [c. 59, D. II *de consecr.*]. Lau(rentius) ».

Per quanto poi l'apparato 'ordinario' di Bernardo da Parma non abbia toccato « le più alte vette » ⁽⁵⁷⁾, gli si dovrà però riconoscere un'ampia rappresentatività nel panorama esegetico della canonistica del primo Duecento, nella quale si deve forse cogliere l'esistenza di un freno e di un temperamento di origine civilistica (Giovanni Teutonico, Lorenzo Ispano e Vincenzo Ispano sono tutti allievi di Azzone). Di quel panorama la Glossa ordinaria al *Liber Extra* raccoglie, non molti anni prima dell'apparato di Sinibaldo Fieschi e delle grandi sintesi dell'Ostiense, un comune sentire intorno ai punti principali della 'questione ebraica': la servitù perpetua degli ebrei, interpretata in chiave teologico-scritturale come sottomissione dei figli della schiava (Agar, simbolo della sinagoga) ai figli della libera (Sara, simbolo della Chiesa) ⁽⁵⁸⁾; la severa avvertenza circa i rischi

⁽⁵⁶⁾ Glo. « effundere », in c. *etsi Iudaeos, de Iudaeis* [c. 13, X, V, 6], in *Decretales D. Gregorii Papae IX. suae integritati una cum glossis restitutae*, cit., col. 1664. Ai due luoghi graziani allegati da Lorenzo Ispano, il c. 23 (« ne putent sanctae portiones miscere cibum, qui per aqualiculos digestus in secessum diffunditur ») e il c. 59, si deve evidentemente aggiungere il c. 56, D. II *de consecratione*: « Non iste panis est, qui uadit in corpus, sed panis uitae aeternae, qui animae nostrae substantiam fulcit » (*Corpus Iuris Canonici*, I, *Decretum magistri Gratiani*, cit., coll. 1321 e 1336). Per l'autore, « che insegnò diritto canonico a Bologna forse a partir dal 1190, sicuramente tra il 1210 e il 1214, e che fu maestro [...] di Bartolomeo da Brescia (oltre che di Tancredi e — secondo una tradizione però incertissima — di Sinibaldo Fieschi, il futuro Innocenzo IV) » (E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, cit., p. 234, nota 112), cfr. K.W. NÖRR, *Der Apparat des Laurentius zur Compilatio III.*, « Traditio », XVII (1961), pp. 542-571 e A.M. STICKLER, *Il decretista Laurentius Hispanus*, « Studia Gratiana », IX (1966), pp. 461-549.

⁽⁵⁷⁾ Il giudizio è di E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, cit., p. 235, che rinvia a R. ABBONDANZA, *Bernardo da Parma*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, IX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1967, pp. 276-279.

⁽⁵⁸⁾ Glo. « libera », c. *etsi Iudaeos, de Iudaeis* [c. 13, X, V, 6], in *Decretales D. Gregorii Papae IX. suae integritati una cum glossis restitutae*, cit., col. 1664: « id est, ecclesiae. non enim erit haeres filius ancillae cum filio liberae. 22. q. 4. dicat aliquis [c. 25, C. XXIII, q. V]. Ber. ». *Ibid.*, glo. « ancilla »: « id est, Agar: quae significat sinagoga.

della *nimia familiaritas* e la stretta proibizione della coabitazione ⁽⁵⁹⁾; la soggezione indiretta degli ebrei all'autorità ecclesiastica ⁽⁶⁰⁾; la loro incoercibile natura e condizione di *blasphemi Christi* ⁽⁶¹⁾, che li rende *Christianis infesti* in quanto ingrati. La glo. « ingrati » al c. *etsi Iudaeos* trae da tutto ciò conseguenze dirette, suggerendo, in base ad uno stretto parallelismo con le norme di diritto civile e di diritto canonico che permettono la revoca della donazione in caso di *iniuriae atroces* (C. 8, 55, 10) o di *malae vel insidiosae artes* del donatario (c. 62, C. XII, q. II), che agli ebrei possano essere revocati legittimamente i privilegi loro concessi dal diritto comune in ragione della loro ingratitude ⁽⁶²⁾:

« Si enim Iudaei isti ingrati sunt, possunt priuari gratia sibi concessa. supra de do. c. vlti. [c. 10, X, III, 24] et 12. q. 2. octaua discussio [c. 62, C. XII, q. II]. et C. de reuo. do. l. vlti. [C. 8, 55, 10] Bernardus ».

Libera, idest, Sarra: quae significat ecclesiam. de Agar ancilla Sarrae descenderunt illi qui debent esse serui illorum qui descenderunt a Sarra: in quibus ecclesia fundata est. Ber. ».

⁽⁵⁹⁾ Glo. « de familiaritate », c. *etsi Iudaeos, de Iudaeis* [c. 13, X, V, 6], in *Decretales D. Gregorii Papae IX. suae integritati una cum glossis restitutae*, cit., col. 1664. *Ibid.*, glo. « nutrices »: « quod esse non debet. supra eo. Iudaei [c. 5, X, v, 6]. et c. ad hoc [= ad haec: c. 8, X, v, 6]. Ber. ». Si veda appunto la glo. « assidue » all'ultimo c. allegato, dove Bernardo, pur ammettendo che i cristiani *a contrario sensu* possano « interpolatim [...] seruire », esclude però categoricamente la coabitazione: « sed in domibus nullo modo » (col. 1659).

⁽⁶⁰⁾ Glo. « sub excommunicationis poena », c. *etsi Iudaeos, de Iudaeis* [c. 13, X, V, 6], in *Decretales Gregorii Papae IX. suae integritati una cum glossis restitutae*, cit., col. 1664: « Immo excommunicari possunt, si communicent eis postea. infra. de vsur. post miserabilem [c. 12, X, V, 19]. et infra. cap. prox. [c. 14, X, V, 6] et sic indirecte iudicat ecclesia de Iudæis. et de hoc dixi supra eo. ita [c. 6, X, V, 6] et c. Iudæi 2 [c. 5, X, V, 6]. Ber. ». Cfr. *Ibid.*, glo. « excommunicationis », c. *Iudaei, de Iudaeis* [c. 5, X, V, 6], col. 1657; glo. « subiectos », c. *ita quorundam, de Iudeis* [c. 6, X, V, 6], col. 1658; e v. la glo. « commercii », c. *quanto amplius, de usuris* [c. 18, X, V, 19], col. 1744: « sic supra eod. post miserabilem [c. 12, X, V, 19] ».

⁽⁶¹⁾ Glo. « blasphemus Christi », c. *cum sit nimis absurdum, de Iudaeis* [c. 16, X, V, 6], in *Decretales Gregorii Papae IX. suae integritati una cum glossis restitutae*, cit., col. 1666: « Idest, Iudaeus blasphemans Christum. supra. eod. cap. I. [c. 1, X, V, 6] ».

⁽⁶²⁾ Glo. « ingrati », c. *etsi Iudaeos, de Iudaeis* [c. 13, X, V, 6], in *Decretales D. Gregorii Papae IX. suae integritati una cum glossis restitutae*, cit., coll. 1663-1664. Cfr. *Ibid.*, glo. « propter », c. *propter eius ingratitude, de donationibus* [c. 10, X, III, 24], col. 1165: « propter easdem causas quibus donatio reuocatur, libertas ecclesiae in seruitute reuocatur ».

Non sembra invece che Bernardo da Parma abbia messo a frutto nella sua Glossa ordinaria una conoscenza della tradizione esegetica intorno alle costituzioni approvate nel IV Concilio Lateranense ed entrate a far parte della *Compilatio Quarta*, prima, e del *Liber Extra* poi, che andasse oltre la dottrina del suo maestro, quel Vincenzo Ispano che fu « un altro discepolo di Azzone nel diritto civile e nel canonico forse di Lorenzo Ispano, professore a Bologna almeno tra il 1210 e il 1215 »⁽⁶³⁾. Fa eccezione una sola glossa, tratta dall'apparato di Giovanni Teutonico al c. *cum sit nimis absurdum* (c. 16, X, v, 6)⁽⁶⁴⁾. Non si può invece ipotizzare neppure un'eco dell'apparato attribuito da Antonio García y García al canonista Damaso, che in margine alla costituzione *Quanto amplius* ha una glossa, solo in parte tratta da Vincenzo Ispano, che estremizza significativamente il motivo della giurisdizione indiretta della Chiesa sugli ebrei: « et ita excommunicantur indirecte »⁽⁶⁵⁾.

La tradizione esegetica, col suo groviglio di motivi teologici e di motivi giuridici (il diritto canonico è pur sempre *medulla theologiae*), approntava lo strumentario logico-concettuale ed elaborava le mitologie giuridiche di cui, portando alle estreme conseguenze tematiche schiettamente medievali, si sarebbero nutrite le mitologie giuridiche della modernità.

⁽⁶³⁾ E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, cit., p. 235, nota 113. Per le glosse alle cost. 67-70, e in particolare alla Cost. 69 (*Cum sit nimis absurdum*) cfr. VINCENTII HISPANI *Apparatus in Concilium quartum Lateranense*, cit., pp. 378-380.

⁽⁶⁴⁾ La glo. « in usus pauperum », c. *cum sit nimis absurdum, de Iudaeis* [c. 16, X, V, 6], in *Decretales D. Gregorii Papae IX. suae integritati una cum glossis restitutae*, cit., col. 1666, è siglata e riproduce l'apparato di Giovanni Teutonico in margine alla Cost. 69 (cfr. JOANNIS TEUTONICI *Apparatus in Concilium quartum Lateranense*, in *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, cit., p. 268).

⁽⁶⁵⁾ DAMASI *Apparatus*, in *Concilium quartum Lateranense*, Cost. 67, in *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, cit., p. 456.

CARLOS GARRIGA

ENEMIGOS DOMÉSTICOS.
LA EXPULSIÓN CATÓLICA
DE LOS MORISCOS (1609-1614) (*)

1. Presentación. — 2. La inclusión-excluyente de los moriscos: de *neófitos* a *cristianos nuevos de moros*. — 3. ¿Amigos o enemigos? El morisco como *enemigo doméstico*. — 4. El discurso jurídico de la expulsión. — 4.1. Textos y contexto. — 4.2. Herejía/apostasía y prodoción. — 4.3. Los bandos de expulsión: tema y variaciones. — 4.4. La razón de bueno y cristiano gobierno. — 4.5. Del *todos son uno* a la *universitas* morisca. — 4.5.1. Los buenos cristianos, los niños moriscos. — 4.5.2. La *universitas* morisca. — 5. Consideración final.

1. *Presentación.*

El rey católico Felipe III dispuso el 4 de agosto de 1609 « que se saquen todos los Moriscos desse Reyno [de Valencia], y que se echen en Berbería ». La medida afectaba a hombres, mujeres e hijos y debía ejecutarse en el plazo de tres días desde su publicación, que tuvo lugar el 22 de septiembre. Podían llevar consigo « de sus haciendas muebles lo que pudieren en sus personas para embarcarse en las galeras y nauíos » aprestados, bajo « pena de la vida, que se executará irremisiblemente » en los incumplidores. El resto de sus bienes muebles y raíces fueron donados por el rey « a los señores cuyos vassallos fueren ».

Moriscos se decían los cristianos nuevos « convertidos de Moros a la Fe católica » (1), o más simplemente los « cristianos nuevos de moros ». Aún así, muy pocas eran las excepciones contempladas por

(*) Proyecto de investigación SEJ2007-66448-C02-02/JURI.

(1) Según definía S. de COVARRUVIAS OROZCO, *Parte primera del Tesoro de la Lengva Castellana; o española*, Madrid, 1674, s. v., que añadía: « y si ellos son Catolicos, gran merced les ha hecho Dios, y à nosotros también ».

esta disposición de carácter general, que afectaba a miles de personas, más de un tercio de la población total del reino de Valencia: entre otras menos significativas ahora, « los mochachos y mochachas menores de quatro años de edad, que quisieren quedarse » y sus padres o curadores lo tuvieren por bien; los y las menores de seis que fueren hijos de cristiano viejo y madre morisca, junto con ésta, « pero si el padre fuere Morisco, y ella Christiana vieja, el será expelido, y los hijos menores de seys años quedarán con la madre »; los que por más de dos años hubieren vivido entre cristianos sin acudir a las aljamas; los que constase por testimonio de sus prelados que recibían regularmente el santísimo sacramento. Se permitía además a quienes así lo quisieren pasar a otros reinos distintos de Berbería « sin entrar por ninguno de los España ». La disposición también fulminaba, para terminar, gravísimas penas, a veces de muerte, para quienes de cualquier modo encubriesen o ayudaran a los moriscos a eludir la orden de expulsión ⁽²⁾.

Era el final de un larguísimo y tortuoso proceso decisorio, pero sólo el comienzo de las expulsiones, que fueron endureciéndose con el paso de los meses y las vicisitudes de la operación, para evitar que los moriscos expulsados se quedaran o volviesen (como en efecto estaba acaeciendo) ⁽³⁾. A esta primera y muy conflictiva siguió pronto la expulsión de todos los moriscos de Andalucía, poco después fueron desterrados los del reino de Aragón y el Principado de Cataluña; en julio de 1610 los originariamente granadinos, valencianos, catalanes y aragoneses, « sin exceptar ninguno », residentes en los reinos castellanos; y finalmente, la medida fue extendida también a « los moriscos que llaman antiguos » de estos territorios, con muy limitadas excepciones, a comienzos de 1611. Aunque el grueso de las operaciones se había desarrollado en 1610, el proceso no se detuvo hasta erradicar de sus tierras en 1613 a las comunidades

⁽²⁾ Bando del marqués de Caracena, virrey de Valencia, 22. IX. 1609, que sobre-carta y publica la real carta de 4 de agosto, publ. por P. BORONAT Y BARRACHINA, *Los moriscos españoles y su expulsión. Estudio histórico-crítico*, 2 vols., Valencia, Imprenta de Francisco Vives y Mora, 1901 (ed. facs., con « Estudio preliminar » de R. GARCÍA CÁRCCEL, Universidad de Granada, 1992), II, pp. 190-193.

⁽³⁾ Remito para el detalle y la localización de las disposiciones seguidamente aludidas al apartado 4.1. Ahora sólo se trata de recordar algunos datos básicos para entrar en materia.

moriscas que habían logrado sortear la orden de salir en el Campo de Calatrava y en el murciano Valle de Ricote. Sólo después, a comienzos de 1614, el rey ponía fin a las expulsiones. Para entonces habían salido de los territorios hispanos con distintos destinos no menos de 300 000 personas ⁽⁴⁾.

Así y entonces quedó « resuelto » el llamado *problema morisco*, que generó al punto una extensa literatura dicha « apologética », dedicada por igual a exaltar a Felipe III y su religión y denigrar a los moriscos y la suya; fue retomado historiográficamente a mediados del siglo XIX, estuvo al centro de las polémicas sobre el « ser de España » y el sentido de su historia a mediados del XX, y cuenta desde entonces con una historiografía riquísima y abrumadoramente extensa, que nunca ha dejado de preguntarse por las causas, los medios y las consecuencias de la expulsión ⁽⁵⁾.

Quien esté mínimamente familiarizado con ella sabrá que todas éstas son cuestiones muy controvertidas. Se me ocurren al menos tres buenas razones para explicarlo ⁽⁶⁾. Más que otras, la historia de

⁽⁴⁾ A partir de los registros oficiales de salida, H. LAPEYRE, *Geografía de la España morisca*, Valencia, Diputació Provincial de València, 1986 (ed. orig. francesa, 1959), que sigue siendo la obra de referencia para este proceso, fijó en 272 140 los moriscos expulsados (Valencia: 117 464; Aragón: 60 818; Cataluña: 3716; Castilla y Extremadura: 44 625; Murcia: 13 552; Andalucía occidental: 29 939; Granada: 2026), que A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, B. VINCENT, *Historia de los moriscos. Vida y tragedia de una minoría*, Madrid, Revista de Occidente, 1978, p. 200, ajustan a 300 000 personas, cifra hoy generalmente aceptada como válida.

⁽⁵⁾ Hay dos obras generales sobre esta historiografía: M. Á. de BUNES IBARRA, *Los moriscos en el pensamiento histórico. Historiografía de un grupo marginado*, Madrid, Cátedra, 1983; M. L. CANDAU CHACÓN, *Los moriscos en el espejo del tiempo. Problemas históricos e historiográficos*, Universidad de Huelva, 1997. Más crítica y reflexivamente, F. MÁRQUEZ VILLANUEVA, *El problema historiográfico de los moriscos*, recogido en su estimulante *El problema morisco (desde otras laderas)*, Madrid, Al Quibla, 1991, pp. 98-195. Para una buena y equilibrada introducción, B. VINCENT, *El río morisco* (1998), ahora en Id., *El río morisco*, Valencia, Universitat de València — Universidad de Granada — Universidad de Zaragoza, 2006, pp. 131-143. F. VÁZQUEZ GARCÍA, *La invención del racismo. Nacimiento de la biopolítica en España, 1600-1940*, Madrid, Akal, 2009, pp. 110-120 problematiza muy bien la « expulsión de los moriscos ».

⁽⁶⁾ Como síntesis generales, la lectura de la obra clásica de H. Ch. LEA, *Los moriscos españoles. Su conversión y expulsión*. Estudio preliminar y notas de R. BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, Universidad de Alicante, 2007² (ed. orig. inglesa, 1901), sigue siendo muy provechosa; J. CARO BAROJA, *Los moriscos del Reino de Granada. Ensayo de historia*

los moriscos plantea de manera frontal el problema de la relación con “el otro”, sustanciado en la convivencia/confrontación de religiones, razas, pueblos, civilizaciones, culturas, que de todas estas maneras — no necesariamente intercambiables — ha sido expresada la dinámica amigo/enemigo que se anuda en torno a los moriscos. Su historia obliga además a considerar constantemente las relaciones entre el todo y las partes, lo uno y lo múltiple: la cuestión o el problema morisco puede concebirse — porque fue entonces concebido — en términos unitarios y homogéneos, pero muy fácilmente se desmenuza en múltiples y bien heterogéneas partes, localizadas allí donde habitan las comunidades moriscas realmente existentes. Y por último, al estudiarlo a menudo se difumina la raya que separa los puntos de vista externo e interno al problema morisco y caen, para bien o para mal, las barreras que mantienen contenido al historiador en su posición de observador de los participantes.

Situado por razón del oficio en esta posición, me ocupo en las páginas que siguen de la dinámica amigo/enemigo que conduce a la expulsión de los moriscos, no para indagar las causas o el *por qué* de esta decisión, sino con el propósito de analizar *cómo* fue articulada jurídicamente. Mi pregunta es: ¿cuáles fueron las razones para actuar invocadas por los artífices de la decisión? Para responder a esta pregunta interesa saber, en primer lugar, qué significaba en términos jurídicos “ser morisco”, esquematizar después la política desarrollada — o las políticas desarrolladas — por la Monarquía católica en torno a los moriscos, y reconstruir — por último — el discurso jurídico (normativo y jurisprudencial) de la expulsión.

2. *La inclusión-excluyente de los moriscos: de neófitos a cristianos nuevos de moros.*

El problema morisco que Felipe III zanjaba de manera tan drástica a las alturas de 1614 había arrancado por obra y gracia de

social, Madrid, Ed. Istmo, 2000⁵ (1ª ed., 1957; « Introducción a la 2ª edición », 1976) ofrece mucho más de lo que indica el título; DOMÍNGUEZ ORTIZ, VINCENT, *Historia de los moriscos*, cit., es la obra general de referencia. Ahora contamos también con R. CARRASCO, *Deportados en nombre de Dios. La expulsión de los moriscos: cuarto centenario de una ignominia*, Barcelona, Destino, 2009.

la misma Monarquía católica un siglo antes, cuando se impuso a los *mudéjares* el bautismo obligatorio (y consiguiente conversión al cristianismo), en una decisión sumamente problemática por su carácter forzado — « res ardua et ponderosa esse videatur » — que no dejaría de ser criticada después (7). Muy lejos de soldarse, la fractura cristianos/infieles se reubicó al interior del mundo católico, ya escindido en las categorías cristianos viejos/cristianos nuevos, apelativo que designaba a los judeoconversos. Los mudéjares o *moros* — « qui Latine Sarraceni appellantur » — devinieron *moriscos* y pasaron a engrosar notablemente las filas de los *cristianos nuevos*, denominación castiza de los *neophyti* (8).

A pesar de las expresas disposiciones en contra que podían hallarse en el derecho propio, para que los cristianos « fagan honrra, e bien en todas las maneras que pudieren a todos quantos de las creencias estrañas vinieren a nuestra fe », la condición de cristiano nuevo, macerada en la discriminación a los judeoconversos, era sumamente denigratoria, sobre todo desde que a finales del siglo XV comenzaron a generalizarse los excluyentes estatutos de limpieza de sangre, que Díaz de Montalvo denunció con todos los fundamentos de derecho como un error detestable y execrable: « scilicet, noviter aqua Sacri Baptismi abluti salvi non fierent, & officia, seu beneficia sicut antiqui non obtinerent, & sic videtur ob hoc caput truncare fidei » (9).

La distinción tenía, evidentemente, una relevancia jurídica in-

(7) Ampliamente debatida entonces por el abogado fiscal de la inquisición valenciana, F. de LOAZES, *Perutilis et singularis quaestio: seu tractatus super noua conuersione paganorum regni Valentie conuersione* [...], Valentie, 1525, f. iii, col. i, para la cita; véase la reconstrucción de R. BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, *Heroicas decisiones. La Monarquía Católica y los moriscos valencianos*, Valencia, Institució Alfons el Magnànim, 2001, pp. 27-112.

(8) A. de AZEVEDO, *Commentarii Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*. Tomus Quintus, *Octavum Librum Novae Recopilationis Complectens*, Lugduni, 1737, lib. VIII, tít. II, *ad rubr.*, n. 15 (V, pp. 31-34: 34).

(9) P (=Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, *nueuamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez* [...], Salamanca, 1555) 2.15.3; A. DÍAZ DE MONTALVO, *FR* (=El Fuero Real de España [...], Madrid, 1781), 4.3.2, gl. “Tornadizo”, que es un breve tratado (pp. 339-353). Cfr. A. A. SICROFF, *Los estatutos de limpieza de sangre. Controversias entre los siglos XV y XVII*, Madrid, Taurus, 1985 (ed. orig. francesa, 1960), pp. 56-85, para este y otros textos análogos; J. CARO BAROJA, *Los Judíos en la España Moderna y Contemporánea*, 3 vols., Madrid, Istmo, 2005⁴ (1ª ed., 1961), pp. 285-315, 415-435.

mediata, materializada en la notable degradación de los *parvenus* a la Iglesia, tanto mayor cuanto más opuesta (no necesariamente lejana) a la fe cristiana fuese considerada la religión de partida, y no hace falta recordar que la *Mahumeticae secta* soportaba de parte católica las peores execraciones ⁽¹⁰⁾. En este sentido, el nombre que reciben creo que responde bien a la condición que de los *moriscos* se predica: « cristianos nuevos de moros » ⁽¹¹⁾. No puedo entrar en muchos detalles, pero yo diría que a grandes rasgos la jurisprudencia se balancea entre las dos categorías, cargando el peso sobre esta última.

Por una parte, el título de « recién convertido a la Fe », de *neophytus*, estaba sujeto a ciertas restricciones canónicas, pero en sí mismo considerado disfrutaba en este derecho de una condición beneficiosa. Una intervención aparentemente aséptica y muy citada (aunque no sé si tan influyente) de Diego de Covarrubias, presidente del Consejo de Castilla en tiempos de Felipe II, dibujó con todo el peso de su enorme erudición los principales trazos de la figura en el derecho propio de Castilla. El punto clave estaba en determinar qué se entendía por *neófito*: « Neophytus is proprie dicitur qui ex Iudaica lege aut Mahumetica, vel Etnica nuper legem Christi professus fuerit; non is, qui ex ipsa nativitate iam Christi nomen acceperit, genus tamen a Iudeorum gente deducens » ⁽¹²⁾. Por definición, no se nace neófito. Qui-

⁽¹⁰⁾ La obra de referencia aquí es J. SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus, liber, ad praecauendas & extirpandas haereses admodum necessarius* [...], Compluti, 1569, tít. XXXIX, “De mahumetanis” (ff. 177r-178v): 177r (que sigue a la letra AZEVEDO, *Commentarii*, cit., lib. VIII, tít. II, *ad rubr.*, n. 15: V, p. 34). Para la formación medieval de esta imagen y su persistencia moderna, N. DANIEL, *Islam and the West. The making of an image*, Oxford, Oneworld, 2000³, pp. 277-337; J. V. TOLAN *Sarracenos. El Islam en la imaginación medieval europea*, Universitat de València, 2007 (ed. orig. inglesa, 2002), *maxime* pte. III. Una visión panorámica, W. MONTER, *Religion and Cultural Exchange, 1400-1700: twenty-first-century implications*, en *Cultural Exchange in Early Modern Europe*, I, *Religion and Cultural Exchange in Europe, 1400-1700*, Ed. by H. SCHILLING and I. G. TÓTH, European Science Foundation-Cambridge University Press, 2006, pp. 3-24.

⁽¹¹⁾ Para su origen y otras denominaciones concurrentes, José María PERCEVAL, *Todos son uno. Arquetipos, xenofobia y racismo. La imagen del morisco en la Monarquía Española durante los siglos XVI y XVII*, Almería, Instituto de Estudios Almerienses, 1997, pp. 18-20.

⁽¹²⁾ D. de COVARRUBIAS Y LEYVA, *In Clementis Quinti Constitutionem: Si furiosus*,

nes lo fueran, sólo podían ser promovidos a órdenes sagradas y beneficios eclesiásticos cuando a juicio del obispo hubieran dejado de serlo, por estar lo suficientemente instruidos en las costumbres y disciplina cristiana: « ita quidem, ut iam veteranus Christi miles censerit iuste possit ». Los neófitos recientes tampoco eran designables para oficios seculares, pero una vez que fuesen veteranos en la fe por ninguna ley estaba prohibido que fuesen elegidos y admitidos a tales oficios. Y nada más, porque la condición de neófito así entendida no se transmite con la sangre: « satis jure communi constat, nec a beneficiis Ecclesiasticis, nec a dignitatibus, nec a sacris Ordinibus, nec ab officiis publicis, & saecularibus prohiberi eum, qui a tempore natiuitatis, ab ipsa quidem instantiae aetate Christianus est, tametsi patrem, avum, aut proavum Iudaeum vel Sarracenum habuerit ». Como todas las suyas, la argumentación de Covarrubias estaba muy bien fundamentada, aunque entre otros cabos sueltos dejaba sin resolver (o en manos del obispo) la duración del estado de neófito, que en cualquier caso la opinión común no prolongaba más allá de una década, como a propósito de los indígenas americanos recordaron y defendieron con vehemencia, por ejemplo, fray Juan Zapata y Solórzano Pereira, desde los campos teológico y jurídico ⁽¹³⁾.

Por otro lado, el origen *moro* arrastra consigo el régimen de escarnio y vilipendio que varios siglos de conflicto consolidó en los comentarios jurisprudenciales a los títulos canónicos *de iudaeis et sarracenis*, reactivados en este caso por la guerra y el miedo al *Turco* ⁽¹⁴⁾. Una y otro fueron aquí exponencialmente potenciados

rubrica De homicidio, relectio, pte. I, § 2, n. 6-8, en ID., *Opera omnia*, Genevae, 1724, I, pp. 672-674.

⁽¹³⁾ J. ZAPATA Y SANDOVAL, *De iustitia distributiva et acceptione personarum ei opposita disceptatio* (1609). Ed. de C. BACIERO *et al.*, Madrid, CSIC, 2004, lib. II, cap. XI; J. de SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, 5 vols, I. Estudio preliminar por M. A. OCHOA BRUN, Madrid, 1972, lib. II, cap. XXVIII, n. 3. Y para los diez años, *ivi*, cap. XXIX, n. 24, que es opinión común (I, pp. 418-436).

⁽¹⁴⁾ Introduce bien B. K. ZEDAR, “*De iudeis et sarracenis*”. *On the categorization of Muslims in medieval canon law*, en *Studia in Honorem Eminentissimi Cardinalis Alphonsi M. Stickler*. Curante Rosalio Ioseppho Card. Castillo Lara, Roma, Las, 1992, pp. 207-213, que remite a la bibliografía anterior. Una visión general del régimen canónico, con atención a las *Partidas*, en H. GILLES, *Législation et doctrine canonique sur les Sarrasins*, en *Islam et chrétiens du Midi (XII^e-XIII^e s.)*, Toulouse, Edouard Privat Ed., 1983, pp. 195-213.

por la historia mitificada y exaltada de la *pérdida y recuperación de España* — la « Reconquista » —, a vueltas de la cual fue trazándose la genealogía *goda - i. e.*, sin mácula — del cristiano viejo, en confrontación con el linaje impuro de los agarenos (15). El resultado fue una redefinición de la figura del *neophitus*, que en la versión hispana del *cristiano nuevo* resulta de trasponer características o condiciones propias del *infel* al nuevamente convertido (16).

Diego de Simancas es seguramente el mejor exponente de estas concepciones. En sus términos, los *conversos* son los neófitos: « conversos hoc loco intelligimus, eos omnes, qui ex Iudaeis, Mahumetanis, aut alia qualibet secta, ad fidem catholicam conuertuntur » (17). Por más que no deje de advertir que deben ser enseñados, ayudados y honrados para atraerlos a la fe, cuando llega el momento de determinar en qué medida son iguales los recientes conversos y los cristianos viejos, distingue:

« ad fidem et religionem vel ad ius naturale, vel iustitiam commutativam pertinent: in his enim omnes equales esse debemus [...]. In honoribus tamen, ac dignitatibus, in distributiva iustitia, et id genus alijs, plurimum refert, nobilis sit quis, vel ignobilis: ciuis an peregrinus: Iudaeus, an graecus: Neophytus, an ex vetustissimis Christianis: id enim ratione naturali apud omnes gentes constitutum, et apud omnes populos vsitatum, et iure gentium receptum est ».

Aquí esta diferencia cobró cuerpo normativo en aquellos estatutos de limpieza de sangre en fuerza de los cuales los conversos eran rechazados y excluidos de muchos oficios, colegios, órdenes, capítulos, confraternidades... ¿La razón última? Las actitudes que de ellos se predicaban (*suspecti, inquieti, ambitiosi, seditiosi*) y llevan en definitiva a sostener: « propter parentum et consanguineorum infa-

(15) Para introducción, J. CARO BAROJA, *Las formas complejas de la vida religiosa. (Religión, sociedad y carácter en la España de los siglos XVI y XVII)*, Madrid, Akal, 1978, pp. 487-513.

(16) P. ej.: A. HOJEDA DE MENDOZA, *De beneficiorum incompatibilitate atque compatibilitate Tractatus*, Venecia, 1579, pte. I, cap. XXIII, ff. 64r-89v; I. LÓPEZ DE SALZEDO, *Singularis et excellentissima practica criminalis canonica*. [...], Complviti, 1587, cap. XXIII (« Neophiti »), n. 6 (pp. 66-78: 69).

(17) SIMANCAS, *De Catholicis*, tít. XLVII, n. 81 (f. 237v).

miam, dignitatibus et honoribus indigni » (18). ¿ Y hasta cuándo? Si seguimos a Simancas el cristiano nuevo tarda varias generaciones en envejecer: no menos de dos siglos desde la conversión de los ascendientes habrían de transcurrir para que pudiera ser considerado cristiano viejo (19).

En estas condiciones, normativamente efectivas mediante los estatutos, la *conversión* se configura, muy precisamente, como un acto de inclusión-excluyente: el bautismo incluye, pero la sangre, el linaje, marca y excluye, separa a los advenedizos de los cristianos viejos, aquellos « ex eiusdem gentis muliere nasci, et genus per antiquam lineam » (20). No se piense que eran opiniones circunscritas a los círculos inquisitoriales. El peso de la *lucha de razas* en la historia hispana — bien podemos usar aquí esa expresión de Foucault — abrió camino a una noción extraordinariamente amplia de “neófito” y por tanto mucho más estricta y cerrada o discriminatoria para los cristianos nuevos, que aparece muy difundida en la jurisprudencia. Juan Gutiérrez, por ejemplo, reproduce una a una las palabras de Simancas sobre el particular. Este jurista, uno de los grandes, aun aceptando (y en buena parte reproduciendo y completando) la construcción de Covarrubias, defiende expresa y directamente los estatutos de limpieza de sangre con argumentos circunstanciales (por no sustanciales: aprobación superior, costumbre inmemorial, voluntad de los fundadores) que le permiten redefinir la categoría *neophytus* en términos *ad hoc*:

« Nec sufficit quem esse jam veteranum Christianum, nempe quod a parentibus Christianis natus fuerit, si tamen a genere Judaeorum descendat, quantumcumque tritavus ejus fuerit ille, qui noviter fuerit conversus. Licet enim alias verbum illud *Christianos nuevos*, non comprehendat eum, qui a sua nativitate baptismum sacrum suscepit, ut supra resolvimus cum commune opinione [...] attamen, quoad Collegia haec, & confraternitates similia statuta habentes, attendendus est communis usus loquendi, qui propriae significationi vocabuli praefertur, [...] et sic intelligendum non solum de Neophytis, sed etiam de veteranis Christianis, si tamen a

(18) Ivi, n. 84 (f. 238rv).

(19) *Ibidem*; SOLÓRZANO, *Política*, lib. II, cap. XXIX, n. 31 (I, p. 437).

(20) SIMANCAS, *De Catholicis*, tít. XLVII, n. 83 (f. 238r).

genere Judaeorum originem suam quamvis antiquam ducant: nec in hoc dubitandum, aut disputandum est » (21).

No faltan ciertamente quienes rechazan con mayor o menor énfasis la discriminación que esta distinción comporta, pero creo que la opinión común reproduce constantemente las consecuencias de la separación cristiano viejo/cristiano nuevo (22). Por supuesto, como puede observarse, toda esta construcción es funcional para excluir a los cristianos nuevos de judíos. Aunque el nombre *converso*, como se ha visto, a veces era académicamente empleado para englobar también a los moriscos, lo cierto es que su exclusión de los oficios y beneficios eclesiásticos y seculares se da sin más supuesta: « licet in descendentibus a Mauris — constataba Azevedo —, id nusquam usque adhuc vidi receptum » (23). Los moriscos ni siquiera eran reconocidos como conversos — cristianos nuevos: nuevos pero cristianos — y cuando entran en el discurso jurisprudencial es siempre por la vía criminal y como sospechosos de infidelidad o herejía, que era como venían contemplados por la legislación castellana recopilada. Casi todas las escasas leyes reales relativas a los moriscos, en su mayor parte restrictivas, que fueron incluidas en la recopilación oficial castellana formaron título, en el libro octavo (relativo a las materias penales), con las dedicadas a los infieles: « De los Iudios, y Moros, y rescatados, Gazis, Mudexares, y Christianos nuevos », inmediatamente antes del título relativo a los herejes, que era la consideración que efectivamente recibían y sirvió al cabo para justificar su expulsión, en la forma como veremos (24). Como sea, ésta es la vía por la cual la jurisprudencia accede a los moriscos, equipada con el pesado bagaje medieval que la lectura de los textos normativos *de sarracenis*, en parte acogidos en las Partidas, había acumulado para rebajar la posición de los cristianos nuevos moris-

(21) J. GUTIÉRREZ, *Praxis criminalis civilis et canonica, in Librum octavum novae Recopilationis Regiae, continens practicarum quaestionum criminalium tractationem*, Lugduni, 1730, « Ad tivlvm secvndvm », *De los judíos y Moros*, q. XIX-XXXI (pp. 50-71), *maxime* q. XXV-XXVI, donde pueden encontrarse muchas otras referencias, pp. 59-62 y 62-67 (la cita, n. 24, p. 66).

(22) Cfr., simplemente, A. BARBOSA, *Votorum decisivorum et consultivorum canonicorum*. Tomus Secundus, Lugduni, 1723, votum XCIII, *maxime* n. 93-95 (p. 117).

(23) AZEVEDO, *Commentarii*, cit., lib. VIII, tit. II, *ad rubr.*, n. 16 (V, p. 34).

(24) NR (= *Recopilacion de las Leyes destos Reynos* [...], 1567], Madrid, 1640) 8,2.

cos (25). En su *Practica criminalis canonica*, López de Salzedo no dedica más que un número específico a los moriscos a lo largo del título *neophyti*, para sostener:

« Illud vero ex superioribus certissimum esse censeo, quod nouiter conuersi, [...] (quos *Moriscos* appellamus) licet baptizati sint, cum tamen contra eos plurimum vrgeat sinistra suspicio, quod fidem Christi non pio animi candore profiteantur, et multi in ea praevaricati sunt, et malis impiisque moribus sint imbuti testes idonei non sunt, nec integra fides eis dabitur » (26).

A todas las diferencias y jerarquías consustanciales a la estructura estamental y configuración corporativa de la sociedad se superpone aquí una división tajante, una fractura, que separa y mantiene separados, por la *pureza de sangre*, a los cristianos viejos y a los cristianos nuevos (27). Isaac frente a Ismael: en esta representación, los moriscos descienden de un linaje “impuro”, que tiene su origen en la ilicitud y la esclavitud de la que nacen los « progenitores de Mahoma », argumento principal de toda una literatura anti-musulmana quintaesenciada en la identificación del profeta con el anticristo, que por cierto fue movilizada al servicio de la expulsión (28).

Dando por sentado que bajo su condición de cristianos eran en realidad musulmanes, al calor de los debates que suscitó la cuestión morisca su estatus discriminatorio fue apurado al máximo, operando con el instrumental analógico habitual sobre el caudal de textos que las confrontaciones religiosas — o de cualquier orden *sub specie*

(25) P 7. 25, sobre el cual: D. E. CARPENTER, *Alfonso el Sabio y los moros: algunas precisiones legales, históricas y textuales con respecto a Siete Partidas 7. 25*, en « Al-Qantara. Revista de Estudios Árabes », VII, 1986, pp. 229-252. Una buena manera de formarse una idea es repasar las glosas al título de A. Díaz de Montalvo y G. López.

(26) LÓPEZ DE SALZEDO, *Singularis*, cit., cap. XXIII, n. 6 (pp. 66-78: 69). En igual sentido, GUTIÉRREZ, *Praxis*, cit., « Ad tivlvm secvndvm », q. XXV, n. 12 (p. 62).

(27) CARO BAROJA, *Los judíos*, cit., II, pp. 285-343.

(28) Por más « monográfico », véase ahora P. AZNAR CARDONA, *Expulsion iustificada de los moriscos españoles. Y suma de las excelencias Christianas de nuestro Rey Don Felipe el Catholico Tercero deste nombre. Diuidida en dos partes*, Huesca, 1612, pte. I (caps. 1-52). Para su funcionalidad en orden a la expulsión: F. MARTINEZ, *L'expulsion des morisques: discours et représentations*, en *Images des morisques dans la littérature et les arts* (=Actes du VIII^e Symposium International d'Études Morisques). Ed. de A. TEMIMI, Zaghuan, Fondation Temimi pour la Recherche Scientifique et l'Information, 1999, pp. 193-207.

religionis: los emperadores romanos contra los paganos, los reyes y concilios visigodos contra los judíos, los papas y sus reyes contra los infieles, la lucha en fin de la ortodoxia primero cristiana y después católica contra las herejías — habían sedimentado en la tradición. El fraile dominico Jaime Bleda, que encaja perfectamente en la figura del martillo de herejes, sólo que especializado en los moriscos, dedicó unas decenas de páginas a radicar en aquel orden jurídico prohibiciones y restricciones varias, unas efectivas o al menos aceptadas y muy difundidas en la jurisprudencia, otras nuevamente concebidas por su enemiga contra la « secta mahomética » y pensadas para cerrar el círculo de la exclusión, y todas ellas sostenidas en el odio furibundo que gentes como él profesaban a los moriscos ⁽²⁹⁾. El tratado tercero de su *Defensio fidei* es una cadena de prohibiciones que deben atar a los moriscos con los moriscos, bien separados de los cristianos viejos: que se prohíban los matrimonios mixtos, que los cristianos viejos no puedan entrar al servicio de los moriscos, que se les prohíba curar y usar el arte de la medicina (no sólo entre los cristianos viejos, sino también entre los nuevos), que se les aparte y excluya de los oficios divinos (especialmente de la misa), que no sean sepultados en iglesias ni camposantos, que no sean admitidos a la confesión, que sean compelidos a criar y comer cerdos, que de ninguna manera sus declaraciones sean admitidas en juicio o de cualquier forma contra cristianos viejos, que los moriscos no sean carniceros ni las moriscas puedan ser comadronas, que no puedan hacer uso de la lengua árabiga (bien que aquí es más ambiguo, por favorecer quizá el apartamiento) ⁽³⁰⁾.

Su *Defensio fidei* dibuja la imagen de un pueblo o una nación — una *universitas* — excluida, marginada, acorralada, que Bleda efectivamente, y a pesar del bautismo, no considera parte de la *respublica* cristiana: « quod autem Morischi Hispaniae non faciant vnam rempublicam cum fidelibus, ex definitionibus reipublicae discerne, & ex proprietatibus ». A partir de estas nociones tradicionales, todas las

⁽²⁹⁾ J. BLEDA, *Defensio fidei in causa neophytorum, sive morischorum regni Valentiae, totiusque hispaniae*, Valencia, 1610.

⁽³⁰⁾ He seguido su orden: ivi, tract. III, cons. III (pp. 359-363), IV (pp. 363-365), V (pp. 365-374), VI (pp. 374-413), VII (p. 413), VIII (pp. 414-418), IX (pp. 418-420), X (pp. 420-421), XI (pp. 421-422), XII (pp. 422-426).

cuales giran en torno al eje semántico del « nosotros » (vínculo, concordia, fidelidad) y están bien representadas en la asimilación de la república a la nave, su conclusión es clara: « Cum igitur communem vtilitatem minime consecetur haec plebs Mahometana, sed potius aduertetur ita populo Christiano, vt de totius reipublicae fine dissentiat, & animo sit contra fideles magis hostili, quam vlla respública Christiano nomini inimica: ergo diuersae respúblicae sunt omnino »⁽³¹⁾. Construido a partir de la oposición nosotros/ellos, los amigos frente a los enemigos, todo su argumento queda resumido en el paso evangélico: « a nobis recesserunt, sed non erant ex nobis ». Y de hecho, acopia autoridades (del día) para defender que los herejes que fueren « perduelles, atque proscripti, quos desidatos vocant, atque bannitos, quales sunt haeretici, possunt a priuatis occidi impune »⁽³²⁾.

Ninguno de los que hacen oír su voz escapa a la lógica amigo/enemigo, así que el único punto de conflicto está en determinar si y cómo es posible hacer de los enemigos amigos. El humanista extremeño Pedro de Valencia, que tuvo una intervención discursiva importante en la cuestión morisca a las alturas de 1606, extrajo muy lúcidamente las consecuencias políticas que tal inclusión-excluyente comportaba, cruzando la dicotomía cristianos nuevos-cristianos viejos con otra consustancial a la tradición del gobierno comunitario en sus fuentes republicanas: naturales (o habitantes)-ciudadanos. Considerando que *todos estos Moriscos* naturalmente « son españoles como los demás que habitan en España, pues ha casi novecientos años, que nacen y se crían en ella », no se tienen por *ciudadanos*, excluidos como están de la honra y oficios públicos, notados de infamia, etc.:

« Y es así como Platón y Aristóteles, y otros que tratan de Repúblicas lo enseñan, que los que son excluidos de Magistraturas y Judicaturas, y oficios de gobierno, no son verdadera y enteramente ciudadanos, y se refieren a nombre y condición de siervos, aunque

⁽³¹⁾ Ivi, cons. I, § III (« Possunt Morischi omnes redigi in seruitutem »), argumento que también vale para su exclusión de la Iglesia « quam fidelium respública » (pp. 326-327).

⁽³²⁾ Ivi, tract. III, cons. I, § 1, pp. 283-284. Para este dispositivo de exclusión, P. COSTA, *Civitas. Storia de la cittadinanza in Europa*. 1. *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 42-48.

no sean propios de ninguno de los ciudadanos, sino como [en] Lacedemonia los que llaman Ylotas [...] que eran de las Naciones que antes posehían aquellas tierras y se habían quedado en ellas sujetos sin nombre, ni privilegio de ciudadanos ».

Valencia extraía de aquí las consecuencias que la historia enseñaba, las mismas que en el caso lacedemonio que le servía de ejemplar había alcanzado Aristóteles: « debiera haberlos hechado fuera, o hecho amigos, o ciudadanos, que se mezclaran, y confundieran con los demás » (33). Ninguna república se ha sostenido teniendo *dentro de sí* una *nación de siervos*.

Como veremos mejor después, su opción era claramente favorable a la integración, pero ahora importaba destacar que, como era de esperar, no se planteó otra alternativa que la asimilación o la extirpación, que fueron intensamente debatidas a medida que la cuestión morisca se planteó como problema, evidenciando el fracaso de la política que la Monarquía católica había ensayado con esta minoría.

3. *¿Amigos o enemigos? El morisco como enemigo doméstico.*

A lo largo del siglo morisco la política de la Monarquía, más o (casi siempre) menos cuidadosamente ejecutada, había sido siempre una y la misma: asimilación al modo de vida (y principalísimamente a la cultura y práctica religiosa) de los cristianos viejos, por las dos vías concurrentes de la instrucción y de la represión inquisitorial. Varían mucho la intensidad y los medios, tanto cronológica como territorialmente, pero no el sentido de la política regia. En último término, creo que puede decirse que todo el debate gira en torno al modo como se relacionan instrucción y represión (34).

La evangelización no sólo era la política consecuente con la imposición forzada del bautismo, sino también la única que desde los presupuestos católicos podía justificar la represión de unas

(33) P. de VALENCIA, *Tratado acerca de los moriscos de España (Manuscrito del siglo XVII)*. Estudio preliminar de J. GIL SANJUAN, Málaga, Editorial Algazara, 1997, pp. 78-79 y 132.

(34) R. GARCÍA CARCEL, *El itinerario de los moriscos hasta su expulsión*, en *Inquisición española y mentalidad inquisitorial*. Ed. de A. ALCALÁ, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 67-78, proporciona una excelente síntesis de las alternativas e intereses en juego.

comunidades nominalmente cristianas y a menudo — como no podía ser de otro modo — criptomusulmanas. Esta política comenzó pronto, aprovechó (y fue aprovechada para) la experiencia evangelizadora de los indígenas americanos ⁽³⁵⁾, fue debatida en juntas *ad hoc* hasta la extenuación y quedó estancada en un fracaso tras otro ⁽³⁶⁾. A las alturas de 1565 alguien con mucho conocimiento de causa y acceso directo a Felipe II le escribió:

« V. Magd. se acordará que en casa del Arçobispo de Seuilla, que sea en gloria, hizo V. Magd. juntar los años pasados muchas personas graues para que entendiesen en este particular, y en aquella junta después de vna gran discusión, se tomó resolución que no hauía otro camino para salir christianamente con esta empresa sino el que Dios y sus apóstoles hauían tenido para convertir las gentes, que hera el de la instrucción y predicación, y que tras esto, caya bien después el de la conservación y punición, que se hauría de hazer en tal caso por mano de los perlados y de la Inquisición, y porque se tuuo allí por averiguado que esta instrucción nunca se hauía hecho como conuenía ni de manera que por sus errores en la ley que no entienden se les pudiesse dar el castigo que se requiere, se determinaron en que ante todas cosas estos moriscos de nuevo se instruyesen en lo de la fe » ⁽³⁷⁾.

Justamente por eso, por la conciencia de que los medios empleados habían sido inadecuados e insuficientes, fue por lo que entretanto la Inquisición fue compelida a mantener una política de cierta *disimulación* ante las concepciones y las prácticas heréticas (por islámicas) de los moriscos, materializada en edictos de gracias (que no gratuitos) y concordias ⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ El paralelismo entre las prácticas evangelizadoras fue señalado en un trabajo pionero por R. RICARD, *Indiens et Morisques. Notes sur quelques procédés d'évangélisation*, en « Journal de la Société des Americanistes », XVIII-1, 1926, pp. 350-357; sistemáticamente tratado por A. GARRIDO ARANDA, *Moriscos e indios. Precedentes hispánicos de la evangelización en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980; e *infra* nota 62.

⁽³⁶⁾ Véase la síntesis de R. BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, E. CÍSCAR PALLARES, *La Iglesia ante la conversión y expulsión de los moriscos*, en *Historia de la Iglesia en España*, IV, *La Iglesia en la España de los siglos XVII y XVIII*, dir. A. MESTRE SANCHÍS, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1979, pp. 253-307, válida todavía como introducción.

⁽³⁷⁾ Biblioteca Nacional de España (=BN), ms. 10388, ff. 1r-2v.

⁽³⁸⁾ La bibliografía acerca de este punto es muy extensa: véanse las síntesis de J.-P. DEDIEU, *L'Inquisition face aux morisques: aspects juridiques*, en *Les morisques et*

El cambio decisivo vino a este respecto a mediados de siglo, con la llegada al trono de Felipe II: frente a la actitud condescendiente y hasta negociadora con las *aljamas* que había prevalecido durante el reinado de Carlos V, coincidiendo con el Concilio de Trento se abre camino e impone una actitud intransigente, materializada en una intensificación de las medidas represivas contra el modo de vida y las costumbres moriscas, que tenía como primer objetivo evitar que estos cristianos nominales vivieran « como los moros de Argel ». Se trataba de transformar a los bautizados en conversos.

El punto de inflexión se sitúa en los años sesenta del siglo XVI y fue irreversible a partir de la guerra de Granada (1568-1570), provocada por esta agudización de la política de asimilación y saldada con el destierro y la dispersión de los moriscos granadinos por los territorios castellanos de la Monarquía ⁽³⁹⁾. ¿Con qué consecuencias? Frente al punto de vista tradicional, para el que a causa de esto « la España cristiana se hace más violentamente, más unánimemente antimorisca » ⁽⁴⁰⁾, últimamente se va poniendo de relieve la complejidad y consiguiente diversidad de situaciones, irreductibles a un patrón uniforme y entre las cuales se conocen desde luego casos de perfecta integración cristianos viejos-moriscos ⁽⁴¹⁾. No parece que pueda ya sostenerse « el mito del morisco inasimilable » ⁽⁴²⁾.

l'Inquisition. Sous la direction de L. CARDAILLAC, Paris, Publisud, 1990, pp. 111-127; R. BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, *La Inquisición ante los moriscos*, en *Historia de la Inquisición en España y América*, III, *Temas y problemas*, dirs. J. PÉREZ VILLANUEVA, B. ESCANDELL BONET, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos-Centro de Estudios Inquisitoriales, 2000, pp. 695-736; CARRASCO, *Deportados en nombre de Dios*, cit., pp. 193-264.

⁽³⁹⁾ DOMÍNGUEZ ORTIZ, VINCENT, *Historia de los moriscos*, cit., pp. 35 ss.

⁽⁴⁰⁾ T. HALPERIN DONGHI, *Un conflicto nacional. Moriscos y cristianos viejos en Valencia*, Valencia, Universitat de València-Universidad de Granada-Universidad de Zaragoza, 2008² (1ª ed., 1980), pp. 146-147.

⁽⁴¹⁾ Como el que documenta exhaustivamente T. J. DADSON, *Los moriscos de Villarrubia de los Ojos (siglos XV-XVIII). Historia de una minoría asimilada, expulsada y reintegrada*, Madrid, Iberoamericana-Vervuert, 2007. Véase también, con un planteamiento más general, Id., *Official Rethoric versus Local Reality: Propaganda and the Expulsion of the « Moriscos »*, en *Rethoric and Reality in Early Modern Spain*. Ed. by R. J. Pym, London, Tamesis, 2006, pp. 1-24.

⁽⁴²⁾ Que con esta expresión denunció MÁRQUEZ VILLANUEVA, *El problema historiográfico de los moriscos*, cit., pp. 129-141. Cfr. B. VINCENT, *Convivencia difícil*, en *Las figuras del desorden. Heterodoxos, proscritos y marginados*, coords. S. CASTILLO, P. OLIVER, Madrid, Siglo XXI, 2006, pp. 57-79, para un equilibrado estado de la cuestión.

Tras treinta años de política represiva conducida por la Inquisición, en 1595 la «Junta de instrucción de los nuevos convertidos de Aragón y Valencia» volvía a los argumentos vistos para proponer (en respuesta a una petición de las *aljamas* valencianas) una nueva campaña pastoral por dos años, con *disimulación* en el entretanto, que al menos en Valencia arrancó efectivamente unos años después⁽⁴³⁾; bien que sin ninguna convicción en la mente de sus máximos responsables⁽⁴⁴⁾.

Sin embargo, a partir de la guerra de Granada comenzaron a discutirse otras posibilidades: pasar de preguntarse qué hacer con estos cristianos nuevos a qué hacer contra estos enemigos domésticos no debió de ser muy difícil, tras los fracasos y las tensiones acumuladas, en el tramo final del reinado de Felipe II.

Ignoro cuándo comenzó a emplearse esta expresión — *enemigos domésticos* — para calificar a los moriscos, pero a fines del siglo XVI se usaba ya con toda naturalidad. El Consejo de Estado consideraba a mediados de 1588 que tanto los reinos de Aragón y Valencia como los de Castilla estaban «quajados y rodeados de tantos enemigos domésticos como ay christianos nuevos en ellos»⁽⁴⁵⁾. Unos años después, en 1597, el célebre arbitrista González de Cellorigo se basaba en una ley de Partidas muy apropiada al caso para proponer: «así conuiene que estos enemigos domesticos no perseueren, y que con leyes penales, sino acuerdan mudar de vida, se consuman, y

(43) BN, ms. 10388, ff. 90r-173v: «la maior parte de la Junta se ha resuelto que se les deue señalar tiempo sin castigarlos en él de sus errores y culpas contra nuestra santa fee y que a Su Santidad se pida un breue para dos años que suspenda el castigo del Santo Officio, que es el tiempo que parece moralmente bastante para la instrucción desta gente, y que comprehenda los errores de obras y ceremonias de la secta de Mahoma y de palabras que verifiquen ser moros» (Acuerdo de 20.V.1595: ff. 106r-109v).

(44) Cfr. la instrucción de Ribera a los encargados de la predicación (Valencia, 16.VII.1599), en G. ESCOLANO, *Segvnda parte de la Década primera de la Historia de la Insigne, y Coronada Ciudad y Reyno de Valencia*, Valencia, 1611, lib. X, cap. XXXIX, cols. 1783-1797.

(45) «Copia de lo que suplicaba el Consejo a Su Magestad sobre la materia de los moriscos: año de 1588», *apud* M. DANVILA Y COLLADO, *La expulsión de los moriscos españoles. Conferencias pronunciadas en el Ateneo de Madrid*. Ed., introducción y notas de R. BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, Valencia, Universitat de València-Universidad de Granada-Universidad de Zaragoza, 2007 (1ª ed., Madrid, 1889), p. 306.

acauen », ponderando cuán importante era esto al servicio de Dios y del rey ⁽⁴⁶⁾. Habitual en fray Jaime Bleda, se encuentra también en muchos otros a partir de comienzos del siglo XVII ⁽⁴⁷⁾. Como es sabido, no era ésta una expresión cualquiera: lejos de ser meramente descriptiva, era una calificación prescriptiva, cuya pesada carga normativa inclinaba la respuesta a la pregunta qué hacer del lado más drástico. El tópico se remonta hasta San Ambrosio y cobra sentido en la contraposición *hostes extranei/hostes domestici*, expresiones de las que el obispo de Milán se servía en plena crisis del Imperio para designar respectivamente a los bárbaros, que invadían, y a los vicios y pecados, que corrompían ⁽⁴⁸⁾. Unos y otros se complementan e incrementan así su potencial destructivo, que en nuestro contexto responde a un esquema cerradamente providencialista y, emparejado con el peligro exterior de los turcos y otros infieles o los muchos herejes enemigos de la Monarquía, será empleado para justificar soluciones drásticas al interno « problema morisco ». El significado — este significado — de la expresión fue diáfananamente explicado por el Patriarca Ribera:

« Y se deve temer juntamente, assi por lo que dicta la razón natural, como por lo que nos enseñan las letras Sagradas, que por los pecados de España [...] va Dios nuestro Señor tomando ocasiones para castigarnos, y que nos cierra los ojos en el particular de estos enemigos domesticos: porque los guarda para verdugos de la justicia que piensa hazer en nosotros, de manera que les aconteció a los

⁽⁴⁶⁾ M. GONZÁLEZ DE CELLORIGO, *Memorial* al Príncipe Felipe, en Valladolid, 1.III.1597 (impreso, sin portada ni título: BN VE 50/9), f. 8r, a propósito de *Partidas* 2.19.1 (que trataba de las « dos maneras de enemigos, los vnos de la tierra, e los otros de fuera »).

⁽⁴⁷⁾ BLEDA, *Defensio*, cit., p. ej., pp. 285, 306, 516. La expresión es usada también en cierta « Instrucción sobre la conversión de los moriscos » (recogida por B. VINCENT y R. BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, *Estudio introductorio*, a J. BLEDA, *Corónica de los moros de España*, Biblioteca Valenciana, Ajuntament de València, Universitat de València, 2001, pp. 9-47: 21). Y más tarde P. FERNÁNDEZ NAVARRETE, *Conservación de Monarquías y discursos políticos*. Ed. de Michael D. GORDON, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1982, disc. VII (pp. 67-74: 67-68).

⁽⁴⁸⁾ Véase el libro clásico de S. MAZZARINO, *La fin du monde Antique. Avatars d'un thème historiographique*, Paris, Gallimard, 1973 (ed. orig. italiana, 1959), pp. 41-55 (esp., 50-51).

Philisteos: de quien dize el Espiritu santo que fue consejo, y decreto de Dios, buscar ocasión para destruyrlos » (49).

Tras mucho discurrir, Ribera encontraba aquí la causa de los últimos desastres militares de la Monarquía, por « querer decir la Magestad Divina a Su Magestad Catholica: que mientras no ponía remedio en estas heregias de España, cuyos Reynos le avia encomendado, no se devia ocupar en remediar las de los Reynos agenos ». A lo largo de todo el proceso se repetirían y difundirían profecías o visiones que vinculaban la presencia de los moriscos con la pérdida de España, evidenciando « el enojo [de Dios] contra España, por dissimular con los Moros » (50). Este era — conviene no olvidarlo — el marco del debate. No se trataba sólo de opiniones de teólogos y santos o alumbrados. En la decisiva consulta del Consejo de Estado de 30 de enero de 1608 se recordó « que el Patriarcha y otros hombres doctos y religiosos santos ponderan mucho [...] la grave ofensa que se haze a nuestro Señor y a su santa ley consintiendo que sean públicos apostatas y hereges ». Ontológicamente, los enemigos internos « llamaban » a los externos, así que se trataba de buscar algún medio para borrar la ofensa divina y conjurar el « peligro evidente que amenaza tener tantos enemigos dentro de casa » (51).

Animados por esta visión providencialista y sin abandonar la política evangelizadora, comenzaron a plantearse otras posibilidades, entre las cuales no tardó en aparecer la idea de la *expulsión*. Pero pareceres hubo de toda laya, y no de quienesquiera, sino de severos obispos y sesudos teólogos: entre los primeros, el titular de Segorve era partidario de deportarlos a Terranova y además castrarlos, para que « se acabaran de todo punto » (52); entre los segundos,

(49) P. F. ESCRIVÁ, *Vida del venerable siervo de Dios don Joan de Ribera, patriarca de Antiochia, y arzobispo de Valencia*, Roma, 1696, p. 406 (y 404 para la expresión).

(50) Cfr., p. ej., ESCOLANO, *Segunda parte de la Década primera*, cit., lib. X, cap. 43, cols. 1822-1823, que detalla la profecía de fr. Francisco Ximénez, repetidamente invocada.

(51) BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 457-474: 458-459.

(52) « Parescer de Don Martin de Salvatierra obispo de Segorve del Consejo del Rey [...] » (Madrid, 30.VII.1587): « specialmente capando los masculos grandes y pequeños y las mujeres » (BORONAT, *Los moriscos*, cit., I, pp. 612-634, esp. 633-634). Cfr. HALPERIN, *Un conflicto*, cit., pp. 158-173.

el dr. Fidalgo, Prior de Calatrava, llegó a proponer « que sin faltar uno de hombres, mujeres y niños se metiessen la mar a dentro en baxeles barrenados sin remos, timones, jarcias ni velas y desta manera los embiassen a Africa », es decir, a un seguro exterminio⁽⁵³⁾. Jean Vilar se ha ocupado de recopilar y ordenar toda esta serie de *bárbaros consejos* — hubo muchos, en esta escalada del paroxismo antimorisco — que se sucedieron en las décadas previas a la *expulsión*⁽⁵⁴⁾.

Tan drástica medida se consideró seriamente por vez primera en las juntas celebradas el verano de 1582 en Lisboa. Alarmada por una supuesta conspiración morisca, la llamada Junta de Tres, que reunía a los principales consejeros de Estado, analizó entonces diversos medios, sin excluir los *sangrientos*, y finalmente propuso la expulsión de los moriscos de Valencia a Berbería, pero el *prudente* Felipe II dio largas y no llegó a tomar la decisión⁽⁵⁵⁾. El asunto no volvió a plantearse oficialmente hasta el reinado de Felipe III, pero a partir de aquel entonces la expulsión, con uno u otro alcance, planearía como una posibilidad realizable (que no inevitable), querida por unos y temida por otros. A comienzos de 1595 la « Junta de la Instrucción de los nuevos conuertidos de Aragón y Valencia » contempló suspender sus trabajos para evitar que aguéllos pudieran « inquietarse, pensando que es para sacarlos de aquellos Reynos a

(53) Cfr. BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 23-24 (entre 1601-1602).

(54) Cfr. J. VILAR, *De quelques barbares conseils (l'imaginaire de la solution finale au Siècle d'Or)*, en *La violence en Espagne et en Amérique (XV^e-XIX^e siècle)*, eds. J.-P. DUVIOLS, A. MOLINIÉ-BERTRAND, Paris, Université de La Sorbonne, pp. 255-269. Véase también B. VINCENT, *Los moriscos granadinos y la Monarquía (1570-1609)*, en *Ciudades en conflicto (siglo XVI-XVIII)*, eds. J. I. FORTEA, J. E. GELABERT, Valladolid, Junta de Castilla y León - Marcial Pons, 2008, pp. 163-179.

(55) Consulta de 19.IX.1582, de la que se conoce tan sólo un extracto, poco explícito en punto a razones, preparado para las juntas reunidas a partir de 1607: BORONAT, *Los moriscos*, cit., I, pp. 300-301; para la respuesta de Felipe II, véase la carta que publicó DANVILA, *La expulsión*, cit., pp. 287-288. Para todo esto, es fundamental la reconstrucción de R. BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, *Las relaciones moriscos-cristianos viejos: entre la asimilación y el rechazo*, en *Disidencias y exilios en la España moderna. Actas de la IV Reunión Científica de la Asociación Española de Historia Moderna*, coords. A. MESTRE SANCHÍS, E. GIMÉNEZ LÓPEZ, Alicante, Universidad de Alicante - A. E. H. M., 1997, pp. 335-346: 342-343; ID., *Heroicas decisiones*, pp. 325-352.

partes remotas de la mar y quitarles sus haciendas » ⁽⁵⁶⁾. Entre consulta y consulta, ésta era la solución a la que se inclinaba abiertamente el rey a las alturas de 1602, quizá influido por los alarmistas memoriales que entretanto elevó el patriarca Juan de Ribera ⁽⁵⁷⁾. Al arzobispo de Valencia le parecía imposible que ante un *peligro tan notorio y manifiesto para toda España* se hubiese diferido tanto el remedio:

« Por la qual se puede creer, que nuestro Señor ha querido reseruar esta obra tan digna de pecho Real para V. Magestad, como reservó la libertad de su pueblo para Moyses, la entrada en la tierra de Promission para Iosue, la vengança de la injuria antigua de los Amalechitas para Saul, y la victoria de los Philisteos para Daudid » ⁽⁵⁸⁾.

La participación del prelado valenciano en el trayecto que conduce a la expulsión se reconoce decisiva y al menos en punto a las razones invocadas para justificar la acción — luego lo veremos — es evidente que lo fue ⁽⁵⁹⁾. A diferencia de los pareceres más o menos ocurrentes — por decirlo de algún modo — que se habían dado hasta entonces, siempre con reserva de « buena conciencia », Ribera fundamentó justamente que el rey estaba *obligado en conciencia* a expulsar a los moriscos, tanto por causa de la religión como por razones de estado, fijando así el esquema argumental que llevaría,

⁽⁵⁶⁾ Junta a Franqueza, 12.III.1595 (BN, ms. 10388, ff. 90r-91v).

⁽⁵⁷⁾ Cfr. la consulta del Consejo de Estado de 2.II.1599 (BORONAT, *Los moriscos*, cit., I, pp. 388-389); y la determinación de Felipe III, en resolución a la « Consulta: De la junta de 4 sobre la materia de moriscos » (3.I.1602): « Si con buena conçiencia se pueden echar, creo es lo que más conviene, más fácil y más brebe » (DANVILA, *La expulsión*, cit., pp. 315-318).

⁽⁵⁸⁾ Del primer memorial del Patriarca (*apud* M. de GUADALAJARA Y XAVIER, *Memorable expulsion y ivstissimo destierro de los Moriscos de España* [...], Pamplona, 1613, f. 78v).

⁽⁵⁹⁾ Cfr. la carta del rey a Ribera, 4.VIII.1609, donde se encuentran ya, literalmente, algunos de los argumentos recogidos en el bando de expulsión (*apud* F. JANER, *Condición social de los moriscos de España: causas de su expulsión, y consecuencias que esta produjo en el orden económico y político* [1857]. Prólogo de M. A. de BUNES IBARRA, s. l., Ediciones Espuela de Plata, 2006, pp. 412-414; así como las publicadas por BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 167-168). En el contexto de su biografía, B. EHLERS, *Between Christians and Moriscos. Juan de Ribera and Religious Reform in Valencia, 1568-1614*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 2006, pp. 127-141.

mediante un proceso ciertamente tortuoso que discurrió por los vericuetos de la Corte, a la decisión de 1609.

Esto en modo alguno significa que la expulsión fuese a estas alturas inevitable. Aunque este punto de vista, vibrantemente defendido por Braudel ⁽⁶⁰⁾, se halle todavía muy extendido, prefiero — y creo que cabe — pensar que no era así, como en los últimos años viene destacando con muy buenos argumentos la mejor historiografía ⁽⁶¹⁾. Además de las campañas de predicación en marcha hasta el último momento, la alternativa solución asimiladora a la que respondían fue defendida en el Consejo de Estado hasta 1608 y contó con promotores « externos » tan autorizados como para llegar al reducidísimo círculo que se ocupaba del problema morisco por cuenta del rey. Posiblemente uno de los últimos y en todo caso uno de los más ilustres fue Pedro de Valencia ⁽⁶²⁾.

A las alturas de 1606, y por encargo del confesor real (fray Diego de Mardones), el gran humanista extremeño resumió las distintas posibilidades que la experiencia de los tiempos y su propia meditación sugerían ⁽⁶³⁾. Moviéndose — como todos — en la lógica amigo/enemigo, su *Tratado* está de principio a fin inspirado por la idea de que los « los Moriscos de España por la maior parte y en general, son Moros » y enemigos, enemigos por « moros », porque

⁽⁶⁰⁾ F. BRAUDEL, *Conflits et refus de civilisation: espagnols et morisques au XVI^e siècle*, en « *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* », II-4, 1947, pp. 397-410: 408-410; integrado en Id., *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*. II, *Destins collectifs et mouvements d'ensemble*, Paris, Armand Colin, 1990^o, pp. 515-533.

⁽⁶¹⁾ Cfr., p. ej., M. GARCÍA-ARENAL, *Inquisición y moriscos. Los procesos del Tribunal de Cuenca*, Madrid, Siglo XXI, 1978, pp. 116-117; BENÍTEZ, *Las relaciones moriscos-cristianos viejos*, cit., pp. 342-346; A. FEROS, *El Duque de Lerma. Realeza y privanza en la España de Felipe III*, Madrid, Marcial Pons, 2002 (ed. orig. inglesa, 2000), pp. 355-372 (355-356, para este punto), que es una excelente síntesis de todo el proceso.

⁽⁶²⁾ No es caso de entrar en más detalles, pero véanse también, en la misma línea, los interesantísimos (y extensos) informes del jesuita Ignacio de las Casas al Papa, al rey y a otras autoridades eclesíásticas, que estudia, compara y publica Y. EL ALAOUÍ, *Jésuites, Morisques et Indiens. Étude comparative des méthodes d'évangélisation de la Compagnie de Jésus d'après les traités de José de Acosta (1588) et d'Ignacio de las Casas (1605-1607)*, Paris, Honoré Champion, 2006, pp. 111-256, para el estudio y comparación.

⁽⁶³⁾ P. de VALENCIA, *Tratado acerca de los moriscos de España*, cit.; sobre el cual, R. CARRASCO, *La monarchie catholique et les Morisques (1520-1620). Études franco-espagnoles*, Montpellier, Université Paul Valéry, 2005, pp. 237-305: 260-299.

« todos los que profesan y tienen por religión la Secta de Mahoma » son « derechamente enemigos declarados y manifiestos de toda la cristiana Yglesia » (64). Esto sentado, las ocho posibilidades que Valencia contempla en busca de una solución al problema morisco agotan todas las que cabían en la disyuntiva asimilación-extirpación. Son éstas: *excisión, captividad, expulsión, translación sive transmigratio, dispersión, conversión, permixtión y aseguration o sujeción*. Su argumentación se dirige a demostrar que los cuatro primeros medios son ilícitos o impracticables o inconvenientes, abogando por una combinación de los cuatro restantes — y en particular, de la conversión y la dispersión — para asimilar a los moriscos, disolviéndolos en la sociedad de cristianos viejos (65). Había que separar a los moriscos de los moriscos, desarraigarlos de sus comunidades y eliminar cualquier referente del *nosotros*, porque *ahora* « los Moriscos hacen pueblo de por sí » (66):

« conviene pues, no que los Moriscos sean iguales en los oficios y honras de el Reyno con los Cristianos Viejos, sino que los Moriscos se acaben, y que solamente queden y halla en el Reyno Cristianos Viejos. Que sea toda la república de un nombre en su gente, y de un ánimo sin división, para que no haya disención ».

Decididamente contrario a los medios violentos, su modo de acabar con *esta nación* enemiga era « no que se acabe materialmente, sino quedando los hombres y el linage de ella se pierda el nombre », borrándolo « de sobre la tierra y encubriéndolo con olvido, y que no se halle ni solo un hombre conocido por descendiente de ellos » (67).

O *distintos* y enemigos o *iguales* y amigos. Por simple que sea, la secuencia del discurso colectivo sobre los moriscos no dejaba alternativa: enemigos-asimilación-amigos/enemigos-no asimilación-extirpación. Dicho en otros términos, los términos que propone Perceval: en aquel horizonte de expectativa, sólo el etnocidio permitía escapar al genocidio (68).

Aunque por la vía de la asimilación siguió caminándose hasta el

(64) VALENCIA, *Tratado*, cit., pp. 71, 76.

(65) Ivi, pp. 97 ss., y conclusivamente, pp. 155-156.

(66) Ivi, pp. 128-129.

(67) Ivi, pp. 138-139.

(68) PERCEVAL, *Todos son uno*, cit., pp. 87-124.

final, como quedó dicho, la idea de la expulsión se retomó en 1607 y fue finalmente ejecutada en el reino de Valencia en 1609. Y digo finalmente, porque hasta la última consulta del Consejo de Estado que adoptó la decisión del destierro, ésta se planteaba, no sé si sólo retóricamente, como un remedio entre otros, entre *los otros*, que evitaba la lentitud y los riesgos de la asimilación y los que por *sangrientos* se decían impropios de la grandeza y piedad real, como resumió entonces don Juan de Idiáquez, que por haber estado presente en las juntas de Lisboa fungía como una suerte de memoria viviente de la política morisca de la Corona ⁽⁶⁹⁾. La continuidad o el enlace con los debates de 1582 es pues evidente, el impulso que recibieron de los memoriales elevados por el patriarca Ribera, manifiesto; permanece oscura, sin embargo, la razón por la cual decidió retomarse precisamente entonces con tal ímpetu la cuestión. Quienes más saben de esto señalan que, en último término, tan drástica decisión « tuvo más que ver con la coyuntura política creada por la firma de la tregua con Holanda que con la existencia de una única idea sobre qué hacer en relación a la población morisca » ⁽⁷⁰⁾. Situado en el plano de los *por qué*s no es éste un asunto que aquí deba ocuparnos, interesados como estamos simplemente en saber *cómo* se articuló la decisión (las razones invocadas para la acción); pero no debería olvidarse que en 1609 la medida parecía pensada con un alcance territorial y personal limitado y que a partir de entonces el frenesí antimorisco no cejó hasta acabar con cualquier rastro del nombre morisco.

4. *El discurso jurídico de la expulsión.*

4.1. *Textos y contexto.*

Como los anteriores, el tortuoso tracto que sigue el « problema morisco » en los decisivos años 1607-1609 está muy bien establecido

⁽⁶⁹⁾ « Consulta del Consejo de Estado en fecha 4 de abril de 1609 » (DANVILA, *La expulsión*, cit., pp. 328-339: 337).

⁽⁷⁰⁾ FEROS, *El Duque de Lerma*, cit., pp. 355-372, *maxime* 356 (para la cita) y 367-371, para explicar « el por qué se tomó esta decisión ese año y no antes o después » (367). En igual sentido, BENÍTEZ, *Heroicas decisiones*, cit., pp. 374-378, 418-419.

y se da aquí por supuesto ⁽⁷¹⁾. Menos conocido en su detalle es el proceso decisorio que en el curso de los meses siguientes condujo a las disposiciones que ordenaron la expulsión de todos los moriscos de los reinos de Granada, Murcia, Andalucía y la villa de Hornachos (en Extremadura) ⁽⁷²⁾; al poco seguidos por los del reino de Aragón y el Principado de Cataluña ⁽⁷³⁾. En julio de 1610 se decretó la expulsión de todos los cristianos nuevos moriscos granadinos, valencianos, catalanes y aragoneses, « sin exceptar ninguno, que viven, y residen » en los reinos de Castilla la Vieja y la Nueva, Extremadura y La Mancha ⁽⁷⁴⁾, medida que fue extendida a « los moriscos que llaman antiguos » de estos territorios, con muy limitadas excepciones, a comienzos de 1611 ⁽⁷⁵⁾. Aunque el grueso de las operaciones se

⁽⁷¹⁾ Para el bando, *supra* nota 2. La exposición más detallada y precisa se debe a BENÍTEZ, *Heroicas decisiones*, cit., pp. 352-412.

⁽⁷²⁾ Real Cédula (=RC) Madrid, 9.XII.1609, publicada por bando de « Don Ivan de Mendoça, Marques de san German, Gentilhombre de la Camara de su Magestad, de su Real Consejo de la Guerra, y capitán General del Artilleria de España », dado en Sevilla, 12.I.1610 (impreso) (BN, ms. 11773, ff. 623r-624v).

⁽⁷³⁾ Real Carta Valladolid, 17.IV.1610, referida en los bandos de expulsión dictados por Gastón de Moncada, marqués de Aytona y virrey de Aragón (Zaragoza, 29.V.1610: BN 226/67), y por don Héctor Pignatelli, duque de Monteleón y capitán general del Principado (Barcelona, 29.V.1610), según indica BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 150-151; GUADALAJARA, *Memorable*, cit., ff. 136r-138r. Este y el de Cataluña, como todos los demás, en BLEDA, *Defensio*, cit., pp. 602-606 y 612-618, respectivamente. Cfr. M. LOMAS CORTÉS, *La expulsión de los moriscos del Reino de Aragón. Política y administración de una deportación (1609-1611)*, Teruel, Centro de Estudios Mudéjares, 2008, pp. 186-313.

⁽⁷⁴⁾ RC Aranda, 10.VII.1610, que puede consultarse en F. GIL AYUSO, *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*, Madrid, 1935 (ed. facs., con “Prefacio” de B. GONZÁLEZ ALONSO, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2001), pp. 426-428. Cfr. F. J. MORENO DÍAZ, *Los moriscos de Castilla La Mancha. Sociedad, economía y modos de vida de una minoría en la Castilla moderna*, Madrid, CSC, 2009, *maxime* pp. 391-444, también para la siguiente.

⁽⁷⁵⁾ Estos, los moriscos antiguos, habían sido *autorizados* por la RC Madrid, 28.XII.1609 para abandonar en treinta días los « Reynos y Señoríos de España a viuir fuera dellos, adonde bien visto les fuere », con las notables restricciones económicas que se especifican (BN VE 195/9, impresa). Cfr. DADSON, *Los moriscos*, cit., pp. 289-498 (también para la anterior), y especialmente 350-352, que publica la RC Madrid, 22.III.1611 (pp. 942-944). La medida se extiende a todos los moriscos antiguos « que hubieren vivido en pueblos o barrios o calles separados, habiéndose tratado como tales, alistándose, pagando la farda u otro pecho de moriscos en que no contribuyesen los cristianos viejos ».

desarrolló en 1610, el proceso de expulsión no sólo continuó implacable, sino que se endureció al disponerse la revocación de exenciones o permisos y tolerancias anteriores, en una operación de limpieza étnica que, mediante una red de comisarios, culminó en 1613 con el destierro sin contemplaciones — tras varios intentos fallidos — de los moriscos del Campo de Calatrava y del murciano Valle de Ricote, ya para entonces « a cualesquier partes de cristianos que quisieren, aunque sean a reinos de su majestad como sea fuera de los de España »⁽⁷⁶⁾.

La expulsión llevó aparejada la confiscación de bienes, como bienes de proditores del crimen de lesa majestad divina y humana (luego veremos en qué sentido), pero no en todos los casos de igual forma ni con la misma amplitud. En Valencia, Aragón y Cataluña el rey hizo merced de los bienes raíces a los señores de los vasallos moriscos expulsados, mientras que en los restantes territorios fueron aplicados a la hacienda real. Los moriscos podían disponer, en cambio, de sus bienes muebles en el plazo fijado en los bandos y llevar consigo « lo que pudieren en sus personas », como se ordenó para Valencia, Aragón y Cataluña, mientras que en los demás territorios el poder de disposición fue mayor, porque incluyó también los semovientes y se concedió licencia para sacar del reino, pagando los correspondientes derechos, mercaderías no prohibidas (lo que excluía moneda, oro, plata, joyas y letras de cambio, salvo que entregasen la mitad para la hacienda real). Los moriscos del Valle de Ricote pudieron disponer de todos sus bienes, así muebles como raíces, pagando la mitad del dinero, oro, plata y joyas que sacaren⁽⁷⁷⁾. No interesan aquí los detalles ni tampoco las particularidades relativas al tránsito y destino de los

⁽⁷⁶⁾ RC San Lorenzo, 8.X.1611 (BN VE 31/42) y RC Ventosilla, 19.X.1613 (JANER, *Condición social*, cit., pp. 448-449); ambas recogidas en F. MARTINEZ, *La permanence morisque en Espagne après 1609 (discours et réalités)*, Presses Universitaires du Septentrion, 2003 (que reproduce el original de la tesis presentada en la Université Paul Valéry - Montpellier III, 1997), pp. 490-491 y 492-494, aquí sobrecartada en el bando del Conde de Salazar (Hellín, 28.XI.1613) dictando reglas para la expulsión (de donde procede la cita). Cfr. DADSON, *Los moriscos*, cit., pp. 499-557.

⁽⁷⁷⁾ RC Ventosilla, 19.X.1613, cit. en la nota anterior. También la RC Madrid, 22.III.1611, que expulsa a los moriscos granadinos residentes en Castilla que hubieren dejado de salir por los bandos pasados « sin exceptuar ninguno, aunque hayan hecho informaciones de que han vivido como buenos cristianos », concede ahora « licencia para disponer de los bienes raíces que tuvieren y valerse de su precio, guardando en la saca de lo procedido de ellos [...] el tenor de los dichos bandos, y enviando esta gente

moriscos expulsados ⁽⁷⁸⁾. Sobre lo uno y sobre lo otro, en el curso o después de la expulsión, varias otras disposiciones generales o particulares fueron dictadas para resolver distintos problemas, reiterar la orden o volver a expulsar a los que habían regresado, en una serie que llega hasta 1614 ⁽⁷⁹⁾. A comienzos de ese año el Conde de Salazar, comisario real para la expulsión, aseguraba al rey que ésta « queda hecha en toda España sin que aya parte donde quede nadie con nombre de Morisco » ⁽⁸⁰⁾. Un mes después, como ya dije, a instancias del Consejo de Estado se ponía definitivamente punto final al proceso de expulsiones ⁽⁸¹⁾.

Vistas en su conjunto, las distintas disposiciones dictadas entre 1609-1613 son realmente distintas ⁽⁸²⁾. El punto es importante, porque todas respondían obviamente a un mismo plan, pero además de aprovechar la experiencia de las anteriores, cada una de las disposiciones posteriores — o alguna de ellas — fue adaptada a la ocasión y circunstancias del territorio, no sólo en la parte dispositiva, relativa a los moriscos afectados y las particularidades de la expulsión, sino también en la parte expositiva, dedicada a motivar o justificar tan tremenda decisión, que resultaría en algún caso muy

a tierras de cristianos como no sea a ningunos de mis reinos y estados » (DADSON, *Los moriscos*, cit., pp. 942-944).

⁽⁷⁸⁾ Con carácter general, la obra de referencia sigue siendo LAPEYRE, *Geografía*, cit., pero obviamente debe completarse con lo mucho que después se ha escrito sobre este particular, citado para lo que aquí importa en las notas anteriores. Para el destino y la suerte de los moriscos desterrados, específicamente, DOMÍNGEZ ORTIZ, VINCENT, *Historia de los moriscos*, cit., pp. 177 ss.; M. de EPALZA, *Los moriscos antes y después de la expulsión*, Madrid, Mapfre, 2002, pp. 137-295.

⁽⁷⁹⁾ Véanse, singularmente, la RC Madrid, 21.VIII.1612, que expulsa a los moriscos « vueltos » o « quedados » (JANER, *Condición social*, cit., pp. 440-441); y la RC Madrid, 26.X.1613, para que los moriscos que debiendo salir conforme a los bandos no lo hubieren hecho salgan, « con declaración que sin embargo de lo en ellos contenido, se alza la prohibición, que hasta aquí auía, de yr á otros Reynos de su Magestad fuera de España », con pena irredimible de galeras si vuelven (ívi, pp. 446-447).

⁽⁸⁰⁾ Carta del Conde de Salazar al rey, Madrid, 25.I.1614 (LAPEYRE, *Geografía*, cit., p. 328).

⁽⁸¹⁾ Consulta del Consejo de Estado, 20.II.1614 (LAPEYRE, *Geografía*, cit., p. 329), y disposiciones reales consiguientes, de 2.VI.1614 (MARTINEZ, *La permanence*, cit., pp. 494-495).

⁽⁸²⁾ Cfr., para una comparación descriptiva, MARTINEZ, *La permanence*, cit., pp. 84-98.

significativamente alterada. Creo que estos cambios apuntan en conjunto — luego se verá por qué — a una progresiva radicalización de la expulsión y sin duda evidencian que el discurso que la sustentaba fue perfeccionándose al paso que se desarrollaba esta operación de « limpieza » (como en ocasiones se la llama ⁽⁸³⁾).

Todos (o los más importantes de) estos textos normativos fueron impresos y circulados para su cumplimiento al tiempo de ser dictados ⁽⁸⁴⁾, precedidos o acompañados de cartas reales a los personajes y corporaciones principales — al reino, en definitiva — explicando más detallada o retóricamente la decisión y exhortando a su cumplimiento ⁽⁸⁵⁾. Vista la campaña de propaganda, no es aventurado decir que la decisión fue muy controvertida: « al punto que se publicaron los Bandos — escribe Guadalajara — se empeço a dificultar entre grauissimos Theologos de la justificación con que su Magestad expelió los Moriscos de España » ⁽⁸⁶⁾. Tal es justamente la razón de ser de toda esa literatura apologética que floreció a partir de 1610 y es tristemente célebre por la inusitada virulencia de sus juicios anti-moriscos ⁽⁸⁷⁾. Construidos como están para contestar las

⁽⁸³⁾ Carta de Ribera a Felipe III (27.VIII.1609), en BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 522-524: 524.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. GIL AYUSO, *Noticia*, núms.: 595, 628, 631-635, 643, 646, 649, 652, 655; véanse también, núms. 626, 629, 630, 674, 689, 695.

⁽⁸⁵⁾ Así, la carta del rey al reino de Valencia, San Lorenzo, 11.IX.1609, publ. por F. CASCALES, *Discursos históricos de Murcia, y su Reyno*, Murcia, 1775, disc. XV, pp. 325-326; ESCOLANO, *Segunda parte de la Década primera*, cit., lib. X, cap. 48, cols. 1864-1867; o la dirigida a la comunidad de Teruel, que publica sin fecha LOMAS CORTÉS, *La expulsión*, cit., pp. 331-333.

⁽⁸⁶⁾ GUADALAJARA, *Memorable*, cit., cap. XXV, f. 145v.

⁽⁸⁷⁾ Además de las referencias que pueden encontrarse en las obras generales y las páginas específicamente dedicadas a esta literatura en los trabajos historiográficos citados de Márquez Villanueva, Bunes y Candau Chacón, ofrece un panorama general F. J. MORENO DÍAZ DEL CAMPO, *El espejo del rey. Felipe III, los apologistas y la expulsión de los moriscos*, en *La Monarquía Hispánica en tiempos del Quijote*, coord. P. SANZ CAÑAMANES, Madrid, Universidad de Castilla-La Mancha-Silex, 2005, pp. 231-246. Para la radicalidad y los estereotipos anti-moriscos, específicamente, R. BOASE, *The Morisco Expulsion and Diaspora: An Example of Racial and Religious Intolerance*, en *Cultures in Contact in Medieval Spain: Historical and Literary Essays Presented to L. P. Harvey*. Ed. By D. HOOK and B. TAYLOR, London, King's College London Medieval Studies, 1990, pp. 9-28. G. MAGNIER, *Distorted Images: Anti-Islamic Propaganda at the Time of the Expulsion of the Moriscos*, en *Images des morisques*, cit., pp. 173-191, rastrea la presencia

objeciones al destierro que paso a paso señalan, estos textos revelan indirectamente que había otras voces, voces alternativas, no necesariamente contrarias a la expulsión sino a sus particularidades, unas veces por defecto y otras por exceso (88).

La más importante — y repugnante — de todas estas obras es, sin ninguna duda, la *Defensio fidei* del fraile dominico Jaime Bleda, obra de « denuncia seudoteológica » (cuyos tres primeros tratados estaban concluidos ya en 1601, pero no obtuvieron la licencia de impresión), que se dice inspirada por el Patriarca Ribera y en la cual efectivamente se encuentran desenvueltos los argumentos básicos que éste presentó en sus *papeles* de 1601-1602 (89). Muy activo ante la Corte y frente a Roma a lo largo de todo el proceso que conduce a la expulsión, Bleda consagró su vida al exterminio — *ad internectionem* — siquiera discursivo de los moriscos. Su *defensa* frente a ellos se estructura en tres tratados, obedientes un tanto perfunctoriamente a la lógica escolástica, que arrancando de la apostasía y demás crímenes de los moriscos (I), se abre paso a través de las objeciones que podían oponerse en su favor (II), hasta llegar a los remedios posibles, singularmente para probar « posse Moriscos deleri ad internectionem » (III). Para su publicación en 1610 añadió un cuarto tratado, « de iusta Morischorum ab Hispania Expulsione », donde además de narrar los hechos trataba de conciliar sus

de los tópicos peyorativamente anti-islámicos forjados por la Cristiandad medieval en la literatura apologética de la expulsión.

(88) Construido en forma de diálogo entre posiciones encontradas, resulta muy significativo el opúsculo de J. RIPOL, *Dialogo de consuelo por la expulsion de los moriscos de España* [...], Pamplona, 1613, ahora editado por S. TALAVERA CUESTA, F. J. MORENO DÍAZ DEL CAMPO, *Juan Ripol y la expulsión de los moriscos de España*, Zaragoza, Institución « Fernando el Católico », 2008, pp. 51-106.

(89) BLEDA, *Defensio*, cit., sobre la cual, su contenido y sus diferentes fases de composición, véase M. PESET y T. M. HERNÁNDEZ, *De la justa expulsión de los moriscos de España*, en « Estudis », 20, 1994, pp. 231-252, *passim*, con datos biográficos y perfil del autor. Un resumen manuscrito coetáneo forma parte del volumen misceláneo BN, ms. 10388, ff. 5r-66r, publicado a partir de otra copia por R. de ZAYAS, *Los moriscos y el racismo de Estado. Creación, persecución y deportación (1499-1612)*, s. l., Ed. Almuzara, 2006, pp. 411-465. Las palabras entrecomilladas del texto son de F. MÁRQUEZ VILLANUEVA, *El « nunc dimittis » del Patriarca Ribera*, en Id., *El problema morisco*, cit., pp. 196-293: 233-234, que también dibuja un retrato del personaje.

tesis con los bandos de expulsión, atribuyéndose muchos méritos ⁽⁹⁰⁾.

Como él mismo subrayó después, de su obra en buena parte dependen las debidas, y también significativas, a Damián Fonseca ⁽⁹¹⁾, a Pedro Aznar Cardona ⁽⁹²⁾ y en menor medida a Marcos de Guadalajara, que usa mucha información de primera mano ⁽⁹³⁾. Todas ellas virulentamente anti-moriscas, participan todas, junto con los textos normativos citados, de un mismo discurso, que a modo de tema fue desarrollándose con ciertas variaciones en el bien definido contexto de la expulsión.

4.2. *Herejía/apostasía y prodición.*

Don Juan de Ribera, arzobispo de Valencia y patriarca de Antioquía (beatificado en 1796 y canonizado en 1960), «ángel exterminador de los moriscos», fue seguramente el principal artífice del discurso de la expulsión, que si no me equivoco fue articulándose al paso de ésta y sólo al final del proceso terminó de completarse ⁽⁹⁴⁾. Como ya señalé, las opiniones y propuestas que vertió en

⁽⁹⁰⁾ BLEDA, *Defensio*, cit., pp. 485-618, con publicación al final de los bandos de expulsión. Aún tuvo fuerzas para escribir su monumental *Coronica de los moros de España, Diuidida en ocho Libros*, Valencia, 1618 (el último de los cuales está dedicado a la expulsión: pp. 867-1072), de la que hay reciente edición facs., ya cit., debida a VINCENT, BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, cuyo “Estudio preliminar” caracteriza muy bien al autor y su obra.

⁽⁹¹⁾ D. FONSECA, *Ivsta expvlcion de los moriscos de España: con la instrvccion, apostasia y traycion dellos: Y respuesta a las dudas que se ofrecieron acerca de esta materia* [...], Roma, 1612. Un año antes había sido publicado en versión italiana: cfr. C. PÉREZ BUSTAMANTE, *El pontífice Paulo V y la expulsión de los moriscos*, en «Boletín de la Real Academia de la Historia», CXXIX (1951), pp. 219-233.

⁽⁹²⁾ AZNAR, *Expulsion*, cit.; sobre la cual, específicamente, M^a del C. ANSÓN CALVO, *Los Moriscos de Aragón vistos por un escrito aragonés del siglo XVII*, en *Images des morisques*, cit., pp. 25-53.

⁽⁹³⁾ Además de su *Memorable*, ya cit., M. de GUADALAJARA, *Prodicion y destierro de los moriscos de Castilla, hasta el Valle de Ricote. Con las dissensiones de los hermanos Xarifes, y presa en Berberia de la fuerça y Puerto de Alarache*, Pamplona, 1614; Id., *Qvinta parte de la Historia Pontifical*, Barcelona, 1630, lib. V, caps. I-III y lib. VI, cap. I (pp. 127-138 y 158-161).

⁽⁹⁴⁾ Para los datos sobre Ribera, MÁRQUEZ VILLANUEVA, *El ‘nunc dimittis’*, cit., pp. 196-293; EHLERS, *Juan de Ribera*, cit., p. 153. El calicativo entrecomillado es de L. POLIAKOV, *Historia del antisemitismo. De Mahoma a los marranos*, Barcelona, Muchnik

las tres representaciones que elevó al rey entre 1601 y 1602 tuvieron un peso considerable en la decisión, y en todo caso parecen haber sido determinantes a la hora de articular discursivamente la expulsión ⁽⁹⁵⁾. Si atendemos a las razones invocadas para actuar, es fácil encontrar un hilo rojo que entrelaza los memoriales del Patriarca con los textos del terrible Bleda que según parece él mismo inspiró y ambos con las consultas del Consejo de Estado que entre octubre de 1607 y abril de 1609 desembocaron en la « solución final » ⁽⁹⁶⁾.

En el arranque de su primer *papel* dejó ya sentado: « el animo y obstinación contra la Fe Catholica, es uno en todos [los moriscos]: y assi mismo el odio y aborrecimiento de su Rey natural, y el deseo de verse debaxo del dominio del Turco, o de cualquiera otro tirano que les dexasse vivir libremente en su secta ». Ahí están los tres soportes básicos de la expulsión, aquéllos sin los cuales ésta no hubiera sido pensable: los moriscos son todos uno en su herejía y prodición. Descreído de cualquier posibilidad asimilatoria, para resolver el problema sólo concebía dos medios: *degollarlos* o *destrerrarlos*, y como luego veremos pergeñó un plan para alcanzar esta última solución de forma jurídicamente admisible, que no llegó a realizarse. Tal como él mismo lo planteaba en sus memoriales, esto no dejaba de ser secundario. Ante cualquier objeción de esa naturaleza, « se leuanta aquella consideracion, que es eminente a todas, y como gigante en medio dellas »:

« V. Magestad es Rey y señor de España, y por el consiguiente obligado a defenderla, conseruarla, y guardarla, como a la cabeça de su real corona. Ella se halla (en tanto que estos duren en su compañía) en euidentissimo peligro [...]. Para euitarlo, no ay ni puede auer otro medio, sino echarlos: luego V. Magestad está

Ed., 1980 (ed. orig. francesa, 1961), pp. 332-358 (346 para la cita), que ofrece una lúcida síntesis del debate que conduce a la expulsión.

⁽⁹⁵⁾ Sus dos primeros memoriales fueron publicados por GUADALAJARA, *Memorable*, cit., ff. 77r-81v y 82v-91r; mientras que — según BENÍTEZ, *Heroicas decisiones*, cit., pp. 368-369 — los textos reproducidos en ff. 91r-93v corresponderían al tercer memorial, que a vueltas de los otros dos reproduce fragmentariamente FONSECA, *Ivsta*, cit., pp. 186-187, específicamente. Fueron reproducidos también por el P. ESCRIVÁ, *Vida*, cit., pp. 394-410 y 412-452.

⁽⁹⁶⁾ La expresión es de DOMÍNGUEZ ORTIZ, VINCENT, *Historia de los moriscos*, cit., p. 160.

obligado en conciencia, y sopena de pecado mortal, y de estar oluidado de la conseruación, y prosperidad de su Real Corona » (97).

El problema morisco venía planteado como asunto de religión y de estado, no de justicia: « materia de conciencia » y « obligación y seguridad de estado » — se decía —, la justicia no comparece más que como barrera o límite de las decisiones a tomar y acciones a realizar (98).

Tras largos años de debates y a partir de papeles como éstos de Ribera, recurrentemente invocados en las consultas del Consejo de Estado, las disposiciones que ordenaron la expulsión perfilaron en trance de decidirla la figura del *morisco* como *enemigo doméstico*: herejía/apostasía y prodición constituyen la « especificidad ontológica del *morisco* » figurado y fueron las imputaciones que sirvieron para justificar la expulsión de los *moriscos* de carne y hueso (99).

(i) Los moriscos se presentan y son representados ante todo como herejes y apóstatas. Nadie lo duda: si en algo insisten todos los que sobre esto opinan es que, a pesar de estar bautizados, los moriscos son « moros », « tan en su pérftida y maldita seta, como los mismos de Berueria » (100). A los efectos del caso, obviamente no importa tanto saber de la realidad que subyace a esta presentación cuanto indagar la consistencia de la representación misma, y en este sentido la propia noción de herejía y apostasía impide que pueda predicarse de los moriscos en su conjunto — de la *nación* morisca — como algo más que una presunción (101).

(97) GUADALAJARA, *Memorable*, cit., f. 92v.

(98) BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, p. 464, para las expresiones entrecomilladas, que son de don Juan de Idiáquez.

(99) Tomo la expresión de PERCEVAL, *Todos son uno*, cit., p. 190, en trance de construir en términos más generales la imagen del morisco.

(100) Es un lugar común, que tomo ahora de A. DE CORRAL Y ROJAS, *Relacion del rebelión y expulcion de los moriscos del reyno de Valencia*, Valladolid, s.a. [1613], cuyo contenido responde bien al título: ff. 1rv, también 4v, 43v.

(101) Para el primer punto, L. CARDAILLAC, *Moriscos y cristianos. Un enfrentamiento polémico (1492-1640)*, Madrid-México, FCE, 1979 (ed. orig. francesa, 1977), *maxime caps. I-II y VI-VIII*; así como R. CARRASCO, *Le refus d'assimilation des Morisques: aspects politiques et culturels d'après les sources inquisitoriales*, en *Les Morisques et leur temps. Table ronde internationale*, Paris, Éd. du CNRS, pp. 169-216. Documenta el fracaso de la catequización S. T. NALLE, *God in La Mancha, Religious Reform and the People of Cuenca, 1500-1650*, Baltimore-London, The John Hopkins University Press, 1992, pp. 118-133.

Qué significado tuvieran estas calificaciones era algo perfectamente establecido y podía encontrarse debatido y resuelto — como puede suponerse — en numerosas obras del género, tanto teológicas como jurídicas ⁽¹⁰²⁾. En su muy difundida *Instrucción de sacerdotes*, Francisco de Toledo definía la herejía como « error pertinaz del hombre Christiano, que en algo es contrario a la Fè Catolica »: sólo pueden cometerla los bautizados, pero « donde no ay error de entendimiento, no ay heregía, aunque la misma obra sea contra el hecho de la Fè » ⁽¹⁰³⁾. Incluida bajo el nombre general de herejía según la común opinión, apostasía es, en cambio, « error del hombre bautizado del todo contrario a la Fè Catolica »: « como quando alguno piensa que la Fè Catolica es falsa, o recibe por verdadera alguna secta contraria a la Fè » ⁽¹⁰⁴⁾.

En todo caso, para que pueda hablarse de herejía en sentido propio — *ad haeresim consumatam incurrendam* — es necesario que el cristiano bautizado incurra en error de entendimiento: « nemo enim haereticus sit absque errore intellectus », y para esto a su vez se requiere de suficiente instrucción y conocimiento — « scientia praeterea requiritur » —, de donde la indulgencia para con los conversos entretanto fueren suficientemente instruidos ⁽¹⁰⁵⁾. A fuer de reiterativo, las consecuencias son por demás evidentes: « Fit igitur hinc, ut nullum opus exterius quantumvis impium & horren-

⁽¹⁰²⁾ Entre estas últimas, véanse por ejemplo: GUTIERREZ, *Praxis*, cit., “Ad Titvlvm Tertivm”, q. XXII, “De haereticis”, n. 2-27, donde recoge veinte definiciones de herejía (pp. 72-73); J. YÁÑEZ PARLADORIO, *Opera jurídica, Sive Rerum Quotidianarum Libri duo; Quotidianarum differentiarum sesqui-centuria; et Quaestiones practicae-forenses duodevigi-ginti [...]*, Coloniae Allobrogum, 1734, *Quot. diff., diff.* CVII, n. 1-4 (pp. 336-337).

⁽¹⁰³⁾ F. TOLEDO, *Instrucción de sacerdotes, y svma de casos de conciencia [...]*, Valladolid, 1619, lib. IV, cap. III, n. 2, 5-7 (f. 139rv). Interesa también el cap. IV, que distingue las tres maneras de herejía (f. 140rv). Cfr. CARO BAROJA, *Los moriscos del Reino de Granada*, cit., pp. 14-15.

⁽¹⁰⁴⁾ TOLEDO, *Instrucción de sacerdotes*, cit., lib. IV, cap. VI, n. 1-3. Al igual que la herejía, de tres maneras se comete la apostasía (n. 4): sólo interiormente, sólo exteriormente (cuando se realizan actos « contra la Religion Christiana, como circuncidarse, adorar Idolos, aprouar por palabra o por escrito, o por señas alguna secta de infieles o hace cosa semejante ») e interior y exteriormente (f. 141rv).

⁽¹⁰⁵⁾ GUTIÉRREZ, *Praxis*, cit., “Ad Titvlvm Tertivm”, q. XXII, n. 37-38, 46 (pp. 74-75). El ignorante no puede ser considerado hereje (n. 56-57: pp. 75-76).

dum, haeresis esse possit sine intellectis errore, tametsi vehementem, aut violentam praebeat suspicionem de haeresi » (106).

Como la herejía no depende de los actos sino del entendimiento, para dilucidar en qué medida la presunción derivada de aquéllos — « vehementem haeresis suspicionem » — respondía efectivamente a éste se barajó inicialmente — tal era la propuesta de Ribera y Bleda — realizar entre los moriscos una información eclesiástica *ad hoc*, pero esto nunca se hizo (107). Por mucho que la experiencia y la convicción personal de unos y otros permitiese acumular decenas de indicios — hasta noventa y uno suma Bleda en el primer tratado de su *Defensio fidei*, pero dice conocer más de dos mil!! — éstos no pasaban de ser actos más o menos reveladores de un entendimiento que en su conjunto y a los efectos jurídicos del caso permaneció oculto (108).

¿Podía afirmarse en estas condiciones que todos los moriscos eran *notorios* herejes y apóstatas? Quiénes impulsaron y tomaron la decisión de expulsarles no parecían tener un ápice de duda, pero no todos los que opinaron pensaban así (109). El problema fue expresamente planteado en la junta de prelados que se reunió en Valencia a partir de noviembre de 1608, con el asesoramiento de otros teólogos, para « representar las dificultades al Rey nuestro S. ^r. ». El primer punto a tratar pretendía dilucidar « si estos moriscos eran y se devían tener y reputar por notorios herejes, y apostatas de nuestra santa fe catholica ». Según la relación que preparó el arzobispo, todos los consultados convinieron en que eran « herejes notorios, *notorietate facti*, por razones fundadas en letras y experiencias »,

(106) *Ivi*, n. 39 (p. 74).

(107) Véase más adelante, § 4.4.

(108) BLEDA, *Defensio*, cit., tract. I, « in quo probatvr mvltris rationibvs, Morischos Valentinos, & reliquos Hispaniae esse apostatas manifestos a fide, & sectam Mahometi plene seruare, eorumque haeresim esse reseruatum; ac propterea eos incurrere in excommunicationem, & poenas iuris latas in Haereticos » (pp. 25-118). Imposible entrar en detalles, baste decir que los primeros cuarenta, más o menos extensamente desarrollados, ocupan los caps. I-XIII (pp. 26-98), y todos los restantes están amontonados en el cap. XIV, que arranca: « Colligitvr tándem haeresis & apostasia Morischorum istius Regni ex aliis bis mille indiciis » (p. 98). PESET y HERNÁNDEZ, *De la justa expulsión*, cit., pp. 238-241 ofrecen un correcto resumen.

(109) Cfr. BLEDA, *Defensio*, cit., tract. I, *passim*, *maxime* cap. XIII: « probatur Morischos incurrere in excommunicationem & poenas latas in haereticos » (pp. 83-98).

excepto fray Antonio Sobrino ⁽¹¹⁰⁾. Este franciscano era además jurista y en los meses previos y posteriores a la expulsión hizo oír su potente voz (en contra), por de pronto para precisar jurídicamente el problema: « Pareceme que los que tienen a estos cristianos nuevos por Moros notorios, *notorietate facti*, se engañan [al no ser juristas sino teólogos], por ignorancia de los propios terminos del derecho, llamando *facti notorietatem*, a la comun presumpcion que por nascer de indicios tan urgentes y claros les parece tal notoriedad » ⁽¹¹¹⁾. Muy lejos de ser notorios herejes apóstatas *notorietate juris neque facti*, simplemente « según la opinion comun estos cristianos nuevos, con presumpcion vehemente (que algunos llaman evidencia moral) son juzgados y tenidos por moros *infamia facta in comuni* » ⁽¹¹²⁾.

No hace falta subrayar la relevancia de esta intervención jurídicamente fundada en aquel mundo de cortesanos y teólogos, que efectivamente legitimaron su decisión en la herejía y apostasía de los moriscos: así, en general y sin más. No sólo es algo que se da, literalmente, por *presupuesto* en las consultas del Consejo de Estado, sino que es una pieza insustituible en el mosaico de argumentos que fundamenta la expulsión en los distintos bandos de 1609-1611 ⁽¹¹³⁾.

(ii) El punto es doblemente importante, porque tal como se presenta la condición de *proditor* es una consecuencia necesaria de la herejía que se presume. La frase que a título de imputación figura

⁽¹¹⁰⁾ Las citas proceden de BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 129-144 (concretamente, 136), que publica parte de la documentación. Sobre la junta y las opiniones de fray Antonio Sobrino, *ibídem*; BENÍTEZ, *Heoricas decisiones*, cit., pp. 384-388; EHLERS, *Between Christians and Moriscos*, cit., pp. 142, 146-148.

⁽¹¹¹⁾ Carta de fray Antonio Sobrino al virrey de Valencia sobre la relación enviada por el patriarca Ribera al rey de lo acordado en las juntas de prelados (31.XII.1608): « Y va tanto en la resolución deste cabo, que si lo que el Sr. Patriarca quiere, es, no ay necesidad mas que de poner luego a toda esta multitud de gente en el fuego. Mas realmente aunque sabemos todos que estos en comun son moros, mas no ay dello evidencia en particular, ni *notorietati facti* son moros aun en comun » (BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 142-143; también, pp. 137-138).

⁽¹¹²⁾ Ivi, pp. 696-699: 699. Para la construcción jurídica, C. GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, en « *Annali di storia del diritto* », I, 1957, pp. 403-451.

⁽¹¹³⁾ FONSECA, *Justa*, cit., lib. II: “De la Apostasia de los Moriscos del Reyno de Valencia” (ff. 89-143), más ordenado, pero muy similar a Bleda, reúne los textos y argumentos fundamentales.

en el primer bando y repiten más o menos precisamente los posteriores — « la continuación de sus delitos los tenía convencidos de herejes, apóstatas, y proditores de lesa Majestad divina, y humana » — abunda en reiteraciones y solapamientos: proditor de lesa majestad divina es el género al que pertenece la herejía (y también obviamente la apostasía), al tiempo que « proditor regis censetur proditor Dei », de igual modo que « Dei etiam proditor, dicitur proditor Regis, quia vices Dei tenet in terris in temporalibus » (114). La identificación es sumamente funcional en este caso, habida cuenta del carácter genérico de las imputaciones: si algo demuestra la política de los Austrias es que no hay diferencia entre la condición de enemigo de la fe y enemigo de la Monarquía, una y otra definidas como católicas. Yendo más al fondo, Sbriccoli puso de relieve hasta qué punto la construcción del *crimen laesae maiestatis* depende de « categorías ético-políticas profundamente radicadas en la conciencia social », informalmente consensuadas, que para el caso se concretan en la execración de la traición como ruptura de la fidelidad y la consiguiente consideración del traidor como enemigo (115). Esta es la imagen del morisco, una y otra vez presentado y representado como infiel a Dios y al rey.

Dependiente hasta la identificación de la herejía, el argumento de la prodición ocupaba en los memoriales de Ribera la misma posición que tendría en el discurso normativo de la expulsión consolidado por los bandos reales. Considerándolos *evidentes*, el patriarca les imputaba los *delitos* de herejía y apostasía, « maquinación, y desseo de prodición de la Republica » (116). Son los mismos que por lo mismo trataba de fundamentar Bleda:

« Crimina autem Morischorum sunt haeresis, apostasia, dogmatizatio, ítem desiderium, & machinatio prodicionis reipublicae. Primum constat vniuersaliter cunctis. Secundum constitit multis Hispaniae regibus: constatque modo domino nostro Regi ex relationibus, &

(114) G. LÓPEZ, *P* 7.2.1, gl. “Contra Dios”, para la primera proposición; AZEVEDO, *Commentarii*, cit., NR 8.18.1, n. 34, y 8.18.2, n. 3, para ambas (V, pp. 355 y 367). Para el primer punto del texto, M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato político alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 346-348, y p. 335 para el segundo.

(115) SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., pp. 149-172: 162-163.

(116) *Apud* FONSECA, *Iusta*, cit., lib. VI, cap. VI, p. 413.

informationibus, quas saepe accepit de istorum tractatibus, nunciis, & compellationibus, quibus ipsi Turcam, Regesque alios euocant in sui praesidium, & adiutorium, offerentes eisdem istius Regni deditionem » ⁽¹¹⁷⁾.

Vinculada negativamente a la fidelidad estos son justamente los comportamientos que entran en el ámbito propio de la prodición ⁽¹¹⁸⁾. Como resultado de la compleja evolución bajomedieval, en los distintos reinos hispánicos quedaron formuladas las leyes básicas del derecho propio en la materia, que los juristas, y desde luego los juristas modernos, tradujeron al lenguaje y las categorías jurisprudencialmente establecidas, integrando uniformemente con el común el régimen — los regímenes — propios ⁽¹¹⁹⁾. Si vamos a Castilla, identificado el *crimen laesae maiestatis* « como yerro de traycion que faze ome contra la persona del Rey », la interpretación identifica aquellas *maneras de traición* que son hechas « contra el Rey, o contra su señorío, o contra pro comunal de la tierra » con el *crimen proditiōnis*, aquel que es « contra principem, vel contra rempublicam » ⁽¹²⁰⁾. Como es sabido, más que una definición, se impone en la jurisprudencia una descriptiva de las conductas que entran en ese círculo, en una de las cuales encajan perfectamente los hechos imputados de manera general a los moriscos. En su formulación castellana decía: « si alguno se pone con los enemigos para guerrear, o hazer mal al Rey, o al Reyno, o les ayudare de hecho, o de consejo, o les embiare carta, o mandado, porque se aperciban en alguna cosa contra el Rey en daño de la tierra » ⁽¹²¹⁾.

Los textos que jalonan el proceso decisorio hasta la solución

⁽¹¹⁷⁾ BLEDA, *Defensio*, cit, tract. III, cons. I, § 2 (« Potest Regia maiestas omnia iura belli in Moriscos exequi »), p. 300.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., pp. 141-174.

⁽¹¹⁹⁾ Para Castilla, A. IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla*, Universidad de Santiago de Compostela, 1971, pp. 85 ss., sobre terminología y significados.

⁽¹²⁰⁾ G. LÓPEZ, P 7.2.1, gl. “Contra la persona del Rey” y “Llamado traycion”, a propósito de la distinción entre traición y aleve « segund fuero de España », que se hacen equivaler respectivamente al *crimen proditiōnis* y al *crimen aliud factum proditorie*.

⁽¹²¹⁾ P 7.2.1, tal como fue redactada para su inclusión en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, tít. 32, ley 5 (cfr. IGLESIA FERREIRÓS, *Historia*, cit., pp. 230-233), recogida en NR 8.18.1, por donde cito. Para concepto y características, SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., pp. 271, 339-342.

final abundan en consideraciones y referencias a semejantes maquinaciones y conspiraciones de los moriscos (con el *Turco* y demás príncipes enemigos), cuya relación ocupa además buena parte de las exposiciones de motivos de los bandos de expulsión, para concluir:

« [...] y milita contra ellos la vehemente presumption y sospecha de todos los dichos delitos, pues no se halla que ninguno de los susodichos, aya venido a reuelar en tantos años ninguna cosa de sus maquinas y conspiraciones, antes las an siempre encubierto, y negado: que es clara señal de que todos an sido de vna misma opinión y voluntad contra el seruicio de Dios y mio, y bien destos Reynos [...] » (122).

Así presentada, la prodimición cumple en el discurso la función de legitimar una acción real contra los moriscos, de otro modo más difícilmente justificable sin la mediación institucionalizada de la Iglesia, única capacitada para declarar y juzgar la herejía. Pero señalado esto, poco importa cuáles fueran las penas a tales crímenes correspondientes, que en todo caso por ser los *peores* eran también los más gravemente castigados, siempre con la muerte y confiscación de bienes, como los bandos no dejan de recordar. Obviamente, el problema jurídico que la expulsión de los moriscos plantea no es éste, sino que radica en la genérica imputación a título de sospecha de estos crímenes a todo un *pueblo* o *nación* o *universidad*, sin comprobaciones de ningún género que puedan alcanzar al conjunto (123). Si había un problema que la jurisprudencia se planteaba a propósito de esta *manera de prodimición* (maquinaciones y conspiraciones) era justamente la dificultad e inexcusabilidad de la prueba para que pudiera hablarse por tan deletéreo concepto de *crimen laesae maiestatis* (124). Más que demostrar la notoriedad de los crímenes, que se da por supuesta, la argumentación pretende mos-

(122) RC Madrid, 9.XII.1609, para la expulsión de los moriscos de los reinos de Granada, Murcia, Andalucía y villa de Hornachos (BN, ms. 11773, f. 623rv). Más o menos ampliamente, igual argumento se encuentra en las restantes disposiciones sobre el particular.

(123) Cfr., para comprobaciones e imaginarios, MÁRQUEZ VILLANUEVA, *El problema historiográfico*, cit., pp. 141-166; ID., *El 'nunc dimittis'*, cit., pp. 261-265, que remte a la bibliografía anterior.

(124) Cfr., simplemente, AZEVEDO, *Commentarii*, cit., NR 8.18.1, n. 111-130, especialmente 112-113 y 123-124, con otras referencias (V, pp. 361-362).

trar apodípticamente que la notoriedad exige de requerimientos judiciales para castigar... siquiera a destierro y confiscación ⁽¹²⁵⁾. El mismo Fonseca, que dedica todo un libro a la « trayción de los moriscos », reconocía ser « verdad que no era tan grande la notoriedad de la traycion, como la de heregia, y Apostasia » ⁽¹²⁶⁾. El punto es, por tanto, cómo actúa el rey frente a ellos.

4.3. *Los bandos de expulsión: tema y variaciones.*

Entre la apostasía y prodición de los moriscos y su expulsión no hay una relación de causalidad necesaria y menos evidente. Si la calificación indicada de los moriscos se mantiene constante, la drástica solución de desterrarlos perpetuamente es una entre otras y como tal se presentó hasta el momento final. No es caso de volver a insistir en esto, pero sí es necesario tenerlo presente, porque para legitimar la actuación regia y justificar la expulsión se construyó entonces un discurso *ad hoc*, un discurso que media entre la apostasía/prodición y la expulsión, para presentar esta solución como *inevitable*.

El espacio de este discurso es la conciencia real: entre el enemigo y la expulsión no media el derecho ni los tribunales, sino el príncipe católico y su conciencia. La expulsión es una decisión personal del monarca, que éste no puede descargar en el aparato instituido para tal efecto. Precisamente porque esto es así, porque el rey no puede dejar de asumir personalmente la responsabilidad de la decisión, el *buen consejo* es un elemento decisivo y muy ponderado del discurso, ciertamente en coherencia con el proceso que conduce a la decisión, apretadamente salpicado de juntas y cargado de pareceres. Si se trataba de mostrar que la decisión no fue arbitraria ni repentina, es importante para calificarla saber quiénes asumen y quiénes se dice que asumen el papel de consejeros. Fray Jaime Bleda dedicó a esto muchas páginas cargadas de doctrina, básicamente para fundamentar dos exclusiones: quienes tuvieran interés por estar vinculados a título de *señor* con los moriscos, y quienes como

⁽¹²⁵⁾ Cfr. BLEDA, *Defensio*, cit., tract. III, cons. I, § 2 (p. 301); FONSECA, *Justa*, cit., lib. VI, cap. VI (pp. 412-414).

⁽¹²⁶⁾ FONSECA, *Justa*, cit., lib. III, pp. 143-196; y para la cita, lib. VI, cap. VI, p. 413.

políticos pudieran inclinarse a soluciones utilitarias y de cualquier modo contrarias a la religión. Desde su punto de vista, el asunto debía ser tratado siempre y sólo por doctos y píos eclesiásticos ⁽¹²⁷⁾. No fue exactamente así, pero ya se ve que éstos tuvieron en todo momento un papel decisivo. Planteado no sólo como un asunto de *religión*, sino también como negocio de *estado*, las tareas de consejo fueron desempeñadas por *grandes* con experiencia de mando y gobierno (que no juristas) y por teólogos, con una presencia siempre relevante del confesor real. El discurso normativo destaca sobre todo el papel de estos últimos: los *doctos y santos hombres*, vinculando la decisión al mismo Dios: « Después de haber encomendado a Dios nuestro Señor este negocio, por lo que importa a su honor, y gloria, se ha resuelto con parecer de los de su Consejo de Estado, Prelados, y otras muchas personas doctas, Cristianas, y prudentes, celosas del servicio de Dios y suyo », del rey católico.

La implícita dicotomía consejo/rey es correlativa a la explícita contraposición rigor/piedad, que en un primer nivel alinea consejo-rigor y rey-piedad, la cual se concreta (en un segundo momento) mediante la convergencia consejo/rey en la expulsión. El discurso de los bandos es diáfano: la solución que los *doctos y santos hombres* proponen una y otra vez es *castigar en las vidas y haciendas*, pero el rey — prolongando su tradicional benevolencia para con los moriscos — mitiga tanto rigor con la *piedad* y opta, igualmente mediante consejo, por la expulsión. La dicotomía rigor/piedad, básica en la concepción y práctica del gobierno, sirve para presentar a un rey misericordioso que actúa obligado por las circunstancias, al dictado de su conciencia y para la salvación de sus reinos.

Que estaban en peligro por el comportamiento obstinado y pertinaz de los moriscos: explícitamente opuesto a la condición de « buenos súbditos » (aquellos de quienes debe tomarse ejemplo), el nombre « moriscos » viene asociado en los bandos al *daño*, la *perturbación*, el *peligro*, la *urgencia*, el *escándalo*, la *ofensa de Dios*: una panoplia de males temporales y espirituales, un *peligro*, para remedio del cual el rey actúa — se ve obligado en conciencia a actuar — en bien de los súbditos. En estas circunstancias — volvemos al principio — la acción regia es presentada como un resultado

(127) BLEDA, *Defensio*, cit., tract. III, cons. XIV (pp. 427-440).

inevitable, por ser condición indispensable para la conservación y seguridad de la Monarquía.

Adoptada en estas — digamos — dramáticas condiciones, las razones de la decisión pivotan en todos los bandos sobre los dos ejes, religioso y político — « consideración de alma y estado » —, una y otra vez señalados (128). Escoltados con una suerte de antecedente y de consecuente, el discurso que justifica la expulsión puede resumirse en lo esencial más o menos así: a pesar de los esfuerzos y la benevolencia regia para con los moriscos, « la continuación de sus delitos los tenía conuencidos de hereges apostatas, y proditores de lesa Magestad diuina y humana », con el consiguiente peligro y daño que sus maquinaciones representan para el conjunto de la Monarquía, por todo lo cual podría el rey castigarlos sin ningún escrúpulo en sus vidas y haciendas. En este esquema argumental fueron intercalados dos elementos, que según creo responden a otras tantas innovaciones, a cual más problemática, introducidas a lo largo del proceso de expulsión respecto de las previsiones (o al menos, discusiones previas): el uno, para vincular la decisión de expeler a la « razón de bueno y cristiano gobierno » alojada en la conciencia real; y el otro, para considerar a los moriscos como una *universidad* que en atención a la gravedad de los crímenes cometidos por algunos debe ser diuelta y aniquilada: « y los menores por los mayores, y los unos por los otros sean punidos ». Como se desprende de la literatura apologética, éstos fueron los aspectos más problemáticos de la expulsión.

4.4. *La razón de bueno y cristiano gobierno.*

La concepción inicial de la expulsión, muy medítadamente planteada por el arzobispo Ribera en su segundo memorial y efusivamente celebrada en la Corte, preveía la realización de un conjunto de actuaciones para desterrar a los moriscos de forma jurídicamente admisible (o como tal planteada), que pueden simplificarse más o menos así: se trataba, por una parte, de *convertir* los presuntos crímenes de los moriscos en delitos notorios mediante la realización

(128) Las expresiones entrecomilladas son del cardenal de Toledo, consejero de Estado (BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, p. 469).

de una amplia información de hecho que, aun pretermitiendo por causa del bien público la forma judicial, proporcionase un fundamento al castigo; como éste se imponía, por otra parte, en concepto de herejía y apostasía y éstas eran causas pertenecientes a la jurisdicción eclesiástica, se consideraba necesario negociar con la Santa Sede las autorizaciones pertinentes ⁽¹²⁹⁾. Nada de esto se hizo así. Finalmente, las suficiencias teológicas vinieron a suplir las deficiencias jurídicas y la decisión se tomó al margen de la Santa Sede y sin otra información que los pareceres y consejos necesarios para disolver los escrúpulos de conciencia.

Aquí entra en juego, a partir del segundo bando, la *razón de bueno y cristiano gobierno*, que guía al rey en su decisión de expeler del reino a personas que causan tanto escándalo y daño, ofenden a Dios y son peligrosas al Estado y a los buenos súbditos.

A juzgar por el modo como los apologistas plantean la cuestión, éste — o éstos — fueron asuntos muy debatidos tras los bandos de expulsión. Siempre muy bien informado, es el primer problema que se plantea Bleda en el tratado cuarto de su *Defensio fidei*, escrito después de las primeras deportaciones, que a efectos sustantivos se abre con un capítulo dedicado a esclarecer « qvo ivre fverit vsvs dominus noster rex in hac expulsione, & quae causae eius pium animum ad eam commouerit » ⁽¹³⁰⁾. Esbozando argumentos que se hicieron valer también a lo largo del proceso decisorio, ahí dejaba sentada su versión abreviada — y calificada — de los hechos:

« Sciendum igitur est in hac expulsione non esse vsum dominum nostrum Regem auctoritate vindicatiua iudicis, sed iure se defendendi, & haec sua Regna, imo totam Ecclesiam Dei. Ideo non est processum ad probationes sufficientes contra singulos: neque sententia lata est ab Ecclesia super crimine Apostasiae, & haeresis ».

Como *padre de la patria* el rey intentó solícitamente una y otra vez convertir a los moriscos, reducirlos a religión, hasta que su

⁽¹²⁹⁾ GUADALAJARA, *Memorable*, cit., especialmente ff. 83r, 85r-86r (cfr. también, ff. 91r-92r). En igual sentido, BLEDA, *Defensio*, cit., tract. III, cons. I, § 2, *maxime* pp. 298-301.

⁽¹³⁰⁾ BLEDA, *Defensio*, cit., tract. IV, cap. II, pp. 501-502 (para las citas que siguen).

obstinada impiedad y manifiesta prodición le condujeron a decretar como único remedio la expulsión.

« Omnibus tandem ab ipsorum sanitatem conquisitis, vbi salutaria remedia fastidire, & via impietatis obstinatus procedere, atque adeo in prauum indurescere animaduertit, vt potius confringi, quam corripí possent: & tandem factus certior de ipsorum proditoriis consiliis, omni curatione reiecta, de illis remouendis decreuit, & ex terminandis; ne inueterati, atque indomiti mali vis in alios insurgeret, totique Hispaniae exitio esset ».

La principal preocupación de Bleda, según parece, es explicar que el rey no se entrometió en asuntos eclesiásticos. Lejos de castigar a los moriscos como herejes, los expulsó « vt in hostes Christiani nominis, & Hispaniae proditores », prevaliéndose « iure iustae defensionis » a favor de la seguridad de España ⁽¹³¹⁾. Este es la línea argumental que en general siguen los demás teólogos que escriben al calor o inmediatamente después de los acontecimientos ⁽¹³²⁾. En cambio, Fonseca defendió, en la parte seguramente más creativa de su obra, que el rey no sólo había actuado a título de justa defensa, sino precisamente como juez *supremo*, y en este concepto al margen de proceso, para sentenciar misericordiosamente a los moriscos como traidores, pero no parece que hubiera muchos dispuestos a compartir esta opinión ⁽¹³³⁾.

Que la expulsión había sido ordenada extrajudicialmente era evidente, y no faltó quien lo expresara de otras maneras jurídicamente más exóticas, como vinculándola al ostracismo ⁽¹³⁴⁾. Cuando los juristas posteriores se hacen cargo de la cuestión — siempre fugazmente, por lo que yo sé y todavía veremos — lejos de plantear

⁽¹³¹⁾ Ivi, pp. 503-504.

⁽¹³²⁾ GUADALAJARA, *Memorable*, cit., cap. XXVIII (ff. 155r-159v); AZNAR, *Expulsión*, cit., pte. II, caps. 1 y 30 (ff. 103v-104v).

⁽¹³³⁾ FONSECA, *Justa*, cit., lib. V, caps. V-VI (pp. 401-413), con dos argumentos y cierta apoyatura jurisprudencial: las posibilidades de actuar *extraordinem* del juez supremo y la notoriedad de los delitos cometidos por los moriscos, máxime en caso de urgencia o grave peligro y limitando el castigo a pena de destierro y pérdida de bienes (pp. 406-412).

⁽¹³⁴⁾ Así, « atrapado » por el esquema de la *Política* aristotélica, D. PÉREZ DE MESA, *Política o Razón de Estado*. Ed. crítica por L. PEREÑA et al. Madrid, Csic, 1980, pte. I, caps. XIV y XXVII (pp 95 y 172).

problema alguno, justifican la expulsión de unos súbditos bautizados como los moriscos por razón de proteger el estado y la religión (*status et religionis tuendae ratio*) ⁽¹³⁵⁾. Salvo error por mi parte, Crespi de Valdaura no se ocupó de este suceso, pero su notable observación sobre la *potestas oeconomica et politica*, que arranca del tópico « Rex est pater patriae » y — « praeveniendí periculí causa » — « non a crimina punienda, sed ad futura damna vitanda, & quietem, & pacem publicam tuendam, & defendendam tendit », plantea y resuelve el punto de potestad implícito en la razón de gobierno invocada en 1609-1611: por eso el rey no castiga en proporción a los delitos que imputa, sino que expulsa ⁽¹³⁶⁾. Unos y otros debatían entonces, hacia la mitad del siglo, otra expulsión, la expulsión de los gitanos, para la cual no faltó quien aprovechase la « razón de bueno y cristiano gobierno » invocada por Felipe III para desembarazarse de los moriscos ⁽¹³⁷⁾.

Si el procedimiento implícito en la razón de gobierno se caracteriza *prima facie* por escapar a los requerimientos procesales de la *iurisdictio*, de otro lado se opone también a la « razón de Estado » por causa de la religión, que como es sabido era aquí y entonces una de las líneas de debate más activa ⁽¹³⁸⁾. De nuevo fue Bleda quien desde este ángulo hizo una lectura política de ese medio, contraponiendo el *príncipe cristiano* arquetípicamente encarnado por Felipe III — un « Rey embiado del Cielo » — a los *príncipes políticos*, que « abrazan a los infieles » y « consienten a los Hereges, que viuan

⁽¹³⁵⁾ J. de SOLÓRZANO Y PEREIRA, *De Indiarum iure. (Liber II, De acquisitione Indiarum)* (C. 16-25). Ed. por C. Baciero et al., Madrid, Csic, 2000, cap. 19, n. 91-93 (pp. 202-203).

⁽¹³⁶⁾ C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Aragonum Consilii, Supremi Consilii S. Cruciatæ, & Regiæ Audientiae Valentinae*, Lugduni, 1677, obs. III, n. 1, 4 y 46 para las citas; sobre el exilio, n. 54, 93 (pp. 44-54). Para significación y contexto, L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, en « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 19, 1990, pp. 323-504: 427 ss.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. VÁZQUEZ GARCÍA, *La invención del racismo*, pp. 80-85.

⁽¹³⁸⁾ Cfr., simplemente, J. M. INURRITIGUI RODRIGUEZ, *La Gracia y la República. El lenguaje político de la teología católica y el Príncipe Cristiano de Pedro de Ribadeneyra*, Madrid, Uned, 1998, cap. II, que remite a la bibliografía anterior.

libremente en sus tierras » (139). En su visión dogmática y esquemática el signo de los tiempos venía trágicamente marcado por la anteposición de « las cosas temporales a las espirituales », « las humanas a las diuinas », porque « un hombre vil, vn desalmado, vn perfido herege, vn Atheista llamado Machiauelo les enseña contra toda ley diuina, natural, y humana, que el Principe [...] puede permitir a sus vassallos naturales baptizados, viuir en la ley que quisieren » (140).

Frente a esa *pérfida gente* que enseña « que la causa de la sacrosanta religion se ha de tratar política y ciuilmente », subordinada al « bien de la patria », oponía « zelo y heruor de la religion » (141). Y frente a la « libertad de conciencia » que preconizaba la « pestilencial secta de los políticos », cuyo *veneno* se había apoderado de la mayor parte del orbe, « los remedios que para esto enseñan las diuinas letras, son castigos, rigores, guerras, y las leyes ciuiles, y canonicas, fuego » (142).

Bleda encarna en los príncipes políticos *sub specie* « razón de estado » los argumentos utilitaristas esgrimidos contra la expulsión de los moriscos, y defiende con toda la virulencia que ya puede imaginarse la opuesta « razón de bueno y cristiano gobierno » que esgrimió el príncipe cristiano, interpretada en clave providencialista, como por otro lado hicieron muchos en aquel universo de profecías (143). En este orden « que condena el estadista y político », como expresó muy pronto fray Juan de la Puente, la decisión se juzga tanto más valiosa y propia de un rey « por excelencia Catolico » cuanto contraria al bienestar material del reino, dados los evidentes beneficios que reportaban los moriscos (144). Como « verdadera hierogli-

(139) BLEDA, *Corónica*, cit., lib. VIII, cap. XXXVII, p. 1027.

(140) *Ivi*, lib. VII, cap. XXXIV, p. 827.

(141) *Ivi*, pp. 831 y 833.

(142) *Ivi*, pp. 828-830, así como 1028. La imagen del fuego purificador es recurrente: AZNAR, *Expulsión*, cit., pte. II, cap. 1, f. 2r. También aquí, cap. 32, sobre la « Reyna de las razones », que es la religión (ff. 114v-120r).

(143) Presente en toda esta literatura, impregna muy especialmente: GUADALAJARA, *Prodición y destierro*, cit. Para este punto, G. MAGNIER, *Millenarian Prophecy and the Mythification of Philip III at the time of the Expulsion of the Moriscos*, en « Sharq al-Andalus », 16-17, 1999-2002, pp. 191-211.

(144) FR. J. DE LA PUENTE, *De la conveniencia de las dos Monarquías Católicas: la Espiritual de la Iglesia Romana y la Temporal de España*, Madrid, 1612, lib. III, cap. III, § 4: « Obra heroica y hazaña digna de la fe y religión de vn Rey por excelencia Catolico,

fica de la piedad y religión » — volvamos a Bleda para el desarrollo de la idea —, Felipe III « con solo este hecho de la expulsión de los Moros, tan contrario a todas las reglas de los Políticos, condena, y derriba toda su secta por el suelo: y enseña a todo el mundo, de que manera se ha de auer vn príncipe Christiano con sus vassallos hereges ». La correlación *príncipes políticos-razón de Estado, príncipe cristiano-razón de bueno y cristiano gobierno* es perfecta: « contraponganse estas razones, y palabras, a la secta de los Políticos, y se vera, como se ha dicho, que ellas, y esta hazaña gloriosa del Rey nuestro Señor, dexan reuencidos, y derribados por el suelo todos los desuarios impíos, y impiedades irreligiosas, y desatinadas de los Políticos, Atheistas, o Estadistas » (145).

Summa ratio est, quae pro religione facit: la causa de la religión como principio y fin de la política (146). Aunque ni siquiera en el espacio dominado por aquel martillo de herejes que era el rey católico fue unánimemente defendida, no hace falta decir que la idea de que el príncipe debía evitar y combatir por todos los medios la herejía entre sus súbditos gozaba de amplísimo predicamento en estas tierras ontológicamente católicas (147). En su libro sobre la razón de Estado, dedicado como es sabido a reflexionar sobre los medios de conservarlo, Giovanni Botero advertía a los príncipes que tuvieran vasallos infieles o herejes sobre la importancia de reducirlos a la *naturaleza*, « porque no ay cosa que haga mas contrarios a los hombres vnos de otros, que la diferencia de la Fe », destacando en particular la extrema reluctance de los *indómitos* mahometanos « al espíritu del Euangelio » (148). Los medios de acción que proponía no

que estimó en mas conseruar la Christiandad de sus Reynos, limpia y sin mezcla de falsa superstición, que los crecidos intereses que estos moros Españoles dauan a su Real patrimonio » (p. 22).

(145) BLEDA, *Corónica*, cit., lib. VIII, cap. XXXVII, pp. 1028-1029.

(146) La frase en AZNAR, *Expulsión*, cit., pte. II, cap. 32, f. 115r.

(147) Valga como ejemplo de lo primero el caso rescatado en su día por F. TOMÁS Y VALIENTE, *La "Doctrina política civil" de Eugenio Narbona y la Inquisición* (1986), ahora en ID., *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, V, pp. 3981-3991, con las referencias que aporta.

(148) J. BOTERO, *Diez libros de la razón de estado* [...], Madrid, 1593, lib. V, f. 88r ss: 91v, 92v-93r para las citas; y 99r-103r para lo que sigue. Para otros testimonios concordantes, FEROS, *El Duque de Lerma*, cit., pp. 360-362.

difieren de los que en distintas combinaciones y con varias gradaciones fueron aquí intensamente debatidos a propósito de la cuestión morisca e iban desde la conversión a la dispersión, pasando por diversas medidas de neutralización de los herejes. Pero en cualquier caso la clave, el primer fundamento, estaba en la conversión, que era efectivamente la política que había ensayado aquí la Corona durante décadas: ¿sin ningún resultado?

En la proposición los moriscos son herejes/apóstatas y proditores de lesa majestad que sostiene el destierro general finalmente dispuesto por Felipe III lo significativo no es tanto el previsible predicado cuanto el compacto sujeto «moriscos» de quien se predica: ¿es que todos los moriscos estaban *convencidos* de esos crímenes? La respuesta a esta pregunta se encuentra en la parte dispositiva de los bandos, en los puntos dedicados a determinar las exclusiones o excepciones a la expulsión generalmente decretada.

4.5. *Del todos son uno a la universitas morisca.*

Mientras la expulsión fue solamente una posibilidad debatida se hablaba genéricamente de los moriscos, presuponiendo siempre — según la expresión constantemente repetida — que «todos son uno» y sin que fuera necesario entrar en mayores precisiones, excepción hecha de los niños, que como enseguida veremos por bautizados-inocentes plantearon siempre una problemática específica y sumamente espinosa, porque dejaba al descubierto las contradicciones que embargaban la decisión real. Sólo cuando llegó el momento de tomarla resultó perentorio responder a la pregunta ¿todos los moriscos por igual?

En su primer memorial el arzobispo Ribera era partidario de expulsarlos a todos, niños aparte y sin otra excepción que la de quienes «constare auer viuido Christianamente, confesando y recibiendo el santissimo Sacramento de la Eucharistia» (149). Pero en el curso del debate que en los meses previos a la expulsión tuvo lugar en el Consejo de Estado se barajaron muy distintas posibilidades, que iban desde las expulsiones selectivas a las reducciones a galeras,

(149) GUADALAJARA, *Memorable*, cit., f. 84v.

como propusieron algunos en la decisiva consulta de 30 de enero de 1608 ⁽¹⁵⁰⁾.

Sin embargo, todo fue allanándose en el — no bien conocido — proceso de elaboración del bando de expulsión y finalmente prevaleció el criterio de que los moriscos eran efectivamente *todos uno*, lo que para el caso es tanto como decir que la regla de expulsión fue formulada a partir de las características particulares que se predicaban de algunas comunidades de moriscos, pero afectó y se impuso con carácter general a todos. Al elevar a regla la ecuación que identificaba al morisco como enemigo doméstico los bandos — a efectos de la expulsión — prescindieron de las grandes diferencias que a distintos efectos existían — como no podía ser de otro modo y la historiografía destaca — en un colectivo de 300000 personas repartidas desde hacía siglos por las dos terceras partes de la geografía peninsular, como por otro lado ilustran las muy distintas reacciones que su publicación — la publicación de la decisión real — suscitó entre las comunidades moriscas.

Para comprender la lógica de la expulsión, interesa entonces conocer cómo se articula la oposición *amigo/enemigo* que la sostiene, examinando el escueto catálogo de excepciones que los bandos contemplan, a veces con diferencias significativas de unos territorios a otros. Dejo de lado las que responden a una lógica diferente, como el respeto a los derechos de tercero (que llevó a eximir de la expulsión a los moriscos esclavos) ⁽¹⁵¹⁾; o las puramente pragmáticas y a la postre intrascendentes, como la que en Valencia permitió inicial y efímeramente que se quedaran seis de cada cien casas (es decir, familias) por el utilitario motivo de asegurar la conservación de los cultivos y la continuidad con los nuevos repobladores que llegasen ⁽¹⁵²⁾. Las excepciones significativas son las que afectan a los *buenos cristianos* y a los niños moriscos, contempladas de uno u otro modo en todos los bandos.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 457-474: 467-468, 471, 473.

⁽¹⁵¹⁾ Así se dispuso en todos los bandos: cfr. MARTINEZ, *La permanence*, cit., pp. 374 ss., que da cuenta de su ejecución.

⁽¹⁵²⁾ Este punto fue revocado por bando del Marqués de Caracena, publicado en Valencia, 9.I.1610 (BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 569-571).

4.5.1. *Los buenos cristianos, los niños moriscos.*

(i) Vinculada la prodición a la apostasía y definida ésta por el rechazo de la fe, en la lógica de la expulsión debían quedar exentos aquellos moriscos que realmente fuesen católicos. De acuerdo con esta idea, repetidamente manifestada, la presunción de que todos los cristianos nuevos moriscos eran infieles a Dios y al rey admitía ciertas exenciones (en rigor, presunciones de signo contrario), todas las cuales son reconducibles a la condición de *buenos cristianos*, bien objetivamente determinada o bien personalmente acreditada. Quienes hubieran hecho profesión de fe (clérigos, frailes y monjas) y los que, en atención al momento y circunstancias de su conversión (los venidos de Berbería para convertirse y sus descendientes), no podían ser asimilados al enemigo que se expulsa, fueron directamente exentos del destierro por los bandos que lo decretaban. Con diferentes formulaciones, éstos excluyeron también a los que se acreditasen como *buenos cristianos*, calificación que obviamente presupone una valoración, que fue normalmente encomendada, previa información *ad hoc*, a los prelados. No puedo entrar en detalles, pero a partir del minucioso trabajo de F. Martínez creo que puede decirse que los criterios al efecto conjugados fueron cada vez más estrictos, hasta el punto de terminar por llevar a la revisión y revocación de acreditaciones inicialmente concedidas, « por la gran sospecha que se tiene destas informaciones [...] enviando esta gente a tierras de cristianos como no sea ningunos de mis reinos y estados »⁽¹⁵³⁾.

A partir de los bandos puede decirse, en suma, que las dicotomías *buen cristiano/hereje* y *fidelidad/prodición* son perfectamente coextensivas y, salvo prueba — si es el caso — en contrario, correlativas a la oposición *cristiano viejo-cristiano nuevo*⁽¹⁵⁴⁾. ¿Es que no cabían grados intermedios entre una y otra calificación? Lejos de ser una mera elucubración, la *differentia inter Haereticos et*

⁽¹⁵³⁾ RC Madrid, 22.III.1611 (DADSON, *Los moriscos*, cit., pp. 942-944). MARTINEZ, *La permanence*, cit., pp. 306-372.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr., en particular, Bando de Don Juan de Mendoza, marqués de San Germán, dictado en Sevilla, 13.II.1610, para publicar la RC Madrid, 9.II.1610, « sobre la declaración del vando que se ha publicado de la expulsión de los moriscos desta Prouincia del Andaluzia y Reyno de Granada », [1] y [2] (Biblioteca de la Universidad de Granada, BHR/A-031-123[34]).

malos Christianos estaba planteada y resuelta: « illi enim falsa credunt, hi autem vera credendo, non vivunt ita ut credunt » (155). Si esto es así, en la lógica de la decisión y en el marco de aquel orden, quienes fueran simplemente malos cristianos resultaron expulsados como infieles a Dios y al rey.

Para calificar la expulsión me parece importante no perder de vista este hecho. Ante la duda, se impuso la expulsión, hasta sobrepasar la misma lógica discursiva que había servido para justificarla: según parece, algunas deportaciones fueron ejecutadas con conciencia de que entre los moriscos obligados a abandonar su patria podían encontrarse efectivamente conversos y no herejes, a los que por esto se franqueó el paso a tierras cristianas (156). Este parece el caso de las postreras expulsiones, decretadas contra toda opinión, que si bien invocan genéricamente contra esos últimos moriscos « las mismas causas que hubo para echar a los demás », les permite ir « a cualesquier partes de cristianos que quisieren aunque sean a reinos de su majestad como sea fuera de los de España » (157).

La cuestión había gravitado durante todo el proceso decisorio y fray Jaime Bleda la planteó expresamente en su *Defensio* de 1610 (158). Por mucho que lo dudase, incluso él tuvo que admitir esta posibilidad, que no pareció suscitarle mayores dificultades: « Sedtamen quamuis inter Moriscos aliqui fideles fuerint eiecti, nihil habet scrupuli ». Aparte la opción de acudir a tierras cristianas que se les concede, su argumento es previsible (« Prudens quidem Chirurgus, quando abscondit brachium, vel aliud membrum emortuum vel morbidum, abscondit quoque aliquid partis viuentis, & sanae, vt curatio secure procedat, & infirmi salus sequatur »), pero no por ello menos significativo y aplicable también, en cuanto que inocentes, a los niños (159).

(ii) Qué hacer con los niños moriscos se vivió como un severísimo problema desde antes del principio hasta después del fi-

(155) Cfr. YAÑEZ PARLADORIO, *Opera*, cit., *Quot. diff., diff.* CVIII, n. 1 (pp. 337-338). También, *ivi*, *Rerum Quot.*, lib. I, cap. XVII, n. 24-25 (p. 54).

(156) Así, expresamente, MARTINEZ, *La permanence*, cit., p. 340.

(157) Bando dictado por el Conde de Salazar en Madrid, 26.X.1613 (JANER, *Condición social*, cit., pp. 446-447). Cfr. DADSON, *Los moriscos*, cit., pp. 343-557; DOMÍNGUEZ ORTIZ, VINCENT, *Historia de los moriscos*, cit., pp. 196 ss.

(158) BLEDA, *Defensio*, cit., tract. IV, cap. VII (p. 549).

(159) *Ivi*, p. 550.

nal ⁽¹⁶⁰⁾. Inicialmente, cuando el expediente de la expulsión comenzó a perfilarse, la opinión que todos los actores expresan, con unos u otros matices, es que los niños debían permanecer, arrebatándolos a sus padres para retenerlos en tierras católicas. Más que mucho se debatió acerca de esto, aunque la solución final vino dictada por razones puramente pragmáticas.

La cuestión de principio estuvo siempre meridianamente clara: por ser los niños bautizados tienen *derecho a la salvación* y por tanto debían ser retenidos en tierra católica para su educación en la fe. Dándolos por herejes y traidores, el problema que pudiera suponer la oposición de los padres tampoco planteaba, según parece, mayores dificultades teóricas: más que « hijos de los moriscos » estos niños y niñas eran « hijos de la sancta iglesia, y de Dios, pues por aver nacido en ella de agua y S. S. ^{to} para el cielo son suios; y por aver sus Padres apostatado de la Fee los perdieron, y fueron privados de la potestad y dominio que tenían en ellos » ⁽¹⁶¹⁾. No faltaron tampoco teólogos para asegurar que llegado el caso era legítimo matar a los padres y a las madres, que resistiéndose a perderlos harían a sus hijos bautizados « grande injuria... en quererselos llevar y impedirles la educacion en la fe a la cual por el baptismo tienen derecho » ⁽¹⁶²⁾.

Frente a los principios y sus corolarios se alinearon las graves dificultades prácticas que para el desarrollo de las operaciones de deportación supondría la resistencia de los padres a perder a sus hijos, y más aún los severos problemas de todo orden que plantearía el mantenimiento y la educación de muchos miles de niños menores de siete o diez años (que son las edades que generalmente se proponen) tras la expulsión ⁽¹⁶³⁾.

Entre ambas posiciones, una de principio y la otra simplemente pragmática, se movió el extenuante debate que precedió al bando de

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. MARTINEZ, *La permanence*, cit., pp. 242-289.

⁽¹⁶¹⁾ Carta de fray Antonio Sobrino al marqués de Caracena, en Valencia, 12.VII.1610 (BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 537-542).

⁽¹⁶²⁾ Según decían en su escalofriante dictamen los teólogos Miguel Salón y Juan Sotelo (BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 529-531: 530).

⁽¹⁶³⁾ Del Patriarca Ribera a Felipe III, 27.VIII.1609 (ivi, II, pp. 522-524); consulta del Consejo de Estado, en Segovia, 1.IX.1609 y carta del rey en consecuencia al arzobispo de Valencia (ivi, II, pp. 524-527).

1609, desenvuelto en términos exquisitamente teológicos y por ende centrado ante todo en la salvación de las almas y no en el bienestar de los cuerpos (164). De hecho, una de las posibilidades repetidamente considerada fue vender a los niños secuestrados como esclavos. En el último momento prevaleció, sin embargo, el sentido práctico y el bando de 22 de septiembre de 1609 dispuso que en Valencia se quedaran los niños y niñas menores de cuatro años « que quisieren quedarse, y sus padres, o curadores (siendo huérfanos) lo tuuieren por bien »; así como todos los menores de seis que fueren hijos de cristiana o cristiano viejos (165).

Con todo, y por distintas razones nacidas principalmente de las dramáticas circunstancias que jalaron el desarrollo de la expulsión en Valencia (secuestros de « piadosos » vecinos, capturas y ventas de desalmados soldados, orfandad), muchos niños moriscos permanecieron allí, ocasionando no pocos conflictos y dificultades, que contribuyeron a terminar de relegar con juntas de teólogos de por medio los principios de partida (166). En Aragón se repitió la misma fórmula que en Valencia y algo similar se dispuso en igual fecha para Cataluña, bien que aquí de forma considerablemente más compleja, determinando la suerte de los niños en función del destino (a tierras de cristianos o no) de sus padres (167). Sin embargo, en los demás territorios los bandos fueron redactados en términos mucho más radicales y decretaron la expulsión junto con los padres de todos sus hijos (168).

(164) Los documentos principales fueron publicados por BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 522-536, casi todos de septiembre de 1609. Cfr. BENÍTEZ, *Heroicas decisiones*, cit., pp. 399-409.

(165) En el primer caso, junto con la madre morisca; pero si fuere morisco, el padre debía ser expelido y los hijos menores de seis quedarían con la madre (BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, 192-193). El acuerdo de la junta de teólogos valenciana (4.IX.1609), en JANER, *Condición social*, cit., doc. CXVII (p. 415).

(166) DOMÍNGUEZ ORTIZ, VINCENT, *Historia de los moriscos*, cit., pp. 180 ss.; MARTINEZ, *La permanence*, cit., pp. 276 ss., también para la cuantificación de los niños que permanecieron y las condiciones de la permanencia.

(167) En particular, se impide a los moriscos que se dirijan a tierras de infieles llevar consigo los niños menores de siete años. Cfr. el bando del virrey, 29.V.1610, en BLEDA, *Defensio*, cit., p. 613; MARTINEZ, *La permanence*, cit., pp. 483-485.

(168) RC Madrid, 9.XII.1609 (BN, ms. 11723, f. 623v). Y para Castilla: RC Aranda, 10.VII.1610: « sin exceptar ninguno » (GIL AYUSO, *Noticia*, pp. 426-428).

Que esta solución fuese — felizmente — pragmática no significa que no tuviese un hondo calado teórico. Defender como defendió fray Luis de Aliaga, confesor real, que « por los delitos passados de los padres cometidos contra el real servicio de V. M.^d pueden ser desterrados y sus hijos con ellos », significaba en su propia lógica dar preferencia a la condición morisca de los niños sobre la de bautizados inocentes en peligro de condenación (169). De ahí que ésta fuera la cuestión más controvertida tras la expulsión. Si damos crédito a Guadalajara, « en lo que toca a los niños inocentes, han descubierto varones graues, razones; que han causado alguna duda, y han tenido perplexos a muchos: porque no auiedo pecado estos niños, parece, que no pudo su Magestad justificadamente desterralos con sus padres » (170). A juzgar por su detallada argumentación *pro-contra* el debate se desarrolló en clave teológica y conjugó distintas variables: desde el poder de los reyes para condenar a los hijos por la culpa de los padres hasta el peligro de contagio herético de los cristianos viejos, pasando por la necesidad y urgencia de la situación. La solución que defiende Guadalajara — atribuyéndola a Suárez — no deja de ser paradójica, porque se fundamenta en la debilidad de la causa invocada para justificar la expulsión: « estando como estauan los hijos de los Moriscos bautizados con buena Fè, no se podía juzgar, sino temerariamente en contrario desta buena Fè, deste, o de aquel padre en particular: porque la general presumpcion que se tiene, de que estos comúnmente son hereges Mahometanos, no basta para hazer vn acto moral, no particular, con que se determine, que este señaladamente es herege, hasta que la Iglesia por sentencia lo determine, y declare ». Así que el rey en sus bandos se limitó a ofrecer a los padres moriscos la posibilidad de dejar a sus hijos menores de siete años para que fuesen criados en la fe del bautismo, desplazando así hacia aquéllos la responsabilidad por la *perdición* de éstos... (171).

(169) Cfr. BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, pp. 596-600: 599.

(170) GUADALAJARA, *Memorable*, cit., cap. XXV, f. 145v; para lo que sigue, caps. XXV-XXVII, ff. 145v-151v.

(171) Ivi, ff. 152r-154r. El argumento se redondea considerando un acto de gran misericordia (divina) la muerte de niños inocentes con ocasión de la expulsión, idea expresada también por AZNAR, *Expulsión*, cit., lib. II, cap. 36, con su tono habitual: « ha sido [...] copioso el fruto desta cosecha para el Cielo, [...] siendo infinitos los niños

Y sin embargo, el mismo patriarca Ribera se había mostrado en privado muy sorprendido de la largueza finalmente empleada en Castilla con respecto a los niños moriscos (« alla lo an arrasado »), para la que no encontraba otra explicación que la existencia de *causas secretas* (172).

4.5.2. *La universitas morisca.*

No es muy difícil imaginar cuáles pudieran ser, en vista de que a finales de 1609 entró en circulación, o al menos entonces se hizo explícito, otro argumento que resultaba sumamente funcional a estos efectos:

« como quiera que cuando algún grave y detestable crimen se comete por algunos de algún Colegio, o Universidad, es razón que el tal Colegio, o Universidad, sea disuelto y aniquilado, y los menores por los mayores, y los unos por los otros sean punidos, y aquellos que pervierten el bueno y honesto vivir de las repúblicas, y de sus ciudades y villas sean hechados de los pueblos, porque su contagio no se pegue a los otros ».

La idea de que los crímenes imputados a los moriscos eran « generales » y como tales debían ser tratados provenía una vez más del tándem — creo que puede decirse así — Ribera-Bleda. Este último había escrito que la *machinatio proditiōnis reipublicae* era por su propia naturaleza delito de universidades o comunidades, que no estaba al alcance de meros particulares (173). Quienesquiera que

baptizados que han muerto », y. « daran a nuestro Señor gracias infinitas por el beneficio, de auerlos librado [...] de la contagion pegajosa de sus padres apestados, que los procurauan peruertir » (f. 136v).

(172) Carta del Patriarca Ribera a fray Antonio Sobrino, remitiéndole copia del bando de expulsión publicado en Castilla (s. f.) (BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, p. 712).

(173) BLEDA, *Defensio*, cit., tract. III, cons. I, § 2: « Haec autem crimina, reipublicae, & generalia sunt: generale enim, & commune est omnibus seruare sectam: generale est execrari Christianos: generale est diligere transmarinos Sarracenos: omnes namque & vnusquisque ipsorum, in quibuscumque occasionibus omnia signa amoris in eos, & odii abominationis in nos, patefaciunt. Refertur autem ad vniuersos, quod publice fit per maiorem partem. Haec vero, quae retuli, & omnia delicta, quae a Morischis fiunt in nostram perniciem, generalia sunt, vt machinatio proditiōnis reipublicae, & reliqua; delicta sunt Vniuersitatis, & Reipublicae non vero particularium solum; vt falso aliqui suadent: non enim est credendum, illos paucos particulars res tam graues, & tanti

viniesen después a redactar el bando no se tomaron mucho trabajo en articular la idea. Por sorprendente que pueda parecer, el párrafo citado y algunos otros que le siguen de los bandos de 1609-1610 para Andalucía y Castilla está literalmente tomado de la Pragmática de 30 de marzo de 1492, « por la cual fueron echados los Iudios del Reyno », según reza la rúbrica de NR 8.2.2 donde fue recogida, que ya habían sido además parafraseados por los mismos Reyes Católicos en las pragmáticas de 1501 y 1502 mediante las que expulsaban a los « moros » del reino de Castilla y León ⁽¹⁷⁴⁾. Parece haber, pues, una suerte de tradición legal e hispana del extrañamiento, que las cédulas sobre moriscos de 1610 llevaron a sus últimas consecuencias.

Universitas es « una figura del discurso que tiende a sugerir con una fórmula sintética la solución de un problema decisivo, el problema de la multiplicidad y de la unidad: los muchos que devienen uno, la unificación de elementos distintos », la « representación de un sujeto colectivo » ⁽¹⁷⁵⁾. Habida cuenta de que los « cristianos nuevos de moros » formaban una colectividad compuesta ora por múltiples comunidades desigualmente repartidas por la geografía peninsular, ora por simples « casas » (familias) dispersas y aisladamente integradas en los espacios institucionalizados de convivencia, su calificación como universidad no puede tener otro sentido que el general de pueblo, gente de un mismo estatus, enseguida veremos con qué específicas consecuencias.

An civitas vel universitas possit delinquere et puniri? Como es sabido, la cuestión fue muy controvertida desde los tiempos de la Glosa, con posiciones fuertemente contrastantes entre civilistas y canonistas y una intervención decisiva de Bartolo, su lectura *super D.* 48, 19, 16, donde fundamentaba la conclusión de que las universi-

momenti tractari fuisse aggressos, inconsultis his, quibus paret totum Regnum: immo constat generali omnium decreto haec ab eis perpetrari: cum nullus ea reuelet, nec reuelauerit hactenus, sed cuncti vnanimi consensu & opinione ea celant, atque pariter denegant rogati, diffitenturque vti consortes eiusdem lubricae, & nunquam tutae fidei, intentionisque deprauatae. Igitur generale debet esse supplicium: praesertim cum sit verisimile, vt ex hactenus dictis constat, eos in posterum pacem Hispaniae turbaturos » (pp. 300-301).

⁽¹⁷⁴⁾ AZNAR, *Expulsión*, cit., f. 112rv, cita y recoge los pasos correspondientes, pero sin vincularlos textualmente con los bandos de expulsión.

⁽¹⁷⁵⁾ COSTA, *Civitas*, cit., I, pp. 9-12 (10-11, para la cita).

dades pueden delinquir y ser penadas, que pasó a ser el texto de referencia en la materia ⁽¹⁷⁶⁾. Para lo que aquí importa, bastará recordar que el supuesto típico o más característico englobaba los crímenes cometidos por la corporación *como* corporación (es decir, aquellos que sus miembros no pueden cometer por sí mismos), que entre estos supuestos cabe — y muchos ejemplos había — el *crimen laesae maiestatis* ⁽¹⁷⁷⁾; y que, aun cuando para imponer pena *tantumquam universitas* se exigen ciertos requisitos de consentimiento por parte de sus miembros: « si esset collegium magnum et difussum, vt est populus, seu aliqua communitas: tunc quia discernere consentientes a non consentientibus esset difficile, tota ciuitas, et tota vniversitas punietur: vt dicta authentica, ítem nulla communitas. & de pac. iura. firman. § primo » ⁽¹⁷⁸⁾.

Aun con reticencias y limitaciones, que no responden más que a la exigencia argumentativa de globalizar todo el debate bajomedieval, así es decididamente sentado aquí por Antonio Gómez, que de acuerdo con Tomás y Valiente es el jurista de referencia en la materia ⁽¹⁷⁹⁾. Con las distinciones y correlaciones establecidas (propiam personam/persona repraesentata; delinquir en sentido propio/en sentido impropio, etc.) Gómez concluye que las universidades pueden delinquir y ser punidas en ciertos supuestos, los fijados por la tradición textual, entre los cuales está el delito « generaliter facti; quia indifferenter & indistincte factum ab ipso consilio & rectoribus civitatis, vel a majori parte, censetur factum a tota civi-

⁽¹⁷⁶⁾ Véase el trabajo clásico de W. ULLMANN, *The Delictal Responsibility of Medieval Corporations* (1948), en ID., *Scholarship and Politics in the Middle Ages. Collected Studies*, London, Variorum Reprints, 1978, XII (pp. 77-96: 85-93). Para los primeros tiempos, P. MICHAUD-QUANTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Âge latin*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1970, pp. 327-339.

⁽¹⁷⁷⁾ *In leg. Aut. facta, § fin. (Nonnunquam) ff. de Poenis (=D. 48, 19, 16)*, que he consultado en *Bartoli Commentaria in Secundam Digesti Novi partem*, [...] Lugduni, 1555, ff. 223r-224r (n. 5-7). Y entre los modernos, p. ej., J. CLARO, *Sententiarum, Liber Quintus*, § Fin. Practica Criminalium, q. XVI, vers. « Vltterius quaero » *ad fin.* (ff. 72v-73r). Para su objeto, SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., pp. 240-241.

⁽¹⁷⁸⁾ BARTOLO, *Commentaria* (D. 48, 19, 16), cit., n. 7.

⁽¹⁷⁹⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Ed. Tecnos, 1969, pp. 302-304.

tate » (180). Y para casos como esos, el punto que aquí interesa está expresamente debatido y resuelto: *Dubium tamen est: Qualiter civitas, vel universitas puniatur?* Aun cuando en rigor sólo cabría en los delitos sancionados con pena pecuniaria, porque una persona ficta no puede ser castigada con pena corporal, hay supuestos excepcionales, que Bartolo dejó bien establecidos:

« Sed resolute dico, quod si delictum est gravissimum & enorme, propter quod unus potest puniri pro alio, ut filius pro patre; ut in crimine laesae majestatis divinae, vel humanae ut *in cap. Statutum, de haereticis, in 6. & in cap. Felicis, de poen. eodem lib. & in leg. Quisquis, § Filii, Cod. Ad leg. Jul. Majestatis*, tunc isto casu bene potest civitas vel universitas criminaliter & capitaliter puniri, ipsam diruendo, & aratro subvertendo; sicut contigit in Carthagine, quae passa est aratrum; quia illa reputatur poena mortis civilis. [...] & licet tunc non culpabiles careant civitate, non est inconveniens; cum sit tale delictum, in quo unus potest puniri pro alio, in privatione bonorum, habitationis, & famae » (181).

Esta es la doctrina que juristas como Azevedo utilizan en Castilla para explicar la pragmática citada de 1492, que ordenó la expulsión de los judíos (182). Y se diría que en efecto fue llevada hasta sus últimas consecuencias por los inspiradores de la expulsión de los moriscos, porque ya sin mayores fundamentos ésta continuó implacable hasta expulsar en 1613 a los sosegados e integrados moriscos del valle de Ricote o a los del Campo de Calatrava.

La calificación de los moriscos como *universitas* a los trágicos efectos penales *tanquam universitas* tiene enormes implicaciones, que no fueron especialmente desarrolladas por la literatura específica, sin otro horizonte que justificar la expulsión. No es que no se

(180) A. GÓMEZ, *Commentariorum, variarumque resolutionum Juiris Civilis, Communis, & Regii*, III, *De delictis*. Edición novísima [...], Madrid, 1794, cap. I, n. 52-54, donde se recogen las *sedes materiae* y principales aportaciones (pp. 30-32; n. 52, p. 30 para la cita).

(181) Ivi, n. 53 (p. 31). Véase también, p. ej., [J.] CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vassallos, en tiempo de paz, y de guerra* [...], Amberes, 1704 (ed. facs., con « Estudio preliminar » de B. GONZÁLEZ ALONSO, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1978), lib. III, cap. VIII, n. 92-94 (II, pp. 139-140).

(182) AZEVEDO, *Commentarii*, cit., NR 8, 2, 2, n. 40-41 (« Es razón que el tal Collegio y Universidad sea disuelto ») (pp. 35-41: 40).

encuentren algunas referencias, como en parte hemos visto, pero éstas no dejan de ser genéricas y poco resolutivas ⁽¹⁸³⁾. Ahora bien, si se considera que el punto clave está en determinar por qué razón los moriscos son una *universitas*, es decir, un sujeto colectivo, toda la historia y la literatura que conduce a la expulsión aportan y construyen una respuesta: la *universitas* morisca se define (porque la relación de pertenencia se establece) a partir de o por la sangre. Y es esto más que cualquier otra cosa lo que se expulsa en 1609-1614: un linaje, un pueblo, no unos herejes o unos traidores.

5. *Consideración final.*

Animados por la búsqueda de un *por qué*, algunos historiadores debaten cuál de entre los elementos religioso y político que se hicieron valer fue a la postre determinante de la decisión, yo diría que con mayoritaria preferencia por este último. Creo, sin embargo, que así planteadas éstas no son las preguntas relevantes para el caso y no sólo porque los planos religioso y político en una Monarquía constitutivamente católica son sin más indisolubles. También porque las razones para actuar de igual manera de unos y otros no tienen por qué haber sido las mismas. A mi juicio, las preguntas significativas — aquellas que indagan en el significado del acontecimiento — giran en torno al *cómo* de la decisión y afectan a dos extremos principales: *quién actúa* y *contra quién actúa*.

La expulsión es decidida no por el rey-*juez*, sino por el rey-*padre de la patria*, figuras que respectivamente encarnan sus potestades jurisdiccional y política y económica y se alinean — permítaseme la simplificación — con las finalidades de punición y prevención. Todo el discurso sobre el *peligro* morisco, tanto por la herejía que enciende la ira divina como por sus prodiciones terrenales, sirve para legitimar una actuación del rey en conciencia mediante el ejercicio de su potestad económica para la conservación y seguridad del reino, no para el castigo conforme derecho de unos crímenes. Esto último es precisamente lo que se descarta en beneficio de la expulsión, del destierro, de la erradicación de «lo morisco». Desde

⁽¹⁸³⁾ Aparte las ya citadas de BLEDA, y en igual sentido, AZNAR, *Expulsión*, cit. (f. 108v).

luego, la voluntad de erradicación es absoluta, no sólo de los territorios de la Monarquía, sino también y aun antes del orden que los envuelve, hasta el punto de que, una vez transcurridos los plazos fijados por los bandos de expulsión, los moriscos *desmandados* podían ser libremente capturados, desvalijados e incluso muertos por quienquiera que les hallase ⁽¹⁸⁴⁾.

Provisto de este instrumental, el rey actúa contra una colectividad definida por la sangre y la religión (*moros* bautizados), que respectivamente los separa de y los vincula a los restantes súbditos del rey. Para el caso de la expulsión, ambos elementos están jerarquizados y la religión parece prevalecer sobre el linaje, como el juego de inclusiones/exclusiones fijado por los bandos evidencia. Se diría que en la lógica que anima inicialmente la expulsión quedan eximidos los que ya-no-son y los que todavía-no-son moriscos (los moriscos a desterrar), es decir, los asimilados y los asimilables: buenos cristianos y niños, aunque aquellos tremendos católicos fueron final y felizmente inconsecuentes en punto a la infancia.

Los moriscos se definen por su pertenencia a esta comunidad de linaje y religión, y es de ella, de los moriscos como colectividad, de la universidad o pueblo morisco, de la que se predicen unos comportamientos que legitiman la expulsión. Bajo sus nombres jurídicos, todos ellos se sostienen en la idea de la *infidelidad*, que entraña una ruptura con aquella « liturgia de la obediencia » de la que habló Sbriccoli y a tenor de las correlaciones culturalmente establecidas hace de sus miembros *enemigos*: enemigos de Dios y del rey y de la república. Para el caso, en aquel mundo de múltiples relaciones de pertenencia, enemigos son aquellos que anteponen cualquier otra al vínculo que los somete a Dios y al rey. Por eso los bandos acusan que a lo largo del tiempo ningún morisco denunciara a los conspiradores y maquinadores, esto es, que todos antepusieran su condición de moriscos a la de súbditos del rey. Es esta relación preferente de pertenencia — esta solida-

⁽¹⁸⁴⁾ Bando de Valencia, 22.IX.1609, n. 2 (BORONAT, *Los moriscos*, cit., II, p. 191; véase además el atroz bando del marqués de Caracena, virrey de Valencia, de 25.V.1611: *ivi*, pp. 272-273). Otro tanto se dispuso en los respectivos bandos para Cataluña y para Aragón.

ridad, si se quiere: « todos son uno » — la que en el discurso de la expulsión define a la universidad morisca con la nota de infidelidad.

Tanto por la figura que adopta el rey, como por la forma como se representa a la colectividad morisca, las razones esgrimidas por aquél para actuar sobre ésta pasan a un segundo plano y en cierto modo se difuminan: primero, porque la decisión se adopta en conciencia y sin otro referente normativo que la deontología católica del buen reinar; y segundo, porque se impone — es impuesta — la lógica de la responsabilidad colectiva. Dicho en otros términos, el rey no expulsa a 300.000 herejes-traidores, sino a un pueblo que por su predicada infidelidad (a Dios y al rey) éste presenta en conciencia como enemigo y en tal concepto peligroso para la conservación y seguridad de la Monarquía. En la medida que permite castigar a todos por unos, ésta es, obviamente, la función que cumple el recurso a la universidad o colegio. Como he tratado de mostrar, a medida que avanzó el proceso de expulsión el centro de gravedad fue desplazándose más y más desde el comportamiento que se predicaba de los moriscos, su manera de *estar* en la Monarquía, hasta su forma de *ser* colectiva. Así es al menos como mejor pueden explicarse desde sus propios presupuestos las restricciones cada vez mayores para permanecer (en concepto de buen cristiano) y la laxitud que se impone en relación con los niños (para permitirles salir). A lo que parece, el proceso de expulsión desencadenó en sus artífices una dinámica expansiva tendente a ampliar el círculo de expulsados hasta hacerlo virtualmente coextensivo con el pueblo morisco (recuérdense las últimas expulsiones decretadas). Cualesquiera que sean, las causas han de depender de la condición étnico-religiosa definitoria de la *universitas* morisca, pero se trataba de erradicar a ésta como tal, como marco de convivencia y espacio de pertenencia (siquiera ideal). Las más de las intervenciones que tuvieron lugar a propósito del secuestro de los niños — sobre la edad, acerca de su dispersión — indican que la preocupación principal era que pudieran reconstruir de adultos una relación racial de pertenencia en el interior, que renacieran como enemigos domésticos. La expulsión sirvió para *devolver* a los enemigos alojados en el interior — la raza enemiga, la antireligión — al exterior. Se trataba

de acabar, como muy gráficamente se ha dicho, con el *internal Orient*, es decir, con los rastros de estirpe semítica ⁽¹⁸⁵⁾.

Fue esta finalidad, y no los medios dispuestos para alcanzarla, lo que quedó de la expulsión ⁽¹⁸⁶⁾. Una rápida encuesta entre los juristas — o no juristas — que publicaron en los años inmediatamente posteriores a la expulsión y dijeron algo de ésta arroja un balance pobre, pero significativo. Ninguna alusión a la problemática jurídica que plantea la expulsión: todo lo contrario, como por lo demás era previsible, absoluta adhesión y cerradas alabanzas a la decisión del rey católico ⁽¹⁸⁷⁾. Desde Italia, Paschalis recordaba la « inueterata perfidia, & infidelitas » de los moriscos y ensalzaba al religiosísimo Felipe III, « ad purganda eius fidelissima Regna ab illa intestina peste » ⁽¹⁸⁸⁾. En Aragón, Calixto Ramírez apelaba a la experiencia para recordar: « eos nec Deo, nec Regi fidelitatem promissam seruare », y celebrar — con un característico ritmo binario — la « christianis fidelibus restituta »: « *cum nulla pars fideli cum infideli, nec sacrum et prophanum simul in eodem thuribulo ignem offerri Deus permitit ac Isaac cum Ismaele habitare* ». Cancelada mediante la expulsión esta anomalía, Ramírez celebra encontrarse en una España heroicamente « ab omni haeresis macula mundas », consumando y perfeccionando la obra iniciada con la

⁽¹⁸⁵⁾ A. STOLL, *Segregation, Migration and Recuperation of the Orient in Mediterranean Europe during the First Modernity. The Case of Semitic Spain*, en *Finding Europe. Discourses on Margins, Communities, Images ca. 13th. — ca. 18th centuries*. Ed. By A. MOLHO and D. R. CURTO, New York, Berghahn Books, 2007, pp. 55-88: 56.

⁽¹⁸⁶⁾ Llamo la atención, al propósito, sobre NR 8.2.22 (« Por la qual fueron echados los Moriscos del Reyno. Las causas que para ello huuo, y medio que se tuuo en su execucion »), que está formada a partir — pero no coincide con ninguna — de las disposiciones que decretaron las expulsiones, cargando el acento especialmente sobre la doble infidelidad de los moriscos.

⁽¹⁸⁷⁾ Por ejemplo: A. de VILLADIEGO VASCUÑANA y MONTOYA, *Instruccion politica y practica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno* [...], Madrid, 1720, cap. V, § 26 (ad NR 8.2.2), n. 7 (p. 226). Entre quienes levantaron acta del suceso: B. ALDRETE, *Varias antigvedades de España Africa y otras provincias*, Amberes, 1614, lib. IV, cap. XVIII, p. 570; A. SÁNCHEZ, *De rebus Hispaniae anacephalaeosis libri septem. A condita Hispania ad annum 1633*, Compluti, 1634, lib. VII, cap. XI (p. 390).

⁽¹⁸⁸⁾ Ph. PASCHALI CONSENTINO, *Tractatus amplissimus de viribus patriae potestatis quatvor in libros distinctvs*, Lugduni, 1619, pte. I, cap. VII, n. 15: (pp. 150-151; con reproducción de un par de disposiciones: pp. 153-158).

expulsión de los judíos: « cum sub vno Principe, vna tantum debeat esse religio, vt vna est anima in corpore vno, cum religio formae vices gerat, & viuificet, detque esse Reipublicae, & sit humanae societas vinculum, & per eam in Deum, omnium nostrum vltimum finem tendimus » (189). Como otros antes, tiempo después, Solórzano Pereira, analizando la justicia de expulsiones varias por razón de fe que en la historia han sido, convalidaba sin la menor duda la más tremenda, que era ésta: « Estque adeo potens praedicta status et religionis tuendae ratio, ut non solum iudaeos et infideles subditos non baptizatos expellere liceat, verum etiam baptizatos, si de illorum moribus, perfidia aut prodicione aliqua incommoda vel pericula christianis immineant ». Todo su discurso viene quintaesenciado en la sentencia de Séneca que recoge y ensalza: « Salutare est non conversari dissimilibus » (190). Y por doquiera, interpretaciones en clave providencialista, que esperaban dones celestiales de la católica acción real para « purgar la España, de todo punto, de tan incorregible y vil canalla » (191).

Por supuesto, siempre implícitamente, a menudo de manera violentamente explícita y exacerbado hasta el delirio en las obras de algunos « apologistas », el discurso de la expulsión es un discurso « racista », al modo ontológicamente religioso como se concebían entonces las razas, por mucho que las invocaciones a la pureza de la sangre y a la importancia de la « leche mamada » u otros elementos « naturales » pudieran sugerir otra cosa: en el principio, medio y fin de la raza siempre está la religión (192).

(189) P. Calixto RAMÍREZ, *Analyticvs Tractatvs de Lege Regia, qua, in principes suprema & absoluta potestas translata fuit: cum quadam corporis politici ad instar phisici, capitiv, & membrorum connexione*, Caesaravgvstae, 1616, § 32, n. 11-13 (pp. 349-350).

(190) SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum iure*, lib. II, cap. 19, *passim*, y n 91-93 sobre la expulsión de los moriscos (pp. 162-203: 202-203). También, P. SALAZAR DE MENDOZA, *El origen de las dignidades seglares de Castilla y León [...]*, Madrid, 1794 (ed. facs., con « Estudio preliminar » de E. SORIA MESA, Granada, 1998), lib. IV, cap. V, § 6 (pp. 456-459: 457).

(191) Así, Fr. J. MÁRQUEZ, *El gobernador christiano. Dedvdo de las vidas de Moysen y Iosve, Principes del Pueblo de Dios*, Pamplona, 1615, lib. I, cap. II, p. 16; Fr. J. DE SALAZAR, *Política española (1619)*. Edición, estudio preliminar y notas de M. HERRERO GARCÍA, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997², pr. II, § 2 y pr. III, § 5, de donde tomo la cita (pp. 45-46, 70-71).

(192) CARO BAROJA, *Las formas complejas*, cit., pp. 489 ss.

Esto no significa que la expulsión de los moriscos pueda considerarse — como se ha llegado a considerar — un caso de « racismo de Estado », impensable en aquel universo corporativo por la inexistencia de individuos (atomizados y por tanto biológicamente clasificables) y de Estado (como entidad totalitaria) (193). Pero sí puede hablarse, como en forma muy afortunada ha hecho Vázquez García, de un *racismo de estado*, que obedece a la lógica excluyente de la « lucha de razas » teorizada por Foucault (194). Por eso aquí no importa tanto la expulsión del morisco-individuo (entiéndase, definido por el linaje) cuanto la erradicación del morisco-pueblo, del pueblo morisco como tal. Cuando a comienzos de 1614 el Conde de Salazar informaba al rey de que la expulsión había concluido « en toda España, sin que aya parte donde quede nadie con nombre de Morisco », no decía otra cosa: claro que permanecieron de uno u otro modo muchos « cristianos nuevos de moros », pero ya no pertenecían a ninguna colectividad o pueblo llamado morisco (195).

(193) Para lo uno y para lo otro, respectivamente: ZAYAS, *Los moriscos y el racismo de Estado*, cit. pp. 13 ss.; L. DUMONT, “*La maladie totalitaire*”. *Individualisme et racisme chez Adolf Hitler*, en ID., *Essais sur l’individualisme. Une perspective anthropologique sur l’idéologie moderne*, Paris, Éd. du Seuil, 1983, pp. 152-189. Sigo para todo esto a VÁZQUEZ GARCÍA, *La invención del racismo*, cit., pp. 110-120.

(194) M. FOUCAULT, *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France (1975-1976)*, Madrid, Akal, 2003 (ed. orig. francesa, 1997), *maxime* pp. 61-87; VÁZQUEZ GARCÍA, *La invención del racismo*, cit., pp. 112-113.

(195) Carta del Conde de Salazar al rey, Madrid, 25.I.1614 (LAPEYRE, *Geografía*, cit., p. 328). Cfr. MARTINEZ, *La permanence*, cit., pp. 468-469.

MICHELE LUMINATI

GLI ANABATTISTI:
I NEMICI 'GIURATI' DELLA CHIESA E DELLO STATO

1. Il percorso dell'anabattismo tra esclusione e autoesclusione. — 2. La Riforma e i suoi nemici interni. — 3. Gli inizi dell'anabattismo e la questione del giuramento. — 4. La centralità del giuramento nella lotta agli anabattisti. — 5. Il processo contro Felix Manz e Jörg Blaurock. — 6. La Confessione di Schleithem: l'autoesclusione definitiva. — 7. Sperggiuri, rivoltosi, eretici. — 8. La centralità del giuramento e l'eredità anabattista. — 9. Un inaspettato epilogo.

1. *Il percorso dell'anabattismo tra esclusione e autoesclusione.*

L'anabattismo nasce negli anni venti del 16. secolo nel contesto della Riforma protestante. In questo movimento a più voci si sovrappongono devozione popolare, critica di stampo umanistico nei confronti della situazione socio-politica e atteggiamenti anticlericali ⁽¹⁾. Gli anabattisti si muovono inizialmente all'interno del movimento riformato, ma ben presto prendono le distanze dalle posizioni dei grandi riformatori Lutero e Zwingli e in parte si avvicinano alle richieste radicali formulate da Thomas Müntzer o da Andreas Karlstad ⁽²⁾.

I tratti comuni principali dell'anabattismo sono il rifiuto del battesimo infantile e la libertà dell'ingresso nella comunità della

⁽¹⁾ Per una visione d'insieme cfr. J. H. YODER, *Die Gespräche zwischen Täufern und Reformatoren, 1523-1538. Täuferium und Reformation in der Schweiz*, Karlsruhe, H. Schneider, 1962; *Umstrittenes Täuferium 1525-1975*, a cura di H.-J. Goertz, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1977²; H.-J. GOERTZ, *Die Täufer. Geschichte und Deutung*, München, C.H. Beck, 1980; U. GASTALDI, *Storia dell'anabattismo dalle origini a Münster (1525-1535)*, Torino, Claudiana, ristampa aggiornata, 1992.

⁽²⁾ Sui rapporti tra Müntzer, Karlstad e l'anabattismo svizzero cfr. A. STRUBIND, *Eifriger als Zwingli. Die frühe Täuferbewegung in der Schweiz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 204 ss.

chiesa attraverso il battesimo in età adulta e dunque la concezione di una chiesa libera, senza clero e votata al martirio ⁽³⁾. A partire da questi concetti si formano poi almeno tre grandi gruppi: i Fratelli svizzeri, presenti nella vecchia Confederazione Elvetica, in Alsazia e nella Germania meridionale, i Mennoniti nei Paesi Bassi e gli Hutteriti in Moldavia.

Gli inizi dell'anabattismo si possono individuare nelle zone meridionali dell'Impero e in particolare in territorio elvetico ⁽⁴⁾. A partire dal 1523 si forma a Zurigo una cerchia di ex-allievi e amici di Zwingli che rifiutano non solo il battesimo infantile ma anche la messa ufficiale, il servizio militare e la prestazione del giuramento e chiedono dunque una netta separazione tra Chiesa e Stato. L'atteggiamento radicale degli anabattisti, che considerano il mondo come corrotto e corruttore e dunque tendono a separarsene, entra in netto contrasto non solo con la riforma portata avanti da Zwingli e con la sua strategia moderata di coinvolgimento dello Stato, ma anche con il concetto vigente del potere secolare e porta, una volta falliti i tentativi di ricondurre gli anabattisti alla Chiesa ufficiale attraverso dispute teologiche, alla radicale persecuzione del movimento: incarcerazione, esilio ed esecuzione capitale caratterizzeranno fino al Seicento la lotta contro di loro.

Si assiste dunque da un lato ad un progressivo processo di esclusione degli anabattisti, considerati sia nemici della Chiesa (vecchia e nuova) come pure del potere secolare e dunque pericolosi per la società intera, dall'altro ad un processo di autoesclusione « in cui cioè l'esilio e la ghettizzazione vengono definiti anche dagli stessi interessati come il destino voluto o comunque liberamente scelto » ⁽⁵⁾. In questo

⁽³⁾ Sugli aspetti più propriamente teologici dell'anabattismo si vedano in particolare U. GASTALDI, L. SANTINI, E. CAMPI, *Il dibattito su anabattismo e riforma. Chiesa e potere. Relazioni presentate all'incontro di studio organizzato dalla Federazione delle Chiese evangeliche in Italia, Torre Pellice 17-19 agosto 1972*, Torino, Claudiana 1973, in part. pp. 7 ss.; U. GASTALDI, *Storia*, cit., pp. 94 ss.; A. STRUBIND, *Eifriger*, cit., pp. 255 ss..

⁽⁴⁾ Cfr. U. GASTALDI, *Storia*, cit., pp. 37 ss., anche sulle presunte origini del movimento in Sassonia, ormai chiaramente confutate; *Die Zürcher Täufer 1525-1700*, a cura di U. B. Leu e C. Scheidegger, Zürich, Theologischer Verlag 2007. Sui differenti approcci storiografici cfr. A. STRÜBIND, *Eifriger*, cit., pp. 19 ss. Questa autrice, ivi, p. 17, propone di parlare di « Prototäufer » in relazione a questa prima fase.

⁽⁵⁾ A. HAHN, *Approcci teorici a inclusione e esclusione*, in *Processi di inclusione ed*

lavoro vorrei analizzare in particolare le argomentazioni e gli strumenti impiegati nella lotta contro gli anabattisti nella fase iniziale del movimento, e dunque nel contesto elvetico, al fine di ricostruire il processo che porta all'esclusione e all'autoesclusione. Si tratta di vicende indubbiamente 'locali' ma che, da un punto di vista storico-giuridico, mi sembrano emblematiche in merito all'uso del diritto nei confronti dei nemici interni e al rapporto Chiesa-Stato in una fase di generale transizione.

Se da un lato si può affermare che già nel Medioevo « la religione anticipa, nella società stratificata, le condizioni moderne dell'inclusione e dell'esclusione, nel senso che rappresenta essa stessa un prototipo di sistema divenuto autonomo mediante differenziazione funzionale » (6), e dunque perseguita i suoi nemici e procede all'esclusione secondo propri modelli (in particolare basandosi sul delitto dell'eresia), dall'altro lato, nel contesto della Riforma e della lotta all'anabattismo, la religione non può fare a meno di legarsi strettamente al potere secolare e di ricorrere ai suoi strumenti giuridici per sconfiggere il nuovo nemico. Partendo dalla fondamentale opera di Paolo Prodi sul giuramento (7) e dagli studi, finora

esclusione: identità ed emarginazione, a cura di C. Bohn e A. Hahn (=Annali di Sociologia / Soziologisches Jahrbuch 16, 2002/03), Milano / Berlino, Franco Angeli / Duncker & Humblot, 2006, p. 91.

(6) C. BOHN, *Figure di inclusione ed esclusione*, in *Processi di inclusione ed esclusione: identità ed emarginazione*, a cura di C. Bohn e A. Hahn (=Annali di Sociologia / Soziologisches Jahrbuch 16, 2002/03), Milano / Berlino, Franco Angeli / Duncker & Humblot, 2006, p.164. Si veda nello stesso volume anche l'articolo di P. VON MOOS, *Dall'individuo costituito mediante inclusione all'individuo costituito mediante esclusione*, ivi, pp. 266 ss. In merito a questo approccio, negli ultimi tempi ampiamente discusso in ambito sociologico, cfr. inoltre R. STICHWEH, *Inklusion und Exklusion. Studien zur Gesellschaftstheorie*, Bielefeld, transcript, 2005; C. BOHN, *Inklusion, Exklusion und die Person*, Konstanz, UVK, 2006 e da ultimo *Inklusion Exklusion: Rhetorik - Körper - Macht*, a cura di S. Farzin et al., in « Soziale Systeme », XIV, 2008, Nr. 2.

(7) P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, Il Mulino, 1992 (trad. tedesca: ID., *Das Sakrament der Herrschaft: der politische Eid in der Verfassungsgeschichte des Okzidents*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997). Si vedano anche ID., *Der Eid in der europäischen Verfassungsgeschichte*, München, Oldenbourg, 1992; *Glaube und Eid. Treueformeln, Glaubensbekenntnisse und Sozialdisziplinierung zwischen Mittelalter und Neuzeit*, a cura di P. Prodi, München, Oldenbourg, 1993.

poco conosciuti, di Edmund Pries (8), l'ipotesi che qui propongo è quella della centralità del giuramento e delle sanzioni penali previste per la sua violazione nella repressione dell'anabattismo (9).

2. *La Riforma e i suoi nemici interni.*

La persecuzione degli anabattisti da parte dei riformatori presuppone un chiarimento interno in merito all'ortodossia e la definizione di una strategia di lotta contro coloro che mantengono posizioni diverse. In rapporto ai lunghi processi che portano alla formulazione definitiva delle varie professioni di fede protestanti sorprende la rapidità e la radicalità con le quali si giunge all'esclusione e all'annientamento degli anabattisti. Uno dei presupposti di questo sviluppo è, perlomeno a Zurigo, la stretta connessione, operata da Zwingli fin dall'inizio, tra Riforma e potere temporale (10). Ciò significa che il Consiglio cittadino zurighese trasforma quanto fissato nel corso delle varie dispute teologiche in norme giuridiche e ne pretende l'osservazione, pena la comminazione delle sanzioni previste. Così, ad esempio, già nell'estate del 1524 il Consiglio dichiara obbligatorio il battesimo infantile, minacciando multe ai genitori riluttanti (11).

Nel contempo le questioni sollevate dai primi anabattisti non riguardano solamente problemi strettamente teologici, ma anche

(8) E. PRIES, *The Historical Context of Anabaptist Oath Refusal in Zurich: 1525-1532*, Waterloo 1988; ID., *Oath Refusal in Zurich from 1525 to 1527*, in *Anabaptism Revisited*, a cura di W. Klaassen, Scottsdale, Herald Press 1992, pp. 65 ss.; ID., *Anabaptist Oath Refusal: Basel, Bern and Strasbourg, 1525-1538*, Waterloo 1995. Sugli aspetti giuridici della persecuzione cfr. anche H. W. Schraepfer, *Die rechtliche Behandlung der Täufer in der Deutschen Schweiz, Südwestdeutschland und Hessen 1525-1618*, Tübingen, Ekkehart Fabian Verlag, 1957.

(9) Per un primo approccio rinvio a M. LUMINATI, *Eidgenossenschaft und Eid in der Frühen Neuzeit*, in *Das Recht im kulturgeschichtlichen Wandel. Festschrift für Karl Heinz Burmeister zur Emeritierung*, a cura di B. Marquardt e A. Niederstätter, Konstanz, UVK, 2003, pp. 89 ss.

(10) Cfr. in merito, con rinvio alla copiosa letteratura, U. B. LEU, *Huldrych Zwingli und die Täufer*, in *Die Zürcher Täufer 1525-1700*, a cura di U. B. Leu e C. Scheidegger, Zürich, Theologischer Verlag, 2007, pp. 15 ss.

(11) *Quellen zur Geschichte der Täufer in der Schweiz*, vol. 1: Zürich, a cura di L. von Muralt e W. Schmid, Zürich, Hirzel, 1952 (cit. in seguito con la sigla: QGTS I), Nr. 12.

l'atteggiamento 'pacifista' nei confronti del potere temporale. Questo atteggiamento, che si manifesterà tra l'altro attraverso il rifiuto del giuramento, facilita in un certo senso la condanna e le persecuzioni, dato che tocca direttamente la sfera politica e le basi dell'ordinamento permettendo ai riformatori e alle autorità secolari di formulare l'equazione anabattisti = ribelli.

Questo ragionamento caratterizza il modo in cui Martin Lutero affronta il problema dell'anabattismo, da lui valutato principalmente sullo sfondo della Guerra dei Contadini e dei concetti apocalittici professati da Thomas Müntzer e da Hans Hut ⁽¹²⁾. Per Lutero ogni forma di teologia intenzionata a trasformare, anche minimamente, lo status quo politico-giuridico è da considerarsi alla stregua di un'insurrezione. Una condanna degli anabattisti in quanto eretici non è per lui accettabile, considerando la sua dottrina dei « due reggimenti » che lo porta a rifiutare i tradizionali processi inquisitori come pure i modi in cui i principi cattolici e l'imperatore procedono contro gli anabattisti. Se l'eresia per Lutero rimane un'elemento positivo che « rientra negli strumenti usati da Dio per ammonire e stimolare i veri credenti » ⁽¹³⁾, e dunque non si può condannare e tantomeno giustiziare nessuno semplicemente a causa della sua fede, allora le motivazioni che lo portano a condannare il movimento vanno ricercate altrove.

Lutero giustifica l'intervento del potere secolare contro gli anabattisti da un lato con il fatto che i predicatori anabattisti agivano di nascosto e mettevano in pericolo la pace pubblica ⁽¹⁴⁾, dall'altro in quanto erano da considerarsi nemici dell'autorità secolare e dunque rivoluzionari. E ciò non solo quando ci si trovava di fronte a veri e propri atti sediziosi, ma anche nei confronti di chi professava apertamente opinioni che esprimevano la volontà di trasformare gli ordinamenti vigenti e dunque potevano venir considerate come preparatorie ai fini di una ribellione. Soprattutto il rifiuto dell'uso delle armi e di ogni forma di violenza, il rifiuto del giuramento e di assumere cariche pubbliche avrebbero portato, sempre secondo Lutero, al-

⁽¹²⁾ Cfr. in merito soprattutto G. SEEBASS, *Die Reformation und ihre Aussenseiter. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1997, pp. 267 ss.. Numerose riflessioni anche in U. GASTALDI, *Storia*, cit., pp. 438 ss.

⁽¹³⁾ U. GASTALDI, *Storia*, cit. p. 439.

⁽¹⁴⁾ Cfr. G. SEEBASS, *Die Reformation*, cit., pp. 271 ss.

l'abolizione degli ordinamenti voluti da Dio a tutela del mondo (15).

Ma anche nei confronti di quegli anabattisti, i cui comportamenti non minacciavano apertamente l'ordine costituito, Lutero invita le autorità alla persecuzione, in quanto sono da considerarsi come « un pubblico bestemmiatore soggetto alle punizioni temporali » (16). La punizione della blasfemia apparteneva secondo Lutero alla sfera temporale, dato che non sanzionava la fede dell'individuo ma la sua espressione e divulgazione, e perciò proteggeva i sudditi dalla tentazione e dall'ira divina (17).

In quanto alle pene Lutero consiglia alle autorità di condannare solamente coloro che non erano disposti ad abiurare, esiliandoli oppure tenendoli in prigione o comminando pene corporali. Dopo il 1528, anche se più cautamente di Melantone (18), Lutero chiede la pena di morte per propagandisti e recidivi come pure per coloro che professano dottrine sediziose.

Se torniamo ora a Zurigo, possiamo osservare come già alla fine del 1524 Zwingli, in un opuscolo sui responsabili degli attuali tumulti, consideri il gruppetto di contestatori del battesimo dei bambini una delle cause delle tensioni, anche se non la più importante (19). È comunque sintomatico che già in questa fase Zwingli parte dal concetto di sedizione (« *Aufrubr* ») per inquadrare l'opposizione anabattista.

(15) Ivi, p. 275.

(16) Cit. in U. GASTALDI, *Storia*, cit., p. 440; cfr. anche G. SEEBASS, *Die Reformation*, cit., p. 276 s.

(17) Sulla blasfemia nella prima età moderna e sul suo rapporto con il giuramento cfr. le interessanti osservazioni di P. PRODI, *Il sacramento*, cit., pp. 384 ss.; H. R. SCHMIDT, *Die Ächtung des Fluchens durch reformierte Sittengerichte*, in: *Der Fluch und der Eid*, a cura di P. Blickle, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 65 ss.; A. HOLENSTEIN, *Seelenheil und Untertanenpflicht. Zur gesellschaftlichen Funktion und theoretischen Begründung des Eides in der ständischen Gesellschaft*, in *Der Fluch und der Eid*, cit., pp. 52 ss.. Sulla blasfemia in generale cfr. G. SCHWERHOFF, *Zungen wie Schwerter. Blasphemie in alteuropäischen Gesellschaften 1200-1650*, Konstanz, UVK, 2005.

(18) Sulle differenze tra i due cfr. U. GASTALDI, *Storia*, cit., pp. 441 ss., con un giudizio più severo nei confronti di Lutero rispetto alle valutazioni di G. SEEBASS, *Die Reformation*, cit., pp. 278 ss.. Sugli atteggiamenti degli altri teologi riformati e in particolare sulla contrarietà di Johannes Brenz alle persecuzioni degli anabattisti cfr. U. GASTALDI, *Storia*, cit., pp. 404 ss. e G. SEEBASS, *Die Reformation*, cit., pp. 283 ss.

(19) U. GASTALDI, *Storia*, cit., p. 99s; U.B. LEU, *Zwingli*, cit., p. 32 s.

Accusandoli inoltre di aver introdotto il battesimo degli adulti senza il permesso del Consiglio e di formare una chiesa separata, Zwingli sottolinea implicitamente che lo « *ius reformandi* » non appartiene ai singoli credenti, ma è una prerogativa dell'autorità secolare che legittima le riforme discusse nelle dispute pubbliche (20). Anche in questo senso gli anabattisti appaiono come sediziosi e irrispettosi nei confronti dell'autorità costituita.

Nel maggio 1525 Zwingli pubblica un nuovo trattato dedicato completamente alla questione del battesimo, al quale faranno seguito altre confutazioni che vanno in parallelo con l'inasprimento delle misure repressive decise dal Consiglio civico (21). Se da un lato Zwingli si preoccupa del destino dei suoi vecchi compagni e interviene in loro favore, dall'altro sostiene la repressione e pretende che l'autorità secolare, una volta stabilito che non ci siano possibilità di conversione, proceda contro chi provoca pubblico scandalo e potrebbe essere dannoso per la comunità « legandogli una mola al collo e immergendolo nel mare » (22).

La strategia argomentativa di Zwingli non si discosta di molto da quella di Lutero e persegue l'obiettivo di configurare gli anabattisti come nemici dello stato. Oltretutto i due riformatori temono che le posizioni radicali mettano in pericolo il successo della Riforma e dunque vedono nel rifiuto e nella repressione di tendenze considerate eversive nei confronti dell'ordine costituito l'unico strumento per fugare i timori di ribellioni e convincere i detentori del potere secolare a seguirli (23). Per Zwingli in particolare, il movimento radicale mette a repentaglio il suo progetto di una riforma che coinvolga tutti i cantoni elvetici. In tutto questo la questione del giuramento diventa lo strumento principale sia per poter procedere all'esclusione sia in relazione all'autoesclusione degli anabattisti.

(20) A. STRUBIND, *Eifriger*, cit., p. 423.

(21) U.B. LEU, *Zwingli*, cit., pp. 43 ss.

(22) Cit. *ivi*, p. 49. In merito al proseguimento della persecuzione degli anabattisti dopo la morte di Zwingli e sotto la direzione di Heinrich Bullinger, cfr. U. GASTALDI, *Storia*, cit., pp. 114 ss. ed ora C. SCHEIDEGGER, *Täufer, Konfession und Staat zur Zeit Heinrich Bullingers*, in *Die Zürcher Täufer 1525-1700*, a cura di U. B. Leu e C. Scheidegger, Zürich, Theologischer Verlag 2007, pp. 67 ss.

(23) In questo senso già U. GASTALDI, *Storia*, cit., p. 76 ed ora A. STRUBIND, *Eifriger*, cit., p. 309.

3. *Gli inizi dell'anabattismo e la questione del giuramento.*

All'interno del primordiale gruppo anabattista formatosi a Zurigo la questione del giuramento rappresenta sin dall'inizio uno dei punti centrali del conflitto con i riformatori e con l'autorità secolare. Il rifiuto del giuramento poteva ricondursi ad una lunga tradizione di critica a questo strumento, le cui vicende sono state magistralmente ricostruite da Paolo Prodi (24). In particolare proprio nella fase di passaggio dal Medioevo alla prima età moderna e in rapporto all'enorme diffusione dei giuramenti venne formulata una critica radicale. Preoccupati per la salvezza del singolo individuo, molti umanisti, fra i quali spicca Erasmo da Rotterdam, e i fautori di una nuova spiritualità lottavano contro la foresta di giuramenti e atti promissori, che implicava sempre il pericolo dello spergiuro e dunque la conseguente dannazione eterna (25). Gli anabattisti si muovono dunque all'interno di una tradizione plurisecolare del rifiuto del giuramento che però viene da loro radicalizzata.

Già in una lettera del 5 settembre 1524, indirizzata a Thomas Müntzer, i dirigenti del gruppo radicale di Zurigo sottolineano il loro atteggiamento di rifiuto nei confronti dell'autorità secolare e dell'uso della violenza: « Il Vangelo e i suoi seguaci non vanno difesi con la spada e nemmeno essi devono difendere se stessi in questo modo; questo, come abbiamo appreso da nostro fratello, è ciò che tu pensi e osservi. I cristiani veramente credenti sono delle pecore in mezzo ai lupi. [...]. Non fanno uso né della spada mondana né della guerra » (26). Anche se in questo frangente non si parla in modo esplicito del giuramento, i primi rifiuti seguiranno di lì a poco.

In sèguito all'inasprimento delle tensioni tra il nuovo movimento e le autorità locali, agli inizi del 1525 si registrano a Zurigo i

(24) P. PRODI, *Il sacramento*, cit., pp. 339 ss.

(25) Per quanto riguarda l'atteggiamento dei riformatori nei confronti del giuramento cfr. *ivi*, pp. 296 ss.

(26) Trattandosi di fonti tedesche di non facile comprensione, mi permetto di tradurle, fornendo comunque l'originale nelle note: QGTS I, Nr. 14, p. 17: « *Man soll ouch dass evangelium und sine annemer nit schirmen mit dem schwert oder sy sich selbs, als wir durch unseren brüder vernommen hand dich also meinen und halten. Rechte gleubige Christen sind schaff mitten under woelfen [...]. Sy gebruchend ouch weder weltlichs schwert nach krieg* ». Su questa lettera cfr. U. GASTALDI, *Storia*, cit., pp. 88 ss.; A. STRÜBIND, *Eifriger*, cit., pp. 213 ss.; LEU, *Zwingli*, cit., p. 38 s.

primi arresti e le prime espulsioni (27). Gli anabattisti espulsi sono costretti a prestare un giuramento di pace (« *Urfehde* ») (28). Pensato nel basso medioevo come uno strumento per risolvere od evitare una faida, il giuramento di pace perse lentamente la sua importanza mano a mano che la faida veniva soppiantata dal diritto penale pubblico. Nel contempo però si andava affermando una nuova forma: soprattutto nelle fonti giuridiche cittadine troviamo il giuramento di rinuncia alla vendetta, ossia un giuramento richiesto a chi veniva rilasciato di non vendicarsi dei giudici o dei testimoni per via dell'imprigionamento e di quanto era avvenuto in concomitanza (29). Questo giuramento venne poi sempre più spesso abbinato alla promessa di rispettare l'espulsione e di non ritornare più nel territorio (30). La violazione del giuramento di pace era considerata come uno spergiuro e comportava pene corporali e, in caso di ripetuta violazione, la condanna a morte per affogamento. A Zurigo questa pena è menzionata per la prima volta in un documento del 1412 (31).

Già nell'ambito della prima ondata di arresti ed espulsioni degli anabattisti si pone il problema del rifiuto del giuramento (di pace). Dopo la sentenza di espulsione del 21 gennaio 1525, poi prorogata di un mese a causa della malattia del condannato (32), Andreas Castelberg, anabattista di origini grigionesi e uno dei cofirmatari della lettera a Thomas Müntzer poc'anzi citata, si rivolge al Consi-

(27) QGTS I, Nr. 24 ss.

(28) QGTS I, Nr. 26, Nr. 37, Nr. 38, Nr. 41, Nr. 42a-f.

(29) A. NIEDERSTÄTTER, *Vorarlberger Urfehdebrieve bis zum Ende des 16. Jahrhunderts*, Dornbirn, Vorarlberger Verlagsanstalt, 1985, p. 11. In merito anche A. BLAUERT, *Das Urfehdedwesen im mitteldeutschen Raum*, in *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*, a cura di H. Schlosser e D. Willoweit, Köln, Böhlau, 1999, pp. 101 ss.; Id., *Das Urfehdedwesen im deutschen Südwesten im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit*, Tübingen, Bibliotheca Academica Verlag, 2000. Nei libri comunali zurighesi questo tipo di giuramento di pace è riscontrabile a partire dal Trecento.

(30) A. BLAUERT, *Urfehdedwesen*, cit., p. 106: « *Aufenthaltsverbotsschwurs* ».

(31) *Die Zürcher Stadtbücher des XIV. und XV. Jahrhunderts*, a cura di H. Zeller-Werdmüller e H. Nabholz, Leipzig, Hirzel, 1899-1906, vol. 2, N. 7; *Zeitschrift für noch ungedruckte Schweizerische Rechtsquellen*, a cura di J. Schauberg, vol. 1/2, Zürich, Schulthess, 1847, N. 33. Per ulteriori esempi in altri cantoni cfr. E. OSENBRUGGEN, *Das Alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter*, Schaffhausen 1860, pp. 387 ss. Vedi in merito anche E. PRIES, *Zurich*, cit., pp. 48 ss.

(32) QGTS I, Nr. 26 e Nr. 28.

glio cittadino con una supplica chiedendo « di rilasciarmi il giuramento che mi avete imposto. E se non è possibile fare altrimenti, allora concedetemi che, se mi dovessi riprendere in modo da poter camminare, e se voi riterrete che io possa arrecare danno nei vostri territori, allora mandatemi via senza un giuramento. In questo io voglio ubbidirvi in quanto persona devota »⁽³³⁾. Castelberg si dichiara dunque disposto a rispettare la sentenza e ad abbandonare il territorio zurighese ma non vuole prestare giuramento; la sua devozione da sola avrebbe dovuto garantire il rispetto della sentenza. In questa fase le autorità zurighesi mantengono un atteggiamento clemente rispetto a queste pretese: l'espulsione di Castelberg avviene il 12 giugno 1525 senza che il relativo documento annoveri la prestazione di un giuramento⁽³⁴⁾.

Allo stesso modo il Consiglio civico tratta un altro esponente di spicco del gruppo zurighese, il grigionese Jörg Cajakob, detto Blaurock per via del suo mantello blu, che appartiene agli anabattisti irriducibili e si rifiuta fermamente di abiurare⁽³⁵⁾. Il 25 marzo 1525 Blaurock viene espulso da Zurigo e rispedito nei Grigioni⁽³⁶⁾ senza aver prestato giuramento, come sottolineerà lui stesso in occasione del suo rinnovato arresto alla fine dello stesso anno, « poiché preferisce morire piuttosto che rinnegare il mondo di Dio; poiché il mondo sarebbe del Signore »⁽³⁷⁾. Questo fatto è confermato dalla sentenza del Consiglio civico del 5 gennaio 1727 che sottolinea che « a suo tempo si è creduto alle sue semplici parole senza il giuramento, come lui aveva richiesto »⁽³⁸⁾.

In questa seconda sentenza Blaurock viene condannato per il suo ritorno a Zurigo alla flagellazione e nuovamente espulso ma

⁽³³⁾ QGTS I, Nr. 45: « *wellend mir den eid nachlon, den ir mir uffgelegt hond. Und wen es nit anders gsin mag, so lond mir doch also nach: wen ich uff kumen, das ich wandlen mag und ir meinend, ich sy üch schedlich in üweren stetten und landen, so heisend mich aweg gon on ein eid. Darin will ich uch korsam sin als frumm ich bin* ».

⁽³⁴⁾ QGTS I, Nr. 398; cfr. anche QGTS I, Nr. 65.

⁽³⁵⁾ QGTS I, Nr. 38, Nr. 42e, Nr. 64.

⁽³⁶⁾ QGTS I, Nr. 65.

⁽³⁷⁾ QGTS I, Nr. 124: interrogatori del 9 novembre 1525-7 marzo 1526; « *nit uss miner herren piett geschworenn und wölle ouch eer darumb sterbenn, dann gottes ertrich verschwerenn; dann das ertrich sige des herren* ».

⁽³⁸⁾ QGTS I, Nr. 205: « *domaln sinen blosse worten on den eid glouben geben, wie er das begert* ».

questa volta con l'obbligo « di prestare il giuramento di pace secondo le vecchie tradizioni, e cioè di non contestare o vendicarsi per via della prigionia » (39). La sentenza chiude con l'annotazione « *Actum ut supra* », dalla quale si può desumere che questa volta Blaurock dovette effettivamente prestare giuramento.

La vicenda di Blaurock è di notevole importanza sotto diversi aspetti. Innanzitutto Blaurock è il primo anabattista che fornisce, già agli inizi del 1525, una, seppur succinta, spiegazione del rifiuto del giuramento, in quanto dichiara la prestazione di un giuramento in contrasto con la sua visione del mondo e la fedeltà a Dio. Inoltre la sentenza del 5 gennaio 1527 sottolinea l'importanza centrale del giuramento e del suo rifiuto in rapporto alle possibilità di perseguire e condannare gli anabattisti. Da ultimo l'atteggiamento di Blaurock dimostra che gli anabattisti, nonostante il loro fondamentale rifiuto del giuramento, una volta messi alle strette potevano anche agire in modo 'pragmatico'.

Ulteriori indicazioni sulle motivazioni degli anabattisti si trovano sporadicamente anche in altri processi. Ad esempio Johannes Kessler nella sua cronaca sangallese sui comportamenti tenuti dagli anabattisti nel 1525 riferisce che « non portavano fucili, né spade né sciabole, ma solo un coltello del pane spezzato. Dicevano che si tratterebbe di strumenti da lupi, che le pecore non dovrebbero portare. Non giuravano, nemmeno in merito agli obblighi cittadini di fronte a nessuna autorità » (40). Molto simile il rapporto che Jörg Berger, balivo di Grüningen nelle campagne zurighesi, invia al Consiglio civico il 20 settembre 1525. Il balivo aveva catturato Ulrich Teck e Jakob Gross, due anabattisti provenienti da Waldshut,

(39) Ibidem: « *ein gmeyn urfechd schweren sölle nach altem bruch, sin gefangenschafft weder zû äfren, zû anden noch zû rechen* ».

(40) *Quellen zur Geschichte der Täufer in der Schweiz*, vol. 2: *Ostschweiz*, a cura di H. Fast, Zürich, Theologischer Verlag 1973 (=QGTS II), p. 608.: « *Sy trügend kain gewer, weder schwert noch tegen, dann an abbrochen brotmesser, sprachen es werend wolfsclaider, die die schaf nit tragen söllend. Sy schwürend nit, ja ouch kainer oberkait, burgerliche aidspflicht.* » Queste affermazioni sono databili all'estate del 1525, dato che seguono la descrizione della condanna di Hans Krüsi, avvenuta il 25 luglio (cfr. QGTS II, Nr. 353). Si veda anche la notizia nella cronaca di Vadian in relazione al giuramento dei Duecento per la difesa della città del 9 giugno 1525: QGTS II, S. 699: « *Vil leit man fangen; die woltend darnach kein urfeden schweren* ».

e li aveva interrogati in merito ai motivi della loro espulsione dalla cittadina germanica. I due risposero che « i loro signori avevano prestato giuramento comune di difendere la loro libertà, la loro incolumità e i loro beni se qualcuno li avesse attaccati. A questo proposito essi (Teck e Gross) si dichiararono contrari a difendersi e a portare armi, ma disposti a far la guardia, a lavorare alla costruzione di opere di difesa, bastioni e trincee, a pagare le tasse e ad ubbidire. Per questo motivo i loro signori li avrebbero espulsi dalla città » ⁽⁴¹⁾. Il balivo aveva poi rilasciato ed espulso i due, che « si sono anche rifiutati di prestare il giuramento di pace, che Voi, miei Signori, avete loro concesso [...]. E siccome essi non hanno voluto prestare il giuramento di pace, ma invece le loro parole siano ed erano sì e devono essere sì » ⁽⁴²⁾.

Ulrich Teck viene nuovamente arrestato a Zurigo nel novembre 1525 e questa volta il Consiglio pretende il giuramento: « Venga rilasciato sulla base del giuramento di pace [...]. E in questo giuramento di pace debba giurare di abbandonare i territori e le giurisdizioni dei Miei Signori e non ritornarci senza il loro assenso.

⁽⁴¹⁾ QGTS I, Nr. 107: « *ir herren habint also zemen gschworen, ir frygind, so man an sy wett schattgen, und ir lib und güt zesammen ze setzen. Uff das habint si sich schlechtlich wellent weren, och kein gwer tragen, aber wachen und werchen und schanzen, bolwerchen, kosten und stür wellind sie gern gen und geborsam sin. Da habint ir berren si von ir statt geschickt* ». In merito anche QGTS I, Nr. 238-239. Sull'atteggiamento di Jörg Berger cfr. anche D. KLEE, *Konflikte kommunizieren. Die Briefe des Grüninger Landvogts Jörg Berger an den Zürcher Rat (1514-1529)*, Zürich, Chronos, 2006, pp. 143 ss.. Ulteriori casi di rifiuto del giuramento nel periodo 1525-1527 si trovano in QGTS II, Nr. 462, 16 giugno 1525 (città di San Gallo); QGTS II, Nr. 21, 25 agosto 1525 (Sciaffusa); QGTS II, Nr. 473, 6 settembre 1525 (San Gallo); QGTS II, Nr. 227, 17 gennaio 1526 (Appenzello); *Aktensammlung zur Geschichte der Basler Reformation*, vol. 4, a cura di P. Roth, Basel, Verlag der Historischen und antiquarischen Gesellschaft, 1941 (=BRA IV), Nr. 288, maggio 1526; *Aktensammlung zur Geschichte der Basler Reformation*, vol. 2, a cura di E. Dürr e P. Roth, Basel, Verlag der Historischen und antiquarischen Gesellschaft, 1933 (=BRA II), Nr. 435, 2 luglio 1526; BRA II, Nr. 439, 14 luglio 1526; BRA II, Nr. 455, 24 luglio 1526. Per Berna cfr. E. PRIES, *Basel*, cit., pp. 110 ss.

⁽⁴²⁾ QGTS I, Nr. 238: « *Sy erwarten sich ouch, die urfech zu schweren, liesiend ir, min beren, innen nach [...]. Unnd so fil me da sy de urfech nüt woten schweren, sunder ire wort soten und weren ja und müst ja sin* ». Sull'episodio cfr. E. PRIES, *Zurich*, pp. 90 ss.. Appare qui già chiaramente il riferimento al Discorso della montagna di Gesù, come verrà poi ripreso nella Confessione di Schleithem.

Se non vuole giurare, allora dovrà rimanere in prigionia » (43). Gross invece finisce nelle mani delle autorità bernesi che pretendono da lui il giuramento, pena l'affogamento.

Un ultimo caso riguarda nuovamente il baliaggio di Grüningen: in un processo, intentato dal Consiglio di Svitto, contro l'anabattista Hans vom Berg, il 6 dicembre 1525 quattro testimoni locali di fede anabattista « dovevano prestare giuramento di dire la verità. Allora i quattro non vollero prestare giuramento, ma testimoniare senza giurare » (44). Il balivo Jörg Berger, dopo aver fatto arrestare i quattro, scrive al Consiglio zurighese chiedendo istruzioni in merito, « poiché mi sembrerebbe vergognoso, che a Svitto dicessero che gli anabattisti si sono rifiutati e non hanno voluto testimoniare sotto giuramento » (45). La vicenda si conclude, dopo che per ben tre volte gli anabattisti si erano rifiutati di giurare, con la loro fuga (46).

Gli episodi finora analizzati dimostrano che, contrariamente a quanto affermato da numerosi autori (47), il rifiuto del giuramento rientra sin dall'inizio nel contesto della 'segregazione' (48) anabattista: rifiuto di prestare servizio militare e di portare armi, rinuncia all'esercizio di cariche pubbliche e appunto rifiuto del giuramento

(43) QGTS I, Nr. 133: « *soll uff ein urfecht uss gelassen werden [...]. Und in der urfecht schweren uss miner herren gericht und gepiet und nit mer an ir wissen darin. Ob er aber nit schweren wölte, sol er also in gfengnuss blyben* ».

(44) QGTS I, Nr. 143: « *dass si all ein eid seltind schweren, ein warheit ze sagen. Do weltend die vier nitt ein eid schweren, sonder weltind an eid sagen* ».

(45) Ibidem: « *wan ess mich bett schantlich duecht, wen dass sölte zuo Schwitz gseit werden: die touffer hand sich erwert und hand nit wellen bi gschwornem eid sagen* ».

(46) QGTS I, Nr. 146, 19 dicembre 1525: Il balivo Jörg Berger scrive nuovamente a Zurigo dopo che il funzionario svittese era tornato per la terza volta e gli anabattisti incarcerati si erano ancora rifiutati di giurare. QGTS I, Nr. 150, 31 dicembre 1525: i carcerati sono fuggiti.

(47) Da ultimo A. STRUBIND, *Eifriger*, cit., pp. 563 ss.; U. B. LEU e C. SCHEIDEGGER, *Das Schleithheimer Bekenntnis 1527*, Zug, Achiuss, 2004, pp. 109 ss.. Purtroppo nessuno di questi autori recepisce l'opera di Prodi e solo marginalmente la tesi di Pries.

(48) M. HAAS, *Der Weg der Täufer in die Absonderung, in Umstrittenes Täuferstum 1525-1975*, a cura di H.-J. Goertz, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1977², pp. 50 ss., in part. pp. 69 ss.; A. HOLENSTEIN, „Ja, ja — nein, nein!“ — *Oder war der Eid von Übel?*, in „[...]lebenn nach der ler Jhesu [...]“ „Das sind aber wir!“ *Berner Täufer und Prädikanten im Gespräch 1538-1988*, a cura di Schweiz. Verein für Täufergeschichte, Bern, Stämpfli, 1989, pp. 125 ss.

erano tutte espressioni dell'« esodo dall'ordinamento politico »⁽⁴⁹⁾, al quale gli anabattisti aspiravano.

4. *La centralità del giuramento nella lotta agli anabattisti.*

Senza voler entrare nel merito del dibattito sui rapporti più o meno stretti intercorsi tra l'anabattismo e la Guerra dei contadini⁽⁵⁰⁾, mi sembra che quanto appena descritto supporti la tesi di Paolo Prodi, che l'anabattismo non sia stato un proseguimento 'negativo' dei movimenti di protesta sconfitti, ma piuttosto un « percorso teologico e biblico del tutto alternativo »⁽⁵¹⁾. Gli anabattisti, perlomeno per quanto riguarda il gruppo zurighese, non intendono rifiutare *tout court* l'obbedienza alle autorità secolari e non oppongono loro delle organizzazioni politiche alternative, ma mantengono una visione dualistica del mondo che li porta ad autoescludersi.

Ciononostante, come già accennato prima, la lotta contro l'anabattismo si basa sin dall'inizio sull'accusa di sedizione e trova nell'affermazione di un legame diretto tra il movimento e la Guerra dei contadini un punto forte di legittimazione⁽⁵²⁾. In questo contesto il rifiuto del giuramento viene immediatamente visto come segno inconfutabile della pericolosità del movimento per la coesione politica e sociale. Zwingli riprende la dottrina medievale sul giuramento e, in uno dei suoi scritti fondamentali contro gli anabattisti, definisce il giuramento un atto religioso, la cui centralità per la vita pubblica e giuridica è incontestabile: « *Iusiurandum autem tolle —*

⁽⁴⁹⁾ P. BLICKLE, *Die soziale Dialektik der reformatorischen Bewegung*, in *Zwingli und Europa*, a cura di P. Blickle *et al.*, Zürich, Vandenhoeck und Ruprecht, 1985, pp. 71 ss., la citazione a p. 88.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. su questo acceso dibattito nella storiografia sull'anabattismo A. STRUBIND, *Eifriger*, cit., pp. 19 ss.

⁽⁵¹⁾ P. PRODI, *Il sacramento*, cit., p. 375. In merito a questa controversia si vedano E. PRIES, *Zurich*, cit., pp. 72 ss.; HOLENSTEIN, *Ja, ja*, cit., pp. 135 ss.. Della stessa opinione anche A. STRUBIND, *Eifriger*, pp. 569 ss., che però non sembra conoscere il lavoro di Prodi.

⁽⁵²⁾ Cfr. U. GASTALDI, *Storia*, cit., pp. 114 ss., sul ruolo degli scritti di Bullinger per questa accusa.

iam omnem ordinem solvisti » (53). « Per Zwingli quindi la Chiesa riformata si inserisce naturalmente nella rete di giuramenti che forma la costituzione della città di Zurigo e di quelle ad essa collegate » (54).

Ancora nel 1592 Ludwig Lavater, pastore del *Grossmünster*, la principale chiesa zurighese, sottolinea la santità del giuramento per il bene comune della città: « Togli ora il giuramento, e ne seguirà un grande disordine e la rovina di ogni cosa. La pace generale e la giustizia affonderanno insieme. Come una botte si spacca se togli tutti i cerchi, così si scompagina un governo se si scioglie il legame del giuramento. Se non si imbriglia un cavallo, non lo si può governare. Come si vuole governare un popolo, se non è valido nessun giuramento? » (55).

È su questo sfondo che vanno viste le reazioni delle autorità zurighesi e degli altri cantoni elvetici nei confronti del movimento anabattista. Ciò che risalta infatti è che gli anabattisti in territorio elvetico vengono condannati prevalentemente per spergiuo e più esattamente per non aver rispettato il giuramento di pace loro imposto. « *Anabaptist breaking of the oath thus became the key legal argument for prosecution* » (56). L'atteggiamento di fronte al giuramento diventa così la cartina di tornasole nei procedimenti contro il movimento. A Zurigo, ad esempio, già nel febbraio 1525 alcuni anabattisti che avevano ritrattato vengono multati e rilasciati solo dietro prestazione del giuramento di pace (57).

(53) H. ZWINGLI, *In catabaptistarum strophas elenchus*, 1527, in *Sämtliche Werke*, vol. VI/1, Zürich, Verlag Berichthaus, 1961, p. 144. In merito E. PRIES, *Zurich*, cit., pp. 53 ss.; P. PRODI, *Il sacramento*, cit., pp. 296 ss.; E. PRIES, *Basel*, cit., pp. 69 ss., 110 ss. e 268 ss.. Per l'atteggiamento molto simile di Calvino cfr. P. PRODI, *Il sacramento*, cit., pp. 308 ss.

(54) Ivi, p. 298.

(55) L. LAVATER, *Der Eyd*, Zürich, Johan Wolff, 1592: « *Nimb jetz den Eyd hinweg, so wird ein grosse unordnung und zerrüttung aller dinge volgen, gemeiner frid und gemeine gerechtigkeit mit einander zu grund gehen. Wie ein fass, wenn man alle reiff und bann auflöst, zerfalt, also zergeht ein regiment, wen man daz band dess Eydes aufthut. Wenn man ein pferd nicht zeumet, so mag es niemandt regieren. Wie will man dann ein volck regieren, wenn kein Eyd nichts giltet* ».

(56) E. PRIES, *Zurich*, cit., p. 100.

(57) QGTS I, Nr. 37, 7 febbraio 1525: « *uff ein gmeine urfech ussgelassen* »; cfr. anche QGTS I, Nr. 26.

Poco dopo il Consiglio civico precisa che « coloro che battezzarono altri o si faranno battezzare, donne o uomini, stranieri o indigeni, dovranno giurare di abbandonare per sempre con donne e bambini il paese, le giurisdizioni e i territori dei miei Signori e di non ritornare mai più se non grazie ad un atto di clemenza dei miei Signori » (58). L'inosservanza dei dogmi religiosi, man mano stabiliti da Zwingli e recepiti dal Consiglio civico, porta dunque all'esclusione dei dissidenti dalla comunità. Obbligandoli a giurare il Consiglio crea i presupposti per eventuali procedimenti penali futuri.

Dato che queste misure non danno i risultati sperati, il Consiglio dapprima aumenta le sanzioni pecuniarie (59), al che il balivo di Grüningen, Jörg Berger, osserva: « Bisogna fargli vedere la determinazione e risolvere la questione con coraggio e forza. Perciò, miei magnanimi Signori, vi chiedo il vostro parere e la vostra volontà, poiché non serve nessuna bontà nei confronti di questa gente. Perciò, miei magnanimi Signori, mandatemi una risposta senza indugio, dato che è bene che si agisca finalmente » (60).

Si arriva così al mandato estremamente rigoroso emanato dal Consiglio civico il 7 marzo 1526 che impone: « chi dunque continuerà a battezzare altre persone, verrà catturato dai nostri Signori e affogato senza clemenza » (61). Il Consiglio motiva questa misura con il fatto che numerosi aderenti al movimento « appaiono come ottusi contrariamente ai loro giuramenti, promesse e impegni, e insubor-

(58) QGTS I, Nr. 65, 25 marzo 1525: « *wo dieselben oder ander hinfür mer toufftent oder sich touffen liessent, frawen oder man, frömb oder heimisch, die söllent schweren angentz mit wyb und kind uss miner herren land, gerichtten und gepieten und lass uff miner herren gnad niemer mer darin* ». Cfr. anche QGTS I, Nr. 51. Anche il Consiglio civico di Basilea minaccia l'espulsione: BRA II, Nr. 408, 2 giugno 1526.

(59) QGTS I, Nr. 159, 13 gennaio 1526.

(60) QGTS I, Nr. 165, 30 gennaio 1526: « *Man müß sy nun lasen den ernst sechen und die sach tapfer und gewaltig an die han nämen. Darumm, gnädigen min heren, beger ich üwerß bscheidss und gfallenss, won ess hilft kein guety nüt an dennen lüten. Darumm, gnädigen min heren, schiken mir anttwurt an verzug, won ess ist guot, das man endlich handly* ». D. KLEE, *Konflikte*, cit., pp. 143 ss., fa notare che il balivo inizialmente non si era schierato contro gli anabattisti.

(61) QGTS I, Nr. 172: « *wer also wyter den andern touffte, zu dem wurdent unser herrren gryffen und nach iro jetz erkannter urtel on alle gnad ertrencken lassen* ». Per l'inasprimento dell'atteggiamento del Consiglio civico di Basilea cfr. BRA II, Nr. 454, 24 luglio 1526.

dinati nei confronti del governo e dell'autorità, arrecando danno e distruggendo il bene comune e la vera comunità cristiana » (62). Con questo mandato il Consiglio zurighese mette in chiaro che gli anabattisti recidivi verranno condannati a morte e affogati dato che non hanno rispettato i giuramenti prestati e le promesse fatte. La pena dell'affogamento è, come già accennato, praticata a Zurigo nei confronti degli spergiuri sin dagli inizi del 15° secolo.

Nel novembre dello stesso anno questo mandato viene ampliato, proprio in considerazione degli avvenimenti accaduti nel baliaggio di Grüningen: « Con l'aggiunta e chiara spiegazione che, quando li si potrà catturare e giudicare, verranno condannati all'affogamento senza nessuna clemenza coloro che si raggrupperanno in maniera pericolosa in luoghi nascosti, case particolari o altri luoghi, e creeranno grandi assemblee con le loro prediche, insegnamenti e false opinioni » (63).

5. *Il processo contro Felix Manz e Jörg Blaurock.*

Il primo grande processo contro le principali figure del movimento anabattista si svolge a Zurigo alla fine del 1526 e porta alla condanna a morte di Felix Manz e alla flagellazione ed espulsione di Jörg Blaurock (64). Manz, figlio illegittimo del preposito della Chiesa del *Grossmünster* e inizialmente compagno di Zwingli, si era poi separato da lui e aveva partecipato nel 1525 ai primi battesimi di

(62) QGTS I, Nr. 172: « *alss verstopfft wyder iro eyd, glüpt und zûsagungen beharret und gmeiner regiment oberkeit zû nachteil und zerstörung gmeins nutztes und rechten cristenlichen wesens ungehorsam erschinen* ».

(63) QGTS I, Nr. 192, 19. November 1526: « *Mit dem anhang und beiteren erlütterung, das sy die, so also sych gfarlicher wiss zûsamen rotent und in wincklenn und besondern husernn und ortenn mit irem predigen, lerenn und irrigen wessen gross versammlungen machent, glich als woll on gnad, wo man sy gmeinlich und sonnderlich betretten und ankemen mag, wellent lassenn ertrenckenn* ».

(64) Gli atti del processo contro Manz e Blaurock sono stati pubblicati in QGTS I, Nr. 198-205. In questo volume si trovano anche ulteriori documenti riguardanti i due capi anabattisti (Nr. 37, 42-42f, 64-65, 86-87, 121, 124, 170). Per una prima analisi cfr. M. LUMINATI, « *Ich aber sage euch: Ihr sollt überhaupt nicht schwören* » — *Eidverweigerung und Glaubensfragen in einem Zürcher Prozess*, in *Fälle aus der Rechtsgeschichte*, a cura di U. Falk, M. Luminati e M. Schmoedel, München, C.H. Beck, 2008, pp. 197 ss.

persone adulte a Zurigo ⁽⁶⁵⁾. In seguito era diventato uno capi del movimento nelle regioni settentrionali e orientali della Confederazione. Jörg Blaurock era un prete grigionese che aveva aderito alla Riforma e nel 1525 era stato battezzato a Zurigo.

Dal punto di vista storico-giuridico questo processo è di notevole interesse, dato che le condanne si basano principalmente sull'accusa di spergiuro. Felix Manz infatti era già stato in carcere nella prima metà del 1525 e rilasciato solo dopo aver prestato il giuramento di pace ed aver inoltre giurato di abbandonare gli insegnamenti anabattisti ⁽⁶⁶⁾. Nuovamente arrestato nell'autunno del 1525 insieme a Blaurock e condannato al carcere a vita fin quando non avesse ritrattato, era riuscito a fuggire nel marzo 1526. In seguito era stato nuovamente catturato, sempre con Blaurock, nei dintorni di Grüningen in data 3 dicembre 1526 e quindi processato. Manz si dimostra irremovibile e viene condannato a morte. La sentenza del 5 gennaio 1527 precisa che innanzitutto Manz non aveva rispettato il suo giuramento di pace, continuato a predicare, a battezzare e a tenere assemblee vietate.

Inoltre la condanna a morte viene motivata « dalla sua natura sediziosa, dagli assembramenti contrari all'autorità, come pure dalla dannosità e contrarietà ad un buon governo cristiano ed all'unità dei cittadini » ⁽⁶⁷⁾. Invano Manz sottolinea la sua accettazione dell'autorità come ordinata da Dio e dell'obbligo di ubbidienza come obbligo cristiano. Egli respinge categoricamente l'accusa « di aver detto o insegnato che non bisogna avere un'autorità » ⁽⁶⁸⁾. Condannato alla pena di morte per affogamento (« metterlo in una barca, portarlo fino alla casetta inferiore, legargli le mani e appoggiarle sulle ginocchia e infilare un bastone tra le braccia e le cosce e buttarlo così

⁽⁶⁵⁾ Sulla figura di Manz cfr. U. GASTALDI, *Storia*, cit., pp. 80 ss.

⁽⁶⁶⁾ QGTS I, Nr. 199: Indicazione che Manz il 7 ottobre 1525 « *uf ein urfecht ledig gelassen der gstellt, das er hinfur nit mer teufen* ».

⁽⁶⁷⁾ QGTS I, Nr. 204: 5 gennaio 1527: « *Umb sollich sin, des genannten Felix Mantzen, ufruering wessen, zesamenrotungen wider ein oberkeit, ouch guoten christenlichen regiment und burgerlicher einigkeit übel unnd myssthuon* »; cfr. anche QGTS I, Nr. 203.

⁽⁶⁸⁾ QGTS I, Nr. 205: « *das er rede oder glect habe, das man kein oberkeit sölle habenn* ».

legato nell'acqua e lasciarlo morire e andare in rovina nell'acqua » (69)), Felix Manz diventa il primo martire anabattista.

Blaurock invece si salva dalla condanna a morte grazie al fatto che non aveva prestato giuramento in occasione della sua prima espulsione (70). Gli viene inflitta la pena della flagellazione e ordinata la sua espulsione dal territorio zurighese. Questa volta il Consiglio però pretende da Blaurock la prestazione del giuramento di pace, garantendosi così la possibilità di condannarlo a morte nel caso in cui dovesse ritornare (71). Come già accennato sopra, dai documenti processuali si può desumere che Blaurock abbia effettivamente giurato. Dopo essere stato esiliato dal territorio zurighese continuerà la sua opera di missionario in altre zone elvetiche e poi nel Tirolo, dove verrà bruciato sul rogo nel 1529.

6. *La Confessione di Schleithem: l'autoesclusione definitiva.*

Il 24 febbraio 1527 diversi esponenti del movimento anabattista provenienti dal territorio elvetico e dalla Germania meridionale si incontrano nella piccola località di Schleithem, nel cantone elvetico di Sciaffusa. L'incontro è motivato da un lato dall'inasprimento della repressione e dall'impressione destata dall'esecuzione capitale di Manz, dall'altro dalla preoccupazione che, in seguito alla scomparsa di Manz e di altri capi del movimento, si accentuassero le divergenze interne e si giungesse allo smembramento del gruppo (72). L'autore

(69) QGTS I, Nr. 205: « *in ein schiff setzen, zu dem nideren hütly fueren und uff däm hütly die händ gebunden uber die knüw abstreyfen und ein knebel zwüschent den armen und schenklen durhin stossen unnd in also gebunden inn das wasser werfen und in dem wasser sterben und verderben lassen* ».

(70) *Ibid.*: « *domaln sinen blosse worten on den eid glouben geben, wie er das begert* ».

(71) *Ibid.*: « *ein gmeyn urfehch schweren sölle nach altem bruch, sin gefannenschafft weder zü äfren, zü anden noch zü rechen* ».

(72) Oltre a U. GASTALDI, *Storia*, pp. 216 ss., si vedano su questo importante documento e sulla sua genesi in particolare J. H. YODER, *The Legacy of Michael Sattler*, Scottsdale, Mennonite Publishing 1974; *Id.*, *Gespräche*, cit., pp. 95 ss.; H. FAST, *Die Eidverweigerung bei den Menmoniten*, in *Eid Gewissen Treuepflicht*, a cura di B. Hildburg, Frankfurt M., Stimme-Verlag, 1965, pp. 136 ss.; H.-J. GOERTZ, *Die Täufer*, cit., pp. 129 ss.; P. PRODI, *Il sacramento*, cit., 375 ss.; A. STRUBIND, *Eifriger*, cit., pp. 547 ss.. Il testo è stato recentemente pubblicato e tradotto da U. B. LEU e C. SCHEIDEGGER,

principale dei sette articoli della Confessione è Michael Sattler, un ex-monaco benedettino proveniente dalla Brisgovia, la cui presenza a Zurigo all'interno della cerchia di Manz è già documentata nel 1525 ⁽⁷³⁾. Espulso da Zurigo, probabilmente dopo aver prestato il giuramento di pace, Sattler ripara a Strasburgo, dove la sua presenza è tollerata dai Riformatori Bucero e Capito. Da qui raggiunge Schleitheim.

Nella Confessione di Schleitheim troviamo la prima motivazione articolata e coerente del rifiuto, ormai sancito come definitivo, dei giuramenti. Nel sesto articolo si precisa il rapporto con il potere temporale e con l'uso della forza: « La spada è un ordinamento di Dio esterno alla perfezione di Cristo [...]. L'uso della spada è di competenza delle autorità secolari [...]. Inoltre ci si chiede per via della spada, se un cristiano debba giudicare in questioni mondane [...]. Cristo non ha voluto decidere o giudicare » ⁽⁷⁴⁾.

Nel settimo articolo, interamente dedicato al giuramento, basandosi sul Nuovo Testamento e in particolare sul divieto formulato da Gesù nel discorso della montagna ⁽⁷⁵⁾, Sattler rifiuta ogni tipo di

Schleithemer, cit. Una versione italiana si trova in *Grande Antologia Filosofica*, vol.7: *Il pensiero della Rinascenza e della Riforma*, Milano, Marzorati, 1964, pp. 1479 ss.. Oltre a Manz era scomparso, per cause naturali, anche Konrad Grebel, una delle principali figure del gruppo zurighese. Su di lui si veda ora H.-J. GOERTZ, *Konrad Grebel: ein Radikaler in der Zürcher Reformation*, Zürich, TVZ, 2004.

⁽⁷³⁾ Cfr. U.B. LEU e C. SCHEIDEGGER, *Schleithemer*, cit., pp. 23 ss.

⁽⁷⁴⁾ QGTS II, Nr. 26: « *Das schwert ist ein gottes ordnung usserhalb der volkumenheit Christi [...] dasselbe zû bruchen sind geordnet die weltlichen oberkeiten ... Zum anderen wirt gefragt des schwertes halb, ob ein christ solle urteil sprechen in weltlichen sachen [...] Christus hat nit wöllen entscheiden oder urteilen [...]* ». Ulteriori dichiarazioni critiche nei confronti delle autorità nel periodo che precede l'incontro di Schleitheim si trovano in: QGTS I, Nr. 60, 16-25 marzo 1525; QGTS II, Nr. 353, 20 luglio 1525; QGTS I, Nr. 98, 19 agosto 1525; QGTS II, Nr. 21, 25 agosto 1525; QGTS I, Nr. 121, Nr. 122 e Nr. 124, 9 novembre 1525-7 marzo 1726.

⁽⁷⁵⁾ Matteo 5, 33-37: « Sapete che fu ancora detto dagli antichi: Non spergirare, ma adempi i tuoi giuramenti al Signore. Io però vi dico di non giurare mai, nè per il cielo, perché è trono di Dio; nè per la terra, perché è sgabello dei suoi piedi; nè per Gerusalemme perché è la città del gran re. Non giurare neppure per la tua testa, perché tu non puoi far bianco o nero un solo capello. Ma sia il vostro parlare: Sì, sì; no, no; quel che vi è di più appartiene al male ». Cfr. in merito P. PRODI, *Il sacramento*, cit., pp. 39 ss.

giuramento promissorio (76): l'uomo non ha il potere di disporre del futuro e dunque non è nemmeno in grado di esercitare un vincolo per il futuro con la sua parola. Nel contesto di un'etica cristiana basata sulla sincerità, il giuramento diventa così superfluo (77).

Di fronte all'obiezione che anche Pietro e Paolo hanno giurato Sattler opera una chiara distinzione: « Pietro e Paolo hanno semplicemente testimoniato ciò che Dio aveva promesso ad Abramo, mentre loro stessi non hanno promesso nulla, come dimostrano chiaramente gli esempi. Ma testimoniare e giurare sono due cose diverse. Poiché quando si giura si promettono cose che sono nel futuro, come ad Abramo è stato promesso Cristo, che abbiamo ricevuto molto più tardi. Quando però si testimonia, si dà testimonianza del presente, se sia buono o malvagio » (78).

Contrariamente dunque all'atteggiamento assunto da alcuni anabattisti a Grüningen nel 1525 (79), la Confessione di Schleithem non vieta il giuramento assertorio che mira a confermare la veridicità di affermazioni o fatti legati al passato. Questa distinzione tra

(76) QGTS II, Nr. 26, p. 33: « *Zum sibenden sind wir vereintigt worden von dem eid also. Der eid ist ein befestigung under denen, die do zancken oder verbeissen, und im gesatz gebeissen worden, das er solte geschechen by dem namen gottes allein warhaftig und nit falsch [3.Mos. 19,12]. Christus, der die volkommenheit des gesatz lert, der verbut den synen alles schweren, weder recht noch falsch, weder by dem himmel noch by dem ertereich noch by Jerusalem noch by unserem haupt, und das um der ursach willen, wie er hernach spricht: Dan ir mögen nit ein har wiss oder schwartz machen [Matth. 5,32-36]. Sechend zü, darum ist alles schweren verboten. Dann wir mögen nut erstaten, das in dem schweren verbeissen wirt, diewil wir das allerminst an uns nit mögen enderen ».*

(77) A. HOLENSTEIN, *Ja, ja*, cit., p. 129.

(78) QGTS II, Nr. 26: « *Noch sagen etlich also: Wan nun das unrechts ist, wan man gott zü der warheit brucht, so hand die apostel Petrus und Paulus ouch geschworen [...] Antwort: Petrus und Paulus zugen allein das, welche von gott Abraham durch den eid verbeissen war, und sy selbs verbeissen nutt, als die exempel klar anzeigen. Aber zugen und schweren ist zweierleyn. Den so man schwert, so verbeisst man erst künftige ding, wie dem Abrabe Christus ist, welchen wir nach langer zit hernach empfangen hand. So man aber zugt, so zugt man an das gegenwirtig, ob es güt sig oder bös, wie der Simeon von Christo zü Maria sprach und zugt: Sych, diser wirt gesetzt zü einem fal und uffersteegung viler in Israel und zü einem zeichen, dem widersprochen wird. Desglichen hatt uns Christus ouch gelert, da er sagt: Uwer red sol syn ja ja, nein nein; den das uber das ist, das ist vom argen. Er sagt: Uwer red oder wort sol syn ja und nein. Das man nit verstan wölle, das er es zügelassen hab. Christus ist einfaltig ja und nein, und alle, die in einfaltig süchen, werden syn wort verstan. Amen ».*

(79) QGTS I, Nr. 143.

accettazione dei giuramenti assertori e divieto dei giuramenti promissori viene fatta oggetto di accese discussioni sia all'interno del movimento che al suo esterno anche dopo il 1527 ⁽⁸⁰⁾.

Di particolare interesse sotto questo punto di vista è la disputa avvenuta a San Gallo nel luglio del 1532 tra Vadiano, principale riformatore della città, e l'anabattista Hans Marquart, proveniente da Ulm. Interrogato sulla differenza tra testimoniare e giurare, Marquart risponde: « Io accetto che si testimoni in merito al passato o al presente, ma non che si giuri, e qui non sta scritto che ha giurato ma che ha testimoniato, poiché dice: Chiamo Dio per la testimonianza. Si può promettere e far fede in merito a cose del passato e del presente ma non del futuro » ⁽⁸¹⁾. Messo alle strette da Vadiano, che gli rinfaccia le incongruenze delle sue affermazioni, Marquart mantiene il punto: « Giurare significa che uno promette in nome di Dio di mantenere o compiere delle cose nel futuro; testimoniare invece significa che uno si richiama al nome di Dio in merito a una cosa del passato o del presente che è sicura in questo momento, che sia o non sia così » ⁽⁸²⁾. Vadiano lo incalza, chiedendogli come qualificherebbe una testimonianza rafforzata dal giuramento. Marquart si rifiuta di rispondere, al che Vadiano lo attacca pesantemente: « Poiché ogni giuramento è una testimonianza, ma non ogni testimonianza un giuramento. E se allora consideriamo ancora di più che testimoniare sulla verità di una cosa del passato e giurare in merito a una cosa del passato sono la stessa cosa, tu allora ammetti che si può giurare in nome di Dio in merito al passato. Disse allora

⁽⁸⁰⁾ Cfr. E. PRIES, *Basel*, cit., pp. 64 ss. con ulteriori indicazioni.

⁽⁸¹⁾ QGTS II, p. 656: « *ich lass zû, dass man wol mög zügen und vergangens oder gegenwürtigs, aber nit schweren, und stat nit da, dass er geschworn hab, sonder züget; dan er spricht: Ich rüef Got an zûm zügen. Man mag ouch wol loben und trüw gen um vergangens und gegenwürtigs, aber nit um künfftigs*»; cfr. anche QGTS II, Nr. 561: « *Bekent Hans, das umb ain vergangne sach der nam gottes zur zügnuss anzerüffen sig. Daruf begert, diewil er schweren unnd loben nit für ains acht, das er die underschaid zaig. Hanns: Diewil gott wöll ain sölich volk wöll haben, das warhaftig sig, gebe wol zû, das man loben mög der mass, das man das wöll tûn, sovil gott gnad geb. [...] Man schwert zükünfftige, die nit in ains macht stand, wie Christus redt: Nit schwer by dinem houpt; unnd man mög umb vergangens nit schweren, sonnder zügen* ».

⁽⁸²⁾ QGTS II, p. 661: « *Schweren ist, wan einer bi dem namen Gotes verspricht, künfftigs ze halten oder leisten; zügen aber, wan einer um gegenwürtigs oder vergangens, das ietz gwüss ist, den namen Gotes berüeft, dass es also oder also nit si* ».

Hans Marquart: Non è la stessa cosa. Poiché voi signori e autorità costringete la gente a prestare i giuramenti, mentre testimoniare avviene liberamente »⁽⁸³⁾.

Con questa sua affermazione Marquart introduce un ulteriore argomento nella discussione, mettendo in rapporto il rifiuto dei giuramenti promissori, ai quali secondo lui si veniva costretti, e l'atteggiamento degli anabattisti nei confronti dell'autorità secolare. Già prima Marquart aveva detto « che un cristiano non deve e non dovrebbe prestare giuramento. Queste cose le dice non in dispregio dell'autorità, ma invece ammette e insegna che bisogna ubbidire all'autorità in tutte le cose giuste. Ma prestare giuramento non è cosa giusta »⁽⁸⁴⁾. Se da un lato Marquart sottolinea il dovere di obbedienza nei confronti del potere secolare, dall'altro non ritiene che questo dovere sia assoluto ma che l'individuo abbia il diritto di valutare l'equità di quanto gli viene richiesto. Ovviamente una tale affermazione non fa che confermare, agli occhi dei rappresentanti della Riforma e delle autorità, la tendenza eversiva dell'anabattismo.

7. *Spergiuri, rivoltosi, eretici.*

Le sanzioni contro gli anabattisti trovano la loro formulazione definitiva nel mandato comune emanato dalle città di Zurigo, Berna e San Gallo il 9 settembre 1527. Sotto l'impressione della Confessione di Schleithem il mandato sottolinea il potenziale devastante dell'atteggiamento anabattista nei confronti dell'autorità costituita e della società: « Dunque essi considerano e insegnano senza inorri-

⁽⁸³⁾ *Ibid.*: « *Dan ain ieder aid ist ain zügnuss, aber nit ain iede zügnuss ain aid. [...]. Und find sich also noch bass, dass in der warhait zügen um vergangens und schweren um vergangens ain ding sind, und gibst also zû, dass man um vergangens bi dem namen Gotes schweren mög. Sprach Hans Marquart: Es ist nit ein ding. Dan ir herrn und obern zwingend die lüt, eid ze schweren; bezügen aber geschicht freiwillig* ». In merito all'argomento della costrizione al giuramento nel dibattito medievale cfr. P. PRODI, *Il sacramento*, cit., pp. 345 ss.; A. VAUCHEZ, *Le refus du serment chez les hérétiques médiévaux*, in *Le serment*, a cura di R. Verdier, vol. 2, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1991, pp. 257 ss.

⁽⁸⁴⁾ QGTS II, p. 656: « *dass ein christ keinen eid schweren söl noch möge. Das rede er [Marquart] aber nit zû verachtung einer oberkeit, sonder bekenne und leere, dass man derselben in allen billichen dingen ghorsamen sölle. Aber eidschweren sit nit billich* ».

dire, e hanno l'ardire di dirlo anche con la Sacra Scrittura, che nessun cristiano si assuma cariche pubbliche. E sebbene l'autorità non può mantenersi e non può durare senza il legame del giuramento, essi insegnano e considerano senza nessuna eccezione e differenza che nessun cristiano debba prestare giuramento (nemmeno nei confronti dell'autorità), il tutto in oltraggio e oppressione dell'autorità cristiana e ordinata, dell'amore fraterno e della pace generale » (85).

A differenza del mandato zurighese del 1526, la nuova normativa distingue tra stranieri e nativi. Gli anabattisti stranieri vanno espulsi e se uno di loro dovesse ritornare « contrariamente al giuramento prestato » (86) lo aspetterebbe la pena di morte. Con ciò si chiarisce che gli stranieri sono obbligati a prestare il giuramento di pace, di modo che la sua violazione permette di condannarli per spergiuro senza mezzi termini. La 'lacuna' che aveva salvato Blaurrock dall'affogamento è ormai stata riempita.

I propri cittadini e dimoranti invece « sono multati e puniti secondo il volere e il compiacimento dell'autorità e secondo le condizioni e le circostanze delle persone e delle cose » (87); in caso di recidività potranno subire pene maggiori. Gli anabattisti ostinati, i loro capi e pure coloro che dopo la carcerazione « avessero promesso, promesso solennemente o giurato, il che per loro è tutto la stessa cosa, di migliorarsi e di ritrattare » (88), ma poi non

(85) QGTS II, Nr. 1: « *Item sy halten und leren on alles entsitzen, vermessen sich auch mit hailiger schrift zû erhalten, das kain christ kain oberer sein mög. Und wiewol die oberkait on die pflicht und das band dess ayds nit erhallten werden noch bestand haben mag, so leren unnd halten sy doch on alle sündrung und underschaid, das kain christ kain ayd (auch der oberkait) und sunst niemands thûn noch schwören solle, alles zû schmach und verdruckung christenlicher und ordenlicher oberkait, brüderlicher lieb und gemains fridens* ». Sulla genesi del testo cfr. *ibid.*, nota 1; U. GASTALDI, *Storia*, cit., pp. 141 ss.

(86) QGTS II, Nr. 1: « *wider sein gethone aydspflicht* ».

(87) *Ibid.*: « *nach willen und gefallen der oberkait und nach gelegenheit und umbstand der personen und sachen gebuesst und gestrafft werden* ».

(88) *Ibid.*: « *sich zû bessern und davon abzuston versprochen, gelobt oder geschworen betten, welches under denen ains wäre* ». Per ulteriori normative dello stesso tenore posteriori al mandato cfr. QGTS II, Nr. 665, novembre 1530: mandato di riforma del balivo del baliaggio comune della Turgovia; QGTS II, Nr. 676, luglio 1532: decisione della Dieta federale per via degli anabattisti nei baliaggi comuni; QGTS II, Nr. 576, 23 agosto 1538: rinnovo e ampliamento del mandato contro gli anabattisti del 1526 della

mantengono la promessa, sono condannati alla pena di morte per affogamento. Quest'ultima disposizione fa capire che per i nativi il giuramento vero e proprio, la promessa solenne e la semplice promessa sono stati equiparati.

Ci si può ora chiedere come mai le autorità elvetiche da un lato sottolineano ripetutamente l'irrinunciabilità e la santità del giuramento e dall'altro permettono di sostituirlo con una promessa solenne o addirittura con una promessa semplice. Sicuramente vi è il desiderio concreto di liberarsi degli anabattisti e di poterli condannare nel caso non mantenessero le loro promesse, anche se in questo modo viene di fatto ammessa la possibilità di rifiutare il giuramento di pace. Ma c'è dell'altro. In una società fermamente convinta che tutti i crimini siano riconducibili alla presenza del demonio e dunque provochino l'ira divina, che colpisce non solo il reo ma tutta la comunità ⁽⁸⁹⁾, permettendo la sostituzione del giuramento agli anabattisti (dai quali c'era comunque d'aspettarsi la sua violazione) si potevano evitare numerosi spergiuri e dunque mitigare le conseguenze dell'ira divina.

Non è casuale che il mandato del 1527 citi la promessa solenne (« *Gelöbnis an Eides statt* ») come alternativa al giuramento. Infatti questa forma si era diffusa già a partire dal XIV. secolo, soprattutto nelle zone alemanniche, e serviva principalmente a garanzia e come fondamento della responsabilità nei rapporti contrattuali ⁽⁹⁰⁾. Il

città di San Gallo; QGTS II, Nr. 313, 4 aprile 1548: mandato contro gli anabattisti della Dieta appenzellese; QGTS II, Nr. 345, 12 marzo 1560: Rinvio all'accordo da poco siglato tra l'abate di San Gallo e il canton Appenzello in merito agli anabattisti.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. A. HOLENSTEIN, *Seelenheil*, cit., pp. 26 ss. con ulteriori indicazioni. Inoltre già nel tardo medioevo la critica umanista alla pletera di giuramenti nasceva tra l'altro dalla preoccupazione per il continuo pericolo della dannazione eterna che correva l'individuo; cfr. P. PRODI, *Der Eid*, cit., p. 21; ID., *Il sacramento*, cit., pp. 361 ss.. Si veda anche E. PRIES, *Basel*, cit., 15ff. Comprovano l'angoscia collettiva di fronte alle tremende conseguenze dello spergiuro anche le continue ammonizioni premesse ai giuramenti o affisse nei tribunali e divulgate negli opuscoli cinque-seicenteschi; cfr. in merito E. VON KUNSSBERG, *Schwurgebärde und Schwurfingerdeutung*, Freiburg i. Br., Herder, 1941; *Teufelbücher in Auswahl*, a cura di R. Stambaugh, vol. 4, Berlin-New York, de Gruyter, 1978; A. HOLENSTEIN, *Seelenheil*, cit., pp. 33 ss.

⁽⁹⁰⁾ P. LEX, *Die Versicherung an Eides statt und ihr Verhältnis zum Gelöbnis und zum feierlichen Eid*, Zürich 1967, in part. pp. 74 ss.; M. SCHAAB, *Eide und andere Treuegelöbnisse in Territorien und Gemeinden Südwestdeutschlands zwischen Spätmitte-*

vantaggio della promessa solenne consisteva nel fatto che la sua violazione comportava le pene corporali dello spergiuro e la perdita dell'onore, ma non le pene religiose ben più gravi della dannazione. Il suo campo d'applicazione, proprio nel corso della prima età moderna, si amplia poi ai giuramenti richiesti ai funzionari pubblici.

Se diamo un breve sguardo alla prassi successiva al mandato del 1527 possiamo osservare che in diversi casi la scarcerazione e rispettivamente l'espulsione avviene sulla base di promesse solenni o addirittura di promesse semplici ⁽⁹¹⁾. Nonostante quanto stabilito nella Confessione di Schleithem, la gran parte degli anabattisti presta comunque, sia nel caso dell'abiura sia nel caso dell'espulsione, il giuramento di pace richiesto « con le dita alzate e con le formule erudite » ⁽⁹²⁾. Che molti di loro non prendessero sul serio i

*alter und Dreissigjährigem Krieg, in Glaube und Eid. Treueformeln, Glaubensbekenntnisse und Sozialdisziplinierung zwischen Mittelalter und Neuzeit, a cura di P. Prodi, München, Oldenbourg, 1993, pp. 11 ss. e in part. pp. 21 ss. Si veda anche quanto stabilito dal diritto municipale di Lucerna nel 1421 (P. A. VON SEGESSER, *Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern*, vol. IV, Luzern, Räber, 1858, p. 474).*

⁽⁹¹⁾ Per il periodo anteriore al 9 settembre 1527 cfr., oltre ai casi già menzionati di Castelberg e Blaurock, QGTS II, Nr. 473, 6 settembre 1525 (prestazione del giuramento di pace da parte di Martin Baumgarter davanti al Consiglio civico di San Gallo « *by der trüw in aids wys* »); BRA II, N. 439, 14 luglio 1526 (Fridli Ab-Iberg proveniente da Svitto viene espulso da Basilea, si rifiuta di prestare il giuramento di pace e « *globt und versprochen by truw an eidstatt* »); BRA IV, N. 288, maggio 1526 e BRA II, N. 435, 2 luglio 1526 (anabattisti espulsi da Basilea si rifiutano di prestare il giuramento di pace e vengono rilasciati sulla base di una promessa semplice). Per il periodo posteriore al 1527 cfr. QGTS II, Nr. 77 e Nr. 79, 23 aprile 1533 (Anna Hagenbuch viene rilasciata dal Consiglio civico di Sciaffusa dopo aver abiurato « *on aid ussgelassen und ire ins zusagens vertraut* »; lo stesso avviene con Barbel Kunz); QGTS II, Nr. 110, 30 luglio 1535 (Offrian Fry proveniente da Buch am Irchel non vuole abiurare e viene rilasciato dalle autorità di Sciaffusa « *on urfehd und aid hinweg glassen. Doch sol er sin fencknus weder effren noch rechen. Das zu thun ist er willig* ».); QGTS II, Nr. 166, 20 dicembre 1535 (Adelheid Herzog proveniente da Pfyn presta il giuramento di pace a Sciaffusa « *hern burgermeister in die hand gelopt* »); QGTS II, Nr. 375, 16 settembre 1556 (davanti al Consiglio di Wil (nel territorio dell'Abbazia di San Gallo) Toni Wieland, Rudolf Erhart e Heinrich Huber prestano una promessa solenne in relazione all'alloggiamento di anabattisti); QGTS II, Nr. 345, 12 marzo 1560 (Peter Glaser proveniente dalla Foresta Nera viene espulso dal canton Appenzello senza aver prestato giuramento).

⁽⁹²⁾ QGTS II, Nr. 280, 1 febbraio 1531 (Appenzello): « *mit uffgebepten vynger und glerten worten* ». Numerosi esempi per il periodo anteriore e posteriore al mandato del 1527 si trovano in QGTS I e II. Cfr. anche E. PRIES, *Zurich*, cit., pp. 73 ss.; ID., *Basel*,

giuramenti prestati, lo dimostra l'alto tasso di recidivi e di ripetuti arresti delle stesse persone.

Nonostante la determinazione e la severità dimostrata nei mandati, l'applicazione di quanto stabilito è contrassegnata dall'ampia discrezionalità delle singole autorità — d'altronde un tratto caratteristico della politica criminale della prima età moderna. Da un lato anabattisti colpevoli di spergiuo anche reiterato vengono trattati con clemenza e in parte addirittura graziati ⁽⁹³⁾, dall'altro non mancano le condanne a morte ⁽⁹⁴⁾.

Mentre nelle repubbliche elvetiche che aderiscono alla Riforma il punto di partenza per la repressione dell'anabattismo rimane comunque legato alla questione del giuramento e alla sua dimensione politica, nei cantoni cattolici come pure negli altri territori cattolici del Sacro Romano Impero gli anabattisti vengono inizialmente puniti in quanto eretici e dunque equiparati ai luterani ⁽⁹⁵⁾. Nei territori protestanti prevale invece, in relazione alla posizione espressa da Lutero, l'accusa di sedizione.

Nella Dieta di Spira del 1529, nonostante le forti contrapposizioni tra le confessioni, si raggiunge un accordo in merito alla repressione dell'anabattismo, ormai considerato un nemico comune. Il mandato imperiale del 23 aprile 1529 ⁽⁹⁶⁾ riprende il mandato emanato da Carlo V il 4 gennaio 1528 e stabilisce che chiunque

cit., pp. 56 ss. e 110 ss.. Di notevole interesse anche il caso di Hans Zöbeli, citato da U.B. LEU e C. SCHEIDEGGER, *Schleitheimer*, cit., p. 112, che in occasione del suo nuovo arresto nel 1549 rimpiange di aver prestato il giuramento di pace e viene rilasciato dalle autorità zurighesi sulla base di una semplice promessa.

⁽⁹³⁾ Per Zurigo cfr. QGTS I, Nr. 304a-uu, 26 gennaio 1530-18 giugno 1538; per Sciaffusa QGTS II, Nr. 76, 19 aprile 1533; per la città di San Gallo QGTS II, Nr. 473, 6 settembre 1525; Nr. 478, 2 ottobre 1525; Nr. 495, 22 marzo 1526 / 18 giugno 1526; Nr. 498, 19 aprile 1526; Nr. 551, 11 ottobre 1530; per l'Abbazia di San Gallo QGTS II, Nr. 371, 10 dicembre 1549. Di particolare interesse è il rifiuto opposto dai giudici locali del baliaggio di Grüningen all'applicazione del mandato; cfr. D. KLEE, *Konflikte*, cit., pp. 145 ss.

⁽⁹⁴⁾ QGTS I, Nr. 204. cfr. anche QGTS II, Nr. 353 (Krüsi); QGTS II, Nr. 47 (Schaufelberger); QGTS I, Nr. 305 (Konrad Winkler); QGTS I, Nr. 348 (Heini Karpf e Hans Herzog); QGTS II, 377 (Bartholomäus Mundtprat).

⁽⁹⁵⁾ U. GASTALDI, *Storia*, cit., pp. 220 ss.; H. W. SCHRAEPLER, *Behandlung*, cit., pp. 19 ss.; H.-J. GOERTZ, *Die Täufer*, cit., pp. 127 ss.

⁽⁹⁶⁾ Il testo del mandato si trova in G. BOSSERT, *Quellen zur Geschichte der Wiedertäufer*. Vol. I: *Herzogtum Württemberg*, Leipzig, Heinsius 1930, pp. 3 ss.

ribattezza o è ribattezzato sia condannato a morte sul rogo o tramite decapitazione senza procedimento inquisitorio di giudici spirituali. La stessa pena è prevista per i predicatori, per i capi e per coloro che non ritrattano o che ricadono nello stesso errore. Chi abiura e chiede misericordia può essere perdonato, ma non può emigrare, affinché sia possibile controllarne il comportamento. Nessuno deve accogliere anabattisti fuggiti da altri territori. Il mandato sigla definitivamente la brutale repressione e la totale intolleranza nei confronti del movimento.

8. *La centralità del giuramento e l'eredità anabattista.*

Attraverso un processo di reciproca radicalizzazione (e dunque attraverso l'intrecciarsi di esclusione ed autoesclusione), nel quale la questione del giuramento gioca un ruolo centrale, si giunge così alla completa emarginazione degli anabattisti. Alla sconfitta del movimento corrisponde la vittoria della linea moderata della Riforma che impone lo stretto e 'fatale' legame tra Riforma e Stato moderno, legame 'sacralizzato' dal nuovo concetto di giuramento politico e dalla sua commistione con la professione di fede⁽⁹⁷⁾. Difesa dell'ortodossia e 'ragion di Stato' si sostengono a vicenda e decretano, già a partire dalla sentenza contro Manz e Blaurock, l'inammissibilità dei concetti anabattisti.

Una volta tolto di mezzo l'ingombrante ostacolo anabattista, si può realizzare, anche nei territori elvetici, « quel processo di disciplinamento socio-religioso »⁽⁹⁸⁾ che trasforma il giuramento politico da vincolo bilaterale a vincolo di fedeltà. Soprattutto nelle piccole e grandi città-stato come Zurigo il giuramento civico, regolarmente ripetuto, assume sempre più il carattere di un giuramento di sottomissione (« *Huldigung* »)⁽⁹⁹⁾ che non tollera eccezioni.

(97) Cfr. in merito le fondamentali riflessioni di P. PRODI, *Il sacramento*, cit., pp. 227 ss. e 283 ss.

(98) Ivi, p. 228.

(99) A. HOLENSTEIN, *Die Huldigung der Untertanen. Rechtskultur und Herrschaftsordnung (800-1800)*, Stuttgart-New York, Gustav Fischer, 1991, p. 408; A. SUTER, *Der schweizerische Bauernkrieg von 1653*, Tübingen, Bibliotheca Academica Verlag, 1997, p. 134. Per quanto riguarda le trasformazioni dei giuramenti dei funzionari cfr. K. SCHREINER, *Iuramentum religionis — Entstehung, Geschichte und Funktion des Konfes-*

Accanto a questa accentuazione dell'importanza del giuramento politico si assiste, perlomeno a Zurigo, già a partire dalla metà del Cinquecento alla sorprendente scomparsa dei giuramenti promissori nell'ambito dei processi civili, mentre rimane in vigore l'obbligo del giuramento assertorio dei testimoni, il cui rifiuto continua ad essere punito severamente ⁽¹⁰⁰⁾. Se ne potrebbe dedurre che la critica anabattista non sia rimasta inascoltata, ma che abbia comunque portato perlomeno ad una riduzione dei giuramenti ⁽¹⁰¹⁾.

Ma anche in merito all'imposizione del nuovo giuramento politico non mancano le critiche e le proteste. Anche se non si tratta di un'opposizione netta e radicale al giuramento in sé, nelle innumerevoli rivolte e ribellioni che caratterizzano la vita politica della Confederazione spesso la questione della forma e del contenuto dei giuramenti richiesti ai sudditi si trova al centro delle controversie ⁽¹⁰²⁾. E forse non è casuale che una delle zone dalla quale prese spunto la Guerra dei contadini svizzeri del 1653 fosse proprio l'Emmental bernese, dove, nonostante le continue e durissime repressioni, si erano mantenute comunità anabattiste ⁽¹⁰³⁾.

sionseides der Staats- und Kirchendiener im Territorialstaat der frühen Neuzeit, in: « Der Staat », XXIV, 1985, pp. 211 ss.; P. RÜCK, *Die Eidbücher des Staatsarchivs Freiburg i. Ue.*, in « Freiburger Geschichtsblätter », LV, 1967, pp. 283 ss.; S. ZIEGLER, « *Alles getreulich und ohne gefährde* ». *Die Eidbücher der Stadt St. Gallen von 1511, 1657, 1740 und 1757*, 2 voll., Bern 1997; P. PRODI, *Il sacramento*, cit., pp. 206 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ A. VON ORELLI, *Studien über den gerichtlichen Eid*, Zürich, Orell, Füssli und Comp., 1858, pp. 39 ss.; E. SPOERRY, *Das Verschwinden des Beweiseides im zürcherischen Zivilprozess seit der Reformation*, Zürich, Lang, 1941, 60; M. LUMINATI, *Eidgenossenschaft*, cit., pp. 106 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Da notare sotto questo aspetto anche la riforma effettuata a Zurigo nel 1650 che porta all'abolizione della maggior parte dei giuramenti d'ufficio e delle professioni o alla loro trasformazione in promesse solenni; cfr. E. SPOERRY, *Das Verschwinden*, cit., pp. 60 ss.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. H. C. PEYER, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, Zürich, Schulthess, 1978, 134ff; A. HOLENSTEIN, *Huldigung*, cit., *passim*; A. SUTER, *Bauernkrieg*, cit., *passim*.

⁽¹⁰³⁾ In merito alla Guerra dei contadini e ai giuramenti cfr. A. HOLENSTEIN, *Huldigung*, cit., p. 408; A. SUTER, *Bauernkrieg*, cit.. Sulle persecuzioni delle comunità anabattiste in territorio elvetico cfr. H. JECKER, *Ketzer Rebellen Heilige, Das Basler Täuferium von 1580 bis 1700*, Liestal, Verlag des Kantons Basel-Landschaft, 1998; M. MATTEN, *Leben im Abseits. Frauen und Männer im Täuferium (1525-1550)*, Frankfurt M., Peter Lang, 1998.

9. *Un inaspettato epilogo.*

Non una vittoria postuma ma perlomeno una riabilitazione storica è stata concessa recentemente a Felix Manz: nell'estate 2004 si è svolta a Zurigo in occasione dei festeggiamenti del cinquecentesimo della nascita di Heinrich Bullinger, insieme a Zwingli uno dei capi della Riforma e accanito persecutore degli anabattisti, una cerimonia di riconciliazione tra rappresentanti della Chiesa riformata e rappresentanti degli anabattisti. In quell'occasione è stata apposta in riva al fiume Limmat una lastra commemorativa in ricordo di Manz e degli altri anabattisti giustiziati. Questa riabilitazione ancora cinquant'anni prima non era stata possibile: nel 1952 il Consiglio municipale zurighese si era opposto all'apposizione di questa lastra, dato che considerava Felix Manz sempre ancora un nemico dello Stato ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. www.der-nachfolger.ch/content/e164/e772/e807/e812/index-ger.html: Discorso del Consigliere municipale Robert Neukomm del 26 giugno 2004.

I nemici della rivoluzione

ROBERTO MARTUCCI

LESA NAZIONE, LATO OSCURO DELL'OTTANTANOVE.
LA RIVOLUZIONE FRANCESE
E IL SUO NEMICO INTERNO (1789-1791) (*)

« Ceux qui ont attaqué le Comité de Recherches n'ont pas même soupçonné la question qu' il falloit poser, ils n'en ont pas dit un mot. Cependant hors de là tout est verbiage et lieu commun ».

[JEAN-FRANÇOIS DE LA HARPE, *Lettre à M. le Chevalier de Pange*, Février-Avril 1790]

« [...] toujours dans ce polémique, vous citez ce que vous n'avez pas lu, vous combattez ce que vous n'avez pas compris, & en raisonnant sur ces bases vous ne pouvez porter que de faux jugemens ».

[FRANÇOIS DE PANGE, *Lettre à M. de La Harpe sur le Comité des Recherches*, 27 Août 1790]

« Il est temps de mettre fin au Comité des Recherches, à ces institutions odieuses ».

[abbé Maury, Constituant, 1790]

« ce seul nom de Comité des Recherches (...) inspiroit une aversion universelle ».

[M^{me} de Staël, 1818]

I. La Rivoluzione Francese e il suo nemico interno, uno sguardo d'insieme. 1. Premessa.
— 1.1. Alcuni principi, fondamentali sì ma in contro-tendenza. — 1.1.1. Un mondo che

(*) Paolo Viola, tra i più acuti interpreti della Rivoluzione francese, studioso e pensatore raffinatissimo, è venuto a mancare pochi anni or sono a Palermo dove era professore di Storia moderna in quell'Università, dopo aver insegnato a lungo a Pisa; gli ero diventato amico apprezzandone la profonda dottrina, gli infiniti interessi, la duttilità ermeneutica. Su molti dei temi affrontati in queste pagine ho avuto modi di confrontarmi con lui, discordandone, talora, ma beneficiando sempre di indicazioni feconde. Questo mio lavoro lo dedico all'eminente figura del collega scomparso, nel rammarico di un dialogo spezzato. Villa Bruna, 14 maggio 2009.

gira al contrario? — 1.1.2. Il *Palais-Royal*. — 1.1.3. Complotti e riforme. — 2. Amici, nemici e luoghi comuni. — 3. Fasi e periodizzazioni del decennio rivoluzionario. — II. La Costituente dopo il 14 luglio e il 4 agosto, tempo di *Recherches*. — 1. La Costituente e la nuova legalità. — 2. Un nuovo contesto: il passaggio dalla Monarchia assoluta alla Monarchia costituzionale. — 3. Grande Paura e intimidazione. — 3.1. L'innalzamento della curva degli arresti: « Catilina est à nos portes! ». — 3.1.1. Sul sequestro della corrispondenza: il dibattito assembleare del 25 luglio 1789. — 3.1.2. Quando i deputati chiedono un passaporto. — 3.2. — Verso la polizia politica: nascono i *Comités des Rapports et des Recherches* della Costituente (28 luglio 1789). — 3.3. Il *Comité des Recherches* della Costituente: panorama delle indagini. — 3.3.1. Un giudice naturale d'attribuzione. — III. Ricerche municipali parigine. — 1. Il Municipio e la sua polizia: come prevenire trame, complotti e cospirazioni. — 1.1. Il *Département de Police de la Ville de Paris*. — 1.2. Il *Comité des Recherches de la Ville de Paris*. — 2. Il Triumvirato inquirente Brissot-Agier-Garran de Coulon: uomini nuovi alla ricerca della legittimazione politica. — 2.1. Un nuovo giudice-istruttore politico. — 2.2. Elogio della delazione. — 3. Diatribe sulla delazione: il cavaliere de Pange contro La Harpe. — 3.1. L'emulazione delatoria. — 3.1.1. Quando Brissot indaga: *l'affaire des Illuminés de Saint-Cloud*. — 3.2. Il *Comité des Recherches de la Ville de Paris* esce di scena. — 4. Cosa è la « Lèse-Nation »? — 4.1. Nasce il rito misto. — 4.2. Ancora polemiche sui crimini nazionali. — 4.3. Robespierre? Sospetta.

I. *La Rivoluzione Francese e il suo nemico interno, uno sguardo d'insieme.*

1. *Premessa.*

Come sanno gli addetti ai lavori, manca fino ad oggi una storia completa dell'attività della Convenzione Nazionale, la più controversa delle Assemblee rappresentative di tutte le epoche ⁽¹⁾; come manca, del pari, una storia politico-istituzionale aggiornata del *Comité de Salut Public* in tutte le sue fasi — dantonista, robespierrista, termidoriana — per il semplice motivo che farlo equivale ad affrontare in tutta la sua complessità ermeneutica e documentale la delicatissima questione della natura, insediamento e sviluppo del « *gouvernement révolutionnaire* » ⁽²⁾. Quindi, si evita di impiantare

⁽¹⁾ La bibliografia sulla Rivoluzione francese è vastissima come attestano i repertori dei testi editi ed inediti consultabili; per non appesantire ulteriormente il sovrabbondante apparato critico, mi sono limitato a citare in nota solo quei testi strettamente indispensabili, evitando anche eccessivi rinvii a *Mémoires*, epistolari, biografie; aggiungo anche che nella trascrizione delle fonti ho sempre rispettato la grafia dell'epoca, evitando di modernizzare forme verbali o congiunzioni (la & al posto di *et*).

⁽²⁾ L'avvincente libro di Robert R. PALMER, *Le gouvernement de la Terreur. L'année du Comité de Salut public*, préface de François Furet, Paris, Armand Colin, 1989, riedito in occasione del *Bicentenaire de la Révolution*, è la tesi di Dottorato discussa

un cantiere di ricerca, ricchissimo di fonti e problemi interpretativi, preferendo isolare singole questioni che finiscono con l'essere studiatissime, monopolizzando l'attenzione di studiosi che non osano affrontare di petto quel nodo gordiano.

Problemi analoghi li presenta la questione del 'nemico interno' durante la Rivoluzione Francese; tale tema obbliga lo studioso che voglia farsene carico ad inoltrarsi in un sentiero accidentato, irto di difficoltà, dato che inquadrare in termini esaurienti siffatto argomento equivale a riscrivere la storia della Rivoluzione in tutte le sue fasi — costituzionale, repubblicana, termidoriana, direttoriale — nell'intero decennio 1789-1799, sia pure da un particolare osservatorio; ma il fatto che il punto di vista sia, per così dire, 'settoriale' non azzerà i problemi, visto che la Rivoluzione convive e vive su questa tematica 'settoriale' giorno dopo giorno, lasciandola in eredità anche al regime napoleonico consolare e imperiale.

Inquadrare l'argomento, sia pure per sommi capi, implica necessariamente una riproposizione del calendario degli eventi e del ruolo svolto dai principali protagonisti — deputati, governanti, generali, epurati: diverse centinaia, solo a livello apicale — obbligandoci a fare continuamente i conti con 'l'inquinamento delle prove' operato da *Mémoires* di dubbia redazione, verbosi epistolari, biografie non sempre obiettive; infine, da una storiografia enorme e quasi incontrollabile. Pur scremando all'essenziale, la materia è vastissima e ci obbliga a rapportarci con un'altra realtà, la superficiale conoscenza di protagonisti ed eventi rivoluzionari da parte del lettore medio italiano — che, con limitate eccezioni, circoscrive il proprio orizzonte al trio 'Robespierre-ghigliottina-Napoleone' — con l'obbligo per chi scrive di fare continuamente il punto della situazione, tentando, nella misura del possibile, di separare i fatti dalle interpretazioni.

Pur conscio di questa difficoltà, in un primo momento ho perséguito l'ambizione di trattare l'intero decennio rivoluzionario, seguendo la lotta al 'nemico interno' in tutte le sue tappe; facendo anche i conti con la natura proteiforme di questo antagonista che è,

dall'Autore nel 1941 e sviluppa solo la politica militare del Comitato; quanto a Bernard GAINOT, *Dictionnaire des membres du Comité de Salut public*, préface de Michel Vovelle, Paris, Tallandier, 1990, il suo non vuole essere altro che un utilissimo repertorio.

al tempo stesso, esterno e interno al processo rivoluzionario. Nella categoria rientrano a pieno titolo tanto gli avversari *attitrés*, quali i generici contro-rivoluzionari, gli emigrati e i preti refrattari; quanto *leaders* e militanti, originariamente giacobini, man mano emarginati e criminalizzati e, infine, trasformati in ‘nemici interni’, nel corso di una durissima lotta politica (tutta interna alla Sinistra) che ha per scopo vero il monopolio nella gestione del potere.

Non potendo riscrivere la storia della Rivoluzione in poche pagine, ho preferito concentrare la mia attenzione sul primo biennio rivoluzionario, con particolare riferimento alla crisi dell'estate 1789, quando il tentato colpo di mano regio — « le renvoi de Necker » — suscita nell'intero Regno una mobilitazione popolare fino ad allora impensabile che, per difendere l'appena conquistata forma rappresentativa di governo, adotta forme di lotta di particolare durezza. Questa mobilitazione militante fa i conti di continuo con l'ossessione del complotto e della sua necessaria repressione. Assemblea Costituente e Municipio insurrezionale parigino, diventati interlocutori necessari di un gigantesco universo militante esteso a tutto il Regno, si sono trovati di fronte a due necessità: da un lato, quella di non deludere le aspettative di assumere la direzione politica degli eventi; dall'altro, quella di non andare a rimorchio della mobilitazione rivoluzionaria, aderendo passivamente al rilancio continuo di obiettivi sempre più radicali. La necessità di frenare la spinta di piazza e coordinare le indagini sulle varie attività contro-rivoluzionarie man mano emergenti, ha spinto l'Assemblea Nazionale a darsi strumenti operativi straordinari — i *Comités des Rapports et des Recherches* — che, a sua volta hanno influenzato le strutture operative del Municipio di Parigi e, in particolare, l'attività del *Comité des Recherches de la Ville de Paris* (e del suo tentativo di rendere punibile una categoria criminosa evanescente quale la *Lèse-Nation*).

1.1. *Alcuni principi, fondamentali sì ma in contro-tendenza.*

In ambito penale la Rivoluzione Francese ci ha lasciato in eredità la costituzionalizzazione dei principi di stretta legalità dei delitti e delle pene, non retroattività della norma penale incriminatrice e stretta necessità delle pene, contenuti negli articoli VII, VIII e IX della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, appro-

vata dall'Assemblea Nazionale Costituente il 26 agosto 1789 dopo due settimane di intensi dibattiti ⁽³⁾. Immediatamente operativi a livello processuale — malgrado autorevoli opinioni, ideologicamente orientate, abbiano sostenuto il contrario ⁽⁴⁾ — quei principi esprimono una tale forza cogente, da ipotecare un'intera stagione di riforme, precostituendo l'orizzonte di riferimento della gigantesca azione codificatoria penale portata a termine dalla Costituente nel corso della legislatura.

⁽³⁾ Cfr. Roberto MARTUCCI, *La Costituente e il problema penale in Francia. I. Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz (1789-1791)*, Milano, Giuffrè Editore, 1984; ID., *Le "parti de la réforme criminelle" à la Constituante*, in *La Révolution et l'Ordre Juridique privé. Rationalité ou scandale?* Actes du Colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, Paris, Puf, 1988, vol. I, pp. 229-240; ID., *Astrattezza riformatrice e progetto penale costituente nella dinamica istituzionale dell'89*, in « *Politica del Diritto* », 1990, 1, pp. 1-42; ID., *1789/1793: dalle garanzie giuridiche alla supremazia del politico. Sulla Rivoluzione Francese e le sue dinamiche istituzionali*, in « *Materiali per una storia della cultura giuridica* », a. XX, n. 2, dicembre 1990, pp. 311-365; ID., *Quatre-vingt-neuf ou l'ambiguïté. Aperçu sur la liberté personnelle et la détention avant jugement sous la Constituante (1789-1791)*, in Philippe Robert (sous la direction de), *Entre l'ordre et la liberté. La détention provisoire. Deux siècles de débats*, Paris, Editions L'Harmattan, 1992, pp. 41-60; ID., *L'enjeu pénal à l'Assemblée Constituante (1789-1791)*, in « *Dix-huitième Siècle* », 37, 2005, pp. 283-303; ID., *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero (1789-1810)*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », XXXVI/I (2007), pp. 91-234.

⁽⁴⁾ Per tutti, rinvio a Giuliano AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della responsabilità personale*, Milano, Giuffrè, 1967, che, poggiando le sue considerazioni su una letteratura secondaria più che datata, ha offerto una lettura riduttiva delle garanzie di *Habeas Corpus* contenute nell'art. VII della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, visto che essa ancorava tali garanzie alla formula « dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». L'esistenza di questa riserva di legge (ma all'epoca la nozione non esisteva) basta a far sostenere all'Amato che vi sia stata « totale remissione dei diritti tanto solennemente proclamati ad una disciplina legislativa che poteva anche distruggerli » (p. 134). Sarà, invece, proprio tale rinvio a una *Loi* tutta da scrivere, a permettere ai deputati giuristi come Du Port e Le Peletier de Saint-Fargeau di utilizzare la *Déclaration* alla stregua di una 'norma sulla produzione di norme', spingendo una riluttante Assemblea a varare una vastissima riorganizzazione del sistema sanzionatorio e processuale; ma per accorgersene bisogna riferirsi ai lavori preparatori, non alla letteratura secondaria. Di analoga cecità (argomentata decisamente meglio e poggiata su vaste conoscenze) sembra dar prova anche Nicola MATTEUCCI, *Dal costituzionalismo al liberalismo, passim*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da L. Firpo, IV: *L'età moderna*, t. II, Torino, Utet, 1975; ID., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, Utet, 1988.

Tuttavia, non era affatto scontato che lo sviluppo degli avvenimenti dovesse andare in quella direzione, visto che una massiccia 'domanda penale di piazza' fin dall'estate 1789 aveva chiesto all'Assemblea misure di stampo draconiano nei confronti del variegato fronte oppositivo coagulatosi attorno al cosiddetto *Parti Noir* ⁽⁵⁾; minacciando, in caso di diniego, il ricorso alle esecuzioni sommarie, già sperimentate nei giorni più caldi della crisi di luglio. Il fatto, incontrovertibile, che la Costituente non abbia tenuto alcun conto delle pressioni e che abbia onorato in tutte le sue fasi un calendario legislativo rigorosamente riformatore, improntato al principio di stretta legalità, ci consente di pensare che la feconda stagione di innovazioni legislative destinata a sfociare nei codici penali del settembre 1791 sia stata in assoluta contro-tendenza rispetto al clima della capitale.

1.1.1. *Un mondo che gira al contrario?*

Nella stagione dell'Ottantanove — sia ben chiaro, un Ottantanove allargato che abbraccia l'intero arco della legislatura costituente — Parigi è in piena effervescenza, tutto lascia pensare che un ordine politico-sociale restato sostanzialmente immutato per decenni sia crollato di colpo e che si possa, addirittura, ipotizzare che il mondo giri al contrario con sistemi di valori ribaltati nel giro di poche settimane. Oggi possono farci sorridere « les assemblées d'enfants en petits bataillons », dove fanciulli in tenera età armati di « sabres, épées et batons [...] se formaient en patrouilles » per scimmiettare la Guardia Nazionale; o atteggiarsi ad insorti in miniatura « après les exécutions illégales du mois dernier [...] portant, au bout d'une pique, deux têtes de chats qu' ils avaient probablement coupées eux-mêmes » ⁽⁶⁾; oppure, costituitisi in co-

⁽⁵⁾ Era così definita la Destra estrema dell'Assemblea Nazionale Costituente; il *noir* potrebbe aver fatto riferimento al colore della coccarda di Maria Antonietta o anche al colore degli abiti talari dei deputati ecclesiastici; sul punto v. Jacques DE SAINT VICTOR, *La chute des aristocrates 1787-1792. La naissance de la droite*, Paris, Perrin, 1992, p. 122 e *passim*.

⁽⁶⁾ Jean-Sylvain BAILLY, *Mémoires de Bailly, avec une notice sur sa vie, des notes et des éclaircissemens historiques*, Par MM. Berville et Barrière, Paris, Baudouin frères, 1821, II, *Lundi 17 août 1789*, p. 274.

mitati per denunciare l'aristocrazia dei genitori e il dispotismo *intra mœnia* (a letto presto e l'indomani mattina a scuola!).

Eppure, la voglia di uguaglianza rilanciata dall'art. I della *Déclaration des Droits* — la cui formulazione è nell'aria fin dalla presentazione dei primi progetti di *Déclaration* alla fine del giugno 1789 — provoca il crescente, incessante rumore di lavoratori subalterni e ceti marginali, mobilitati dai patrioti durante la crisi di luglio e che, ora, vorrebbero continuare ad aver voce in capitolo; mentre, invece, la nuova classe dirigente li vorrebbe patriotticamente al proprio posto, obbedienti alle nuove gerarchie rivoluzionarie. Il sindaco Bailly (7) nei suoi *Mémoires* accenna ai problemi creati dalle migliaia di operai dell'*atelier de charité* di Montmartre, in agitazione dal 12 agosto per una incauta diminuzione del salario decisa dalle autorità e minacciati anche di licenziamento; neppure i *garçons tailleurs* sono tranquilli, e « par une décision concertée » incrociano le braccia chiedendo un aumento salariale; seguiti a ruota dai *peruquiers* (che nel giro di quattro o cinque anni dovranno fare i conti con il cambio delle acconciature e l'eliminazione di cipria e parrucche); apparentemente, le loro rivendicazioni sono ricono-

(7) Jean-Sylvain Bailly (15. IX.1736-12.XI.1793). Membro delle Accademie delle Scienze, di Francia e delle *Inscriptions*, astronomo rinomatissimo; deputato del Terzo Stato di Parigi *intra muros* agli Stati Generali; presidente della Costituente e protagonista, il 20 giugno 1789, del *Serment du Jeu-de-Paume*, sindaco di Parigi; ghigliottinato durante il Terrore. I contenuti dei medaglioni biografici sono il frutto dell'esame delle voci di alcuni noti repertori (integrate con le notizie contenute nei principali testi di storia della Rivoluzione francese); opero per tanto un rinvio generale, senza citare il riferimento testuale ad ogni singola voce: E. BOURSIN et Augustin CHALLAMEL, *Dictionnaire de la Révolution Française. Institutions, hommes & faits*, Paris, Librairie Furne, 1893; François FURET, Mona OZOUF, *Dictionnaire critique de la Révolution Française*, Paris, Flammarion, 1988, ed. it. a cura di Massimo Boffa: *Dizionario critico della Rivoluzione Francese*, Milano, Bompiani, 1988; HÆFER, *Nouvelle Biographie Générale*, Paris, Firmin Didot, 1853-57; Jules MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, édition établie et commentée par Gérard Walter, Paris, Gallimard, 1952 [1847]. *Table analytique. Personnages*. III. *Période révolutionnaire*, pp. 1173-1564; D^r. ROBINET, Adolphe ROBERT, J. LE CHAPLAIN, *Dictionnaire historique et biographique de la Révolution et de l'Empire 1789-1815*, Paris, Librairie historique de la Révolution et de l'Empire, (s. d.); Albert SOBOUL, *Dictionnaire historique de la Révolution Française*, publié sous la direction scientifique de Jean-René Suratteau et François Gendron, Paris, Puf, 1989.

sciute giuste « mais, dans ces momens toutes les assemblées étaient inquiétantes » (8), confessa il sindaco nel suo diario.

Lo stesso Brissot si rende conto del pericolo rappresentato dalle voci allarmiste e cerca di attenuare le angosce di chi si preoccupa per la (inesistente) presenza di sessantamila domestici e di alcune centinaia di neri, stazionanti in perenne fermento al *Palais-Royal*; il *pamphlétaire* non può fare a meno di osservare che ci sono « hommes qui, soit crédulité, soit mauvaise intention, cherchent à porter l'effroi dans les esprits ». Quei numeri vanno ridimensionati, dato che nella capitale ci sono solo poche decine di uomini di colore e qualche centinaio di domestici (9); a qualche settimana di distanza, proprio alla vigilia della sua svolta poliziesca, si lascia andare all'ammissione: « comme on trompe ce Peuple trop crédule » (10).

1.1.2. *Il Palais-Royal.*

Nel frattempo, un preoccupante contesto intimidatorio comincia ad aggregarsi negli ambienti più esagitati dell'estremismo: sotto i portici del *Palais-Royal* (11) albergano i « goûteurs de la prome-

(8) Jean-Sylvain BAILLY, *Mémoires de Bailly*, cit., II, *Mercredi 12 août 1789*, p. 257, *Jeudi 13 août 1789*, p. 265, *Samedi 15 août 1789*, p. 272, *Mardi 18 août 1789*, p. 276-277.

(9) Le Patriote François, *Journal libre, impartial et national, Par une Société de Citoyens, & dirigé par J.P. Brissot de Warville*, n° XXXIII. Du jeudi 3 septembre 1789, p. 3.

(10) « Le Patriote François », n° LXXVI. Du jeudi 22 octobre 1789, p. 3.

(11) Il *Palais-Royal*, già *Palais-Cardinal*, non era la residenza del re; di proprietà del duca Philippe d'Orléans (era stato regalato alla *branche cadette* da Luigi XIV), era stato trasformato in un immenso ridotto di trattorie, case da gioco, case galanti, librerie, tipografie e caffè in cui alla polizia (ma non ai suoi *indicateurs* o *mouches*) non era dato penetrare. Già punto di riferimento obbligato del *tout-Paris* come dei provinciali o degli stranieri di passaggio fin dalla primavera-estate 1789, a partire dalla metà di ottobre 1789, con il trasferimento della Costituente da Versailles a Parigi, il *Palais-Royal* è centro di aggregazione dell'estremismo politico. Secondo le « Révolutions de Paris », IV, p. 20 ss. centro di riferimento era il *café de Foy*, alla sua chiusura ci si trasferiva nei giardini del *Palais-Royal*, cfr. Jean-Sylvain BAILLY, *Mémoires de Bailly*, cit., II, p. 331 n. 1, annotazione dei curatori. Ha scritto Jean ROBIQUET, *La vie quotidienne au temps de la Révolution*, Paris, Librairie Hachette, 1938: « [...] le Palais-Royal, forum de la Révolution, centre des cafés, des restaurants, des amusements de toute nature, mais aussi terre d'élection des agitateurs, des bavards, des

nade » (12) secondo un'icastica definizione — « le Palais-Royal étoit encore hier soir rempli d'une foule immense, & de groupes très-bruyans », testimonia Brissot (13) — o nelle innumerevoli taverne dove gli « Harangueurs » (14) sono di casa, oppure nelle approssimative redazioni dei fogli più incendiari, come *rue Favart* n° 5 dove Jacques-Pierre ha insediato il *bureau* del « Patriote François ».

Tutto ruota, dunque, intorno e dentro ai meandri del *Palais-Royal*, città nella città sottratta al controllo dei Distretti, dove è praticamente impossibile operare una *visite domiciliaire* senza che la preda svanisca, lasciando la polizia a mani vuote. Il sindaco Bailly è costretto ad ammettere che quel punto di riferimento patriottico, utilissimo durante la crisi luglio, ora non lo è più:

« Le Palais-Royal, qui avait été le théâtre des premières agitations alors utiles, devenait un objet d'inquiétude pour une administration qui désirait sincèrement de ramener la paix dont tout le monde avait besoin » (15).

Al *Palais-Royal* il fermento è continuo, come lo è nelle gigantesche — e ormai scomparse — *Halles* formicolanti di *poissardes*, fruttivendole, fioraie, venditrici di ogni genere commestibile, attor-

rateurs improvisés, toujours prêts à monter sur une table et à sauver la Nation entre deux tasses de moka » (p. 8). Non offre informazioni significative sull'argomento Jean-Paul BERTAUD, *La vie quotidienne en France au temps de la Révolution (1789-1795)*, Paris, Hachette, 1983, tr. it. di Maria Grazia Meriggi: *La Francia al tempo della Rivoluzione*, Milano, Rizzoli, 2000 (1988). Sul clima dell'epoca, nulla di meglio di Nicolas-Edme RESTIF DE LA BRETONNE, *Les nuits de Paris ou le Spectateur nocturne*, M. Chadourne et M. Thiébaud (éd.), Paris, Hachette, 1960 [1788-1794], ne esiste una tr. it. di Anna Maria Scaiola con Prefazione di Giovanni Macchia, *Le notti di Parigi*, Roma, Editori Riuniti, 1982, pp. XXXII-187; lettura da integrare con l'immenso scavo di Louis-Sébastien MERCIER, *Le nouveau Paris*, à Paris, chez Fuchs, Ch. Pougens et Ch. Fr. Cramer, Libraires [frimaire an VII — novembre 1798], III, in particolare, v. chap. XCI. *Palais-Égalité, ci-devant Palais-Royal*, pp. 93-128.

(12) « Le Patriote François », n° XLIV. Du mercredi 16 septembre 1789, p. 2.

(13) « Le Patriote François », n° XXXIII. Du jeudi 3 septembre 1789, p. 3.

(14) Termine utilizzato da Brissot, cfr. « Le Patriote François », n° XXXI. Du mardi premier septembre 1789, p. 2.

(15) Jean-Sylvain BAILLY, *Mémoires de Bailly*, cit., II, *Mercredi 5 août 1789*, p. 219, il 31 agosto, nell'arco della giornata, il *Palais-Royal* invia in momenti diversi quattro deputazioni in Municipio, ivi, p. 334 n. 2.

niate da garzoni di macelleria (i *mauvais garçons*, virtuosi del coltellaccio, probabili attori delle tragiche decapitazioni di luglio e ottobre), aiutanti-panettieri, salumieri, *rotisseurs*, migliaia di facchini, bancarellai: un microcosmo che può esplodere se viene meno un salario o la quotidiana razione alimentare di pane. La marcia notturna da Parigi a Versailles, quella che all'alba del 6 ottobre rischia di lasciare la Francia senza regina, ha qui il suo epicentro.

A questo universo impaziente, impaziente di sopravvivere ma anche di emanciparsi e migliorare la propria condizione sociale, l'Assemblea Costituente risponde mettendo in cantiere un vasto programma di riforme. Ma codici, processi imparziali gestiti da giudici elettivi, sentenze ineccepibili pronunciate con l'intervento di giurie popolari: non è quanto ci si aspetti da parte di chi vede un complotto dietro ogni disguido nella consegna delle farine, una congiura per qualunque imprevisto nella panificazione o, più in generale, nell'approvvigionamento alimentare. Chi si muove all'interno di queste coordinate del sospetto oltre al pane subito vuole l'adozione di una normativa draconiana che consenta di liquidare rapidamente il nemico interno, senza che le formalità processuali costituiscano un inutile intralcio, autentica perdita di tempo legale.

1.1.3. *Complotti e riforme.*

Sconfitta nella breve stagione del biennio costituente, la logica del complotto avrebbe invece avuto partita vinta nell'arco del decennio rivoluzionario. Viceversa, vittoriosa nell'immediato, la strategia codificatoria dell'Assemblea Costituente non sarebbe riuscita a imbrigliare l'esplosione rivoluzionaria, salvo riemergere carsicamente una dozzina d'anni più tardi, costituendo una parte del retroterra della codificazione napoleonica, imponendosi poi definitivamente, tra Otto e Novecento, quale indispensabile bagaglio teorico della più consapevole scienza penalistica europea.

Si tenga presente che, approvata a fine agosto 1789, la *Déclaration des Droits* (diffusa istantaneamente in tutta la Francia), venne rapidamente tradotta nelle principali lingue parlate in Europa, caratterizzandosi quale manifesto riformatore di forza cogente, al di là di ogni più rosea aspettativa. Se ne servirono i giuristi della

Costituente; penso ad Adrien Du Port ⁽¹⁶⁾, Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau ⁽¹⁷⁾, Jacques-Guillaume Thouret ⁽¹⁸⁾ e tanti altri. Al fine di imbrigliare la logica forcaiola, essi utilizzarono le disposizioni penali della *Déclaration* quale ipoteca sulla futura legislazione — quasi alla stregua di ‘norme sulla produzione di norme’ — presentando ogni singola tappa dell’itinerario codificatorio quale necessaria e inevitabile conseguenza di principi fondamentali liberamente adottati.

Ma di questa ‘astuzia declaratoria’ cosa è rimasto nell’immaginario collettivo?

⁽¹⁶⁾ Adrien-Jean-François Du Port (24.II.1759-6.VII.1798), *conseiller au Parlement de Paris*, massone della *Loge des Amis réunis*, fondatore della *Société des Trente*, fautore del raddoppio del Terzo Stato (con un numero di deputati pari alla somma dei deputati dei due Ordini privilegiati), deputato della Nobiltà di Parigi agli Stati Generali, favorevole alla verifica dei poteri in comune, aderisce al *Club Bréton* e, poi, alla *Société des Amis de la Constitution séante aux Jacobins*; con Barnave e Charles de Lameth membro del cosiddetto Triumvirato alla testa del Blocco costituzionale che, di fatto, assume la *leadership* costituente; *rapporteur des Comités réunis de Constitution et de Législation criminelle*, gli si deve l’introduzione della giuria penale nell’ordinamento giudiziario; presidente della Costituente il 3 febbraio 1791, promuove la scissione giacobina dopo la fuga del re a Varennes ed è tra i capi del *Club des Feuillants*; decretato d’arresto dal Comune di Parigi il 28 agosto 1792 ed arrestato il 2 settembre, viene liberato su ordine di Danton; muore di tubercolosi nell’esilio svizzero a trentanove anni.

⁽¹⁷⁾ Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau (29.V.1760-20.I.1793), *Avocat au Châtelet* dal 1783, *Avocat général au Parlement de Paris* dal 1784, *Président à mortier au Parlement de Paris* con dispensa d’età dal 1785 (presiede la *Tournelle criminelle* nell’*affaire Kornmann*, dove compare Nicolas Bergasse come avvocato), deputato della Nobiltà di Parigi agli Stati Generali, contrario alla verifica dei poteri in comune, aderisce alla *Société des Amis de la Constitution séante aux Jacobins*; eletto presidente della Costituente il 21 giugno 1790, *rapporteur des Comités réunis de Constitution et de Législation criminelle* sul progetto di codice penale e fautore dell’abolizione della pena di morte, si radicalizza dopo la fuga del re a Varennes; eletto alla Convenzione, regicida, viene trucidato da un fanatico e muore a trentatré anni di età.

⁽¹⁸⁾ Jacques-Guillaume Thouret (30.IV.1746-24.IV.1794), avvocato a Rouen e civilista di rinomanza nazionale, incaricato della redazione del *cabier* del Terzo Stato viene eletto deputato agli Stati Generali, favorevole alla verifica dei poteri in comune; pur contrastato da Siyès, viene eletto per quattro volte presidente della Costituente, è *rapporteur du Comité de Constitution* sui progetti di riforma municipale e dipartimentale oltre che sulla riforma giudiziaria, fautore dell’abolizione della pena di morte, gli si deve il nucleo centrale della costituzione del 3 settembre 1791; presidente del *Tribunal de Cassation*, arrestato con false accuse, viene ghigliottinato durante il Terrore a quarantotto anni.

2. *Amici, nemici e luogbi comuni.*

Malgrado la Rivoluzione Francese inquadri un decennio di notevole complessità, denso di eventi retti da dinamiche aggrovigliate, l'immaginario collettivo sedimentatosi lentamente nel corso di questi duecentoventi anni ha finito con il dare memoria storica solo ad alcune immagini semplificatrici.

Per cominciare, Luigi XVI obbligata vittima sacrificale — secondo il giudizio di de Maistre ⁽¹⁹⁾ — di un processo riformatore da lui stesso avviato; la Dittatura di Salute pubblica di Robespierre ⁽²⁰⁾, fondata sulla ghigliottina in perenne attività; poi, folle rivoluzionarie di straccioni esaltati contro nemici aristocratici; ancora, *leaders* politici sempre nuovi, chiamati alla ribalta rivoluzionaria per gestire il potere lungo stagioni sempre più brevi; infine, quell'oggetto misterioso (per i non addetti ai lavori) che è stata la Vandea ⁽²¹⁾, con il suo corteggio di stragi legali, reazioni contadine feroci e violentis-

⁽¹⁹⁾ [Joseph DE MAISTRE], *Considérations sur la France*, Lausanne, 1796; Massimo BOFFA, *Maistre*, in François FURET-Mona OZOUF, *Dizionario critico della Rivoluzione Francese*, cit., pp. 908-914; inoltre, Carlo GALLI, *Joseph de Maistre*, in Bruno BONGIOVANNI e Luciano GUERCI (a cura di), *L'albero della Rivoluzione. Le interpretazioni della Rivoluzione Francese*, Torino, Einaudi, 1989, pp. 411-417.

⁽²⁰⁾ Maximilien-François-Isidore Robespierre (6.V.1758-28.VII.1794), avvocato ad Arras, deputato del Terzo Stato agli Stati Generali, favorevole alla verifica dei poteri in comune; con Pétion siede alla estrema Sinistra della Costituente; aderisce alla *Société des Amis de la Constitution séante aux Jacobins*, combattendo la scissione fogliante; deputato alla Convenzione e suo presidente, membro del *Comité de Salut Public* dell'anno II (detto il Grande Comitato) viene ghigliottinato dopo il colpo di Stato parlamentare del 9 termidoro anno II a trentasei anni.

⁽²¹⁾ Benché l'autore dichiari espressamente che il tema gli è estraneo, per un inquadramento generale della ribellione si veda Alphonse AULARD, *Histoire politique de la Révolution Française. Origines et développement de la Démocratie et de la République (1789-1804)*, Paris, Armand Colin, 1905³, pp. 375-377; intenso e ricco di *pathos* il quadro offerto da Jules MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, cit., pp. 261-280; Albert MATHIEZ, *La Révolution française*, Paris, Librairie Armand Colin, 1921-27, tr. it. di Mario Bonfantini: *La Rivoluzione francese. II, La Gironda e la Montagna*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1950, pp. 273-288; tra gli studi specificamente dedicati al tema: Jean-Clément MARTIN, *La Vendée et la France*, Paris, Editions du Seuil, 1987, ed. it. a cura di Gianluca Solfaroli Camillocci: *I Bianchi e i Blu. Realtà e mito della Vandea nella Francia rivoluzionaria*, Torino, Società Editrice Internazionale, 1989; Mona OZOUF, *Vandea*, in François FURET-Mona OZOUF, *Dizionario critico della Rivoluzione Francese*, cit., pp. 148-158.

sime, draconiane bonifiche militari costellate dalle esecuzioni di massa operate dalle « colonne infernali » del generale Turreau ⁽²²⁾, inviato dalla Convenzione « per eseguire il terribile decreto del 1° agosto, che aveva ingiunto alle autorità della Repubblica di trasformare la Vandea in un deserto » ⁽²³⁾.

Dunque, una confusa stagione di scelte irrisolte dominata da intense passioni capaci di dividere la Francia — secondo la logica ‘amico/nemico’ — in due campi contrapposti: da un lato, i rivoluzionari favorevoli alla trasformazione radicale della società; dall’altro, i contro-rivoluzionari, per principio contrari a qualsiasi cambiamento o modernizzazione politico-istituzionale. Drammi, passioni, agitate folle in sommossa, precostituiscono un contesto in cui sarà difficile essere equanimi nella vittoria, riabilitare gli avversari di ieri, trattare gli sconfitti seguendo la massima *parce subiectis*, in una parola, evitando di abusare della propria vittoria.

Se dittatura, ghigliottina e folle rivoluzionarie evocano il nemico interno, la guerra combattuta dalla Francia per più di ventidue anni, dal 1792 al 1815, presuppone il tradizionale nemico esterno su cui riversare le ansie di un Paese in crisi.

Evocando la guerra — con le sue vittorie militari o le tragiche epopee (campagna d’Egitto, Spagna e ritirata di Russia, per esempio) — ci si riferisce a uno spazio che, nell’immaginario collettivo, è occupato essenzialmente da Napoleone imperatore — con il suo séguito di Marescialli ed effimeri re travicelli — che assorbe nel ricordo il misterioso quinquennio da Primo Console di una Repubblica ormai definitivamente militarizzata, la cui forma di governo disciplinata dalla costituzione dell’anno VIII esiste solo sulla carta.

Ma la guerra non ha inizio con Bonaparte che, pure, gli deve carriera rapidissima (da capitano a generale durante l’assedio di Tolone) e palcoscenico. Anzi, essa è un macro-evento eminente-

(22) Louis-Marie Turreau (4.VII.1756-10.XII.1816), comandante della Guardia Nazionale di Conches nel 1792, generale presso l’armata delle *Côtes de La Rochelle* nel 1793, comandante in capo dell’armata dell’Ovest e organizzatore delle colonne infernali che radicalizzarono la ribellione della Vandea.

(23) Mona OZOUF, *Vandea*, cit., p. 151; inoltre, François FURET, *Terrore*, in François FURET-Mona OZOUF, *Dizionario critico della Rivoluzione Francese*, cit., p. 137; Jean-Clément MARTIN, *I Bianchi e i Blu. Realtà e mito della Vandea nella Francia rivoluzionaria*, cit., pp. 198-204.

mente rivoluzionario prodotto dall'avventurismo dell'agitatore Brissot⁽²⁴⁾ e dall'ardente noncuranza con cui la Gironda segue il noto *pamphlétaire* nel suo discorso iper-bellicista. Questo soprassalto di irrazionale mistica rivoluzionaria in cui la guerra cessa di essere dramma per divenire crogiuolo di una Nazione da rigenerare — un discorso che sarà ripercorso nei toni e negli accenti dal Futurismo italiano alla vigilia della Grande Guerra⁽²⁵⁾ — ha ipotecato in modo sinistro le vicende francesi a partire dal tragico 1792. Innanzi tutto, ha compromesso definitivamente la possibilità di stabilizzare l'assetto rappresentativo dello Stato, secondo la grande lezione venuta dagli Stati Uniti e dalle loro costituzioni scritte⁽²⁶⁾; inoltre, ha reso inevitabili le due dittature militari: quella collegiale del *Comité de Salut Public* negli anni II e III e quella monocratica, ben più lunga, del generale Bonaparte restato al potere per tre lustri.

Va da sé, che una volta deflagrato il conflitto, i nemici esterni — Austria, Prussia, Russia — possano contare sull'appoggio dei contro-rivoluzionari francesi e che, di conseguenza, i rivoluzionari al potere debbano porsi il problema della neutralizzazione dei possibili alleati interni del nemico in armi: di qui, la raffica dei provvedimenti penali speciali che induriscono la persecuzione contro gli emigrati, i preti refrattari e i nobili, con il corteggio di disposizioni accessorie sulla confisca dei beni destinate a gravare sulla Francia per decenni,

(24) Jacques-Pierre Brissot (15.I.1754-31.X.1793), squattrinato *pamphlétaire à gages* in Antico regime, in dubbi rapporti con la polizia, fondatore e redattore del vivacissimo giornale « Le Patriote François », membro del *Comité des Recherches de la Ville de Paris*, deputato alla Legislativa e massimo fautore della guerra, radiato dal *Club des Jacobins* il 12 ottobre 1792, deputato alla Convenzione, regicida, in rotta con Robespierre, privato dell'immunità parlamentare e arrestato il 2 giugno 1793, viene ghigliottinato a trentanove anni.

(25) Cfr. Filippo Tommaso MARINETTI, *Per la guerra, sola igiene del mondo*, Poligrafia italiana, 1915, che ripropone in lingua italiana il testo già pubblicato a Parigi dal quotidiano « Le Figaro », il 20 febbraio 1909.

(26) V. Roberto MARTUCCI, *La Rivoluzione dei due Mondi. Dal Settantasei virgiano all'Ottantanove francese*, in « I Viaggi di Erodoto », 1992, 16, pp. 115-143; Id., « Liberté chérie »: *l'opinion française et les constitutions américaines*, in Roberto Martucci (sous la direction de), *Constitution & Révolution aux Etats-Unis d'Amérique et en Europe (1776/1815)*, Macerata, Laboratorio di storia costituzionale, 1995, pp. 173-207; Id., *Mattoni e modelli. A proposito della libertà costituzionale americana e dell'opinione pubblica francese tra le due Rivoluzioni (1776-1792)*, in « Itinerari di ricerca storica », XX-XXI-2006-2007 (Galatina, Congedo Editore, 2008), pp. 483-522.

fino a Restaurazione inoltrata. Ma prima della deflagrazione di un devastante conflitto imposto con suicida superficialità da Brissot e dai suoi sodali, cosa era accaduto? E dopo, a guerra ormai deflagrata e difficilmente terminabile, cosa ne sarebbe stato della Rivoluzione, delle sue realizzazioni civili, dell'assetto americaneggiante dei poteri pubblici centrali e periferici?

La risposta al duplice quesito richiede un passo in dietro che consenta di riordinare lo scenario complessivo, dato che gli orizzonti emozionali rischiano di condurci in un vicolo cieco, pavimentato da certezze caduche, a cominciare proprio dal concetto stesso di 'nemico interno': soggetto collettivo proteiforme, suscettivo di assumere connotati diversi nelle varie fasi di un decennio rivoluzionario che si apre nella primavera 1789 — al momento della elezione dei deputati dei tre Ordini agli Stati Generali — e si spegne sulla punta delle baionette bonapartiste il 18 brumaio anno VIII (9 novembre 1799).

Fasi su cui converrà arrestare la nostra attenzione, visto che il decennio rivoluzionario non costituisce quel tutto compatto e indifferenziato tratteggiato da Adolphe Thiers⁽²⁷⁾ e da quei politici della Terza Repubblica che, con Georges Clemenceau, diranno « la Rivoluzione è un blocco »⁽²⁸⁾; anzi, proprio per tale motivo, è suscettivo di periodizzazioni interne di vario tipo.

3. *Fasi e periodizzazioni del decennio rivoluzionario.*

In via di prima approssimazione, partendo dalla qualificazione dei regimi politici accettata in sede storiografica, potremmo bipartire asimmetricamente il decennio 1789-99 in un triennio iniziale, seguito da un settennio. Il triennio, dal 1789 al 10 agosto 1792, sarebbe caratterizzato dalla Monarchia costituzionale (e individuerrebbe i propri nemici negli avversari della costituzionalizzazione della Francia). La Repubblica connoterebbe il successivo settennio,

(27) Adolphe THIERS, *Histoire de la Révolution Française*, Par M. A. Thiers de l'Académie française. Précédée d'un *Précis de l'Histoire de France* par M. Michelet, Bruxelles, Société Belge de Librairie Hauman et C^{ie}, 1845 (1823-27), tomes 2.

(28) Citato da François FURET, *Rivoluzione alla Sorbona*, in François FURET-Mona OZOUF, *Dizionario critico della Rivoluzione Francese*, cit., p. 948.

a partire dallo spartiacque rappresentato dal 10 agosto 1792 e dai suoi corollari: i massacri del 2 settembre 1792, il processo a Luigi XVI, il ferreo governo di guerra gestito dal *Comité de Salut Public*, l'ambigua stabilizzazione governata dal Direttorio.

Una seconda periodizzazione utilizza, in successione, le denominazioni ufficiali delle Assemblee rappresentative succedutesi dal 1789 al 1795 — Costituente, Legislativa, Convenzione Nazionale — seguite dal regime termidoriano per antonomasia, il Direttorio Esecutivo al potere nel quadriennio 1795-99, individuando in tal modo quattro fasi rivoluzionarie. Tale quadripartizione presenta però il difetto di collegare automaticamente un cambio di regime politico a ognuno dei quattro segmenti istituzionali, innescando così una dinamica interpretativa fuorviante, anche ai fini del complesso rapporto tra classe dirigente rivoluzionaria e nemico interno.

La periodizzazione da me utilizzata distingue, invece, sette fasi asimmetriche. Un primo biennio in cui la Costituente predispone assetti all'americana per la Monarchia costituzionale: vale a dire redazione scritta di una costituzione che regola le funzioni pubbliche centrali e periferiche tramite una massiccia utilizzazione di sistemi elettorali attributivi dei diritti politici ai due terzi dei maschi adulti (29). Un secondo momento costituito da undici mesi convulsi, utilizzati da Brissot e dalla Gironda — che egemonizzano la Legislativa — per demolire l'opera della Costituente, agitando una piazza che si mostrerà a breve incontrollabile.

Poi, il complesso triennio della Convenzione, a sua volta articolato in quattro sotto-periodi, attestanti altrettante svolte nello sviluppo delle dinamiche rivoluzionarie: 1) l'unità repubblicana Gironda-Montagna-Plaine (per la gestione del processo a Luigi XVI), 2) lotta tra due fazioni della Sinistra repubblicana (Montagna contro Gironda e liquidazione di quest'ultima), 3) lotta intestina alla Montagna (liquidazione successiva di Dantonisti, *Enragés*, *Héberti-*

(29) Cfr. Roberto MARTUCCI, *La repubblica dei Foglianti. Dal re d'Antico regime al primo funzionario dello Stato*, in «Storia Amministrazione Costituzione», Annale ISAP 1/1993, pp. 62-106; Id., *Il "blocco costituzionale". Come si arrivò alla costituzione francese del 3 settembre 1791*, in «Giornale di Storia costituzionale», 12/2006, pp. 77-90; Id., *A proposito del Comité de Constitution, dimenticato protagonista dei lavori dell'Assemblea Nazionale Costituente francese (1789-91)*, in «Giornale di Storia costituzionale», 14/2007, pp. 63-74.

stes, Robespierristi), 4) svolta di Termidoro. Infine, il quadriennio del Direttorio.

C'è però da osservare che quei ventisette mesi di Rivoluzione sviluppatasi sotto l'ègida dell'Assemblea Costituente non sono in rapporto con le sei fasi successive solo in virtù della scansione cronologica degli eventi, vale a dire come un 'prima' che deve, necessariamente, anticipare il 'dopo'. Certo, se ci lasciamo ipnotizzare dalle grandi riforme fondative dello Stato contemporaneo — costituzione, codici, ordinamento giudiziario, leggi-quadro sugli enti locali, legislazione elettorale — la Costituente ci appare unica e lontana da quanto la segue. Ma se allarghiamo il nostro campo d'indagine ad altri punti d'osservazione possiamo renderci conto di come quella prima fase rivoluzionaria tenga a battesimo comportamenti e tendenze destinati a svilupparsi nel successivo settennio. Per esempio, la mobilitazione dei quartieri e dei militanti popolari come strumento di pressione sugli avversari, l'uso spregiudicato di una piazza che può sfuggire di mano (tanto nell'estate 1789 che nell'estate 1793), l'emarginazione degli avversari politici, l'uso di strumenti di burocrazia coercitiva come i *Comités des Recherches*.

Vediamo, ora, di esaminare più in dettaglio la stagione dell'Ottantanove con le sue contraddizioni ⁽³⁰⁾.

II. *La Costituente dopo il 14 luglio e il 4 agosto, tempo di Recherches.*

1. *La Costituente e la nuova legalità.*

La prima fase, dal 1789 al 1791, è segnata dal protagonismo innovatore dell'Assemblea Nazionale Costituente. In quei ventisette mesi di legislatura ⁽³¹⁾ straordinaria, a mio modo di vedere, è ancora

⁽³⁰⁾ Sull'intero periodo, rinvio a Roberto MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese*, Bologna, Il Mulino, 2001; ID., *La Costituente attraverso le fonti. La creatività legislativa dell'Ottantanove*, in « I Viaggi di Erodoto », 1989, 9, pp. 92-110; ID., « *Deriva parlamentare* » e assemblee « *alla deriva* » durante la Rivoluzione francese (1789-1795), in « *Giornale di Storia costituzionale* », 8/2004, pp. 63-78.

⁽³¹⁾ Il termine legislatura ha uno slittamento semantico il 5 settembre 1789 ad

possibile una stabilizzazione modernizzatrice del sistema politico francese, imperniata sulla redazione di una costituzione scritta di derivazione statunitense⁽³²⁾. È quello il momento in cui si gettano le basi del moderno diritto pubblico e si acclimatano gli istituti della rappresentanza politica: rodaggio della coppia antinomica potere costituente/poteri costituiti, legittimazione elettorale dei poteri pubblici centrali e periferici, divisione delle funzioni statali (o dei poteri), adozione del principio della rotazione delle cariche pubbliche.

Quell'immenso cantiere di riforme, che non risparmia neppure l'ordinamento giudiziario e i codici penali di diritto comune e militari, lascia tracce perenni nei circa tremila decreti votati dalla Costituente nel corso della legislatura, oltre che nei complessi articoli della costituzione del 3 settembre 1791. Un complesso ordito riformatore che non subisce ritardi per la prova di forza monarchica del luglio 1789, non viene arrestato dalle dinamiche intimidatorie del 5 e 6 ottobre, riuscendo, addirittura, a superare la prova di maturità imposta dalla fuga di Luigi XVI nella notte tra il 20 e il 21 giugno 1791.

Anzi, di fronte a quell'ultima sfida la Costituente assume di diritto il potere esecutivo che già esercitava di fatto attraverso i suoi Comitati e, fattosi consegnare il sigillo dello Stato, affida il governo del Regno temporaneamente acefalo — visto che il re è stato sospeso dalle sue funzioni — ai *Comités réunis de Constitution, des Rapports, des Recherches, Diplomatique et Militaire*, prova generale per noi posteri del governo rivoluzionario dell'anno II. Salvo poi, a crisi apparentemente conclusa e costituzione votata nel testo definitivo, reinsediare sul trono un monarca rilegittimato ma ostile al nuovo

opera di Thouret, fino a quel momento era stato sempre sinonimo di Corpo legislativo; cfr. « Le Patriote François », n° XXXVII. Du mardi 8 septembre 1789, p. 1 n.: « On voit chaque jour paroître de nouveaux mots; certes, il doit y avoir pleine liberté pour les créer, mais la liberté doit avoir du sens. Legislature, qui est un mot de fabrique américaine, signifie l'Assemblée Législative; & c'est le sens qu' on lui a donné en le naturalisant en François. M. Thouret entend par-là la durée d'une Assemblée, ce qui introduit une confusion de significations qu' il faut éviter ».

(32) V. Roberto MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese*, cit., in particolare il IV capitolo « L'eredità costituzionale americana », pp. 141-165.

ordine rappresentativo. Un'antinomia Esecutivo/Legislativo che anticipa nella sua debolezza le infinite schermaglie Direttorio/Consigli dell'ultimo quadriennio repubblicano.

2. *Un nuovo contesto: il passaggio dalla Monarchia assoluta alla Monarchia costituzionale.*

Può apparire paradossale agli occhi di chi conosca solo marginalmente le dinamiche francesi del triennio 1789-92, tuttavia, anche quei ventisette mesi di pace e appassionato dibattito sulle riforme istituzionali conoscono una particolare forma di caccia alle streghe contro un nemico interno che, almeno in parte, può anche considerarsi proiezione di angosce della base di massa della nuova classe di governo, nella sua accezione più ampia (al centro e in periferia); quindi, non necessariamente configurabile quale avversario inteso in senso tradizionale. Così, il biennio costituente, ripiegato sui problemi interni, sull'acclimatamento delle istituzioni rappresentative di derivazione statunitense in terra di Francia, continua a rivelarsi un inesplorato cantiere di ricerca, solo che si voglia interrogarne le dinamiche interne.

Gli Stati Generali tricamerale, in sessione discorde dal 5 maggio al 17 giugno 1789, sono ben lungi dal configurarsi quale soggetto collettivo omogeneo, espresso da una Nazione compatta che percorre, unanime, i nuovi sentieri della rappresentanza politica per delineare un condiviso itinerario riformatore. Sono, piuttosto, terreno di confluenza di due diverse opinioni pubbliche — maggioritaria, l'una, minoritaria, l'altra — rispettivamente favorevole e contraria alla modernizzazione istituzionale da realizzarsi tramite redazione di una costituzione scritta.

Chi, nel corso della crisi istituzionale apertasi nell'estate 1789 (apparentemente seppellita dalla seduta-fiume del 4 agosto che certifica la morte della società d'Ordini⁽³³⁾) si oppone alla verifica in comune dei mandati elettorali e costituzionalizza cabalisticamente il numero 'tre' (3 Ordini, 3 corpi elettorali, 3 Camere), lo fa perché ritiene che la Francia gode di una costituzione non scritta di natura

⁽³³⁾ Minuzioso il resoconto di Patrick KASSEL, *La nuit du 4 août 1789*, Paris, Arthaud, 1969.

immemorabile, conosciuta da più di un secolo con il nome altisonante di *Loix fondamentales du Royaume* ⁽³⁴⁾. È quello che già le fonti coeve definiscono *Parti Noir*, facendo apparentemente riferimento alle tonache nere dei deputati ecclesiastici che ne costituiscono il nerbo o, più verosimilmente, al colore della coccarda della regina Maria Antonietta.

Gli si contrappone — largamente maggioritario, a giudicare dall'ampia documentazione disponibile — quel variegato schieramento individuato quale *Parti National* o *Patriote*. Suo portavoce più conosciuto è l'*abbé* Siéyès ⁽³⁵⁾, un polemista di razza, ancorché tributario di Chamfort, che usa a guisa di clava l'argomento *tranchant* che fa del solo Terzo Stato l'intera Nazione ⁽³⁶⁾. Perché

⁽³⁴⁾ Cfr. Giovanni RUOCCO, *Lo Stato sono io. Luigi XIV e la « rivoluzione monarchica » del marzo 1661*, Bologna, Il Mulino, 2002; ID., *La Rivoluzione nelle parole: dalla régénération del regno di Francia al processo costituente dell'Ottantanove*, in « Giornale di Storia Costituzionale », 1/2001, pp. 93-108.

⁽³⁵⁾ Emmanuel-Joseph Siéyès (3.V.I.1748-20.VI.1836), canonico a Chartres, massone della *Loge des Neuf Sœurs*, deputato del Clero agli Stati Generali, proponente dell'appello nominale per la verifica in comune dei poteri, silenzioso membro del *Comité de Constitution* e avversario dei *Monarchiens* e poi di Thouret, presidente della Costituente l'8 giugno 1790, deputato regicida alla Convenzione e suo presidente dopo Termidoro, membro del *Comité de Salut Public*, ambasciatore a Berlino, eletto al Direttorio organizza il colpo di Stato del 18 brumaio; giubilato da Bonaparte ma colmato di onori e milioni, sopravvive a se stesso nel triste esilio di Bruxelles; si spegne a Parigi, dove risiede a partire dalla Rivoluzione del 1830.

⁽³⁶⁾ Emmanuel-Joseph Siéyès, *Qu' est-ce que le Tiers État?* [1789], Préface de Jean Tulard, Paris, Puf, 1982, pp. XV-93 in-8°; in lingua italiana se ne può vedere il testo nell'importante edizione delle *Opere e testimonianze politiche*. I. *Scritti editi*, a cura di Giovanna Troisi Spagnoli, Milano, Giuffrè, 1993, I, pp. 207-298; un'edizione più agile è quella curata da Umberto Cerroni nella tr. it. di Roberto Giannotti: *Che cosa è il Terzo Stato? con il Saggio Sui privilegi*, Roma, Editori Riuniti, 1989 (1972), in particolare, pp. 24-27; sulla figura dell'abate è testo di riferimento Jean-Denis BREDIN, *Siéyès. La clé de la Révolution française*, Paris, Éditions de Fallois, 1988. A proposito della traduzione italiana pubblicata dagli Editori Riuniti, mi corre l'obbligo di osservare come essa sia paradigmatica del modo in cui, nel nostro Paese, ci si avvicina dai più alla storia della Rivoluzione francese, ignorando che si tratta di un settore specialistico, a sua volta distinto in infiniti sotto-settori, dissodato da due secoli di ricerche contornate da polemiche. Eppure, anche un eminente studioso quale indubbiamente è stato Umberto Cerroni può permettersi di osservare che « Siéyès non ha scritto molto » e per questo motivo « non ha avuto in Italia l'entrata di un pensatore politico » (p. 11), ignorando, forse, che i volumi di testi editi in lingua francese e

L'operazione vada in porto c'è comunque bisogno di un passaggio ulteriore che veda la decomposizione dei due Ordini privilegiati: quando le componenti patriottiche di Clero e Nobiltà avranno raggiunto i Comuni di Francia, acconsentendo alla verifica in comune dei poteri, il defunto Terzo Stato sarà veramente Nazione, secondo l'auspicio già formulato mesi prima da Siéyès e fatto proprio dallo stesso Luigi XVI, vistosi costretto ad ordinare ai suoi fedelissimi, sabato 27 giugno 1789, di confluire nell'unico consesso deliberativo attivato dalla verifica in comune dei poteri.

Ma il conflitto, in apparenza sanato dalla decisione finale del re (in parte guidata da Necker ⁽³⁷⁾), resta nell'ombra. I deputati nobili più ortodossi si trincerano dietro i propri mandati imperativi che recano l'espresso divieto di deliberare « per testa » (e cioè a Camere riunite, in seduta congiunta): in realtà essi, sotto il profilo giuridico, non potrebbero ripararsi dietro quello scudo, visto che l'*Ordonnance royale du 24 janvier 1789* ha espressamente proibito i mandati imperativi, quale intralcio inopportuno nei confronti della capacità deliberativa dei convocandi Stati Generali ⁽³⁸⁾.

Tuttavia, Luigi XVI perennemente discontinuo al momento delle scelte fondamentali, continua a tentennare. Isola così Necker e lo liquida, preparando quell'inopinato cambio di spartito con la seduta regia del 23 giugno a Camere riunite, da cui resta escluso

italiana prima del 1989 andrebbero integrati con la massa di inediti depositati da tempo alle *Archives Nationales*.

⁽³⁷⁾ Jacques Necker (30.IX.1732-9.IV.1804), banchiere ginevrino a Parigi e padre di *Madame* de Staël, uomo dei Lumi filantropo e riformatore convinto; dopo la disgrazia di Turgot è chiamato nel *Conseil du Roi* come *Directeur général des Finances* dal novembre 1777 al maggio 1781, rendendo possibile sul piano finanziario l'intervento militare a favore dell'indipendenza degli Stati Uniti d'America. Rientrato nel *Conseil du Roi* come *Contrôleur général des Finances* nell'estate 1788 spinge per la effettiva convocazione degli Stati Generali; personalmente favorevole al raddoppio del Terzo Stato (che realizza) non riesce ad imporre in Consiglio la soluzione bicamerale ma riesce a far adottare l'*Ordonnance royale du 24 janvier 1789* che, sostanzialmente, adotta le modalità del suffragio universale maschile (ma il termine sarebbe stato coniato solo nel corso dell'Ottocento e, quindi, sfugge alla storiografia — con l'importante eccezione di Patrice Gueniffey — la rilevanza di quella legge elettorale).

⁽³⁸⁾ Cfr. Roberto MARTUCCI, *Proprietari o contribuenti? Diritti politici, elettorato attivo ed eleggibilità nel dibattito istituzionale francese da Necker a Mounier*, in *Storia del diritto e teoria politica*, « Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata », 1989/II, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 679-842.

proprio il Ginevrino che l'aveva suggerita ⁽³⁹⁾: esclusione da quel *Lit de Justice* tricamerale che anticipa l'improvvido dimissionamento del *Contrôleur général des Finances*, il 12 luglio, precipitando la crisi istituzionale del Regno in un modo che, oggi, riconosciamo irreversibile.

3. Grande Paura e intimidazione.

A partire dalla data del «renvoi», la situazione precipita; l'insurrezione parigina del 14 luglio salva il nascente sistema rappresentativo, ma produce anche una ricaduta impreveduta nell'intero Regno. Sul modello della capitale — dove gli *électeurs* ⁽⁴⁰⁾ si sono costituiti in Municipalità provvisoria — negli oltre quarantamila centri abitati dello Stato nascono come funghi altrettanti organismi straordinari. Questi *Comités de sûreté et de police* di natura insurrezionale assumono immediatamente il potere, armano una locale *Milice bourgeoise*, istituiscono posti di blocco da un comune all'altro, per impedire agli eventuali nemici delle riforme di attraversare a proprio piacimento il territorio dello Stato (intralciando, al tempo stesso, le comunicazioni interne del Regno).

Lo conferma una fonte rivoluzionaria ortodossa, un corrispondente di Brissot che scrive al suo giornale il 6 agosto 1789 da Puy-en-Velay, comunicandogli che il viaggio da Parigi è stato spezzato da continui controlli e posti di blocco. Fortunatamente il viaggiatore è in possesso di un regolare passaporto rilasciato dalle autorità municipali della capitale (e questo, almeno, lo salva dall'arresto); malgrado ciò « il

⁽³⁹⁾ Jacques NECKER, *De la Révolution française*, (S. I.), M.DCC. XCVI, I, p. 234.

⁽⁴⁰⁾ Gli *électeurs* non sono gli antenati dei nostri elettori, potremmo invece definirli degli incaricati di pubbliche funzioni; durante la Rivoluzione i cittadini in possesso dei diritti politici (semplici iscritti nei ruoli delle imposte nell'*Ordonnance* Necker del 24 gennaio, «citoyens actifs» paganti un'imposta superiore alle tre giornate lavorative, nel 1790-92), non eleggono direttamente i deputati agli Stati Generali e all'Assemblea Nazionale, bensì in assemblee parrocchiali o di quartiere, definite poi assemblee primarie, designano dei delegati di secondo grado, qualificati dalla legge «*électeurs*»: a Parigi alcune centinaia, nell'intero Regno fra i trenta e i quarantamila. Sono questi *électeurs* a rimanere in sessione, ad elezioni ormai terminate, sotto forma di «comitati di corrispondenza», incaricati di mantenere rapporti epistolari con i deputati inviati a Versailles. Per maggiori dettagli, rinvio a Roberto MARTUCCI, *Proprietari o contribuenti? Diritti politici, elettorato attivo ed eleggibilità nel dibattito istituzionale francese da Necker a Mounier*, già citato.

est impossible de vous peindre tout ce que j'ai souffert dans ces odieux interrogatoires qu' on me faisoit subir »; tutti sono sotto le armi per difendersi da briganti che in realtà non esistono, il panico è generalizzato; il corrispondente racconta che alcune donne a Riom e Clermont-Ferrand hanno abbandonato le loro case per nascondersi nelle vigne; inoltre, a Riom ha visto donne costernate riempire le chiese, il denaro viene nascosto sotto terra e la sua vettura, negli ultimi otto giorni, è la prima ad aver attraversato l'Alvernia ⁽⁴¹⁾.

Rapidamente, si diffondono notizie incontrollabili che, a loro volta, alimentano nuove paure collettive incentrate sulla penuria di cibo: le farine non giungerebbero ai panificatori a causa di oscuri complotti; i panettieri cittadini centellinerebbero la produzione di pagnotte per tenere alti i prezzi ed affamare la povera gente; viene, addirittura, segnalata l'improbabile attività di agenti nemici che trebbiano il grano verde. Gli agenti nemici, impudichi quanto improbabili trebbiatori di grano verde, assumono sembianze diverse a seconda dei luoghi in cui i fantasmi vengono evocati: al servizio della Spagna sui Pirenei; del re di Sardegna sulle Alpi e a ridosso della contea di Nizza; agli ordini dell'imperatore austriaco nelle Fiandre (l'attuale Belgio) e dei principi tedeschi in Alsazia.

Chi possono essere gli alleati del nemico, in tale frangente?

I nobili fanno le spese di quest'ondata emozionale intrisa profondamente di timor panico ancestrale. Ecco allora che folle contadine si riversano contro i castelli, ne bruciano gli archivi, confiscano le eventuali armi ⁽⁴²⁾; inevitabilmente, scorre il primo sangue fratricida, si registra qualche episodio di sconcio cannibalismo rituale, in provincia come a Parigi, stigmatizzato talora anche dalla stampa rivoluzionaria. Commentando lo scempio del corpo dell'intendente Guillaume Bertier de Sauvigny, avvenuto il 22 luglio, il ventisettenne giornalista Élysée Loustallot sottolinea che il dramma si è svolto nella centrale *rue Saint-Honoré*:

« Le cœur du traître proscrit, étoit porté dans les rues au bout d'un coutelas; eh bien! Dans un lieu public, qui le croiroit! des François, des êtres

⁽⁴¹⁾ « Le Patriote François », n° XV. Du Jeudi 13 Août 1789, pp. 3-4.

⁽⁴²⁾ Cfr. Charles-Elie DE FERRIERES, *Correspondance inédite (1789, 1790, 1791)*, Publiée et annotée par Henri Carré, Paris, Librairie Armand Colin, 1932, in particolare *Lettre n° XXIX, à Madame de Ferrières*, Versailles, 29 juillet 1789, pp. 103-107.

sensibles... Dieu... ils ont osé tremper des lambeaux de chair & de sang dans leur breuvage! & leur haine s'en est repue avec acharnement » (43).

Aggiunge che si tratta di « scenes révoltantes », di « proscriptions [qui] outragent l'humanité & font frémir la nature ». A Caen, il 12 agosto, il maggiore Belzunce del reggimento *Bourbon-Infanterie* viene trucidato; vengono arrestati l'avvocato Dubelloys come istigatore dell'omicidio, « la femme Sosson trouvée en possession d'un morceau de la chair de M. de Belzunce », e il muratore Pierre Hébert « prévenu d'avoir mangé de cette chair » (44), viene aperta un'istruttoria per « anthropophagie » (45).

Analoghi casi di ferocia si registreranno un paio d'anni più tardi, quando il 21 giugno 1791 la fuga di Luigi XVI a Varennes, provoca una nuova ondata di assalti ai castelli, secondo modalità analoghe a quelle riscontrate nell'estate 1789. Il 26 giugno 1791 un reparto della Guardia Nazionale forte di trecento uomini, rinforzato da molti abitanti dei villaggi vicini, allertati dal suono delle campane a martello, nella certezza di trovare armi nascoste, investe il castello di Poleymieux (vicino Lione): vi abita il colonnello Marie-Aimé Guillin du Montet, combattente nella Guerra dei Sette anni, ex governatore del Senegal, insignito della « croix de Saint-Louis », un gentiluomo di sessantun'anni sussiegoso e di cattivo carattere. Viene fatto a pezzi a colpi di scure, poi, seguendo un rituale macabro, le infinite parti del corpo, spartite come trofei sono arrostate e mangiate (46).

A spirale, le notizie hanno una ricaduta di villaggio in città, per poi ritornare nel centro amministrativo del Regno, abbattendosi su una capitale in piena effervescenza: sono le correnti della Grande Paura, magistralmente evocate da Georges Lefebvre (47). I *leaders*

(43) « Les Révolutions de Paris, dédiées à la Nation », n° 11. *Du Samedi 18 au 25 Juillet 1789*, pp. 30-31.

(44) Pierre CAILLET, *Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale 1789-1791. Inventaire analytique de la sous-série D XXIX^{bis}*, Avant-propos par Jean Favier, Paris, Archives nationales, 1993, p. 111; il Guardasigilli Champion de Cicé trasmette l'affaire al *Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale*, 5 febbraio 1790.

(45) Ivi, p. 12.

(46) Ivi, *Affaire du château de Poleymieux*, pp. 13, 416.

(47) Georges LEFEBVRE, *La grande peur de 1789*, Paris, Librairie Armand Colin, 1932; ed. it. a cura di Aldo Garosci: *La grande paura del 1789*, Torino, Einaudi, 1973, pp. XII-278.

del *Parti Patriote* sembrano propendere per una dura repressione; invece prevale il punto di vista del *Club Bréton*, così, nel corso della lunghissima seduta-fiume nota come « notte del 4 agosto », salta l'intero sistema signorile (impropriamente definito feudale), creando nella seconda metà di agosto le premesse per una rapida approvazione della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* ⁽⁴⁸⁾.

La redazione del progetto di costituzione che dovrebbe aver subito una battuta d'arresto nel periodo 4-26 agosto 1789, in realtà risulta potenziata; anche se il Blocco costituzionale progressista che aveva gestito la mobilitazione elettorale dall'inverno 1788 alla primavera 1789 e poi il lungo braccio di ferro per la verifica in comune dei poteri degli eletti, vede una grave spaccatura: da un lato, i *Monarchiens anglomanes*, quasi a propria insaputa non più maggioritari; gli organizzatori della manovra, i costituzionali di Siéyès, dall'altro. Lo scontro è duplice: riguarda sia l'organizzazione bicamerale del Legislativo (respinta a grande maggioranza giovedì 10 settembre, a favore dell'opzione monocamerale), sia i poteri da riconoscere al re quale co-legislatore; il veto meramente sospensivo, valido per due legislature, viene approvato venerdì 11 settembre, abbassando il discendente di San Luigi al rango del neo-istituito presidente degli Stati Uniti.

È proprio in quei giorni politicamente torridi, del settembre 1789, che alla Costituente nasce una coppia antinomica destinata a grande fortuna nei secoli a venire: Destra e Sinistra hanno lì il loro battesimo; senza però dimenticare che la Destra dei *Monarchiens* nasce da una costola della Sinistra assembleare; per meglio dire, dal settore un tempo maggioritario della futura Sinistra (anche se non è ancora individuata in tal modo).

Ma la crisi di luglio-agosto ha lasciato strascichi d'ogni tipo, specie sul terreno dell'ordine pubblico e delle prime pesanti forme d'intimidazione, costellate qua e là da assassini rituali orrendamente perpetrati. Il governatore della Bastiglia Bertrand de Launay viene trucidato dopo la resa della fortezza e il suo corpo sevizato è trascinato per le vie della capitale; poi gli viene tagliata la testa che funge da macabro trofeo in cima a una picca. Seguono la sua sorte,

⁽⁴⁸⁾ V. Roberto MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese*, cit., pp. 167-200.

anche nel rituale della decapitazione, il *Prévôt des Marchands* Jacques de Flesselles, poi l'ex ministro Joseph-François Foullon de Doué (trucidato il 22 luglio ⁽⁴⁹⁾) e suo genero Guillaume Bertier de Sauvigny, intendente della capitale, accusato di aver fatto trebbiare grano verde per affamare la popolazione. Martedì 4 agosto, a Saint-Denis, alcuni facinorosi, guidati da tre soldati del reggimento di Provenza lì acquarterati, decapitano il *Lieutenant de Maire* « chargé de la distribution des farines », incolpato di aver autorizzato la commercializzazione di pane mal cotto, impastato « avec de la farine d'orge, de seigle & un peu de bled »; per di più, circola una lista di quattro o cinque persone destinate a fare la stessa fine ⁽⁵⁰⁾.

Di analoghe attenzioni beneficiano oscuri fornai. Il 14 settembre a Versailles un panettiere che vende a prezzi maggiorati sta per essere linciato dalla folla, ma il pronto intervento della *Garde bourgeoise*, che lo arresta, riesce a salvarlo ⁽⁵¹⁾. Ma ci si può anche ritrovare impiccati ai lampioni sotto accuse inconsistenti, come accade mercoledì 21 ottobre allo sventurato *boulangier* parigino Denis François con panetteria in *rue du Marché-Palu*, finito sul « fatal réverbère » ⁽⁵²⁾ alle sette del mattino, malgrado gli attestati di civismo offerti dai suoi vicini di casa e dai *députés du District* ⁽⁵³⁾. Il 28 ottobre Jean-Michel Planter, « chargé de fournir des subsistances à Paris » ⁽⁵⁴⁾ è impiccato dagli abitanti del villaggio di Vernon e un costernato Bailly lo comunica all'Assemblea Nazionale:

⁽⁴⁹⁾ Lo Châtelet processa il « coupeur de la tête de Foullon » il 19-20 gennaio 1790, cfr. Réimpression de l'ancien Moniteur seule histoire authentique et inaltérée de la Révolution française, Paris, Henri Plon, Imprimeur-éditeur, 1858, III, pp. 152-153, 160, citato in seguito come « Moniteur », *réimpression*, seguito dall'indicazione di volume e seduta.

⁽⁵⁰⁾ « Le Patriote François », n° VIII. Du Mercredi 5 Août 1789, p. 3.

⁽⁵¹⁾ « Le Patriote François », n° XLIV. Du Mercredi 16 Septembre 1789, p. 2.

⁽⁵²⁾ Jean-Sylvain BAILLY, *Supplément aux Mémoires de Bailly*, cit., III, *Mercredi 21 octobre 1789*, p. 196.

⁽⁵³⁾ Séance du Mercredi 21 Octobre 1789. *Présidence de M. Fréteau*. Députation de la Commune de Paris, in « Moniteur », *réimpression*, cit., II, pp. 76-77; per una descrizione accurata dell'episodio, compreso il tentativo di Garran de Coulon di salvare la vita alla vittima v. « Le Patriote François », n° LXXVI. Du Jeudi 22 Octobre 1789, p. 4.

⁽⁵⁴⁾ Pierre CAILLET, *Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale 1789-1791*, cit., carton 2, dossier 17, pièces 1-5, dossier 22, pièces 3-6; carton 6, dossier 83, pièces

« M. le Maire de Paris a demandé à être admis pour faire part à l'Assemblée d'un délit très-grave. Il a été admis, & a dit: Que le Particulier chargé à Vernon de faire passer des convois de bled pour Paris, avoit été saisi par le Peuple, & suspendu deux fois à une corde qui avoit cassé sans l'étrangler; que peut-être il n'étoit pas mort, qu'il prioit l'Assemblée de vouloir bien députer un Courier chargé d'une lettre du Président, pour sauver ce malheureux, & rétablir l'ordre; de vouloir bien aussi requérir le pouvoir exécutif, d'employer ses forces pour reprimer de semblables attentas. Cette demande a été accueillie avec empressement par l'Assemblée, qui a rendu à l'instant un Décret en conformité, & la Séance a été levée » (55).

La *Justice de la Lanterne* esprime un fascino sinistro evocatore di proseliti; un avvocato senza clienti e futuro Convenzionale, Camille Desmoulin (56), firma un *pamphlet* infuocato dove dà voce al fanale pubblico a cui, a partire dalla crisi di luglio, i parigini più esagitati son soliti impiccare presunti contro-rivoluzionari: è il *Discours de la Lanterne aux Parisiens*, firmato « Procureur de la Lanterne » (57), che origina uno slittamento semantico del verbo *lanterner* (58), anticipando temi che animeranno il settimanale « Les Révolutions de France et de Brabant » apparso nel novembre 1789 (59).

Il clima di sovraeccitazione è alimentato anche dagli spettacoli teatrali che, inconsideratamente, rilanciano temi legati alle lacerazioni politiche. È il caso della notissima tragedia « militante » (60)

21-22; carton 25, dossier 254, pièces 44-45; carton 31^{bis}, dossier 318, pièce 16; carton 33, dossier 341, pièces 33-33; cfr. *Moniteur* », *réimpression*, II, cit., p. 103.

(55) « Le Patriote François », n° LXXXII. Du Jeudi 29 Octobre 1789, p. 3.

(56) Camille-Benoist Desmoulin (12.III.1760-6.IV.1794), avvocato squattrinato, assurge a notorietà come *pamphlétaire* estremista dopo il 14 luglio 1789; membro del *Club des Cordeliers* e poi di quello dei *Jacobins*, eletto alla Convenzione con l'appoggio di Danton, regicida, tra i maggiori artefici della eliminazione dei Girondini, proscritto con i *Dantonistes* viene ghigliottinato a trentaquattro anni.

(57) Louis-Sébastien MERCIER, *Le nouveau Paris*, cit., II, pp. 3-4, così tratteggia il personaggio: « Que penser d'un homme qui s'intituloit procureur général de la lanterne, lorsque les lanternes étoient des potences? Qui se permettoit des plaisanteries sur ceux que le peuple y attachoit; qui faisoit des déclamations sanguinaires avec gaieté [...] »

(58) Ivi, IV, chap. CXXXII. *Lanterner*, p. 73, il verbo aveva originariamente il significato di 'ciondolare', perder tempo, divenendo nel tardo 1789 sinonimo di impiccare a un fanale.

(59) Cfr. Claudine WOLIKOW, *Les Révolutions de France et de Brabant*, in Albert SOBOUL, *Dictionnaire historique de la Révolution Française*, cit., pp. 906-907.

(60) Cfr. Mara FAZIO, *François Joseph Talma primo divo. Teatro e storia fra Rivoluzione, Impero e Restaurazione*, Milano, Leonardo Arte, 1999, pp. 40-48, 126 n. 17.

Charles IX ou l'école des Rois, scritta dal futuro Convenzionale Marie-Joseph Chénier ⁽⁶¹⁾ e ambientata nel torbido periodo della strage di San Bartolomeo, uno dei più rabbrividenti *topoi* patriottici del mese di luglio, al momento della tentata liquidazione di Necker ⁽⁶²⁾. La sera di mercoledì 19 agosto al *Théâtre François*, nell'intervallo tra due rappresentazioni, mani anonime (forse pagate dall'autore ⁽⁶³⁾) lanciano dalle logge sulla platea manifestini di protesta:

« Frères, dans le moment du triomphe de la liberté française verrez-vous de sang-froid le génie dramatique succomber sur les derniers efforts du despotisme? *Charles IX ou la Saint-Barthélemy* tragédie nationale dont la réputation est déjà faite en naissant, *Charles IX* est arrêté à la représentation ainsi que plusieurs autres pièces. L'inquisition de la pensée règne encore sur notre théâtre. Secouons enfin un joug si odieux et réunissons nos voix pour demander au nom de la liberté la prompte représentation de *Charles IX* » ⁽⁶⁴⁾.

Alla ripresa dello spettacolo, un baccano infernale accoglie gli attori, dato che il pubblico del « Parterre a demandé, à grands cris, que la Tragédie de *Charles IX*, de M. de Chénier, fût incessamment

⁽⁶¹⁾ Marie-Joseph Blaise de Chénier (28.VIII.1764-10.I.1811), drammaturgo prolifico e critico letterario, segretario del *Club des Jacobins* nell'estate 1792, eletto alla Convenzione, montagnardo, regicida, membro del *Comité d'Instruction publique* e suo *rapporteur* numerose volte; tenta di intercedere per il fratello André ghigliottinato durante il Terrore, si scontra con Robespierre; entra nel *Comité de Sûreté générale* dopo Termidoro e presiede la Convenzione; rieletto al *Conseil des Cinq-Cents* che presiede due volte; favorevole al colpo di Stato del 18 brumaio, siede al *Tribunat*, isolato dopo la proclamazione dell'Impero.

⁽⁶²⁾ Suite de la Séance permanente du Lundi 13 Juillet 1789 (*Suite du Mercredi* 15). *Présidence de M. Lefranc de Pompignan archevêque de Vienne*. Opinion de M. le Comte de Mirabeau, in « *Moniteur* », *réimpression*, cit., I, p. 161: « Eh bien! Dites au roi que les hordes étrangères dont nous sommes investis, ont reçu hier la visite des princes, des princesses, des favoris, des favorites; et leurs carresses, et leurs exhortations et leurs présens; dites lui que, toute la nuit ces satellites étrangers, gorgés d'or et de vin, ont prêté dans leurs chants impies, l'asservissement de la France, et que leurs vœux brutaux invoquoient la destruction de l'Assemblée Nationale; dites lui que, dans son palais même les courtisans ont mêlé leurs danses, au son de cette musique barbare, et que telle fut l'avant scène de la St.-Barthelemy ».

⁽⁶³⁾ Lo adombrano Noëlle GUIBERT et Jacqueline RAZGONNIKOFF, *Le journal de la Comédie-Française 1787-1799. La comédie aux trois couleurs*, Préface d'Antoine Vitez Administrateur général de la Comédie-Française, (S. l.), Sides, 1989, p. 58.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*.

représentée » (65). Tumulto che sale rapidamente di tono quando l'incauto primo attore Abraham Fleury cerca di placare gli astanti, assicurandoli che la tragedia non è ancora in repertorio « mais dès que nous auront la permission... » la parola *permission* scatena « autres murmures », dato che « le Théâtre devoit être libre dans un pays libre », fino a che non viene raggiunto un compromesso: sarà rivolta apposita istanza al Municipio (66).

La nuova autorità municipale prende tempo, rinviando la decisione, come ricorda il sindaco Bailly nei suoi *Mémoires*:

« Je pensais que, dans les circonstances où nous nous trouvions, dans un moment où le peuple s'était soulevé tout entier, non pas contre le roi, mais contre l'autorité arbitraire, il n'était pas prudent d'exposer sur la scène un des plus effroyables abus de cette autorité, de faire voir un prince ordonnant le massacre de son peuple, et tuant ses sujets de ses propres mains » (67).

Il dramma sarà messo in scena solo a partire dal 4 novembre dopo che le giornate del 5 e 6 ottobre avranno segnato un nuovo innalzamento del parossismo rivoluzionario; infatti, nel corso dell'aggressione notturna agli appartamenti reali alcuni facinorosi uccidono un paio di guardie del corpo del re. Secondo il macabro rituale inaugurato dopo la presa della Bastiglia, le loro teste vengono infilzate sulle picche a guisa di trofeo, spingendo Brissot a chiosare gli eventi con un'espressione che diventerà moneta corrente dopo i massacri del settembre 1792, « il velo patriottico » sugli atti di efferata crudeltà perpetrati contro chi intralcia l'ondata rivoluzionaria. Nella sua cronaca, il giornalista sceglie di privilegiare altri eventi, come la gioia per il trasferimento dell'Assemblea da Versailles a Parigi:

« Nous nous bornons donc aux faits importants, aux faits qui doivent rassurer & consoler toute la France, en jettant un voile patriotique aujourd'hui sur des scènes sanglantes dont le récit diminuerait la joie que cause cette journée mémorable » (68).

(65) « Le Patriote François », n° XXIII. Du Samedi 22 Août 1789, p. 3; lo stesso Brissot concorda che, nella crisi in corso, la rappresentazione del dramma *Charles IX* possa essere subordinata al controllo della censura (p. 4).

(66) Ivi, p. 3.

(67) Jean-Sylvain BAILLY, *Mémoires de Bailly*, cit., II, *Jeudi 20 août 1789*, p. 284.

(68) « Le Patriote François », n° LXIII. Du Mercredi 7 Octobre 1789, p. 3.

La situazione generale resta incandescente; a partire dal settembre 1789, il Municipio teme un'esplosione di isteria omicida (destinata a prodursi tre anni dopo, il 2 settembre 1792) sotto forma di « *purge des prisons* ». Si è infatti creata una novità di un certo rilievo: le prigionie svuotatesi dopo il 14 luglio, tornano a riempirsi; anzi, le fonti a stampa segnalano che la curva degli arresti conosce una significativa impennata nel secondo semestre del 1789. Così, accanto ai detenuti comuni (prostitute, ladri e rapinatori) cominciano ad entrare in celle, destinate a lugubre rinomanza negli anni del Terrore, prigionieri politici d'ogni tipo, per i quali si crea anche un nuovo reato la « *Lèse-Nation* »⁽⁶⁹⁾ (da punire con la pena di morte), una fattispecie talmente elastica da potere ricomprendere qualunque tipo di azione non conformista rispetto ai nuovi valori dell'Ottantanove.

3.1. *L'innalzamento della curva degli arresti: « Catilina est à nos portes! ».*

In mezzo agli arrestati di fine 1789, tra i tanti, spicca il nome del sessantottenne generale barone Pierre-Joseph-Victor de Besenval⁽⁷⁰⁾, già comandante della piazza di Parigi, a cui i patrioti di tutte le sfumature contestano il ruolo contro-rivoluzionario ricoperto il 14 luglio; anche se, a dire il vero, in quella giornata è stato il buon senso del barone ad impedire che l'esercito perpetrasse una strage. Come è dato immaginare, egli non è il solo detenuto ingombrante in attesa di giudizio, dato che le prigionie sembrano riempirsi a dismisura di prigionieri, secondo un *trend* ascendente che, nel semestre luglio-dicembre 1789, segna un innalzamento della curva degli arresti, tale da giustificare l'apostrofe del deputato Goupil de Préfelin⁽⁷¹⁾ che

(69) Nelle fonti dell'epoca il termine usato più frequentemente utilizza la consonante 'z' in luogo della 's': dunque, *Lèze-Nation*; nelle trascrizioni ho sempre rispettato la grafia originaria.

(70) Cfr. Pierre-Joseph-Victor DE BESEVAL, *Mémoires du Baron de Besenval sur la Cour de France*, Introduction et notes de Ghislain de Diesbach, Paris, Mercure de France, 1987 (1821), in generale da p. 484, in particolare pp. 499-511: « 12, 13 et 14 juillet 1789. Ma prison et mon procès », il capitolo è stato scritto nel 1790.

(71) Guillaume-François-Charles Goupil de Préfelin (? 1727-18.II.1801), *Lieutenant général civil et criminel au Bailliage* di Argentan, deputato del Terzo Stato di Alençon agli Stati Generali, tra gli oratori più presenti nel dibattito costituente (come

tenta di esorcizzare il connubio tra demagogia e piazza consumato al *Palais-Royal*: « Catilina est à nos portes! » (72).

Benché frammentari, i dati pubblicati dai principali giornali esaminati — « Moniteur », « Journal de Genève », « Patriote François », « Révolutions de Paris » — sono indicativi di una situazione dinamica il cui punto di svolta è sempre il 14 luglio.

Fin dall'apertura degli Stati Generali, il 5 maggio, l'*opinion éclairée* indirizza le sue proteste contro l'eterno nemico, il dispotismo regio accusato di un uso disinvolto di strumenti amministrativi, quali le *lettres de cachet*, per la restrizione della libertà personale; ne consegue che i patrioti chiedano impazientemente la scarcerazione dei detenuti. La sera di martedì 30 giugno la folla infrange i cancelli dell'*Abbaye Saint-Germain* per liberare i prigionieri, come leggiamo in una vivacissima cronaca che rende efficacemente la febbrile mobilitazione di quei giorni:

« Le 30 juin, sur les sept heures du soir, un commissionnaire remit au café de Foi une lettre par laquelle on donnait avis aux citoyens que onze gardes françaises étaient détenus dans les prisons de l'abbaye Saint-Germain pour avoir refusé de tourner leurs armes contre leurs concitoyens, et que cette nuit même ils devaient être transférés à Bicêtre, lieu destiné à de vils scélérats et non à des braves gens comme eux.

Un particulier sort du café, monte sur une chaise et lit cette lettre à haute voix; aussitôt plusieurs jeunes gens se détachent de la foule en criant: à l'Abbaye! à l'Abbaye! Beaucoup d'autres répètent le même cri, les joignent, et tous ensemble s'avancent vers le lieu désigné. La troupe grossit chemin faisant; des ouvriers l'augmentent, vont se munir d'instruments chez un ferrailler, et, à la tête de 6.000 personnes, se présentent devant la prison. A sept heures et demie la première porte était déjà enfoncée; les autres éprouvent bientôt le même sort. A huit heures, neuf soldats aux gardes, six soldats de la garde de Paris et quelques officiers, qui se trouvaient enfermés pour divers motifs, en étaient sortis.

Les coups redoublés de haches, de pics, de maillets, déchargés dans l'intérieur, retentissaient au loin malgré le bruit occasionné par un peuple immense rassemblé dans ce lieu et dans les rues adjacentes.

A huit heures et demie, lorsque l'expédition fut achevée, une compagnie de dragons, suivie d'un détachement de hussards, se présente le sabre à la main. Le peuple, sans s'émouvoir, va à leur rencontre, saisit les rênes des

attestano i resoconti pubblicati dal « Moniteur ») anche se ignorato dagli storici; presidente del *Tribunal civil du District* di Argentan dopo la sessione; arrestato come sospetto durante il Terrore e scarcerato dopo Termidoro, eletto al *Conseil des Cinq-Cents* e fruttidorizzato come *royaliste*.

(72) Questa esclamazione del deputato Goupil de Préfeln venne poi riutilizzata da Mirabeau, cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 399 in nota.

chevaux et interpelle amicalement les soldats; ceux-ci remettent aussitôt leurs sabres dans les fourreaux; plusieurs mêmes ôtent leur casque en signe de paix. On apporte à l'instant du vin, et tous ces braves gens boivent à la santé du Roi et de la Nation.

Les prisonniers délivrés sont conduits en triomphe par des bourgeois, leurs libérateurs, au Palais-Royal. Ils soupent dans le jardin, et l'on dispose des lits de camp dans la salle des Variétés, où ils couchent sous la sauvegarde des citoyens qui, pendant la nuit, veillent à leur sûreté. On les loge le lendemain à l'Hôtel de Genève, où des paniers, suspendus aux fenêtres par des rubans, reçoivent les offrandes que tous les citoyens s'empressent d'apporter à ces guerriers patriotes. On fit reconduire dans les prisons un soldat prévenu de crime, le peuple ayant déclaré qu'il ne voulait prendre sous sa protection que ceux qui étaient victimes de leur patriotisme.

Le soir il y eut illumination dans la rue de la prison, qui n'offrait plus qu'une promenade de citoyens paisibles qui se félicitaient de la délivrance de leurs défenseurs. Les dragons et les hussards prirent part à la joie publique et partagèrent les *bravos*, les *vive la Nation!* répétés d'un concert unanime » (73).

Lunedì 13 luglio il deputato *monarchien* Trophyme-Gérard de Lally-Tolendal, simbolo vivente delle ingiustizie d'Antico regime (74), in uno slancio ottimista dichiara all'Assemblea Nazionale che le « prisons se sont ouvertes, et ont rendu à la société les victimes qu'elles renfermaient » (75).

Ma la situazione si evolve rapidamente: il licenziamento del *Contrôleur général des Finances* — « le renvoi de Necker » (76) —

(73) « Moniteur », *réimpression*, cit., I, pp. 122-123.

(74) Trophyme-Gérard marquis de Lally-Tolendal (5.III.1751 — 10.III.1830), deputato *monarchien*, bicameralista, favorevole al veto sospensivo, emigrato dopo il 6 ottobre 1789, rientrato in patria nel 1800 e ritirato a vita privata, Pari di Francia con la Restaurazione, liberale. Figlio naturale del Governatore generale di Pondichery (India), battuto dagli Inglesi; sulla base di un frettoloso processo mirante a trovare un capro espiatorio, il generale Lally viene condannato a morte e decapitato nel 1766: con *coup-de-théâtre* degno delle migliori tragedie, il giovane Trophyme-Gérard, fino a quel momento trovatello, viene a conoscere il nome del padre proprio il giorno dell'esecuzione. Persona di sensibilità acutissima, il deputato *monarchien* avrebbe rievocato tra le lacrime il giorno della tardiva agnizione, affliggendo (e mitridatizzando) amici e avversari con un racconto straziante iterato all'infinito.

(75) Séance du Lundi 13 Juillet 1789. *Présidence de M. Lefranc de Pompignan, archevêque de Vienne*. Opinion de Lally-Tolendal, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 151.

(76) La Costituente non è in sessione, viene informata verso le ore dieci e trenta di lunedì 13 luglio, cfr. Procès-verbal de l'Assemblée Nationale, à Paris, chez Baudouin, 1789, N° 22. *Du 13 Juillet 1789, neuf heures du matin*, p. 1.

avviene alle due del pomeriggio di domenica 12 luglio e fa insorgere Parigi; quindi, a cascata, l'intera Francia man mano che la notizia si diffonde; come effetti immediati nella capitale, si registrano: l'istantanea organizzazione della *Garde bourgeoise* (Guardia Nazionale nel volgere di pochi giorni) e la presa della Bastiglia. Nell'arco di un paio di settimane l'avventatissima scelta del partito di Corte ha disintegrato la catena di comando legale nell'intero Regno. Ovunque si costituiscono Comitati di sicurezza che si sovrappongono o sostituiscono integralmente le vecchie strutture municipali; centinaia di migliaia di artigiani, operai, contadini obbediscono agli ordini di capi improvvisati che, in gran parte, ritroveremo alla guida dei movimenti nell'arco dell'intero decennio rivoluzionario. Capi che per mantenersi al potere devono subito distruggere quello che individuano come nemico interno, che, talvolta, assume anche le fattezze di un antico rivale con cui si procede alla resa dei conti. Un contemporaneo rancoroso, che si fa immediatamente storico della Rivoluzione gonfio di pregiudizi termidoriani, scrive agli albori del Consolato:

« Dès que l'attaque et la défense furent jugées nécessaires, on ne put calculer les abus de la victoire. Une haine réciproque conduisit à des actions d'une férocité inouïe. Le besoin de vaincre créa des chefs nouveaux pour conduire une nation qui, dans ses anciens chefs, ne voyait que des ennemis » (77).

È lo stesso Lally-Tolendal a rendersi conto del fatto che i continui arresti ordinati dai nuovi depositari dell'autorità municipale, pregiudicano quella legalità di cui la Costituente è paladina; turbato, presenta un *Projet de proclamation* in base al quale « tout homme soupçonné, accusé, arrêté, doit être remis dans les mains du juge naturel qui doit le réclamer » (78); ma la maggioranza della

(77) *Histoire philosophique de la Révolution de France, depuis la première Assemblée des Notables, jusqu'à la paix de 1801*; Par Antoine Fantin-Désodoards, Citoyen français. Quatrième édition seule conforme au manuscrit original, à Paris, chez Belin et Calixte Volland, An IX-1801, I, p. 171; il lavoro di Fantin-Désodoards guarda all'Ottantanove con gli occhi del dopo Terrore, rende sensazioni e atmosfere, ma contiene errori fattuali facilmente riscontrabili, che fanno pensare che l'autore abbia scritto le sue pagine 'a memoria', senza fondarle su note e schedari affidabili.

(78) Séance du Lundi 20 Juillet 1789. *Présidence de M. le duc de Liancourt*. Opinion de Lally-Tolendal, in « *Moniteur* », *réimpression*, cit., I, p. 181.

Costituente, in quel momento influenzata dall'*abbé* Siéyès e dai suoi amici, resta fredda.

Nello spazio di pochi giorni, le prigioni svuotate dopo la presa della Bastiglia, si riempiono di nuovo; ma, a partire da questo momento, cambiano le imputazioni e nell'universo penale compare la « Lèse-Nation ». Questo misterioso feticcio deve la sua esistenza legale alle nuove autorità insurrezionali. Gli *électeurs* parigini, costituitisi in Municipalità provvisoria con l'emblematico nome di « Comité permanent de la sûreté publique »⁽⁷⁹⁾, con *arrêté* del 22 luglio ordinano « que toutes personnes arrêtées sur le soupçon du crime de lèse-Nation seront conduites à la prison de l'Abbaye Saint-Germain »⁽⁸⁰⁾, cioè nello stesso carcere già svuotato il 13 luglio dalla folla in armi.

Quando ci si accorge che i sospettati di *Lèse-Nation* arrestati o ricercati sono in numero forse eccessivo e stanno aumentando, il timore di una « liste de proscription » spinge il deputato Antoine Barnave⁽⁸¹⁾ a proporre « une justice légale pour les crimes d'é-

(79) Il 14 luglio 1789 questo Comitato risultava composto da Flesselles (*Prévôt des marchands*), Moreau de Saint-Méry, Bancal des Issarts, Rouen (*échevins*), Chignard, l'*abbé* Fauchet e Ganilh (*électeurs*): cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 159.

(80) « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 197.

(81) Antoine-Pierre-Joseph-Marie Barnave (21.IX.1761-29.XI.1793), avvocato, a ventidue anni pronuncia dinanzi al Parlamento di Grenoble un discorso ufficiale: *De la nécessité de la division des pouvoirs dans le Corps politique* (1783); in prima fila nella lotta alla riforma giudiziaria Lamoignon (1788), a fianco di Mounier negli Stati Provinciali di Vizille, autoconvocati, chiede il raddoppio del Terzo Stato; eletto agli Stati Generali nella deputazione unitaria del Delfinato, si allontana da Mounier nell'estate 1789 su bicameralismo e veto regio; aderisce al *Club Bréton* e, poi, alla *Société des Amis de la Constitution séante aux Jacobins*; con Du Port e Charles de Lameth membro del cosiddetto Triumvirato alla testa del Blocco costituzionale che, di fatto, assume la *leadership* costituente; tra i maggiori oratori della Costituente (uno dei pochissimi a poter parlare senza leggere testi pre-confezionati), membro di parecchi Comitati contribuisce all'approvazione dei principali provvedimenti legislativi adottati durante la sessione; presidente della Costituente il 25 ottobre 1790, commissario dell'Assemblea con i colleghi Pétion e La Tour-Maubourg incaricato di ricondurre la famiglia reale da Varennes Parigi, promuove la scissione giacobina ed è tra i capi del *Club des Feuillants*, spera ingenuamente di indurre i Reali alla leale accettazione della costituzione (intrecciando con la regina Maria Antonietta una importante corrispondenza politica); sindaco di Grenoble dopo la sessione, arrestato il 19 agosto 1792 e prigioniero per quindici mesi, processato a Parigi dal *Tribunal criminel extraordinaire*, viene giustiziato a trentadue

tat »⁽⁸²⁾, mentre l'orientalista (e futuro *idéologue*) Constantin-François Chassebeuf de Volney⁽⁸³⁾, attraverso l'adozione di un provvedimento di apparente emergenza — « un tribunal qui ramène tout à l'ordre » — chiede che si ponga fine alla pericolosa anarchia decisionale che grava su Parigi:

« J'observe qu' il existe maintenant trois pouvoirs dans la capitale: 1° l'assemblée des électeurs; 2° le comité permanent; 3° la puissance naissante des élus des communes. Il paraît qu' il existe parmi les membres qui composent ces différents pouvoirs l'ambition de primer, si naturelle à l'homme: de ce conflit de pouvoirs il pourrait résulter les plus grands inconvénients; il faut donc établir un tribunal qui ramène tout à l'ordre »⁽⁸⁴⁾.

Due sole settimane sono state sufficienti a modificare profondamente il contesto politico e la Costituente, messa nell'angolo da una pericolosa 'domanda penale di piazza', sembra in procinto di ricorrere al pericolosissimo strumento della giustizia penale straordinaria. A sollecitarla in tal senso è il notaio Charles-Nicolas Duclos Dufresnoy, portavoce di uno dei sessanta Distretti amministrativi della capitale:

« M. Dufresnoy, suppléant de Paris, député d'un des Districts de cette ville, est introduit; il dit qu' il est chargé de demander que l'Assemblée Nationale autorise l'erection d'un tribunal formé de soixante jurés, pris dans les soixante Districts, qui, après avoir prêté serment entre les mains de MM.

anni; lascia il manoscritto *De la Révolution et de la Constitution* che, pubblicato postumo da Bérenger de la Drôme nelle *Ceuvres de Barnave* (1843, e in ed. critica da Patrice Gueniffey nel 1988) ha attirato l'interesse di Karl Marz e Jean Jaurès per l'interpretazione economica della Rivoluzione.

(82) Séance du Jeudi 23 Juillet 1789, au matin. *Présidence de M. le Duc de Liancourt*. Opinion de Barnave, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 197; cfr. anche il « Journal Historique et Politique de Genève », n° 31, Samedi 1^{er} Août 1789, p. 45: i *comptes-rendus* pubblicati dal « Journal » erano redatti dal pubblicitista ginevrino Jacques Mallet du Pan.

(83) Constantin-François Chassebaeuf (3.II.1757-25.IV.1820), ottiene di poter incorporare al proprio cognome l'inizio e la fine del binomio Voltaire-Ferney nobilitandolo come Chassebeuf de Volney; *philosophe, idéologue*, geografo, letterato, orientalista dai vasti orizzonti, deputato del Terzo Stato d'Anjou agli Stati Generali, attivo nel dibattito costituente; arrestato durante il Terrore, membro dell'*Institut*, *rallié* a Bonaparte con cui prepara il 18 brumaio, senatore, contrario all'Impero, Pari di Francia nel 1814.

(84) Séance du Jeudi 23 Juillet 1789, au matin. Opinion de Volney, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 197.

Bailly et de La Fayette, procéderaient contre les accusés par une instruction publique conformément à l'arrêté qu'il a laissé sur le bureau » ⁽⁸⁵⁾.

Si apre, a notte fonda, un lungo dibattito sull'opportunità di istituire in tempi rapidi un tribunale straordinario; numerosi deputati, tra cui il *monarchien* conte François Henri de Virieu, sostengono che « ces établissements sont des véritables commissions, toujours tyranniques et toujours odieuses, qu' il est indigne d'une Assemblée législative d'autoriser » ⁽⁸⁶⁾. Di quelle ore convulse si fa cronista l'esule ginevrino Jacques Mallet du Pan:

« Un Membre des Communes a fortement repoussé toutes Commissions, Juges des personnes déclarées coupables par le Peuple; on devoit se borner à promettre de nommer un Tribunal *ad hoc*, qui seroit chargé de la responsabilité des Ministres, à l'époque où l'Assemblée établroit la Constitution; suivant lui, il n'y avoit lieu à délibérer dans ce moment. M. Antoine est revenu à l'idée d'une Commission judiciaire; il a prié l'Assemblée de la créer [...]. M. le Marquis de Gouy d'Arcy a rendu compte des scenes affreuses qu' il avoit vu la veille à Paris; il a refuté le discours de M. Barnave, & a annoncé qu' il avoit lu les noms de plusieurs Députés dans la liste des proscriptions faites par le Peuple. Il a opiné à réunir tous les moyens proposés, à rédiger un Arrêté ou une proclamation; envoyer aux Electeurs de Paris les Députés de cette ville, & former la Municipalité. [...]. M. de Meunier [Desmeuniers] a rejeté l'établissement d'une Commission; les personnes présumées coupables devoient être laissés en prison, jusqu' à ce que l'Assemblée eût créé un Tribunal compétent à l'époque de la Constitution » ⁽⁸⁷⁾.

Finalmente, all'una dopo mezzanotte, « l'Assemblée, consultée par assis et levé », dichiara

« qu' elle va s'occuper de la recherche des agents de l'autorité coupables du crime de lèse-majesté, et d'établir un Comité pour recevoir les dénonciations contre les auteurs des malheurs publics » ⁽⁸⁸⁾.

Certo, la Rivoluzione costituente ha avuto a cuore la nuova legalità costituzionale con i suoi simboli (dal « serment du jeu-de-paume », alla seduta del 4 agosto e alla *Déclaration des Droits*), ma

⁽⁸⁵⁾ Suite de la séance du Jeudi 23 Juillet 1789 au matin, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 197.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. « Journal Politique et Historique de Genève », n° 31 du premier août 1789, pp. 46-48.

⁽⁸⁸⁾ Suite de la Séance du Jeudi 23 Juillet 1789 au soir, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 198.

bisogna ammettere che una deriva terrorista (il « *déravage* » di cui parlano Furet e Richet) ha inizio molto prima del 1792, costituendo una delle anime dell'Ottantanove: forse la meno conosciuta, sicuramente la meno studiata.

3.1.1. *Sul sequestro della corrispondenza: dibattito assembleare del 25 luglio 1789.*

Il primo a cadere è il tabù del segreto epistolare. Nella notte tra il 22 e il 23 luglio la carrozza del barone Jean-Baptiste-Géréon de Castelnaud, ministro di Francia a Ginevra, viene bloccata sul *Pont-Royal* a un posto di blocco organizzato dal *District des Petits-Augustins*; nel corso della perquisizione sono sequestrate al diplomatico quattro lettere indirizzate al conte d'Artois, fratello del re. La Costituente ne viene informata nel corso della seduta di sabato 25 luglio quando il presidente, duca de La Rochefoucauld de Liancourt, dice « qu' il a respecté l'inviolabilité du secret des lettres, qu' il ne s'est permis d'en lire aucune », assumendosi la responsabilità di rinviare tutto al *Comité permanent* della capitale (cioè al Municipio insurrezionale insediatosi il 13 luglio), per evitare che la Costituente debba « se mêler des détails de la police de la ville de Paris et de ses Districts »⁽⁸⁹⁾.

Ma l'aula è di tutt'altro parere e si avvia un dibattito in cui si aggrovigliano più questioni presenti sul tappeto, e cioè sia quella relativa al rispetto o meno del segreto epistolare, sia l'altra, di pari rilevanza, sull'attivazione di Comitati inquirenti chiamati a coordinare le inchieste che in tutto il Regno cominciano ad aver corso sui crimini di « *Lèse-Nation* ».

L'avvocato Camus⁽⁹⁰⁾ pensa di poter chiudere la vicenda

⁽⁸⁹⁾ Séance du Samedi 25 Juillet 1789. *Présidence de M. le Duc de Liancourt*. Communication de M. le Président, in « *Moniteur* », *réimpression*, cit., I, p. 205.

⁽⁹⁰⁾ Armand-Gaston Camus (2.IV.1740-2.XI.1804), avvocato rinomato, eletto dal Terzo Stato di Parigi *intra muros* agli Stati Generali; giansenista rigidissimo promuove la *Constitution civile du Clergé* e l'abolizione dei titoli nobiliari, crea gli archivi dell'Assemblea ed è confermato nell'incarico di archivista dalla Legislativa; deputato alla Convenzione, non vota la morte di Luigi XVI, *Représentant du peuple en mission* in Belgio ordina l'arresto del generale Dumouriez ma, a sua volta arrestato, viene consegnato agli Austriaci che lo imprigionano per trentatré mesi. Rientrato in patria, eletto ai *Cinq-Cents* di cui diviene presidente, rifiuta la nomina a ministro consacrandosi al lavoro

Castelnau, ricordando ai deputati l'esistenza di un « vœu formel [et unanime] des Cahiers pour l'inviolabilité des lettres », che non può essere disatteso dal legislatore mediante « une violation manifeste du secret de la poste », ed aggiunge che, a suo avviso, « une lettre cachetée [est] comme une propriété commune entre celui qui l'envoie et celui qui doit la recevoir »⁽⁹¹⁾. L'argomento ha una sua forza suggestiva, dato che la tutela del diritto di proprietà è prevista dai principali progetti di *Déclaration des Droits* in circolazione. Prima però che quest'orientamento prevalga emergono posizioni, minoritarie al momento, ma destinate ad imporsi nell'autunno successivo.

Intanto, c'è chi pensa che sia opportuno « admettre une exception dans le cas où les lettres seraient soupçonnées d'être écrites par des ennemis à des ennemis de la liberté nationale »⁽⁹²⁾; il marchese Gouy d'Arcy⁽⁹³⁾ ribadisce che « dans un état de guerre, il est permis de décacheter les lettres » dato che è « de première importance que le peuple sache les ennemis qu' il a à combattre »⁽⁹⁴⁾. Reagiscono da posizioni di stretta legalità due deputati della composita maggioranza costituzionale. Il giurista Adrien Du Port sostiene che « rien n'est plus funeste et plus préjudiciable à l'ordre de la société, que le droit de pouvoir violer, sous quelque prétexte que ce soit, l'inviolabilité du secret des postes »⁽⁹⁵⁾. Mentre il tribuno Mirabeau⁽⁹⁶⁾,

archivistico; consacra gli ultimi anni della vita alla redazione di una monumentale *table analytique (matières, lieux, personnes)* dei *procès-verbaux* assembleari dal 5 maggio 1789 al 2 fruttidoro anno XI.

⁽⁹¹⁾ Séance du Samedi 25 Juillet 1789. *Présidence de M. le Duc de Liancourt*. Opinion de M. Camus, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 206.

⁽⁹²⁾ Ivi, p. 205.

⁽⁹³⁾ Louis-Henri-Marthe, marquis de Gouy d'Arcy (15.VII.1753-23.VII.1794), colonnello dei corazzieri, proprietario di immensi possedimenti nelle Antille, massone, legato al duca d'Orléans, deputato dei piantatori di San Domingo agli Stati Generali, fondatore del *Club Massiac* (gruppo di pressione coloniale), contrario all'estensione dei diritti politici agli uomini di colore liberi (talora anche grandi proprietari); arrestato su ordine del *Représentant du Peuple en mission* Collot d'Herbois nell'agosto 1793, viene giustiziato il 5 termidoro anno II, quattro giorni prima della caduta di Robespierre.

⁽⁹⁴⁾ Séance du Samedi 25 Juillet 1789. *Présidence de M. le Duc de Liancourt*. Opinion de M. Gouy d'Arcy, pp. 206-207.

⁽⁹⁵⁾ Ivi, Opinion de M. Du Port, pp. 206-207.

⁽⁹⁶⁾ Gabriel-Honoré Riqueti comte de Mirabeau, detto Mirabeau *l'ainé*

rivolgendosi a Robespierre e i suoi crèduli seguaci parigini, osserva: « Croit-on que les complots circulent par les couriers ordinaires? Croit-on même que les nouvelles politiques de quelque importance passent par cette voie? »⁽⁹⁷⁾.

Ma l'alsaziano Reubell⁽⁹⁸⁾ — un nome di crescente importanza fino al Direttorio — è di parere opposto:

« En vain prétexterait-on ici l'inviolabilité des lettres. Eh! De qui sont-elles ces lettres? de ces hommes dénoncés par la voix publique.

Cette inviolabilité peut-elle entrer en compensation avec le salut de la patrie!

Quoi donc! le secret des lettres des personnes suspectes est-il plus sacré que le salut commun? »⁽⁹⁹⁾.

(9.III.1749-2.IV.1791), figlio dell'economista co-fondatore della Scuola fisiocratica Victor Riqueti marquis de Mirabeau, conduce vita dissolutissima; *pamphlétaire* dal 1782 grazie al fecondo aiuto prestatogli dall'*Atelier* di esuli ginevrini (Clavière, Du Roveray, Dumont, Reybaz), si lega a Brissot dal 1784, membro della *Société Gallo-Américaine* nel 1787, della *Société des Amis des Noirs* nel 1788, corrispondente della *Société des Trente* fondata da Adrien Du Port nel 1789, escluso dall'assemblea della nobiltà provenzale, eletto dal Terzo Stato di Aix agli Stati Generali; membro del *Club des Amis de la Constitution*, fonda la *Société de 1789* (con Siéyès, La Fayette, Du Pont, Rœderer); favorevole a una monarchia costituzionale basata sulla rappresentanza politica, si lega alla Corte come consigliere occulto del re a cui suggerisce una leale fedeltà alla costituzione; con lungimiranza vede nella *Constitution civile du Clergé*, a cui è contrario, un potenziale scisma dannoso per la Rivoluzione; la sua fama di grande oratore è usurpata, dato che si limita a leggere in aula testi preconfezionatigli dal suo *Atelier* ginevrino. Malato gravemente e sempre più isolato in Assemblea, si spegne al momento giusto.

⁽⁹⁷⁾ Séance du Samedi 25 Juillet 1789. *Présidence de M. le Duc de Liancourt*. Opinion du comte de Mirabeau, p. 207.

⁽⁹⁸⁾ Jean-François Reubell (6.X.1747-23.XI.1807) registrato dalle fonti anche come Rewbell, avvocato a Colmar, deputato del Terzo Stato agli Stati Generali, il 25 luglio propone l'istituzione del *Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale*, presiede la Costituente; eletto *Procureur Général-syndic* del dipartimento dello Haut-Rhin; deputato alla Convenzione, membro del *Comité Diplomatique* e del *Comité Militaire*, *Représentant du Peuple en mission* in vari teatri di guerra non partecipa al giudizio di Luigi XVI, dopo Termidoro (in cui svolge un ruolo marginale) presiede la Convenzione ed entra nei Comitati di governo, *Salut Public* e *Sûreté Générale*; membro del Direttorio, vive ai margini della politica negli anni successivi, malgrado guardi con simpatia al 18 brumaio.

⁽⁹⁹⁾ Séance du Mardi 28 Juillet 1789, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 224; nella stessa seduta manifesta la sua contrarietà al sequestro della corrispondenza il cavaliere de Boufflers, ivi, p. 229.

Malgrado la Costituente faccia proprio il parere di Du Port, costituzionalizzandolo a fine agosto nell'art. XI della *Déclaration des Droits* che sancisce « la libre communication des pensées et des opinions », la logica del sospetto continua a prevalere e il 13 agosto una pattuglia della Guardia Nazionale di Sèvres, nel perquisire un carro di fieno, trova un pacco di tela cerata diretto al vescovo di Beauvais che è deputato: il presidente dell'Assemblea Nazionale, per placare ogni malevola supposizione è costretto ad aprire l'involucro alla presenza dell'interessato e di due deputati accertando, con sollievo di tutti, che contiene esclusivamente effetti personali ⁽¹⁰⁰⁾.

3.1.2. *Quando i deputati chiedono un passaporto.*

Fin dal 23 giugno 1789, un *arrêté* della Costituente ha proclamato solennemente il principio dell'inviolabilità delle persone dei deputati: quest'atto legislativo dalle evidenti implicazioni costituzionali deve impedire che un colpo di forza monarchico annienti la Rappresentanza nazionale. Mercoledì 8 luglio 1789 l'annullamento in blocco dei mandati imperativi obbliga molti deputati a rientrare presso i propri Baliaggi per ottenere nuovi ampi mandati dai rispettivi *électeurs*; purtroppo questi viaggi avvengono a ridosso degli avvenimenti del 14 luglio e del 4 agosto, provocando una gragnuola di arresti indiscriminati, soprattutto a danno dei deputati *noirs*, di cui ripropongo alcuni casi esemplari.

Il portavoce dei *Noirs*, nonché tra i principali oratori dell'Assemblea, l'*abbé* Maury viene arrestato a Péronne alla fine di luglio ⁽¹⁰¹⁾; l'*abbé* Calonne, deputato supplente, viene bloccato dalla *Milice bourgeoise* di Nogent-sur-Seine, non veste l'abito talare essendosi travestito « à cause des circonstances et pour n'être pas insulté dans sa route »; la sua situazione risulta aggravata dal possesso di lettere in lingua francese e inglese, immediatamente sequestrate ⁽¹⁰²⁾. Sul cavaliere de Cazalès (arrestato il 9 agosto) si pronuncia il *Comité des Rapports*, leggendo una lettera del Municipio di Caussade:

⁽¹⁰⁰⁾ « Le Patriote François », n° XVII. Du Samedi 15 Août 1789, p. 1.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 210.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 210, « Journal Historique et Politique de Genève », n° 32 du 8 août 1789, p. 91.

« [...] MM. les officiers municipaux de cette ville annoncent qu' une jeunesse inconsidérée s'est emparée de M. de Cazalès; qu' ils ont eu beaucoup de peine de l'arracher de ses mains, et qu' il est maintenant détenu dans une auberge, et gardé par la Milice bourgeoise; qu' ils attendent la décision et les ordres de l'Assemblée sur la conduite qu' ils ont à tenir » (103).

L'Assemblea ne ordina la scarcerazione, dato che « n'étant accusé d'aucun délit, sa personne était inviolable » (104), tre giorni più tardi, il 21 agosto, l'aula viene informata del fatto che l'incolumità di due deputati della nobiltà di Villefranche de Rouergue ha corso rischi gravissimi:

« [...] on donne acte aux deux députés des démarches instantes qu' ils ont faites vis-à-vis le juge-mage de Villefranche de Rouergue, pour obtenir une assemblée de la noblesse de leur Sénéchaussée; assemblée qui avait pour objet l'extension de pouvoirs dont ils avaient besoin [...] » (105).

Sarà un caso? Proprio il giorno dopo la denuncia di queste soperchierie la Costituente approva a larga maggioranza il testo definitivo dell'art. VII della *Déclaration des Droits* che, per limitare gli arresti, costituzionalizza il principio di stretta legalità in materia penale:

« VII. Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu' elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi, doit obéir à l'instant: il se rend coupable par la résistance » (106).

Ma la *Déclaration* non 'copre' solo i deputati, visto che le misure restrittive nel frattempo si sono estese indiscriminatamente a spettro

(103) Séance du Mardi 18 Août 1789. *Présidence de M. le Comte de Clermont-Tonnerre*. M. Regnault, *au nom du Comité des Rapports*, in « Moniteur », réimpression, cit., I, p. 352.

(104) *Ibidem*.

(105) Séance du Vendredi 21 Août 1789, au soir. *Présidence de M. le Comte de Clermont-Tonnerre*. Un membre du *Comité des Rapports*, in « Moniteur », réimpression, cit., I, p. 369.

(106) Séance du Samedi 22 Août 1789. *Présidence de M. le Comte de Clermont-Tonnerre*. Discussion sur le *Projet de Déclaration*, in « Moniteur », réimpression, cit., I, pp. 369-372.

ampio: il 3 agosto è il turno dello zio del deputato *monarchien* Stanislas de Clermont-Tonnerre, poi del parlamentare Dampierre, del duca de la Vauguyon (per false generalità) ad Havre; il 5 agosto il *Bailli* de Cussol è arrestato dalla Guardia Nazionale; di scorta a due battelli carichi di grano, il capo della Guardia Nazionale di Elbœuf viene arrestato dal suo collega di Louviers quando ne attraversa il territorio ⁽¹⁰⁷⁾; informata dell'arresto di un gruppo di nobili brètoni avvenuto il 9 agosto, l'Assemblea il 18 agosto incarica il presidente Clermont-Tonnerre di scrivere ai « Comités permanents de Nantes et de Saint-Malo » che i gentiluomini devono essere considerati « libres de se rendre où bon leur semblerait » ⁽¹⁰⁸⁾; nella notte del 13 agosto quattro cittadini di Marienbourg, arrestati di notte nelle loro abitazioni, sono trasferiti nella prigione di Avesnes: l'Assemblea ordina che si soprassieda al processo in attesa di un supplemento d'istruttoria ⁽¹⁰⁹⁾.

Quando le misure restrittive della libertà personale dei « députés suspects » sono assunte da patrioti entusiasti; oppure, quando gli *habitues* del *Palais-Royal* chiedono l'annullamento del mandato rappresentativo seguito da un processo a carico dei deputati favorevoli a riconoscere al re il veto sugli atti legislativi ⁽¹¹⁰⁾, cosa bisogna pensare?

Ma l'ostracismo può colpire anche i costituzionali di maggioranza, è sufficiente calunniarli; nessuno andrà a verificare la legittimità dei rilievi o la consistenza delle accuse. Il 3 agosto Jacques-Guillaume Thouret, eletto presidente dell'Assemblea Nazionale con 403 voti contro i 402 ottenuti da Siéyès, è costretto a rassegnare le dimissioni seduta stante, accampano pretesti ⁽¹¹¹⁾; infatti, negli

⁽¹⁰⁷⁾ « Moniteur », *réimpression*, cit., I, pp. 267-268, 288, 291, 296; cfr. Jean-Sylvain BAILLY, *Mémoires de Bailly*, cit., II, *Mardi 4 août 1789*, p. 207.

⁽¹⁰⁸⁾ « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 347.

⁽¹⁰⁹⁾ *Ivi*, p. 369.

⁽¹¹⁰⁾ « Journal Historique et Politique de Genève », n° 36, du Samedi 5 Septembre 1789, p. 83: « De Paris, le 3 Septembre [...]. La discussion de la Sanction Royale à Versailles ayant échauffé ici beaucoup de têtes, Dimanche soir, le Palais-Royal prit la chose en délibération. On demandoit l'expulsion de plusieurs Députés de tout Ordre, spécialement d'une partie de ceux du Dauphiné, au zèle & aux talens desquels, par parenthèse, on doit les prémices de la liberté Française ».

⁽¹¹¹⁾ Séance du Lundi 3 Août 1789. *Présidence de M. le Duc de Liancourt*. Résultat

ambienti del *Palais-Royal* ha cominciato a circolare la voce che il suo patriottismo sia dubbio, che egli sia « *dévoué à la Cour* » (112): la voce ha cominciato a circolare dopo che « *le parti de l'abbé Siéyès a fait tout ce bruit* » (113).

Il 31 agosto Lally-Tolendal informa l'Assemblée che diversi deputati sono stati bersagliati da lettere di censura rispetto alle posizioni assunte in aula su bicameralismo e veto regio; legge un documento intimidatorio redatto negli ambienti del *Palais-Royal*: visto che i deputati sono inviolabili, « *leur procès sera fait après leur révocation* », ma il blocco aristocratico di deputati nobili ed ecclesiastici, rinforzato da centoventi « *membres des Communes* » viene minacciosamente avvertito che « *quinze mille hommes sont prêts à éclairer leurs châteaux et leurs maisons* » (114).

Nel frattempo, in attesa che qualcuno cominci a bruciarle, Mallet du Pan pubblica la notizia (riproposta in modo sibillino anche da Loustallot) che le porte delle abitazioni parigine di alcuni deputati favorevoli a bicameralismo e veto regio vengono contrassegnate col carbone, generando nuovi timori circa un'imminente purga di deputati non conformisti. Come meravigliarsi, allora, se la presidenza dell'Assemblée Nazionale viene tempestata di richieste di passaporti da parte di un numero crescente di deputati (115)?

du scrutin pour l'élection du nouveau président, in « *Moniteur* », *réimpression*, cit., I, p. 266.

(112) Così Charles-Elie marquis DE FERRIERES-MARÇAI, *Mémoires du Marquis de Ferrières, avec une notice sur sa vie, des notes et des éclaircissemens historiques*, Par MM. Berville et Barrière, Paris, Baudouin frères, Imprimeurs-Libraires, rue de Vaugirard n° 36, 1821, I, Liv. III, *passim*.

(113) Jean-Sylvain BAILLY, *Mémoires de Bailly*, cit., II, *Samedi 1^{er} août 1789*, p. 198.

(114) Séance du Lundi 31 Août 1789. *Présidence de M. de la Luzerne, évêque de Langres. Extrait de la motion faite au Palais-Royal, pour être envoyée aux différents Districts et aux provinces*, in « *Moniteur* », *réimpression*, cit., I, p. 399; anche Brissot dà spazio in cronaca all'effervescenza del *Palais-Royal*, cfr. « *Le Patriote François* », n° XXXI. Du Mardi premier Septembre 1789, p. 1; inoltre, Jean-Sylvain BAILLY, *Mémoires de Bailly*, cit., II, *Dimanche 30 août 1789*, pp. 328-329.

(115) Séance du Jeudi 8 Octobre 1789, au soir. *Présidence de M. Mounier*, in « *Moniteur* », *réimpression*, cit., II, pp. 22-24; contrari alla concessione dei passaporti i deputati Lanjuinais, Populus, Treillard e Barnave; Desmeuniers propone di rivotare il decreto sull'inviolabilità dei deputati, Mirabeau è contrario dato che il decreto continua ad essere in vigore, p. 23. I passaporti continuano ad essere richiesti: seduta serale del 14 ottobre, II, 63, il 15 ottobre, p. 68.

Secondo Mirabeau sarebbero trecento in appena due giorni ⁽¹¹⁶⁾. E visto che tra i pretesti invocati s'inflazionano quelli legati alla salute (passar le acque, etc.), ecco che Barnave, anche per metter fine alla psicosi della 'caccia al deputato' che rischia di autoalimentarsi, fa votare una richiesta di esibizione di certificati medici ⁽¹¹⁷⁾.

3.2. *Verso la polizia politica: nascono i Comités des Rapports et des Recherches della Costituente (28 luglio 1789).*

Sommersa da *adresses* d'ogni tipo — le più radicali provengono dal *Palais-Royal* — la Costituente prende tempo, ancóra legata all'idea che la tutela dell'ordine pubblico spetti esclusivamente all'Esecutivo. Ma la 'domanda penale di piazza', sempre più forcaiola, sembra non dare tregua. L'afflusso ininterrotto di petizioni non compromette solo quel che resta del feticcio della divisione dei poteri (dato che spesso sollevano questioni amministrative di spettanza governativa). Rischia anche di paralizzare il regolare ordine del giorno dell'Assemblea, monopolizzando quotidianamente alcune ore, fino a mezzogiorno inoltrato, con la lettura obbligata di *adresses* che, ripetendosi nei contenuti, mitridatizzano il discorso patriottico. Bisogna trovare un filtro, senza che la Costituente dia àdito a sospetti di voler tappare la bocca non solo al *Palais-Royal*, ma all'intera Francia che continua ad essere in piena effervescenza.

Molte *adresses* riguardano sommosse, possibili tradimenti, accaparramenti di derrate, gli immancabili complotti anti-nazionali. Nel timore che l'Assemblea possa trasformarsi in una specie di « lieutenants de police du Royaume », estraneandosi dall'attività legislativa, lunedì 27 luglio Volney indica l'esempio del Parlamento britannico e del Congresso statunitense, suggerendo di « établir un Comité auquel seront renvoyées toutes les affaires d'administration et de police » ⁽¹¹⁸⁾. Sul momento la proposta non viene presa in considerazione; ma il giorno seguente, 28 luglio 1789, Volney la ripresenta

⁽¹¹⁶⁾ Ivi, p. 23.

⁽¹¹⁷⁾ Séance du Samedi 10 Octobre 1789, au soir. *Présidence de M. Mounier*. Opinion de M. Barnave, in « Moniteur », *réimpression*, cit., II, p. 38.

⁽¹¹⁸⁾ Séance du Lundi 27 Juillet 1789. *Présidence de M. le Duc de Liancourt*. Opinion de M. Volney, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 211.

e l'Assemblea Nazionale istituisce un *Comité des Rapports* ⁽¹¹⁹⁾ che filtri quotidianamente tutte le petizioni indirizzate, riassumendone il senso in seduta plenaria e proponendo i necessari provvedimenti ⁽¹²⁰⁾. Ma, all'atto pratico, chi avrebbe dovuto adottare tali provvedimenti, vista l'inefficienza operativa dell'Esecutivo ancora provato dalla giornata del 14 luglio? E poi, sarebbe stato sufficiente il mero esame delle *adresses* (talora contenenti notizie manipolate), per acquisire il necessario bagaglio di conoscenze?

L'insidioso nuovo terreno della tutela dell'ordine pubblico costituzionale avrebbe potuto celare imprevisi scenari. Sarebbe forse stato opportuno affiancare al *Comité des Rapports* e in stretto collegamento, un *bureau d'informations*: sorta di giudice-istruttore collegiale chiamato a indagare sulla violazione dei diritti della Nazione, espresso dalla stessa Assemblea per vigilare sull'inflessibile repressione di quei comportamenti ritenuti eversivi, indicati come « crimes de Lèse-Nation ».

Forse se il popolo avesse ricevuto un forte segnale d'attenzione da parte dell'Assemblea, l'effervescenza avrebbe potuto attenuarsi. È proprio in questo spirito che il 13 luglio l'*abbé* Grégoire chiede l'istituzione di un « Comité pour dénoncer tous les ministres coupables, tous les conseillers perverses du roi » ⁽¹²¹⁾; il progetto viene riproposto il 28 luglio da Adrien Du Port, preoccupato per l'allarme provocato nell'opinione pubblica dalle continue voci relative a complotti d'ogni tipo. Deve farci riflettere il fatto che un raffinato giurista di estrazione parlamentare, considerato la personificazione del principio di stretta legalità — come dimostrerà in agosto, emendando in quella direzione le disposizioni-chiave della *Déclaration des Droits* — non possa esimersi dal dire « que l'œil de notre surveillance soit ouvert de tous

⁽¹¹⁹⁾ Le *Archives Parlementaires*, vol. XXXII, pp. 564-565, registrano i seguenti scrutini per l'elezione di trenta commissari: 30 luglio 1789, 5 ottobre 1789, 18 novembre 1789; a partire dal 1790, ogni rinnovamento riguarda solo la metà dei componenti: 27 gennaio 1790, 14 marzo 1790, 26 aprile 1790, 7 giugno 1790; dopo questa data non vi è più stato alcun rinnovamento del Comitato.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., I, pp. 223-224.

⁽¹²¹⁾ Séance du Lundi 13 Juillet 1789. *Présidence de M. Lefranc de Pompignan, archevêque de Vienne*. Opinion de M. le curé Grégoire, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 154.

côtés » ⁽¹²²⁾. Egli chiede che un organismo coordini tutte le inchieste relative ai complotti contro lo Stato:

« M. Du Port a lu un avis, tendant à s'occuper d'une surveillance générale & active; à former une commission de quatre personnes, pour prendre connoissance du complot de Brest, des désastres du Soissonnois, & de tous les crimes de Lèze-Nation, & a en rendre compte à l'Assemblée. Cette motion a été vivement soutenue par M. le Vicomte de Noailles » ⁽¹²³⁾.

La mozione viene appoggiata da cinque deputati: Gouy d'Arcy, Castellane, Guy Le Chapelier, La Rochefoucauld e d'André; in particolare, Gouy d'Arcy preferirebbe un Comitato segreto, designato mediante complicate modalità barocche, mentre Guy Le Chapelier sottolinea che il Comitato dovrebbe avere solo poteri istruttori, raccogliendo prove da rimettere ai competenti tribunali ⁽¹²⁴⁾. Contrario, si manifesta l'avvocato Jérôme Le Grand, deputato del Berry:

« On ne peut ni on ne doit nommer de tribunal dans l'Assemblée. La motion de M. Du Port présente de grands inconvéniens. Cette commission pourra-t-elle recevoir toutes les dépositions & informations? Elle ne peut informer, elle ne doit prendre que des renseignements » ⁽¹²⁵⁾.

Si oppone anche il *monarchien* Virieu che, paventando un duplicato degli Inquisitori veneziani e un eccesso di concentrazione dei poteri nelle mani dell'Assemblea, non pensa « qu' on puisse former une commission, un *comité de recherches* » (p. 230).

Adottata la mozione Du Port, il dibattito si riaccende, diventando a tratti confuso, a proposito del numero dei componenti e della durata in carica; finalmente ci si accorda su dodici commissari

⁽¹²²⁾ Cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 224.

⁽¹²³⁾ Séance du Mardi 28 Juillet 1789. *Présidence de M. le Duc de Liancourt*. Motion d'Adrien Du Port, in « Journal Historique et Politique de Genève », n° 32 du 8 août 1789, p. 101.

⁽¹²⁴⁾ Séance du Mardi 28 Juillet 1789. Opinions de MM. Gouy d'Arcy, Castellane, Le Chapelier, La Rochefoucauld, d'André, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, pp. 229-230.

⁽¹²⁵⁾ Opinion de M. Le Grand, in « Journal Historique et Politique de Genève », n° 32 du 8 Août 1789, p. 101.

che ruoteranno mensilmente ⁽¹²⁶⁾ « à cause de l'importance de cette mission ».

Eletto il 30 luglio, il Comitato viene registrato dalle fonti con diversi nomi: lasciando da parte Brissot che lo definisce *Comité secret des douze* ⁽¹²⁷⁾, lo troviamo inizialmente menzionato come *Comité d'information*, divenuto *Comité d'instruction*, poi *Comité des Douze* — visto che nella sua prima configurazione ne fanno parte dodici commissari ⁽¹²⁸⁾ — *Comité de Sûreté*; e, finalmente, s'impone il nome sfuggito per caso al conte de Virieu, diventando *Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale* dal 25 agosto 1789.

Nel giro di un centinaio di giorni, il Municipio di Parigi avrebbe seguito la stessa strada con esiti ben più rilevanti, sul terreno non tanto della repressione quanto dell'enfatizzazione del pericolo rappresentato dal nemico interno.

3.3. *Il Comité des Recherches della Costituente: panorama delle indagini.*

Con l'istituzione del *Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale* ecco apparire un organismo impalpabile ed evanescente, a cui la *Table des matières* del « Moniteur » riserva solo pochi rinvii; per saperne di più bisogna partire dal nome dei *rapporteurs* del Comitato, registrando il giornale tutte le comunicazioni ufficiali all'Assemblea, a prescindere dalla loro lunghezza; oppure, consultare l'eccellente *Inventaire analytique* ormai disponibile da circa tre lustri.

L'avvicendamento continuo dei commissari (fino all'aprile 1790) tende ad impedire il consolidamento di situazioni di potere basate sul monopolio di conoscenze poliziesche articolato su due livelli:

⁽¹²⁶⁾ Le *Archives Parlementaires*, vol. 32, pp. 564-565, registrano i seguenti scrutini: 28 luglio 1789, 2 settembre 1789, 20 ottobre 1789, 24 novembre 1789, 24 dicembre 1789, 26 aprile 1790; una nota delle *Archives Parlementaires* asserisce che a partire da quella data non vi è più stato alcun rinnovamento del Comitato.

⁽¹²⁷⁾ « Le Patriote François », n° VII. Du Mardi 4 Août 1789, p. 3.

⁽¹²⁸⁾ Sono i deputati Adrien Du Port, il vescovo di Chartres, La Rochefoucauld, Gleizen, Fréteau, Tronchet, Reubell, d'André, de Virieu, Camus, Bouche e Pétion, cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 248.

a) Le relazioni sistematiche con gli organismi di sorveglianza patriottica, istituiti dalle Municipalità rivoluzionarie provvisorie;

b) la centralizzazione dei documenti manoscritti e stampati, sequestrati per sospetto contro-rivoluzionario.

La stampa dell'epoca registra una modesta attività referendaria svolta dal Comitato fino all'autunno inoltrato; poi, a distanza di un mese dai tragici fatti del 5 e 6 ottobre, con un primo *arrêté* del 7 novembre 1789 viene fissato un ordine dei lavori che razionalizza l'attività di coordinamento investigativo, facendo anche saltare (con il controllo sui tribunali d'attribuzione) il principio della divisione dei poteri sancito dall'art. XVI della *Déclaration des Droits*:

1) tenuta di un journal per la registrazione della posta in arrivo e partenza,

2) redazione dei rapporti e corrispondenza,

3) spoglio delle carte depositate in Municipio o acquisite dal *Comité des Recherches de la Ville*,

4) sorveglianza sullo *Châtelet* e sugli altri tribunali investiti della cognizione dei crimini di « Lèse-Nation »,

5) inventario delle carte finora in possesso del Comitato ⁽¹²⁹⁾.

Un secondo *arrêté* adottato quello stesso giorno vanifica i principi difesi da Adrien Du Port e da Mirabeau riguardo al segreto postale:

« Le Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale ayant été instruit par le Comité de police de la Ville de Paris qu' il était venu d'Angleterre et d'ailleurs des lettres et paquets qu' il croyait pouvoir renfermer des renseignements sur les délits nationaux pour la recherche desquels il était établi; vu la copie de l'ordre du Roi donné au S. d'Ogny, par lequel il lui prescrit seulement de confier au Comité des Recherches lesd. lettres et paquets pour par l'Assemblée Nationale en faire ce qu' elle déciderait: la matière mise en délibération, il a été arrêté, d'après les sentiments d'un attachement aussi tendre que respectueux pour la personne sacrée du Roi, et d'après le zèle inaltérable pour le salut de l'État, que Messieurs Goupil de Prefeln et Chasset priaient Monsieur le président de l'Assemblée Nationale de les accompagner pour aller vers le Roi supplier Sa Majesté très respectueusement d'autoriser le Comité de police de la Ville de Paris d'ouverts lesd. lettres et paquets en présence du S. d'Ogny, de laquelle ouverture procès-verbal sera dressé » ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁹⁾ Pierre CAILLET, *Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale 1789-1791*, cit., p. 11.

⁽¹³⁰⁾ Ivi, p. 12.

Attivo dal 1° agosto 1789 fino al mese di giugno 1791; poi, dopo la fuga di Varennes, il Comitato inquirente viene unito operativamente ad altri quattro Comitati nella forma poco conosciuta (e per niente studiata) dei *Comités réunis de Constitution, des Rapports, des Recherches, Diplomatique et Militaire*: al fine di gestire l'emergenza imprevista di un Regno privo di capo dello Stato.

Il *Comité des Recherches* dell'Assemblea Nazionale ha goduto di pessima fama presso i contemporanei, malgrado abbia cercato nei limiti del possibile di contenere il diluvio rivoluzionario. Liquidato come forma moderna di inquisizione da amici e avversari: bollato da Luigi XVI in fuga come strumento attraverso il quale la Costituente esercita « un véritable despotisme », « execrable » per il *pamphlétaire* contro-rivoluzionario Montjoie, per *Madame* de Staël « ce seul nom de Comité des Recherches [...] inspiroit une aversion universelle ».

Ma sono giudizi attendibili? Stando ai resoconti assembleari, per l'aspetto pubblico della sua attività (i rapporti in aula), e in base ai documenti d'archivio, per quanto concerne la vera e propria attività d'indagine, i commenti riportati sembrerebbero il prodotto di esasperazione personale (nel caso del re), di scelte di campo (Montjoie), di pregiudizi poco meditati (per quanto riguarda *Madame* de Staël).

Non dimentichiamo che durante la legislatura costituente la Francia è ben lungi dal godere di pace sociale, ma è presa tra i due fuochi dell'enigmatica ostilità regia e della pressione di piazza, scatenatasi inizialmente per la difesa della Rivoluzione e, poi, man mano autonomizzatasi sotto la guida degli spregiudicati agitatori spesso evocati in queste mie pagine. Stando all'*Inventaire analytique* il *Comité des Recherches* non si avventura per propria scelta sul terreno infido e variegato della « Lèse-Nation », ma è chiamato in causa per coordinare le indagini su questioni estremamente concrete, quali:

a) *les affaires* Bezenval e Lambesc legati ai fatti del 13-14 luglio 1789;

b) le sedizioni militari e gli ammutinamenti (arsenale e porti di Tolone dal 1° dicembre 1789, Brest, Rochefort per la Marina da guerra; reparti di terra: Besançon 17-19 agosto 1789, Rgt. di Borgogna in Delfinato, settembre-ottobre 1789, Rgt. *Fère-artillerie* a Au-

xonne aprile 1790, Rgt. di cavalleria a Metz 17 agosto 1790, guarnigione di Nancy 1790);

c) i complotti contro la sicurezza dello Stato (spesso velleitari), la propaganda contro-rivoluzionaria, i tentativi di arruolamento a fini contro-rivoluzionari e la sobillazione di operai disoccupati a Lione (in collegamento con l'emigrazione a Torino, Coblenza e nei Paesi Bassi);

d) le inchieste sugli ostacoli alla libera circolazione dei grani e alla loro vendita, quelle relative alla penuria e all'accaparramento di generi alimentari;

e) i disordini politici, gli omicidi di amministratori e dirigenti politici locali;

f) i tumulti anti-nobiliari (conseguenze della crisi del 14 luglio/4 agosto 1789) accompagnati da omicidi e violenze contro castelli, presentati come centri contro-rivoluzionari;

g) gli atti di vandalismo contro beni immobili e chiese;

h) la devastazione di foreste, boschi e altri beni demaniali;

i) i disordini tra cattolici e protestanti: Montauban, Nîmes;

l) la falsificazione di assegnati.

La denominazione impegnativa dell'organismo attivato dall'Assemblea Nazionale non deve portarci fuori strada. Secondo il deputato Edmond Du Bois de Crancé « ce Comité a fait plus de bien par la peur qu' il inspiroit que par ses effets » (131). Presentato come antenato del *Comité de Surveillance* della Legislativa e del *Comité de Sûreté générale* della Convenzione da Albert Métin alla fine dell'Ottocento (132), interpretazione fatta propria dall'archivista Caillet che gli contesta una serie di violazioni (133); semplice Comitato istrutto-

(131) [Edmond-Louis-Alexis DU BOIS DE CRANCÉ], *Le véritable portrait de nos Législateurs, ou Galerie des Tableaux exposés à la vue du Public depuis le 5 mai 1789, jusqu' au premier octobre 1791*, à Paris, (s. i. t.), 1792, p. 140.

(132) Albert MÉTIN, *Les origines du Comité de Sûreté générale de la Convention nationale*, in « La Révolution française », 1895, pp. 263-270.

(133) Pierre CAILLET, *Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale 1789-1791*, cit., pp. 17-18; L'autore contesta al Comitato la violazione sistematica dei diritti dell'uomo realizzata tramite il sequestro della corrispondenza che, pubblicizzando vicende private, ha finito con il rendere gli indagati sospetti agli occhi dei concittadini; accenna anche al sequestro del corriere diplomatico del marchese de Noailles, ambasciatore francese a Vienna, nonché della corrispondenza del ministro degli Esteri

rio per Patrice Gueniffey ⁽¹³⁴⁾, che riprende l'interpretazione minimalista di Élysée Loustallot (« plutôt comité d'instruction que comité de recherches ») ⁽¹³⁵⁾, il *Comité des Recherches* dell'Assemblea non è stato altro che l'organismo abilitato a « recueillir les renseignements qui seroient apportés sur les troubles qui s'annonçoient alors », come ha scritto il deputato Camus ⁽¹³⁶⁾. Meglio ancora, secondo Théodore de Lameth, fratello dei due Costituenti legati a Barnave e Du Port, il Comitato è servito a placare le ossessioni popolari cercando, nella misura del possibile, di calmarle:

« La création du Comité des Recherches, objet des attaques de tous genres, de la part des hommes opposés à la révolution, qui en redoutaient la surveillance, avait été conçue dans un but bien différent de celui que lui attribuaient ses détracteurs. Loin de chercher à exciter les alarmes populaires, l'intention avait été de les calmer; et le comité obtint, à cet égard, un succès inespéré. Sans doute, les citoyens ne furent pas exempts de toute crainte, chose impossible pendant une révolution, mais ils n'agirent plus par eux-mêmes, sachant qu'un comité de l'Assemblée veillait sur les démarches de leurs ennemis » ⁽¹³⁷⁾.

Se ha dato l'impressione di accentrare nelle proprie mani attribuzioni giudiziarie, amministrative ed esecutive, è stata quella una conseguenza dell'annichilimento della funzione di governo prodotta dalla gravissima crisi politico-istituzionale che ha portato, nel corso

spagnolo Florida Blanca; ricorda come a séguito di questi due provvedimenti il ministro Montmorin abbia inviato il 9 e 10 agosto 1790 due lettere di protesta al presidente dell'Assemblea Nazionale e a quello del *Comité des Recherches*. L'autore mette in evidenza come nei casi di repressione di crimini legati a fatti insurrezionali, il Comitato abbia cercato di attenuare la repressione, sospendendo l'esecuzione delle sentenze e procrastinando la pena di morte.

⁽¹³⁴⁾ Patrice GUENIFFEY, *La politique de la Terreur. Essai sur la violence révolutionnaire 1789-1794*, Paris, Fayard, 2000, p. 86.

⁽¹³⁵⁾ « Révolutions de Paris, dédiées à la Nation et au District des Petits-Augustins », n° XVIII. Détails du 7 au 14 Novembre 1789, p. 9.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. *Rapport de M. Vergniaud sur l'état des travaux de l'Assemblée-Nationale-Constituante au 30 Septembre 1791; Suivi d'une Notice de ces Travaux, par M. Camus. Imprimé par ordre de l'Assemblée Nationale*, à Paris de l'Imprimerie Nationale, 1791, p. 28.

⁽¹³⁷⁾ Théodore DE LAMETH, *Histoire de l'Assemblée Constituante*, Paris, Moutardier, Libraire-Éditeur, 1828-1829, I, p. 83.

della legislatura, al superamento del principio della divisione dei poteri pubblici, consegnando all'Assemblea Nazionale Costituente una *plenitudo potestatis* di cui, forse, avrebbe fatto a meno.

3.3.1. *Un giudice naturale d'attribuzione.*

Nei rapporti ufficiali, il Comitato talora raccomanda alle Municipalità il rispetto della legalità costituzionale, a volte si limita a trasmettere i *dossiers* al giudice naturale ordinario. Tuttavia, prima del riassetto dell'*Ordre judiciaire*, in avanzato stato di gestazione, qual è il giudice naturale?

La riforma integrale ed organica dell'amministrazione della giustizia civile e penale viene promossa dalla Costituente, in ossequio ai *Cahiers*, fin dal Rapporto Bergasse ⁽¹³⁸⁾ 17 agosto 1789 ⁽¹³⁹⁾; nel frattempo, sono prorogate le funzioni dell'antica magistratura: Baliaggi, *Sénéchaussées*, Presidiali e Parlamenti. Ma la magistratura, nelle sue strutture apicali — i *Parlements* — fa un passo falso e, sottovalutando il formidabile appoggio fornito alla Costituente dall'opinione pubblica (e dai notabili che avevano preso il controllo dei Municipi nell'intera Francia), ripropone il tradizionale schema del conflitto Corti sovrane/monarca, tramite il rifiuto di registrazione degli atti legislativi. Si muoveranno in tale direzione i Parlamenti di Rouen ⁽¹⁴⁰⁾, Metz (suscitando l'ira di Rœderer e Barrère) ⁽¹⁴¹⁾ e Rennes ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹³⁸⁾ Nicolas Bergasse (24.I.1750-28.V.1832), avvocato a Parigi dal 1778, difensore del banchiere Kornmann nel processo intentato a Beaumarchais; convinto *mesmérrien* legato a Clavière e Brissot, deputato del Terzo Stato di Lione agli Stati Generali, si lega ai *Monarchiens* per poi abbandonare i lavori della Costituente dopo le giornate di ottobre 1789; arrestato il 5 gennaio 1794, la protezione dell'ex collega Barrère (membro del *Comité de Salut Public*) gli evita la ghigliottina; dopo la Restaurazione si radicalizza sempre più a destra su posizioni vicine a quelle di Joseph de Maistre.

⁽¹³⁹⁾ Séance du Lundi 17 Août 1789 [au matin]. *Présidence de M. Stanislas de Clermont-Tonnerre. Rapport sur la Constitution du Pouvoir judiciaire* par M. Bergasse, au nom du Comité de Constitution, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, pp. 340-347.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., II, pp. 178, 183.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., II, pp. 194-195.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., II, p. 390; III, pp. 89-92, 98-100, 105-108, 113, 138, 315-316.

Tuttavia, una Fronda fuori contesto si rivela rapidamente un clamoroso errore politico che porta all'esito non previsto della disfatta dei *Parlements*. Infatti, il Blocco costituzionale⁽¹⁴³⁾ che ha assunto la guida della maggioranza dell'Assemblea Nazionale assume l'iniziativa di neutralizzare la giustizia parlamentare, prorogando *sine die* i lavori delle Corti di giustizia e ammettendo solo a titolo transitorio l'attività delle rispettive *Chambres des Vacations* (144).

Ma sul terreno della *Lèse-Nation* ciò non poteva bastare, dato che, proprio la resistenza parlamentare a riforme modernizzatrici di stampo anglo-americano, rendeva impossibile affidare il delicatissimo settore della giustizia politica a *Chambres des vacations* potenzialmente ostili. Come risolvere, allora, in via transitoria il problema di trovare un affidabile 'giudice naturale politico', onde evitare il radicamento dell'idea già accarezzata che una giustizia sommaria, in mancanza di meglio, fosse l'unico baluardo per la pubblica sicurezza?

Questo spiega il decreto della Costituente con cui — su proposta dei deputati Du Pont (de Nemours⁽¹⁴⁵⁾) e Target⁽¹⁴⁶⁾ — si autorizza la giurisdizione parigina dello *Châtelet* « à informer, décréter et instruire, jusqu' au jugement définitif exclusivement, [...] »

(143) V. Roberto MARTUCCI, Il "blocco costituzionale". Come si arrivò alla costituzione francese del 3 settembre 1791, in « Giornale di Storia costituzionale », 12/2006, pp. 77-90.

(144) Alla chiusura dell'anno giudiziario, quando i *Parlements* iniziavano le ferie, ne assumevano le funzioni le *Chambres des Vacations*; nell'autunno 1789 il riposo parlamentare è forzato e prelude a una riforma giudiziaria punitiva nei confronti del vecchio ordinamento giudiziario.

(145) Pierre-Samuel Du Pont (1739-1817), economista autodidatta di scuola fisiocratica, legato a Quesnay, Turgot e Mirabeau *père*; deputato del Terzo Stato di Nemours agli Stati Generali; membro di diversi Comitati e più volte *rapporteur*; arrestato durante il Terrore e liberato dopo la caduta di Robespierre; membro della Sezione di Economia politica dell'*Institut*; deputato agli Anziani e fruttidorizzato, si trasferisce definitivamente negli Stati Uniti due anni prima della morte.

(146) Guy-Jean-Baptiste Target (17. XII.1733-7.IX.1806), Accademico di Francia, avvocato del cardinale di Rohan nell'*affaire du collier de la Reine* (1774); deputato del Terzo Stato di Parigi *extra muros* agli Stati Generali; membro del *Comité de Constitution*, interviene autorevolmente in aula sulle principali questioni; rifiuta per pusillanimità di assumere la difesa di Luigi XVI; *rallié* al 18 brumaio e all'Impero, membro del *Tribunal de Cassation* (1800) e poi del *Tribunat* (1802), partecipa attivamente ai lavori di codificazione civile e criminale.

contre tous les prévenus et accusés du crime de Lèse-Nation » (147). È un giudice provvisorio, oggetto dell'odio e della diffamazione dei settori più esagitati dell'estremismo parigino fino all'ottobre 1790 (data di cessazione delle funzioni), ma non è però unico titolare dell'istruttoria penale, come emerge incontestabilmente dai documenti dell'epoca.

All'atto pratico lo *Châtelet* opera sotto la sorveglianza continua delle strutture investigative dell'Assemblea Costituente e del Municipio di Parigi. Si tratta di strutture poliziesche le cui funzioni concrete devono essere analizzate tramite esame dei documenti d'archivio, dato che la sobrietà redazionale dei decreti istitutivi non consente di percepirne globalmente le finalità né i limiti legali fissati alla loro concreta operatività.

III. *Ricerche municipali parigine.*

1. *Il Municipio e la sua polizia: come prevenire trame, complotti, cospirazioni.*

Sono passati meno di tre mesi dal provvedimento adottato dalla Costituente, quando il 21 ottobre 1789 l'ondata di complotti contro-rivoluzionari (non importa se reali o presunti), spinge il Municipio di Parigi nella direzione del monopolio nelle indagini di *Lèse-Nation*. Malgrado l'inflazione rivoluzionaria di definizioni e di organismi, questa volta le autorità della capitale non danno prova di particolare fantasia denominativa; così, l'idea della ricerca dei sospetti da affidare a un apposito Comitato fa sì che all'ufficio investigativo straordinario municipale si dia un nome analogo a quello scelto dalla Costituente: nasce così il *Comité des Recherches de la Ville de Paris* (148). Ne dà notizia al suo solito modo, fin troppo sintetico, Jacques Mallet du Pan, non senza qualche piccola imprecisione imposta dalla fretta e che lo induce a riassumere impietosamente:

« Les Représentans de la Commune ont fait afficher la promesse d'une récompense de cent écus jusqu' à 24,000 liv. suivant la gravité de la

(147) Séance du Mercredi 14 Octobre 1789, au soir. Présidence de M. Fréteau, « Moniteur », *réimpression*, cit., II, p. 63, Assemblée Nationale Constituante.

(148) *Arrêté municipal* del 21-22 ottobre 1789.

dénonciation, à ceux qui dénonceront, avec preuves, les auteurs des trames & complots contre le bien public, le bon ordre & la tranquillité. Sa Majesté, en appuyant ces mesures, a assuré la grace des complices & des auteurs même des complots dont ils founiroient la révélation.

A l'appui de cette proclamation, & dans le même but, les Représentans de la Commune ont nommé un Comité de six personnes, semblable au Comité des Recherches créé par l'Assemblée Nationale. Plusieurs Particuliers soupçonnés ont été arrêtés ces jours derniers; entr'autres M. *Augeard*, Fermier-général » (149).

L'organo deliberativo del Municipio — l'*Assemblée Générale des Représentants de la Commune* — lancia un appello alla città, come aveva già fatto nelle ore drammatiche della crisi del 13-14 luglio:

« L'Assemblée Générale des Représentans de la Commune, vivement affligée de voir que, malgré ses invitations à tous les habitans de la Capitale, pour les engager à ne plus troubler la tranquillité publique par des insurrections aussi préjudiciables au repos des bons Citoyens qu' au bonheur de la Ville entière, de nouveaux actes de violence & des meurtres même se commettent encore pendant le séjour du Roi dans sa bonne Ville de Paris, & pendant la tenue des Séances de l'Assemblée Nationale; considérant qu' il est de son devoir de chercher à découvrir les manœuvres odieuses que des gens malintentionnés employent pour dénaturer le caractère doux & humaine du Peuple François, & pour l'exciter à des troubles qui ne tendent qu' à tourner contre ses propres intérêts, a unanimement arrêté qu' il seroit établi un Comité de Recherches, composé de Membres pris dans son sein, qui se borneroient, & sans avoir aucun autre pouvoir administratif, à recevoir les dénonciations & dépositions sur les trames, complots et conspirations qui pourroient être découvertes; s'assûreroient, en cas de besoin, des Personnes dénoncées, les interrogeroient & rassembleroient les Pièces & Preuves qu' ils pourroient acquérir pour former un corps d'instruction; en conséquence elle a nommé, par la voie du Scrutin, des Commissaires qu' elle a spécialement chargés de remplir les fonctions ci-dessus énoncées » (150).

Il manifesto, affisso immediatamente sui muri della capitale, merita di essere brevemente disarticolato: 1) la città è in pieno fermento, 2) vi sono complotti tesi a provocare torbidi tra i ceti

(149) « Journal Historique et Politique de Genève », n° 44, du Samedi 31 Octobre 1789, p. 417.

(150) Arrêté portant établissement d'un Comité de Recherches. Extrait du Procès-verbal de l'Assemblée générale des Représentans de la Commune de Paris. Du Jeudi 22 Octobre, 1789 (à Paris), de l'Imp. De Lottin l'aîné, & Lottin de S.-Germain, (s. d., ma 1789), Bibliothèque Nationale Lb⁴⁰ 1148; v. anche « Moniteur », *réimpression*, cit., II, pp. 283-284, testo con ortografia modernizzata.

popolari, 3) viene insediato un Comitato speciale, 4) i suoi commissari (quindi, agenti revocabili) non hanno particolari poteri amministrativi, ma: 5) si limiteranno (« borneroiient ») a raccogliere denunce e deposizioni, 6) se è necessario potranno adottare provvedimenti restrittivi (« s'assureroient ») a carico delle persone denunciate, 7) al fine di interrogarle per acquisire mezzi di prova ai fini dell'istruttoria penale.

Tuttavia, il fatto che il Municipio si sia schiacciato sulle scelte dell'Assemblea Costituente, non impedisce che dietro una medesima denominazione possano nascondersi differenti realtà istituzionali; ma per mettere a fuoco la questione, mi sembra opportuno soffermarmi sulla situazione parigina.

Mercoledì 21 ottobre, a poche ore dall'assassinio del *boulangier* Denis François, la capitale è in pieno fermento. Come si sa, i panificatori svolgono un lavoro notturno massacrante che prevede sette/otto infornate, sotto la minaccia costante di furti commessi da disperati che si intrufolano dalle finestre delle botteghe (aperte, per attenuare il caldo), o con il rischio, non meno grave, di sbagliare cottura comprimendo eccessivamente i tempi e, quindi, scontentare le massaie in fila vociante dalle tre del mattino sotto la pioggia battente. Il tempo a Parigi in quei giorni volge decisamente al brutto, e non solo dal punto di vista meteorologico.

Ogni singola massaia sa perfettamente che sulla base della farina assegnata a quella determinata panetteria, considerata la capienza del forno, sette/otto infornate corrispondono a un determinato numero di pagnotte di peso dato. Arrivato il suo turno, se manca il pane perché è stato rubato, oppure, se il pane non è commestibile perché cotto male o con farine umide (destinate in origine alla produzione di amido per colla), la massaia non si limita a imprecare o dare in escandescenze, ma grida al complotto e vuole giustizia subito. Il *fatal réverbère* ⁽¹⁵¹⁾ è a due passi, perché non approfittarne? Non saranno, certo, le due guardie nazionali di picchetto ad impedirlo, anche se nel caso di Denis François lo arrestano immediatamente per salvarlo traducendolo al *Bureau de Police* del Muni-

⁽¹⁵¹⁾ Jean-Sylvain BAILLY, *Supplément aux Mémoires de Bailly*, cit., III, *Mercredi 21 octobre 1789*, p. 196.

cipio, dove, per un malaugurato contrattempo, sulle scale avviene il fattaccio.

Il Comune è in preda al caos. Lo stesso Brissot che da giornalista si è burlato della credulità popolare, da dirigente comunale in cerca del proprio spazio politico, comincia probabilmente ad essere di tutt'altro avviso. Se massaie, giornalieri, operai dei sobborghi ritengono che crisi alimentare e crisi politica procedano abbracciate in un abominevole « complot de la famine » (di natura analoga alla grande montatura che, nel 1776, provocò la caduta di Turgot), è inutile appellarsi ad argomenti razionali di ardua comprensione. Molto meglio aderire alla 'teoria del complotto', promettere delle ricompense a chi ne svela gli autori, contribuendo a restituire tranquillità alla capitale svelando « le mystère dont s'enveloppent les coupables auteurs de ces trames et de ces complots ». Questo leggiamo in un secondo manifesto *in folio* fatto affiggere dal Municipio sui muri di Parigi.

Ma l'*Assemblée Générale* si guarda bene dall'appellarsi al generico patriottismo, con il rischio di trovarsi a mani vuote, oppure sommersa da infinite segnalazioni a danno di vicini di casa fastidiosi. Quindi, dopo aver comunque invitato « tous les bons citoyens à donner au Comité des Recherches établi à l'Hôtel-de-Ville toutes les connaissances et les renseignements qui peuvent leur être parvenus », si arriva a parlare di ricompense. La somma è forte e può far gola, arrivando a un massimo di mille luigi (le ventiquattromila lire richiamate da Mallet du Pan) « selon la nature et l'importance des faits dénoncés » la cui prova dovrà essere fornita dai denunzianti; quanto all'incasso, si dovrà attendere la sentenza di condanna. Tempi lunghi, dunque, deve aver pensato una delle tante quèrule popolane con i *sabots* di legno ai piedi intirizziti, affondati nella melma gelida all'alba di un mattino di fronte a una panetteria di *rue du Marché Palu*.

Il Municipio popolare si appresta così a dar voce all'esasperazione della povera gente (il nome di « sans-culottes » comincerà a circolare nella seconda metà del 1791) duplicando su scala locale quanto l'Assemblea Nazionale ha già fatto in luglio. Ma i conti non tornano del tutto e, probabilmente, il 'duplicato investigativo' di cui ci stiamo occupando può anche nascondere dell'altro. Non si dimentichi che il potere municipale parigino sortito dalla Rivoluzione non è affatto monolitico; anzi è reduce da un conflitto di legittimazione che ha contrapposto i delegati dei sessanta Distretti all'*Assem-*

blée des Électeurs, autocostituitasi in Municipalità insurrezionale la notte del 13 luglio 1789, al momento della liquidazione di Necker da parte del re ⁽¹⁵²⁾. Prima della comparsa sul proscenio dell'astronomo Bailly, la crisi del 13-14 luglio aveva inizialmente registrato la compresenza nella capitale di due Municipalità: quella vecchia d'Antico regime, scabinale, e la nuova espressa dall'assemblea elettorale parigina, entrambe insediate nella prestigiosa sede dell'Hôtel-de-Ville, entrambe dirette dal *Prévôt des Marchands* Jacques de Flesselles. Solo la drammatica uscita di scena di quest'ultimo — trucidato e decapitato seduta stante — ha permesso a Bailly di assumere il primo posto nel nuovo Municipio; dalla lettura dei suoi *Mémoires*, malgrado l'indubbio patriottismo dell'eminente scienziato, emerge una sua sostanziale inadeguatezza nel governo della complessità rivoluzionaria parigina, unita a una imbarazzante meschinità nei confronti di La Fayette e dei membri degli organi collegiali della Municipalità.

Sotto i suoi occhi *naïfs* si avvia un'accelerazione radicale dell'organizzazione politico-amministrativa parigina. Il paradosso, come egli stesso racconta nei *Mémoires*, è che Bailly in persona gioca un ruolo centrale nella *débaîcle* dell'amministrazione comunale da lui guidata: all'insaputa degli *électeurs* che lo hanno voluto sindaco, ha invitato i Distretti parigini ad eleggere nuovi delegati ⁽¹⁵³⁾, favorendo in tal modo l'insediamento di una nuova Municipalità. Il nuovo Comune, espresso direttamente dai Distretti, si dà una struttura tripartita, ispirata all'organizzazione interna della Costituente: un'assemblea generale dei rappresentanti distrettuali, un esecutivo guidato dal sindaco, dei Dipartimenti amministrativi.

Tra questi, in particolare, ne troviamo uno incaricato della

⁽¹⁵²⁾ Cfr. Roberto MARTUCCI, *La « costituzione » delle municipalità: anarchia amministrativa e pedagogia costituente*, in « Storia Amministrazione Costituzione », Annale ISAP 2/1994, pp. 29-53; ID., *La Rivoluzione francese e la rivoluzione municipale. Quarantaquattromila municipalità e una sola legge-quadro (decreto 14 dicembre 1789)*, in *Ceti dirigenti e poteri locali nell'Italia meridionale (secoli XVI-XX)*, a cura di Danilo Marrara, Pisa, Edizioni ETS, 2003, pp. 135-163.

⁽¹⁵³⁾ Jean-Sylvain BAILLY, *Mémoires de Bailly*, cit., II, *Jeudi 23 juillet 1789*, pp. 125-127, *Samedi 25 juillet* 142-144; cfr. Paul ROBIQUET, *Le personnel municipal de Paris pendant la Révolution. Période constitutionnelle*, Seconde Partie. *La Commune provisoire, du 25 juillet 1789 au 8 octobre 1790*, Paris, Jouast & Noblet, 1890, pp. 147-149.

polizia, guidato dall'avvocato François Du Port Dutertre, *Lieutenant du Maire au Département de Police*. Vediamo, quindi, di fare il punto sulla polizia.

1.1. *Il Département de Police de la Ville de Paris.*

Della polizia nessun potere pubblico può fare a meno, come insegnerà l'itinerario istituzionale di Joseph Fouché, *Ministre de la Police générale*, dal Directorio alla Restaurazione senza soluzione di continuità.

Struttura burocratica per eccellenza la polizia è stata praticamente l'unica istituzione d'Antico Regime ad aver beneficiato di un livello di centralizzazione inimmaginabile all'epoca. Nel corso del XVIII secolo il *Lieutenant général de Police* — antenato del prefetto di polizia, con rango di ministro e accesso diretto al re — è a capo di sei strutture centrali di varia importanza istituite dal *Lieutenant général* Sartine dopo il 1740. Sono i *Bureaux de Police* (una anticipazione delle direzioni della Prefettura di Polizia) che impiegano ventisette funzionari; tra i più importanti il *bureau du Cabinet* e il *bureau de la Sûreté*. Gli altri quattro, che non hanno denominazione specifica venendo identificati col nome del funzionario preposto, coprono tutti i settori della polizia amministrativa: dall'annona all'illuminazione, dal commercio alle fiere. Nei quartieri sono invece dislocati i quarantotto commissari dello *Châtelet* ed i venti ispettori incaricati dei servizi investigativi.

Con la presa della Bastiglia, e il successivo consolidamento della nuova legalità del Municipio degli *électeurs*, questa impalcatura di tutela dell'ordine potrebbe venir meno, per essere ripensata in termini nuovi in modo da lasciare spazio ad un intervento più equilibrato e, soprattutto, più rispettoso dei diritti del cittadino in via di imminente proclamazione.

Alla *Lieutenance de Police* subentra una nuova struttura diretta da François Dupport-Dutertre ⁽¹⁵⁴⁾, nominato *Lieutenant du Maire*

⁽¹⁵⁴⁾ Marguerite-Louis-François Du Port Dutertre (1754-29.XI.1793), avvocato, delegato alla *Commune* insurrezionale dal *District de l'Oratoire* nella crisi del 14 luglio, membro del *Conseil de Ville* in ottobre 1789, *Lieutenant du Maire au Département de Police*, eletto dalle Sezioni parigine *Substitut du Procureur de la Commune* nell'agosto 1790, ministro della Giustizia su segnalazione di La Fayette dal 23 novembre 1790 al 22

au Département de Police, coadiuvato da *administrateurs* responsabili di sei *Sections générales*:

1) Pierre-Louis Manuel (amico di Brissot): commercio librario, stampe, venditori ambulanti di libri e giornali, censimento degli abitanti di Parigi, ispezione dei registri di matrimonio, nascite e sepolture;

2) Fenouillet Duclozey: pulizia di camini, incendi, pompieri, pesi e misure, ispezione sui liquori, malattie, ispezione delle farmacie, servizi postali, vetture di piazza pubbliche, barriere daziarie e servizi assimilati;

3) Le Scène Desmaisons: ispezione e polizia degli spettacoli; controllo sugli stranieri, di passaggio o stabili; polizia dei domestici;

4) Joseph-Antoine Thorillon, già *procureur au Châtelet* (autore delle *Loix criminelles*): dichiarazioni e attestati di pubblica sicurezza con la relativa corrispondenza e passaporti, con l'aggiunta di affari residuali non assegnati alla competenza di altri dipartimenti;

5) Fallet: *wauxhalls*, *cirque*, *Panthéon*, *clubs*, salotti, fiere, mercati, passeggiate pubbliche, pulizie, innaffiamento, balli pubblici, *maisons de jeux*, carnevale e oggetti connessi.

6) Jacques Peuchet: stanze ammobiliate, caffè, alberghi, reclute, soldati, prostitute; sicurezza in generale ⁽¹⁵⁵⁾.

In particolare due di essi, il criminalista J.-A. Thorillon e l'economista Jacques Peuchet ⁽¹⁵⁶⁾ — antico enciclopedista, collaboratore della *Méthodique* di Panckoucke ⁽¹⁵⁷⁾ — sembrano eredi-

marzo 1792, arrestato il 10 agosto 1792, scampato ai Massacri di Settembre, ghigliottinato con Barnave l'8 frimaio anno II.

⁽¹⁵⁵⁾ « Moniteur », *réimpression*, cit., II, p. 235.

⁽¹⁵⁶⁾ Jacques PEUCHET, *Exposé de la gestion de M. Peuchet, Administrateur provisoire de la Municipalité, pendant le temps de son administration au Département de la Police*, (Paris), de l'Imprimerie de Lottin l'aîné & J.R. Lottin, 1792, p. 20.

⁽¹⁵⁷⁾ Charles-Joseph Panckoucke (26.XI.1763-19.XII.1798), appartiene a una famiglia di tipografi fiamminghi, trasferitosi a Parigi nel 1762 entra in contatto professionale con Buffon, Voltaire, Rousseau; imprime al lavoro tipografico una svolta imprenditoriale negoziando con i concorrenti o asserbendoli; riedita l'*Encyclopédie* di Diderot e d'Alembert, pubblica un *Supplément à l'Encyclopédie*, dà vita alla grande avventura intellettuale dell'*Encyclopédie Méthodique, ou par ordre de matières*; diventa proprietario di diciassette giornali che coprono tutte le posizioni politiche, tra i quali vanno ricordati almeno: « Journal de Bruxelles », « Journal historique et politique de Genève », « Mer-

tare le principali attribuzioni della vecchia *Lieutenance* di Sartine e Le Noir con una moderazione ed un equilibrio che lasciano ben sperare, circa la vivibilità democratica dei tempi nuovi. Peuchet, che dal 3 settembre 1789 è *Représentant de la Commune*, per deliberazione dei *Districts réunis du Val-de-Grâce & de S.-Jacques-du-Haut-Pas*, dal successivo 2 ottobre è *administrateur* con deleghe importanti, si trova subito alle prese con un quadro allarmante:

« Paris étoit alors dans un véritable état d'anarchie publique, & de tyrannie particulière; les pouvoirs n'étoient nulle part, parce qu' ils étoient par-tout; les Districts disputoient à la municipalité, & se disputoient entr'eux l'exercice de l'autorité administrative & correctionnelle; les approvisionnementens étoient laborieux; le peuple paroissoit animé d'une inquiète vengeance; chacun craignoit pour soi les fureurs de la multitude, & sembloit en carresser le délire, plutôt que de lui rappeler courageusement ses devoirs, sans le respect desquels il n'existe ni liberté pour elle, ni sûreté pour les autres. Un monde d'écrivains absurdes, vendus ou trompés par différens partis, de harangeurs des rues, d'agiotateurs masqués des dehors du patriotisme, mettoient les loix à la torture, ou les faisoient plier devant l'audace de quelques exagérateurs politiques, à qui l'on s'efforçoit de faire honneur du succès de la révolution. Il sembloit qu' on voulût détruire la liberté, par l'excès des mouvemens qu'on lui imprimoit, ou la rendre odieuse, par la licence avec laquelle on affectoit de la confondre » ⁽¹⁵⁸⁾.

Jacques Peuchet ci ha lasciato un dettagliato resoconto ufficiale dell'attività svolta dal *Comité de Police de la Ville*, relativa alla sorveglianza su caffè, osterie, taverne, *hôtels garnis*, *chambres à louer*, oltre che sul sottobosco di potenziali informatori di polizia: prostitute, giocatori d'azzardo ciarlatani (guaritori, fattucchiere, chiro-manti), forestieri in transito e privi di mezzi, con il corollario dell'ispezione sulle tipografie — il cui numero, nella Parigi rivoluzionaria, cresce di mese in mese — e le pubblicazioni.

Ma allora, visto che c'è già un *Comité de Police*, cosa giustifica

cure de France », « Clef du Cabinet des Souverains » e della « Gazette nationale, ou Moniteur universel », il primo quotidiano moderno (*in folio*) dell'Europa continentale ispirato alle gazzette londinesi, pubblicato a partire dal 24 novembre 1789; amico personale degli enciclopedisti, mette in piedi una *équipe* di redattori di prim'ordine pagati generosamente che comprende, tra gli altri, Linguet, La Harpe, Mallet du Pan, Marmontel, Condorcet, Suard (cognato dell'editore), l'abbé Morellet (traduttore in lingua francese dell'opera di Cesare Beccaria); *électeur* nel 1789, patriota *cum grano salis*, acquirente di beni nazionali, viene rovinato economicamente dal crollo degli assegnati.

⁽¹⁵⁸⁾ Jacques PEUCHET, *Exposé de la gestion de M. Peuchet ...*, cit., pp. 4-5.

l'istituzione di un nuovo *Comité des Recherches de la Ville* il 22 ottobre?

1.2. *Il Comité des Recherches de la Ville de Paris.*

La mia ipotesi ricostruttiva, già da tempo formulata ⁽¹⁵⁹⁾, riconduce la proliferazione di Comitati a una dura lotta di potere svoltasi alle spalle dell'inconsapevole Bailly, che contrappone individui che condividevano le medesime convinzioni politiche, ed erano quindi a grandi linee favorevoli ai cambiamenti rivoluzionari e alle riforme istituzionali di tipo rappresentativo.

Ma vediamo, intanto, come si arriva alla nomina dei sei commissari municipali, designati con un duplice scrutinio, preparatorio il primo, epuratorio il secondo. Lo scrutinio preparatorio, svoltosi nella seconda seduta di mercoledì 21 ottobre 1789 ⁽¹⁶⁰⁾, seleziona un numero di candidati doppio rispetto ai posti da coprire: sono i dodici più votati, tra cui spicca il nome di Condorcet ⁽¹⁶¹⁾, eliminato prontamente grazie allo scrutinio epuratorio, svoltosi nella seconda seduta di giovedì 22 ottobre ⁽¹⁶²⁾, che elegge membri del *Comité des Recherches de la Ville de Paris*, in quest'ordine sequenziale, i cittadini: Pierre-Jean Agier, avvocato, Pierre-Louis La Cretelle, giurista e *homme de Lettres* ⁽¹⁶³⁾, Perron, notaio, Nicolas Oudard, avvocato,

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. Roberto MARTUCCI, *Quatre-vingt-neuf ou l'ambiguïté. Aperçu sur la liberté personnelle et la détention avant jugement sous la Constituante (1789-1791)*, in Philippe Robert (sous la direction de), *Entre l'ordre et la liberté. La détention provisoire. Deux siècles de débats*, Paris, Editions L'Harmattan, 1992, pp. 41-60; Id., *Qu'est-ce que la Lèse-Nation? À propos du problème de l'infraction politique sous la Constituante (1789-1791)*, in «Déviance et Société», 1990, Vol. 14, n° 4, pp. 377-393.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. Paul ROBIQUET, *Le personnel municipal de Paris pendant la Révolution*, cit., p. 170.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibidem*, inoltre cfr. Sigismond LACROIX, *Actes de la Commune de Paris pendant la Révolution. Publiés et annotés par Sigismond Lacroix. 2e série (du 9 octobre 1790 au 10 août 1792). I. Conseil général de la Commune.- Corps municipal. Bureau municipal 9 octobre-31 décembre 1790*, Paris, L. Cerf & Ch. Noblet, 1900, p. 369.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. Paul ROBIQUET, *Le personnel municipal de Paris pendant la Révolution*, cit., p. 170.

⁽¹⁶³⁾ Pierre-Louis de La Cretelle, detto La Cretelle *l'ainé* (9.X.1751-5.IX.1824) per distinguerlo dal fratello Jean-Charles, detto *le jeune*, e come lui avvocato e letterato; collabora con Panckoucke al «*Mercur de France*» e poi all'*Encyclopédie Méthodique*, curando i *Dictionnaires de Métaphysique & Logique, Morale, Education*; nel 1787, su

Jean-Philippe Garran de Coulon, avvocato, Jacques-Pierre Brissot, *publiciste*, indicato nei verbali come Brissot « de Warville »⁽¹⁶⁴⁾ visto che si ostina abusivamente a nobilitare il proprio cognome⁽¹⁶⁵⁾. Dimessosi tempestivamente La Cretelle, forse per evitare un coinvolgimento in funzioni di polizia attiva che avrebbero potuto comprometterlo agli occhi di una parte dei suoi amici *encyclopédistes*, questi viene sostituito da Philibert Borie, non altrimenti noto.

2. *Il Triumvirato inquirente Brissot-Agier-Garran de Coulon: uomini nuovi alla ricerca della legittimazione politica.*

Scorrendo i documenti a stampa relativi al *Comité des Recherches* parigino si può agevolmente appurare come non tutti e sei i commissari abbiano goduto dello stesso livello di visibilità. È per questo motivo che ho maturato la convinzione che all'interno del collegio istruttorio abbia operato un terzetto caratterizzato dall'eccesso di protagonismo nella gestione delle indagini, o, per meglio dire, un vero e proprio Triumvirato inquirente che sarà bene esaminare più da vicino.

Tra i delegati distrettuali esclusi dalle funzioni municipali più importanti — sindaco, *Bureau de la Ville*, Comitati — ve n'erano alcuni che avevano vissuto la convocazione degli Stati Generali nella speranza dell'elezione a deputato. Se l'enciclopedista La Cretelle che ha espresso il meglio di sé collaborando con il libraio-editore Charles-Joseph Panckoucke — « l'Atlas de la Librairie » — può anche pensare di avere ben altre frecce nella propria farètra, gli altri non sono nelle sue stesse condizioni. Venuta meno l'aspirazione 'rappresentativa' ad essere designati dal Terzo Stato nella primavera 1789, frustrata anche l'ambizione di controllare da posti-chiave la nuova Municipalità

segnalazione del ministro Malesherbes entra nella Commissione per la riforma penale; *électeur, député suppléant* agli Stati Generali, membro della *Municipalité de Paris* nel 1789; vicino al *Club des Feuillants*, eletto deputato alla Legislativa, si nasconde durante il Terrore; *juré à la Haute-Cour Nationale* chiamata a giudicare l'*affaire Babeuf*; *rallié* al 18 brumaio, membro del *Corps Législatif* nel 1801-1802.

⁽¹⁶⁴⁾ Warville: anglicizzazione del nome del villaggio di Oarville, dove il padre di Jacques-Pierre (secondo notizie fornite da quest'ultimo) avrebbe avuto dei possedimenti, cfr. *Réponse de Jacques-Pierre Brissot, à tous les libellistes qui ont attaqué et attaquent sa vie passée*, à Paris, Au Bureau du Courier de Provence, 10 Aout 1791, p. 5.

⁽¹⁶⁵⁾ Sigismond LACROIX, *Actes de la Commune de Paris pendant la Révolution...* I. *Conseil général de la Commune*, cit., p. 389.

emersa dalla crisi del 14 luglio, successivamente potrebbero aver coltivato l'illusione di una facile carriera pubblica costruita sulle benemeritenze rivoluzionarie. E, finalmente, ecco presentarsi l'occasione di attivare un ufficio investigativo straordinario, investito dell'incarico speciale di perseguire i criminali di Lesa Nazione.

Questo può essere il ritratto di almeno tre dei sei commissari insediati nel *Comité des Recherches de la Ville de Paris*: Agier, Brissot e Garran de Coulon. Lo zelo dispiegato da questi commissari nel perseguimento dei complotti contro-rivoluzionari, della devianza politica e del non conformismo fu superiore alle aspettative iniziali ed è attestato dalle fonti a stampa consultabili. Non di meno, una certa divisione del lavoro porta Agier e Garran de Coulon a privilegiare l'aspetto giuridico dei problemi (si riserveranno le requisitorie di fine indagine), mentre Brissot, ancora una volta giornalista e agitatore politico fino al midollo, avrebbe rappresentato l'inedito ruolo dell'investigatore *pamphlétaire*, duellando ininterrottamente con il deputato *monarchien* Stanislas de Clermont-Tonnerre ⁽¹⁶⁶⁾, con François de Pange e con tanti altri.

Non tutti i polemisti dell'epoca entrano nel merito dei provvedimenti adottati dal *Comité des Recherches de la Ville*. Alcuni trovano più comodo scendere sull'infido terreno dei personalismi; in tal caso, con Brissot è partita vinta, dato che troppi sono i lati oscuri di una personalità che vede se stessa come persona pubblica ma non può esserlo fino in fondo. Jacques-Pierre Brissot si proietta sul palcoscenico rivoluzionario proveniendo dal sottobosco dell'indigenza acculturata. Lettore vorace e poligrafo più che prolifico, quasi ai limiti della bulimia scrittoria nella Parigi degli anni '80 del secolo XVIII, reputato *pamphlétaire à gages*, noleggiasse volentieri la propria penna alla stregua di un *philosophe* di piccola virtù. Imbevuto, da ultimo, delle idee americane (autore, per altro, di eccellenti saggi

⁽¹⁶⁶⁾ Stanislas-Marie-Adelaïde de Clermont-Tonnerre (8.XI.1757-10.VIII.1792), colonnello del reggimento *Royal-Navarre*; membro della *Société des Trente* fondata da Du Port, presidente degli elettori della Nobiltà di Parigi *intra muros* e poi deputato agli Stati Generali; favorevole alla verifica in comune dei poteri, *Monarchien*, membro del primo *Comité de Constitution* e suo *rapporteur*, eletto per due volte presidente dell'Assemblea, fondatore del *Club des Impartiaux* e della *Société des Amis de la Constitution monarchique*, interviene autorevolmente in aula sulle principali questioni; arrestato e scarcerato il 10 agosto, viene trucidato dalla folla a trentacinque anni.

sull'argomento), non riesce a scrollarsi di dosso la fama (immeritata?) di « espion de police », quale occasionale collaboratore dell'ultimo *Lieutenant général de Police* Jean-Charles-Pierre Le Noir.

Le Noir aveva continuato e rafforzato la tendenza del secolo — dalla Reggenza a Maupeou, alla guerra americana, agli Stati Generali — ad accrescere la schiera di *pamphletaires* stipendiati dal governo (tramite la polizia) per difendere in forma giuridico-politica le posizioni del *Conseil du Roi* (come si era sempre fatto da Richelieu a Mazzarino, passando per la Fronda), in durissima contrapposizione argomentativa con la pubblicistica riformatrice di ogni tendenza. In questo brodo di coltura, accanto al noleggìo delle penne e dei talenti più disponibili, venivano poi reclutati anche i veri e propri informatori, dato che, a detta di Le Noir, in determinati ambienti politicamente frondisti non vi era nessuno in grado di osservare e riferire meglio di un insospettabile uomo di legge. Così fu probabilmente agganciato Jacques-Pierre Brissot, pennaiuolo sfumato ed elegante, ma non per questo meno abile di altri nel maneggiare il fango, fino a conferirgli l'ambigua dignità letteraria del *pamphlet*.

Vera o falsa che fosse l'etichetta di « espion de police » (e, personalmente, sarei lietissimo di poter abbracciare quest'ultima evenienza), Brissot, dopo la presa della Bastiglia, commette un passo falso. Grazie ai buoni uffici dell'amico Pierre-Louis Manuel (*Administrateur de la Police* del Municipio insurrezionale), riesce ad entrare in possesso del suo fascicolo personale custodito negli archivi della vecchia fortezza, facendone perdere le tracce ⁽¹⁶⁷⁾. Va da sé, che chiunque sia autorizzato a pensare che, qualora Brissot fosse stato schedato quale temibile *philosophe* anti-sistema, egli avrebbe avuto tutto l'interesse a rendere pubblici quei documenti per costruirvi le sue fortune politiche, autentica vittima sacrificale dell'*arbitraire d'Ancien régime*.

Ecco perché il *Patriote François* (non l'intrigante quotidiano, ma Jacques-Pierre in carne ed ossa) finisce con l'essere il bersaglio ideale

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. Robert DARNTON, *The Literary Underground of the Old Regime*, Harvard University Press, 1982, tr. it. di Giovanni Ferrera degli Uberti: *L'intellettuale clandestino. Il mondo dei libri nella Francia dell'Illuminismo*, Milano, Garzanti Editore, 1990, cap. II « Una spia nella Bohème letteraria », pp. 55-85; il capitolo era stato precedentemente pubblicato in « *The Journal of Modern History* », 40 (1968), pp. 301-327, con il titolo *The Grub Street Style of Revolution: J.P. Brissot, Police Spy*.

di qualunque suo confratello, libellista di sponda opposta, dotato di una penna graffiante almeno quanto la sua. Brissot vive malissimo la mancata elezione agli Stati Generali e, per un attimo, vede compromesse le sue *chances* d'ascesa; basti pensare che il *District des Filles-Saint-Thomas*, di cui è divenuto presidente, non lo nomina *électeur* di Parigi *intra muros*, tagliandolo fuori dall'agognato palcoscenico rappresentativo. Così, proprio lui che si caratterizza nei mesi di luglio-ottobre 1789 quale assennato propagatore del radicalismo rivoluzionario (lo attestano i primi settantasei numeri del suo giornale), una volta promosso sul campo *rechercheur*, utilizza quell'ambigua funzione quale trampolino per una successiva impeccabile carriera nella nuova classe dirigente rivoluzionaria.

Con gli abiti perennemente stazonati e non pulitissimi, attestanti la sua appartenenza al *milieu* di chi vive d'espediti, lo vedremo aggirarsi tra i banchi della Legislativa — finalmente deputato — motore del *Comité Diplomatique*, organismo-chiave di una suicida politica bellicista che dopo aver annichilito la costituzione del Novantuno (una bestia nera per la Gironda) distruggerà per quasi un secolo qualsiasi possibilità di far acclimatare la forma repubblicana di governo in terra di Francia. Tale è stato il libellista Brissot, figura centrale dell'accelerazione del processo rivoluzionario al Comune, alla Legislativa e alla Convenzione; sempre in prima fila, sempre incapace di prevedere le conseguenze durature di ogni atto estemporaneo, protagonista tragico di una tragica biografia incompatibile, per così dire, col giulebboso ritrattino tracciatone da una storiografia se non disattenta, probabilmente, poco informata.

Senza dubbio, meno ricche di *pathos* le biografie dei due residui triumviri, Agier e Garran de Coulon.

L'avvocato Pierre-Jean Agier — studioso giansenista di qualche notorietà nella Parigi fondista del ventennio prerivoluzionario — spesso indicato come il presidente del *Comité des Recherches de la Commune* sarà il protagonista di una lenta ma sicura carriera nell'amministrazione della giustizia fino all'insediamento sul trono di Luigi XVIII, evidenziata dal *Dictionnaire des Girouettes* (168). Pro-

(168) [Alexis Blaise EYMERY], *Dictionnaire des Girouettes, ou nos contemporains peints d'après eux-même; Ouvrage dans lequel sont rapportés les discours, proclamations, extraits d'ouvrages écrits sous les gouvernements qui ont eu lieu en France depuis vingt-cinq*

babilmente, egli non è privo di ambizioni rappresentative, visto che partecipa al dibattito generale sulle riforme dando alle stampe, dal 28 maggio al 22 ottobre 1788, tre grossi fascicoli che costituiscono un unico grosso volume, oggi sconosciuto ai più e mai citato, sul necessario consenso della Rappresentanza nazionale per la riscossione delle imposte e dei prestiti iscritti nel registro del debito pubblico e sulla funzione legislativa da attribuire agli Stati Generali ⁽¹⁶⁹⁾.

A differenza di Brissot, silurato dal proprio Distretto, un primo risultato Agier lo consegue con la nomina a *électeur* del *District des Thermes* nel 1789, ma questo non basta a far scattare la sua elezione tra i deputati effettivi del Terzo Stato di Parigi *intra muros*, dovendosi accontentare della nomina a deputato-supplente. Gli andrà meglio a distanza di qualche mese quando, in ottobre, si ritroverà nel Comitato inquirente, da cui spiccherà il volo per una carriera mai fermata da epurazioni e colpi di Stato; ma una carriera, va sottolineato, strettamente limitata al pur importante ambito giurisdizionale. Non esistendo, al momento, ricerche in materia sarebbe interessante appurare se questa può considerarsi una carriera giudiziaria paradigmatica nella Francia di quegli anni o se, invece, costituisca un'eccezione.

Dopo un anno di attività nel *Comité des Recherches*, nel 1790, l'avvocato Agier sarà eletto giudice al posto di Le Peletier de Saint-Fargeau dimissionario e, subito dopo, presidente del *Tribunal provisoire des Dix*, insediato il 9 dicembre 1790 competente a giudicare in appello le cause penali dopo l'abolizione della *Chambre des Vacances du Parlement*; quindi, supplente presso il *Tribunal de Cassation* nel 1791 (al posto di Garran de Coulon), presidente del *Tribunal civil du II^{ème} arrondissement* della capitale nel 1792, com-

ans; et les places, faveurs et titres qu'ont obtenus dans les différentes circonstances les hommes d'Etat, gens de lettres, généraux, artistes, sénateurs, chansonniers, évêques, préfets, journalistes, ministres, etc. etc., Par une Société de Girouettes, Paris, Alexis Eymery, Libraire, 1815, p. 12.

⁽¹⁶⁹⁾ [Pierre-Jean AGIER], *Le Jurisconsulte national, ou Principes sur la nécessité du consentement de la Nation pour établir & proroger les Impôts*, (S.l.n.d.), pp. 84, l'esemplare custodito alla Bibliothèque Nationale, Lb³⁹. 1287, reca manoscritta la seguente indicazione errata: (1789), la data accreditata dovrebbe essere il Settembre 1787; ID., *Le Jurisconsulte national, Seconde Partie ou Nécessité du consentement de la Nation pour autoriser les emprunts*, (S.l.), 28 Mai 1788, pp. 37; ID., *Le Jurisconsulte national. Troisième Partie. Du pouvoir de la Nation dans la formation des Loix*, (S.l.), 22 Octobre 1788, pp. 208.

missaire national presso il *Tribunal du V^{ème} arrondissement* nell'anno II, presidente del *Tribunal révolutionnaire* (19 nevosio anno III); rifiuta di far da giurato supplente nella *Haute-Cour de Justice* (3 ventoso anno V, *affaire Babeuf*), giudice della *Cour d'Appel de la Seine* sotto il Consolato (ne sarà vice-presidente dopo il 1802); insignito, infine della *croix de la Légion d'honneur* il 23 agosto 1814. Sotto la Restaurazione, nel 1816, è incaricato d'installare un tribunale speciale: la *Cour prévôtale du Département de la Seine* da lui presieduta.

Mai lambito dalle epurazioni del Terrore montagnardo, risparmiato da Termidoro, perenne galleggiante sotto il Direttorio, il Consolato, l'Impero e la Restaurazione: sette diversi regimi politici nell'arco di ventotto anni, hanno ritenuto indispensabili i servizi giudiziari del 'ricercatore' Agier. Servizi giudiziari sì, ma di che genere?

Jean-Philippe Garran de Coulon, inizia la professione legale presso l'avvocato Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey che lo introduce presso Panckoucke, facendogli frequentare gli ambienti tardo-enciclopedisti dove si prepara la *Méthodique*. Fa le sue prime prove di militanza nella *Société des Amis des Noirs* fondata da Brissot.

Deputato supplente agli Stati Generali (ma non siede alla Costituente), la Rivoluzione lo incardina nel *Comité des Recherches de la Ville* e i suoi dettagliatissimi rapporti ufficiali stampati immediatamente e diffusi nella città, in mancanza dei verbali del Comitato, danno l'impressione di aver fornito le basi giuridiche all'incriminazione per « Lèse-Nation »; la riforma giudiziaria del 1790 gli permette di diventare membro del *Tribunal provisoire des Dix*, presieduto dall'antico collega Agier, poi presidente del *Tribunal de Cassation*; *Grand Procureur à la Haute-Cour Nationale* di Orléans. Nell'estate del 1791 è a fianco di Danton e Brissot nella campagna elettorale che lo fa deputato alla Legislativa; siede alla Convenzione, contrario alla morte del re, membro del *Comité de Législation civile et criminelle* termidoriano; eletto ai *Cinq-Cents*; immediatamente *rallié* a Bonaparte Primo Console e imperatore — che reintroduce ignominiosamente la schiavitù, che lui, da Convenzionale e *Ami des Noirs*, aveva contribuito ad abolire — senatore dal 3 nevosio anno VIII (1799), poi conte dell'Impero, *commandant de la Légion d'hon-*

neur, membro dell'*Institut*; solo la morte, nel 1816 sotto la Restaurazione, gli impedisce di esser nominato Pari di Francia ⁽¹⁷⁰⁾.

Come mai una carriera così brillante costellata di successi non è mai stata interrotta dal Terrore o da Termidoro? La carriera di un altro grande poliziotto, il terrorista termidoriano Joseph Fouché, maestro nella costruzione di *dossiers* compromettenti potrebbe, probabilmente, fornire le risposte giuste.

2.1. *Un nuovo giudice-istruttore politico.*

Rispetto all'organizzazione del *Comité des Recherches* della Costituente, istituito sulla base della rotazione mensile dei suoi membri, quello municipale è concepito in un'ottica completamente diversa. Infatti, i sei commissari nominati dall'*Assemblée générale des Représentants de la Commune* sono inamovibili. Lo spoglio sistematico del « *Moniteur* » per il periodo 22 ottobre 1789/ottobre 1790 attesta un organigramma immutabile per una struttura inquisitoria dagli ampi poteri in ambito poliziesco. Quindi i documenti, facendo riferimento ai medesimi nomi, esplicitano che a livello municipale la rotazione negli incarichi inquirenti è un problema che non si pone.

C'è da chiedersi se sia stato il loro patriottismo a rendere meno sospetta la permanenza in carica e, quindi, improponibili i limiti mensili fissati dalla Costituente per l'azione dei propri Comitati investigativi. O, piuttosto, bisognerebbe formulare l'ipotesi che questa permanenza in strutture poliziesche possa costruire una vera e propria gerarchia inquirente che permetta un felice sviluppo di nuove carriere politiche? E su cosa si appoggiano queste carriere? Sulla giusta ricompensa del patriottismo, oppure, su una intelligente gestione dei *dossiers* investigativi?

Potrei cavarmi d'impaccio, rispondendo come ho già fatto molti anni or sono, e cioè che per il momento, in base all'attuale stato delle ricerche, sarebbe meglio non rispondere in termini perentori. D'altra parte, vi sono coincidenze sulle quali risulta impossibile passare oltre.

Sulla base delle fonti a stampa, il *Comité des Recherches de la Commune de Paris* monopolizza inchieste preliminari e istruttorie

⁽¹⁷⁰⁾ [Alexis Blaise EYMERY], *Dictionnaire des Gironettes*, cit., p. 180.

relative alle attività contro-rivoluzionarie nella capitale, dando luogo a una struttura inquirente che utilizza una griglia investigativa elastica, ancorata all'evanescente categoria della « Lèse-Nation ».

Il *Comité* parigino esprime tre livelli d'intervento:

a) ordina le perquisizioni e il sequestro di documenti e oggetti, a suo modo di vedere, finalizzati all'attività contro-rivoluzionaria;

b) spicca i mandati di cattura per crimine di « Lèse-Nation »;

c) è « *partie publique* » (vale a dire che funziona da ufficio istruzione) nei processi di « Lèse-Nation » giudicati dallo *Châtelet*.

Quanto detto, basta per fare di quest'organismo ambiguo e fino ad oggi poco conosciuto la chiave di volta del sistema di controllo rivoluzionario parigino, il vero e proprio motore delle attività poliziesche municipali.

La Guardia Nazionale *fayettiste* fa le sue parate, garantisce il servizio di pattuglia nelle strade, fornisce il corpo di guardia a tutti gli edifici pubblici e, all'occorrenza, impedisce i disordini o li calma. Nella misura del possibile questa milizia cittadina si sforza di garantire tranquillità e ordine pubblico. Non sembra questo il compito del *Comité des Recherches de la Ville* che, al contrario, sembra perseguire lo scopo di mantenere a un livello costante l'effervescenza parigina.

Se la Guardia Nazionale esercita poteri visibili al servizio di un ordine pubblico spesso sconfessato dai rivoluzionari più intransigenti, il *Comité des Recherches* ha una presenza meno visibile ma più concreta; i cittadini se ne rendono conto soprattutto nelle ore notturne, durante le *visites domiciliaires*, o quando l'ennesimo *dossier* di « Lèse-Nation » viene trasmesso ai giudici dello *Châtelet*. Ecco la principale differenza riscontrabile tra queste due nuove strutture repressive — nazionale e municipale — non mi pare che sia priva di importanza.

2.2. *Elogio della delazione.*

Politici municipali in cerca di spazio scenico, gli uomini del *Comité des Recherches* municipale prendono terribilmente sul serio il proprio compito investigativo. Non mi riferisco solo alle perquisizioni inutili ordinate sulla base di presupposti fallaci — eccessi di

zelo che sono sono moneta corrente durante la Rivoluzione — o da altre prevaricazioni censurate dallo stesso Élysée Loustallot sulle « Révolutions de Paris », a mio giudizio il più autorevole settimanale dell'estrema sinistra del momento:

« Ordonner qu' un citoyen soit arrêté sans qu' il ait été entendu, le faire traîner de rue en rue par des soldats, c'est lui infliger une peine même avant qu' elle ait été prononcée; c'est violer tout-à-la fois les droits de l'homme & du citoyen, l'humanité & la justice.

Ajoutons à cela que le comité de police tient ses audiences à *buis clos*; que si le citoyen arrêté se justifie, il n'a point de témoins de sa justification; que s'il donne des raisons plausibles qu' on veuille ni écrire ni entendre, il n'a aucun moyen d'y forcer ses juges, & que par conséquent il est à leur merci, au lieu d'être sous la sauve-garde des loix » (171).

Senza insistere ulteriormente su quelle critiche al « pouvoir arbitraire donné au comité de recherches » (172), mi soffermo, invece, sugli elementi essenziali del Rapporto presentato dal presidente Agier all'*Assemblée générale des Représentants de la Commune*, nella seduta pubblica del 30 novembre 1789. Innanzi tutto, il Comitato deplora l'assenza d'informatori infiltrati; in secondo luogo, stigmatizza quel « falso pudore » che non permette ai Parigini di denunciare i complotti, per evitare di assumere il ruolo del delatore, infamante in Antico regime. Secondo Agier si tratterebbe di uno scrupolo risibile, visto che in gioco c'è la sicurezza della Patria. Mi limito a citarne un lungo passo, che evidenzia la cifra della nuova cultura del sospetto:

« Le second obstacle que nous avons rencontré dans nos travaux vient de cette mauvaise délicatesse, reste de nos anciennes mœurs, qui fait qu' on rougit de déclarer ce que l'on sait, même lorsqu' il est question du salut de la patrie; et cette fausse pudeur (pourquoi faut-il que je l'avoue?) nous l'avons trouvée jusques dans des hommes respectables, que leurs fonctions semblent dévouer plus particulièrement au bien public.

Qu' il soit permis de le dire, messieurs, il est temps de déposer ces préjugés, qui ne conviennent qu' à des esclaves, et sont indignes d'un peuple libre. Autrefois on abhorrait le personnage de délateur, et l'on avait raison; car à quoi aboutissaient les délations? A faire connaître des actions souvent très innocentes, quelquefois même vertueuses, et à livrer le prétendu coupable ou au pouvoir arbitraire, ou à une justice presque aussi redoutable aux gens de bien, partielle dans son instruction, cruelle dans ses moyens, secrète et impénétrable

(171) « Révolutions de Paris », n°. XVIII, Détails du 7 au 14 Novembre 1789. *Etat actuel de la commune & de la municipalité de Paris*, p. 13.

(172) Ivi, p. 14.

dans sa marche. Aujourd'hui tout est changé. Ce ne sont plus des actes de vertu ou des démarches indifférentes qu' il s'agit de dénoncer, mais des complots funestes à la patrie; et le but des dénonciations, quel est-il? Ce n'est point de perdre obscurément la personne dénoncée, ou de compromettre son existence, mais de l'amener devant ses pairs, pour y être examinée sur-le-champs, renvoyée si elle se trouve innocente, ou, dans le cas contraire, livrée à la justice, mais à une justice humaine, publique, impartiale, qui ne peut être terrible qu' aux malfaiteurs. Cessons donc d'appliquer, par une fatale prévention, au temps actuel ce qui n'appartenait qu' à l'ancien régime, et ne déshonorons pas le règne de la liberté par les flétrissures de l'esclavage. Le silence, en matière de délation, est une vertu sous le despotisme; c'est un crime, oui, c'en est un, sous l'empire de la liberté »⁽¹⁷³⁾.

Questo brano, fondamentale per comprendere quanto le dinamiche della *surenchère révolutionnaire* fossero molto spesso il prodotto di forzature soggettive, non ha beneficiato in sede storiografica della dovuta attenzione, malgrado il controllo incrociato delle fonti, di rinvio in rinvio, spinga necessariamente lo storico (tanto del '900, quanto di oggi) ad entrare in contatto diretto con l'universo delatorio agognato da Pierre-Jean Agier, tramite il Rapporto del 30 novembre 1789.

Eliminando con un tratto di penna quell'orpello nozionistico che è la data, potremmo pensare di aver di fronte un documento prodotto dalla svolta avventurista del 10 agosto 1792, o, addirittura, dell'estate successiva, quando nella tarda primavera del 1793, dal 31 maggio al 2 giugno, si darà libero corso alla pressione di piazza per liquidare la Gironda dell'antico collega Brissot. Invece, quel rauco appello alla delazione appartiene a pieno titolo all'Ottantanove, in procinto di separarsi dalla Costituente e dalle sue riforme legislative, per proiettarsi verso l'ignoto scandito dal rilancio martellante di sempre più radicali obiettivi rivoluzionari.

Al contrario di noi storici, i concittadini di Agier, Brissot e Garran de Coulon si rendono conto immediatamente che la posta in gioco non è rappresentata dal processo al generale degli Svizzeri, barone Pierre-Joseph-Victor de Bezenval (che non è colpevole dei fatti imputatigli) o dalle tante istruttorie a carico di chi, invece, qualche iniziativa con-

⁽¹⁷³⁾ *Compte-rendu à l'Assemblée Générale des Représentants de la Commune*, par M. Agier, au nom du Comité des Recherches, à la séance publique du 30 novembre 1789, in « Moniteur », *réimpression*, II, cit., p. 348.

tro-rivoluzionaria l'ha assunta, immergendovisi completamente ⁽¹⁷⁴⁾. Gli imputati Jacques-Mathieu Augeard, *secrétaire des commandements de la Reine*, il cavaliere Bertrand de Bonne-Savardin, ex aiutante di campo del Maresciallo de Broglie, l'*abbé* Charles-François Perrotin de Barmond, deputato all'Assemblea Nazionale, infine il generale Yves-Marie Desmarests conte de Maillebois, hanno indubbiamente complottato; mentre James Rutledge e la marchesa de Jumilhac sono finiti invischiati in storie più grandi di loro, ma non tali da meritare arresto e interrogatori. Eppure, non sono certo loro ad essere al centro della scena, pur essendone il pretesto. Gli uni, anche in assenza del *Comité des Recherches*, gravati da inoppugnabili prove a carico, verrebbero condannati dalle giurisdizioni prorogate, come anche dai nuovi tribunali attivi dal 1791; probabilmente, gli altri due, se denunciati da zelanti custodi del nuovo ordine, sarebbero stati comunque interrogati e messi in sicurezza, salvo poi essere prosciolti in istruttoria.

3. *Diatribes sulla delazione: il cavaliere de Pange contro La Harpe.*

Come stessero le cose lo ha ben chiaro il cavaliere François de Pange ⁽¹⁷⁵⁾, *électeur* del 1789, amico dei fratelli Chénier e vicino all'*entourage* di Madame de Staël. Il cavaliere de Pange si manifesta con i due penetranti opuscoli èditi l'uno in un giorno imprecisato del mese di gennaio e l'altro il 27 agosto 1790.

Il primo opuscolo, pubblicato poche settimane dopo il Rapporto Agier del 30 novembre — che si era speso fin troppo nel riaccreditare la delazione 'patriottica' — reca il titolo significativo di

⁽¹⁷⁴⁾ Per un inquadramento sistematico dell'opposizione aristocratica al nuovo ordine costituzionale, con dettagliati riferimenti ai complotti contro-rivoluzionari ideati e, parzialmente, eseguiti, rinvio allo studio di Jacques DE SAINT-VICTOR, *La chute des aristocrates 1787-1792. La naissance de la droite*, Paris, Perrin, 2000, pp. 124, 144, 155.

⁽¹⁷⁵⁾ Marie-François-Denis-Théodore de Pange (Paris, 9 novembre 1764 / Passy, settembre 1796), figlio di un *Trésorier de l'extraordinaire des Guerres*, appartenente a un'antica famiglia della Lorena; intimo di Madame de Staël e dei fratelli Chénier (il poeta André e il politico, nonché futuro *idéologue*, Marie-Joseph); collaboratore a fianco di Condorcet del «Journal de la Société de 1789» e del «Journal de Paris» (con l'accademico Suard), pubblica nel 1789 lo scritto *De la sanction royale*; I suoi lavori sono stati ripubblicati da Louis Becq de Fouquières (Paris, 1872).

Réflexions sur la délation et sur le Comité des Recherches (176). In tal modo, l'autore abbina l'oggetto-delazione, rilegittimato dal Rapporto, alla nuova struttura istituzionale (che è *partie publique* nei processi di « Lèse-Nation »), e cioè il Comitato che di quello slittamento semantico — da abietta delazione d'Antico regime a patriottica delazione d'oggi — si fa carico. François de Pange teme che la diffusione di calunnie e « contes imbéciles » infarciti di « prétendus secrets » e di « ténébreux complots », può condizionare l'opinione pubblica (177). Si chiede poi quali dighe opporre « à ce torrent empoisonné » dall'« esprit de délation » (178): per bloccare la crescente effervescenza il Municipio rivoluzionario ha resuscitato la disciolta polizia d'Antico regime sotto nuovo nome, istituendo il *Comité des Recherches* con le « mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs » (179). Purtroppo, è stato un fallimento:

« Les nouveaux inspecteurs de police auroient pu être d'une utilité momentanée, en remplissant simplement leurs charges; mais la vanité des hommes ne leur permet pas de borner ainsi leurs prétentions: ces Messieurs ont mieux aimé se rendre importants qu'utiles, et parler du bien de l'état, que faire celui de la ville » (180).

Bisogna, dunque, diffidare di un « Comité d'inquisiteurs » formato da uomini obbligati a perseguire dei crimini e che « par vanité voudront en trouver » (181).

Il secondo opuscolo ha un titolo enigmatico, vediamo il senso. Si presenta sotto forma di *Lettre à M. de La Harpe, sur le Comité de Recherches* (182) e già a una quindicina di righe dall'inizio coinvolge nella polemica « Brissot de Warville », il declassato radicale con la mania del cognome *comme il faut*. Va bene insolentire l'autore del

(176) Cfr. [François DE PANGE], *Réflexions sur la délation et sur le Comité des Recherches*, Par M. le chevalier de Pange, à Paris, chez Barrois l'aîné, Libraire, 1790.

(177) Ivi, pp. 7-8.

(178) Ivi, p. 10.

(179) Ivi, p. 16.

(180) Ivi, p. 18.

(181) Ivi, p. 23.

(182) Cfr. [François DE PANGE], *Lettre à M. de La Harpe, Sur le Comité de Recherches*, Par F. de Pange, (Paris), De l'Imprimerie de la veuve Hérisart, 27 Août 1790.

« Patriote », ma perché coinvolgere La Harpe? E, soprattutto, chi era costui?

Sussiegoso autore della « Scuderia Panckoucke », definito « le Bébé de la littérature » da Fréron, per il vezzo di chiamare Voltaire papà, animatore di un seguitissimo *Cours de littérature* prima della Rivoluzione, Jean-François Delharpe ribattezzatosi de La Harpe era da tempo un professionista dell'opportunità, attirato in modo indicibile dai potenti di turno. Lanciato dal libraio Panckoucke contro il suo ex collaboratore Linguet — uno tra i maggiori polemisti del secolo dei Lumi — si era insediato nel « Mercure de France » nel tentativo (fallito) di surclassare quel brillantissimo laboratorio di critica politico-istituzionale rappresentato dalle « Annales Politiques & Littéraires du XVIII siècle ».

Esponente di un certo rilievo della *République des Lettres*, nel 1789 La Harpe ha cinquant'anni quando s'infatua della Rivoluzione scusandone, dalla tribuna del « Mercure », anche gli eccessi più discutibili. Alla fine di novembre 1789 sigla con il libraio Panckoucke un contratto che lo inserisce a pieno titolo nel gruppo dirigente del « Mercure », impegnandosi a pubblicare qualcosa di *retentissant* entro il dicembre 1790. Nel frattempo — mentre a Parigi dilaga la polemica sul ruolo di enfatizzatore delle dinamiche e delle angosce rivoluzionarie svolto dal *Comité des Recherches* municipale — sui giornali del gruppo Panckoucke si fa filtrare la notizia che sia imminente la pubblicazione di un *Morceau* o *Fragment sur la délation*, firmato proprio da La Harpe, il *Bébé littéraire*, ormai divenuto rivoluzionario a pieno titolo.

Finalmente, il fatidico giorno arriva, quando sul 'suo' « Mercure de France » di Panckoucke, il 19 dicembre 1789 viene pubblicata una *Diatribes sur les mots Délation, Dénonciation, Accusation* che, invece di affrontare in modo diretto un tema che agita Parigi e la Francia, frantumando la coesione patriottica, gigioneggia in una verbosa tirata accademica sull'*abus des mots* ⁽¹⁸³⁾. Naturalmente, La Harpe non può che prendere le distanze dal Rapporto Agier,

⁽¹⁸³⁾ Jean-François DE LA HARPE, *Diatribes sur les mots Délations, Dénonciation, Accusation*, in « Mercure de France », n°. 51. Du 19 Décembre 1789. *Variétés*.

ridicolizzandone l'involontario ossimoro sulla virtuosa delazione⁽¹⁸⁴⁾, ma gira intorno al nodo principale senza tagliarlo.

Il *rapporteur* Agier, volontariamente o involontariamente, avrebbe commesso lo sbaglio di equiparare lemmi tra loro diversissimi come « délation » (segreta), « dénonciation et accusation » (pubbliche)⁽¹⁸⁵⁾. Ma tutto può essere rimesso al suo posto, basta saper evitare gli slittamenti semantici utilizzando ogni termine con il significato che gli è proprio. Va dunque evitato l'uso sistematico e casuale del lemma *délation*, dato che spaventa il cittadino ricordandogli troppo la Roma di Tiberio o la Francia di Richelieu e Mazzarino⁽¹⁸⁶⁾. Che il *Comité des Recherches* impari a maneggiare meglio la lingua scritta; eviti di sollecitare i cittadini a una ripugnante delazione generalizzata; canalizzi la collaborazione parigina con le nuove autorità inquirenti, distinguendo scrupolosamente la « délation » dal « soupçon » e, a sua volta, il sospetto dal semplice « ouï-dire »⁽¹⁸⁷⁾.

François de Pange, dal canto suo, prende di mira⁽¹⁸⁸⁾ un altro scritto di La Harpe, una *Lettre* indirizzata allo stesso cavaliere, in cui, giocando come al solito con frasi e paradossi, il vecchio enciclopedista riduce le roventi polemiche sul *Comité des Recherches* all'inquietante quesito improntato alla *logique des circonstances*:

« ce qui seroit très-dangereux étant permanent, ne peut-il pas être d'une utilité & même d'une nécessité momentanée? »⁽¹⁸⁹⁾.

Ma non si tratta di appurare se sussista una momentanea utilità del Comitato inquirente, bensì di valutare se tale organo sia competente a svolgere le funzioni di cui è investito; inoltre, considerato che l'Assemblea Costituente si è attribuita la competenza sui crimini di « Lèse-Nation », il Municipio parigino, istituendo il Comitato lo ha dotato di poteri « qu' elle-même n'a pas »⁽¹⁹⁰⁾. C'è da aggiungere

⁽¹⁸⁴⁾ Ivi, pp. 100-101.

⁽¹⁸⁵⁾ Ivi, p. 100.

⁽¹⁸⁶⁾ Ivi, pp. 102-103.

⁽¹⁸⁷⁾ Ivi, p. 107.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. [François DE PANGE], *Lettre à M. de La Harpe, Sur le Comité de Recherches*, già citato.

⁽¹⁸⁹⁾ Citato da François de Pange, Ivi, p. 2.

⁽¹⁹⁰⁾ Ivi, pp. 4-5.

che, malgrado il clima di mobilitazione, dalla crisi di luglio fino ad ottobre la sostanziale inoperosità di Guardia Nazionale e polizia ha potenziato un generale senso d'insicurezza, accresciuto dall'assassinio del panettiere Denis François:

« [...] j'ai d'abord observé que le comité de recherches ne date pas de l'époque de nos pressans dangers, on ne l'a formé qu' au mois d'octobre; [...] je me suis rappelé qu' alors la force publique étant presque entièrement inactive, cette capitale étoit sans police, & ses habitans sans sûreté; j'ai trouvé que la veille même du jour où le comité s'est formé, le boulanger François avoit constaté par sa mort cette triste vérité; j'ai observé que le comité créé immédiatement après cet événement, recevoit tous les pouvoirs nécessaires pour en prévenir de semblables; j'ai conclu de ces rapprochemens, qu' on avoit senti le besoin de rétablir l'ordre dans la capitale, & que la police commune, paroissant insuffisante, on avoit confié au comité les fonctions & les pouvoirs de l'ancienne, mais qu' il avoit reçu le nom de *comité de recherches pour découvrir les trames*, &c. afin que le peuple, en voyant une autre titre, ne reconnût pas une même institution » ⁽¹⁹¹⁾.

Il Comitato municipale, invece di riportare l'ordine nella capitale, si è messo a « servir les passions du peuple & à nourrir sa fermentation », potenziando « les alarmes publiques, maux plus grands & plus réels que tous ceux qu'il prétend guérir » ⁽¹⁹²⁾.

3.1. *L'emulazione delatoria.*

In un clima così effervescente, non ci si può meravigliare del fatto che una pericolosa emulazione patriottica cominci a prender piede. Nascondendosi dietro la libertà di stampa e d'informazione c'è chi con grande leggerezza si appresta a mettere a repentaglio vita e onore dei cittadini. Il *Département de police de la Commune* — la struttura che fa capo all'avvocato Du Port Dutertre — è costretto a vietare a un privato cittadino il permesso di pubblicare un « Journal de la sûreté » con l'elenco delle persone sotto processo e le relative imputazioni:

« Un particulier s'adressa, il y a huit jours, au département de la police, pour en obtenir la connaissance des noms des personnes détenues dans les prisons, ainsi que les causes de leur détention et des jugemens prononcés à leur égard; et cela, afin de rendre publics les uns et les autres par la voie d'un journal intitulé *Journal de la sûreté*. On conçoit bien que les administrateurs

⁽¹⁹¹⁾ Ivi, p. 7.

⁽¹⁹²⁾ Ivi, p. 11.

rejetèrent avec mépris cette demande, comme un abus de confiance, et une sorte de violation du droit des prisonniers, qui ne doivent compte qu' à la loi, et non aux journalistes de leur conduite » (193).

Un altro cittadino, negli stessi giorni, presenta una richiesta di analogo tenore al *District des Mathurins*, chiedendo l'autorizzazione a pubblicare tre volte alla settimana un « Journal de la tranquillité publique » (dall'epigrafe: *Le crime seul fait la honte*), il cui *prospectus* annuncia il progetto di rendere di pubblica notorietà un quadro generale dell'universo carcerario, vale a dire:

« un relevé des registres des prisons, contenant les noms de toutes les personnes qui s'y trouveront au 1^{er} décembre prochain, et seront par la suite arrêtées et constituées prisonnières, avec le motif de leur détention, le précis de leur jugement, et la réprimande plus ou moins forte qui leur sera faite » (194).

Statistica di notevole utilità per gli storici, e, al tempo stesso, vera e propria lista di proscrizione in periodo di torbidi civili, quando le autorità municipali si attendono un'imminente « purge des prisons »; come non manca di rilevare lo stesso *District des Mathurins*:

« [...] L'assemblée [du District], considérant que ce journal aurait pour objet de donner la plus grande publicité, non-seulement aux crimes, mais encore aux fautes qui ne méritent qu' une détention momentanée, ou une simple réprimande; [...];

L'assemblée a arrêté d'une voix unanime que MM. les représentants de la commune au département de la police seront instamment invités de défendre aux concierges et greffiers de toutes les prisons de cette ville de délivrer aucuns extraits des écrous des personnes qui ont été ou seront constituées prisonnières desdites prisons à tous autres qu' aux personnes détenues ou autres parties intéressées, et à prendre dans leur sagesse toutes les mesures nécessaires soit pour empêcher la publication du journal projeté, et dont il est question, soit pour le restreindre de manière qu' il ne comprenne que les noms et les faits applicables aux personnes qui demanderaient ou consentiraient par écrit qu' ils y fussent compris; [...] » (195).

Quanti fossero i Parigini all'epoca detenuti non è dato sapere in

(193) Municipalité de Paris. *Département de police*, in « Moniteur », *réimpression*, II, cit., p. 331.

(194) *Extrait des délibérations du District des Mathurins, du 28 novembre 1789*, in « Moniteur », *réimpression*, II, cit., p. 331.

(195) Ivi, pp. 331-332.

tutta certezza, ma sulla base delle fonti a stampa disponibili si può azzardare che il microcosmo delle prigioni abbia avuto una certa consistenza.

A differenza del *Comité des Recherches* municipale con cui finisce con l'essere in competizione, il *Département de police de la Commune*, tramite la sua *Instruction sur les fonctions de police*, raccomanda ai Distretti (a cui è delegato il controllo del territorio) di evitare qualunque ricorso alla detenzione preventiva in tutti quei casi in cui sia possibile utilizzare la libertà su cauzione, « même lorsque ce n'est point un domicilié »⁽¹⁹⁶⁾, proprio per evitare arresti indiscriminati; e questa rimessa in gioco della coppia antinomica domiciliato/non domiciliato, la dice lunga sulla gravità della situazione. Gli stessi redattori del « Moniteur » rilevano che

« si un emprisonnement, même passager, est quelquefois une précaution indispensable pour l'intérêt de la société, c'est toujours un acte de sévérité qui doit être exercé avec d'autant plus de prudence et de modération, qu' il peut compromettre l'honneur d'un citoyen »⁽¹⁹⁷⁾.

La parte più responsabile della nuova burocrazia municipale tenta, dunque, di impedire pericolose fughe in avanti, suscettive di compromettere vita e onore dei cittadini qualunque, segno indubbio della presenza di anti-corpi normalizzatori nella direzione di una progressiva restaurazione della legalità sotto l'ègida della Costituente. Ma, nel frattempo, cosa fa il *Comité des Recherches*?

3.1.1. *Quando Brissot indaga: l'affaire des Illuminés de St.-Cloud.*

Prima di vedere come proceda nell'attività investigativa il Comitato di Brissot e dei suoi colleghi, vale la pena di soffermarsi su un elemento. Come risulta dall'eccellente *Inventaire analytique* redatto da Caillet, più volte richiamato, il solo repertorio delle indagini ascrivibili al *Comité des Recherches* dell'Assemblea Nazionale, riempie un grosso volume di novecentotrentotto pagine. Quell'organismo ha infatti diretto, coordinato o, più semplicemente, sorvegliato parecchie centinaia di inchieste nei settori suscettivi di maggiore

⁽¹⁹⁶⁾ Ivi, p. 324.

⁽¹⁹⁷⁾ Districts, in « Moniteur », *réimpression*, II, cit., p. 324.

turbativa per il nuovo ordine costituzionale e, più in generale, per l'ordine pubblico (sui quali non torneremo neppure a titolo esemplificativo), ben riassunti dal trinomio: complotti, ammutinamenti e sussistenze.

Viceversa, il Comitato brissottino si è sostanzialmente occupato di un numero limitato di inchieste sollevando però un allarme sociale generalizzato, inversamente proporzionale all'attività inquisitoria sviluppata. Non è da escludere che ciò sia rapportabile al diverso livello di pubblicità adottato dai due organismi, nazionale e municipale; limitandosi il primo a un rapporto costante con le autorità periferiche (amministrative, inquirenti e giudiziarie), dandone periodicamente notizia mediante i rapporti presentati all'Assemblea Nazionale. Mentre, invece, il Comitato municipale, ha dato estrema pubblicità alla sua azione preventiva e repressiva, accreditandosi quale massimo tutore delle conquiste della Rivoluzione. In questo senso il *Comité des Recherches de la Ville* risulta l'antenato del *Comité de Sûreté Générale* della Convenzione, come anche delle decine di migliaia di *Comités de Surveillance*, spuntati come funghi nella Francia profonda, durante il Terrore.

Non seguiremo l'attività del Comitato nelle indagini su Besenval e sulla giornata del 5-6 ottobre, né tanto meno nelle *affaires*: a) Maillebois, Bonne-Savardin, Guignard de St. Priest, b) Augeard, c) Rutledge; *affaires* di grande risonanza all'epoca, con il corollario di una non indifferente produzione di *pamphlets* sull'argomento.

Mi soffermo, invece, sull'*affaire des Illuminés de Saint-Cloud*, per la sua stupefacente somiglianza con l'*affaire Catherine Théot* — la « Mère de Dieu », una veggente cattolica, i cui seguaci *Illuminés* vedranno in Robespierre il nuovo Messia — e di cui si sarebbe servito il *Comité de Sûreté Générale* per ridicolizzare l'*Incorruptible* nelle settimane precedenti il 9 termidoro anno II. L'*affaire des Illuminés de St.-Cloud* rappresenta anche l'unico caso noto in cui Brissot, sottratto ai soliti *pamphlets* in cui eccelle, è chiamato a misurarsi con un'indagine penale, riferendone per iscritto e verbalmente, il 29 luglio 1790, ai *Comités de Recherches de l'Assemblée Nationale et de la Municipalité de Paris*: vediamone da vicino gli elementi essenziali.

Nella ricorrenza della festa dei santi Pietro e Paolo, martedì 29 giugno 1790, due giovani si recano verso mezzogiorno nel castello

reale di St.-Cloud, rimanendovi fino a sera inoltrata, con aria assorta e meditata; un ufficiale della Guardia Nazionale, di servizio al castello, insospettito dalla loro presenza, li allontana successivamente dagli appartamenti reali, dal vestibolo, dal giardino e dalle corti interne. Ma i due giovani non vogliono andar via, si fermano all'esterno vicino alle inferriate di recinzione, e con grande sorpresa dei picchetti di guardia, ordinano ai domestici di rientrare a Parigi senza di loro; dopo di che, ricominciano a passeggiare, finendo poi con il sedersi a terra, vicino alla recinzione esterna, malgrado l'ora decisamente tarda: sono le due del mattino. Insospettita sempre più, la pattuglia di picchetto al castello ferma i due giovani, conducendoli al corpo di guardia, dove vengono interrogati dal sindaco di St.-Cloud.

Si tratta di due persone altolocate, Ambroise d'Hozier ⁽¹⁹⁸⁾ e Georges Petit-Jean ⁽¹⁹⁹⁾, che tuttavia non forniscono le proprie vere generalità, assumendone di fittizie. D'Hozier, adottando il nome di uno dei santi del giorno, « pour suivre un mouvement intérieur » come dichiara a verbale, si firma *Paul*; aggiunge di essersi recato al castello in base a « des ordres supérieurs, des ordres qu' il tenoit de Dieu même ». Georges Petit-Jean firma il verbale con il nome fittizio ed enigmatico di *Pierre Aujourd'hui*, rifiutando di declinare le vere generalità ed asserendo di essersi recato al castello

« sur l'ordre de Notre Sainte Mère, pour imprimer à S. M., aujourd'hui Roi de France et de Navarre, les pensées incluses à l'écrit qu' il venoit de remettre, et n'avoir plus d'autre desir que de le voir confirmer au roi, pour manifester à son peuple la sainte vérité de sa mission » ⁽²⁰⁰⁾.

Perquisiti, i due giovani vengono trovati in possesso di un foglio contenente una specie di decalogo indirizzato al re (esortato ad abbandonare Parigi con i suoi fedeli, dopo aver seguito un deter-

⁽¹⁹⁸⁾ Ambroise-Louis-Marie d'Hozier (1764-1841), *Verificateur des armoiries près les Conseils des sceaux de France*, figlio del genealogista Denis-Louis d'Hozier (n. 1720), *président à La Chambre des Comptes de Normandie*.

⁽¹⁹⁹⁾ Pierre-Georges Petit-Jean (?-?), *Receveur général de l'île de Corse*.

⁽²⁰⁰⁾ *Rapport dans l'affaire de Mm. Dhosier et Petit-Jean, lu aux Comités de Recherches de l'Assemblée Nationale et de la Municipalité de Paris, le 29 Juillet 1790*, Par J. P. Brissot, L'un des Membres de ce dernier Comité, à Paris, Chez Buisson, Libraire, Aout 1790, p. 5.

minato rituale); lo scritto è pieno di errori ortografici e grammaticali, e, come asseriscono i due giovani, sarebbe stato « donné à nous directyement par la Ste.-Vierge » e « dictée en somnambulisme » a « le Clerc de Thomassin » (201). Ormai in stato di arresto d'Hozier e Petit-Jean sono condotti a Parigi, interrogati dal *Comité des Recherches* nazionale e da questo consegnati all'omologo municipale. Interrogati per la terza volta da Brissot e colleghi i due giovani ammettono che il foglietto sequestrato è riconducibile a *Madame Thomassin*, una trentaquattrenne sposata con un ufficiale di stanza nella colonia di San Domingo; il 15 maggio 1790, durante una crisi di sonnambulismo, *Madame Thomassin* ha dettato i contenuti del foglietto al colonnello Argence, comandante di battaglione al *Régiment du Roi* di stanza a Nancy, in Lorena (202). Interrogato, d'Hozier chiarisce cosa debba intendersi per « état de somnambulisme »:

« Le magnétisme animal, dit-il, produit le somnambulisme matériel, lequel conduit au somnambulisme spirituel; ce somnambulisme met les êtres qui l'éprouvent en rapport avec les êtres spirituels, et ils communiquent ensuite les impressions qu' ils en reçoivent à ceux avec lesquels ils sont en rapport » (203).

Interrogata a sua volta, *Madame Thomassin* ammette di essersi fatta curare a Nancy durante una malattia, sottoponendosi al « traitement magnétique de M. de la Fitte »; una volta guarita, ella si rende conto di esser preda di un « somnambulisme d'un ordre supérieur » in grado di metterla in comunicazione sia con il padre morto sia con un angelo, « et qu' ensuite elle en eu [communication] avec la sainte Vierge elle-même » (204); questa condizione di estasi mistica è confermata dalla sorella della veggente, la ventiquattrenne *Madame Vassart* che, interrogata, conferma di aver avuto visioni analoghe (205). Interrogato ripetutamente dai commissari che chiedono di provare contenuti e modalità delle visioni mistiche, Petit-Jean asserisce di aver avuto esperienze soprannaturali di gravità tale da poter essere raccontate solo di fronte all'Assemblea Nazionale;

(201) Ivi, pp. 7-8.

(202) Ivi, pp. 14-15.

(203) Ivi, p. 17.

(204) Ivi, p. 18.

(205) Ivi, p. 20.

non potendo farlo parlare in seduta plenaria, ci si accontenta di un'audizione presso il *Comité des Recherches* della Costituente. Ma il colpo di scena in cui spera Brissot non avviene: in preda alle sue fantasticherie l'imputato asserisce di poter diventare invisibile, come gli è già accaduto nel vestibolo di St.-Cloud, il giorno dell'arresto ⁽²⁰⁶⁾.

Ed ecco il colpo di scena, alle sedute di sonnambulismo, il 20 febbraio 1790, ha partecipato anche Françoise d'Estrabonne, moglie del generale Pierre de Jumilhac, nel frattempo ritiratasi nel Limousin dove abita il castello di famiglia. Il *Comité des Recherches de la Ville de Paris* è convinto di avere nelle proprie mani le fila di un vasto complotto in cui sarebbero implicate ben sette persone, tra cui un colonnello e un *Lieutenant général des Armées du Roi*; a nessuno dei commissari viene in mente che si cospira nell'ombra, mentre invece l'atteggiamento dei giovani d'Hozier e Petit-Jean, ha immediatamente attirato la curiosità del picchetto di guardia, che ha proceduto all'arresto.

A giudicare dallo sviluppo degli eventi, i commissari municipali ritengono che la marchesa Jumilhac possa essere un importante anello della catena cospirativa, basta interrogarla e coglierne le contraddizioni. Di conseguenza, il *Comité des Recherches de la Ville de Paris* spicca un mandato di arresto, la cui esecuzione è affidata a due capitani della Guardia Nazionale di Parigi che predispongono un imponente dispositivo militare, al solo fine di arrestare una dama di circa quarant'anni ⁽²⁰⁷⁾. L'operazione si rivela burocraticamente laboriosissima dato che è previsto il coinvolgimento di tutte le autorità locali, per ottenerne l'aiuto. Il castello è nei pressi di Limoges, ma ci vogliono due giorni per averne esatta cognizione, poi è necessario che il Consiglio comunale della città autorizzi l'impiego della Guardia Nazionale e, finalmente, espletate tutte le formalità previste dalla legge, sabato 17 luglio 1790 può essere effettuato l'arresto: nella cittadina di Chalut, a sei leghe dal castello di Jumi-

⁽²⁰⁶⁾ Ivi, p. 23.

⁽²⁰⁷⁾ *Réflexions sur l'ouvrage intitulé: Projet de contre-révolution par les somnambulistés, ou Rapport dans l'affaire de MM. Dhosier & Petit-Jean, lu aux comités de recherches de l'Assemblée nationale & de la municipalité de Paris, le 29 Juillet 1790, par J. P. Brissot, l'un des membres de ce dernier comité*, Par Stanislas de Clermont-Tonnerre, à Paris, & se trouve chez Desenne, au Palais-Royal, Aout 1790, p. 5, pp. 23-35.

lhac, si concentra un imponente dispositivo militare: cinquanta cavalleggeri del reggimento *Royal-Navarre*, dodici cavalieri della *Maréchaussée* (polizia militare), venticinque volontari a cavallo della Guardia Nazionale di Limoges, assistiti dal sindaco e dal *procureur-syndic* della Municipalità di Chalut ⁽²⁰⁸⁾.

Una volta a Parigi, la marchesa non va in carcere ma ottiene di soggiornare nel palazzo di famiglia, dove viene ripetutamente interrogata; anch'ella è convintissima che in stato di *trance* sia possibile entrare in contatto con angeli e Vergine ⁽²⁰⁹⁾. Interrogata nuovamente, *Madame Thomassin* asserisce che per raggiungere lo stato di *somnambulisme spirituel* bisogna prepararsi adeguatamente: prima una preghiera, poi una persona cara che ti prenda per mano, pochi minuti dopo «elle est anéantie»; in passato il *somnambulisme spirituel* era stato provocato dal marito, ora assente, o dalla madre (nel complesso poco efficace), adesso è il colonnello d'Argence a incaricarsene ⁽²¹⁰⁾. Considerato che tutto ruota attorno alle turbe di una giovane donna che ha il marito a San Domingo e che, nel complesso, l'età delle persone coinvolte lo rende possibile, se i membri del Comitato avessero avuto confidenza con Choderlos de Laclos o Rétif de la Bretonne, avrebbero derubricato il tutto connotando la vicenda come fortemente legata alla vita intima degli indagati. Invece, puntano sulla cospirazione politica, coprendosi di ridicolo.

La vicenda non si estingue da sola, ma ha bisogno di un intervento esterno nella persona del conte Stanislas de Clermont-Tonnerre, deputato *monarchien* alla Costituente. Questi, in qualità di colonnello del *Royal-Navarre*, ha servito agli ordini del generale marchese de Jumilhac, prende a cuore il caso, inizia con Brissot un durissimo duello *pamphlétaire*, al termine del quale, vista l'inconsistenza dell'impianto accusatorio l'*affaire* si sgonfia e tutti gli imputati vengono rimessi in libertà. Il *Comité des Recherches de la Ville de Paris* ha sperato fino all'ultimo di coinvolgere in un eventuale processo per cospirazione il duca Philippe d'Orléans, ma non riesce

⁽²⁰⁸⁾ Ivi, pp. 26-27.

⁽²⁰⁹⁾ *Rapport dans l'affaire de MM. Dboisier et Petit-Jean*, Par J. P. Brissot, cit., p. 23.

⁽²¹⁰⁾ Ivi, p. 25.

a costruire un convincente canovaccio incriminatorio e deve arrendersi.

In questa vicenda, colpisce la somiglianza delle esperienze *somnambulistes* con quelle riconducibili al magnetismo animale effettuate dal dottor Mesmer, un medico tedesco trasferitosi all'inizio degli anni '80 a Parigi. Brissot che nei suoi scritti sull'*affaire* veste i panni dell'inquirente razionale, irridendo alla credulità degli *Illuminés somnambulistes* e ipotizzando che possa costituire una comoda copertura per un complotto contro-rivoluzionario, era stato anni prima un fervente *mesmérén*.

3.2. *Il Comité des Recherches de la Ville de Paris esce di scena.*

Dopo l'*affaire des somnambulistes* dell'estate 1790 l'attivismo frenetico del Comitato viene improvvisamente meno. Il *Comité des Recherches* municipale comincia a dare segni di stanchezza, Brissot non scrive *pamphlets*, Garran de Coulon non pubblica requisitorie, degli altri si sa ancor meno. Le dimissioni sono nell'aria, anche se la situazione generale del Regno continua a presentare i soliti problemi riguardo all'approvvigionamento annonario, all'effervescenza del *Palais Royal*, ai complotti contro-rivoluzionari, all'emigrazione politica dei nobili che cominciano ad espatriare per concentrarsi a Coblenza, Torino, in alcune capitali tedesche o a Londra o Pietroburgo.

Il 10 ottobre 1790 entra in funzione il nuovo vertice amministrativo della capitale, in sostituzione degli organismi provvisori che hanno retto le sorti della città di Parigi per quindici mesi. Il nuovo *Conseil général de la Commune* deve pronunciarsi sul *Comité des Recherches de la Ville*, decidere se prorogarne le funzioni o farne a meno. Per decidere, viene presentata una mozione articolata in due punti: 1) innanzi tutto al Comitato va il ringraziamento per l'attività svolta, 2) in secondo luogo, ai commissari inquirenti si chiede di restare provvisoriamente al proprio posto, in attesa della nomina di un nuovo Comitato. Secondo il verbale, pur con qualche incertezza iniziale (il dibattito apertosi è segno dell'esistenza di pareri opposti), il Consiglio vota i ringraziamenti. Ma sulla proposta di proroga il Consiglio appare ancor più perplesso; si va ai voti per divisione (favorevoli da una parte, contrari dall'altra) con risultato dubbio.

Viene allora richiesto l'appello nominale e, finalmente, con il voto determinante del sindaco Bailly, la situazione si sblocca e il Comitato può continuare i suoi lavori ⁽²¹¹⁾.

Se dal verbale passiamo invece alla cronaca comparsa sul « *Moniteur* » di giovedì 21 ottobre 1790, possiamo renderci conto di come le cose siano andate diversamente. La discussione è agitatissima, una parte rilevante dei consiglieri è contraria all'esistenza del Comitato, su cui esprime riserve severissime. Argomentano che se ne poteva giustificare l'esistenza in un momento di particolare confusione, ma con il ritorno alla normalità istituzionale, è arrivato il momento di chiudere l'esperienza inquirente ⁽²¹²⁾.

Due mesi più tardi, dopo un periodo di tranquillità investigativa che contrasta nettamente con il vivacissimo attivismo poliziesco dispiegato per i primi nove mesi di vita del Comitato, i commissari si presentano a una nuova seduta del *Conseil général de la Commune*. È sabato 18 dicembre 1790, Agier, Perron, Brissot de Warville, Garran de Coulon et Oudard, membri del *Comité des Recherches* municipale si presentano per rassegnare le proprie dimissioni. Agier ne illustra le ragioni:

« Messieurs,

Nous apportons au Conseil général nos démissions comme membres du Comité des recherches, ou plutôt la déclaration de l'impuissance où nous sommes d'en continuer désormais les fonctions.

Trois d'entre nous, MM. Garran, Oudard et moi, se trouvent élevés à la dignité de juges, et cette seule nomination rend nos places vacantes dans le Comité; il y a par rapport à nous incompatibilité, non pas seulement de fait mais de droit, parce que, aux termes des décrets et par la nature des choses, les fonctions judiciaires et celles de l'administration sont inconciliables.

M. Perron est depuis deux mois administrateur de la police et chargé d'un Département très étendu, très compliqué, qui absorbe tous ses instants.

M. Brissot est membre du Corps électoral, mais il doit employer ses moments utilement pour la patrie, et, après les avoir consacrés près de quatorze mois aux travaux pénibles du Comité des recherches, il croit être en droit de demander qu' on l'en décharge.

Nous apprenons avec plaisir que ce Comité, qui a rendu quelques services à la chose publique, ne mourra point avant le temps; que le Conseil général a déterminé dans sa sagesse de nous donner des successeurs. Non que nous pensions que la situation des affaires soit, à beaucoup près, aussi inquiétante qu' elle l'était il y a un an. Mais il nous semble que, tant que les

⁽²¹¹⁾ Ivi, pp. 26-27.

⁽²¹²⁾ Cfr. Sigismond LACROIX, *Actes de la Commune de Paris pendant la Révolution*, cit., II série, I, p. 25.

ennemis du bien public n'abandonneront pas leurs coupables manœuvres, il est à propos qu' on les surveille; que, si une contre-Révolution n'est pas à craindre, les tentatives des anti-révolutionnaires peuvent néanmoins occasionner des commotions dangereuses; et qu' enfin les moyens extraordinaires, jugés indispensables pour établir la constitution, ne doivent cesser qu' après son achèvement total. [...] » ⁽²¹³⁾.

Agier, Garran de Coulon et Oudard hanno fatto carriera, sono stati eletti giudici nei nuovi tribunali istituiti dalla riforma giudiziaria dell'agosto 1790; Perron, già da due mesi, è tra i collaboratori di Du Port Dutertre, *Lieutenant du Maire*, come *administrateur de la police*; quanto a Brissot, è stato finalmente nominato *électeur* dalla *Section de la Bibliothèque* e questo rende possibile una sua futura candidatura alle elezioni legislative del 1791.

Il *Conseil général de la Commune* ha deciso di nominare un nuovo Comitato. Secondo Agier non sarebbe necessario, dato che la situazione cospiratoria è migliorata rispetto all'anno precedente, ma il dato è inesatto, perché scorrendo la stampa vi si continuano a leggere notizie allarmanti; molto probabilmente, avendo tutti trovato una diversa e più soddisfacente collocazione, i commissari preferiscono ritirarsi.

Ma il *Comité des recherches de l'Assemblée Nationale* ritiene di non poter fare a meno di una collaborazione municipale, come emerge da una lettera ufficiale letta al Consiglio dal sindaco Bailly:

« Paris, le 18 décembre 1790.

Le Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale, Monsieur, malgré toute son activité, ne peut suffire à l'immensité de ses travaux, et il s'aperçoit tous les jours qu' il n'y a plus de Comité des Recherches à la Ville. Nous nous rappelons, avec reconnaissance, les services rendus à la chose publique par MM. Perron, Brissot, Agier, Oudard et Garran (de Coulon). Plusieurs de ces messieurs ne pouvant plus remplir leurs fonctions au Comité, nous désirions, Monsieur, qu' ils pussent être remplacés pour nous concerter promptement avec leurs successeurs, ainsi que nous y sommes autorisés par le décret du 20 octobre 1789.

Signé: Charles Voidel, président
Sillery » ⁽²¹⁴⁾.

Il rinnovamento del *Comité des Recherches* municipale viene messo all'ordine del giorno del successivo 20 dicembre 1790. Risul-

⁽²¹³⁾ Ivi, II série, I, p. 554.

⁽²¹⁴⁾ Ivi, p. 555.

tano eletti: Gérard, Gérard Borie, Raffron, Perron, Sanson-Duperon e Franchet che, però, si dimettono a loro volta l'11 febbraio 1791; il 17 febbraio 1791 i dimissionari vengono sostituiti da Cattel, Vaudichon, Le Vacher-Duplessis, Bidault, Coup de Lance e Lohie; a fine mese anche Coup de Lance rassegna le dimissioni, al suo posto subentra Cezérac, il 28 febbraio 1791 ⁽²¹⁵⁾. Basterebbe questo rapidissimo susseguirsi di nomine e dimissioni per farci capire che ormai quest'organismo inquirente non attrae più l'interesse dei notabili in carriera.

4. Cosa è la « Lèse-Nation »?

Vediamo ora di mettere a fuoco il possibile nesso tra una categoria incriminatrice sfuggente, quale la « Lèse-Nation », e la *Déclaration des Droits* voluta dalla maggioranza della Costituente nel pieno di una crisi politica dagli esiti allora incerti.

Innanzitutto, riepiloghiamo le coordinate repressive d'insieme: delle denunce, un organismo para-giudiziario (il *Comité des Recherches* municipale è definito « partie publique »), un giudice naturale 'politico' che completa questo quadro. Manca la base legale per l'azione penale e la repressione. Quest'assenza di disciplina legislativa della fattispecie è una delle caratteristiche più sconcertanti della legislatura costituente, e marca un'accentuata antinomia tra pratiche repressive e fondamentali principi del diritto pubblico costituzionalizzati in modo solenne nella *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 26 agosto 1789. Si ricordi che la definizione legale dei crimini di Stato fa parte del programma riformatore fin dalla riunione degli Stati Generali, anche se a formalizzarne la richiesta è stato un solo *Cabier*, come risulta dal *Resumé* predisposto dalla Cancelleria reale ⁽²¹⁶⁾. Non di meno, il problema posto all'epoca è reale e il legislatore non ignora che la materia penale politica

⁽²¹⁵⁾ Cfr. Paul ROBIQUET, *Le personnel municipal de Paris pendant la Révolution*, cit., p. 441, n. 2.

⁽²¹⁶⁾ *Résumé des Cahiers sur la Réforme judiciaire établi par la Chancellerie*, art. 72; Edmond SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, Paris, Plon, 1901, pp. 489-505, Annexe IV, pubblica integralmente questa eccellente sinossi dovuta agli uffici della Cancelleria; il *Résumé* comprendeva 86 articoli raggruppati in sei paragrafi, l'ultimo dei quali dedicato alle *Matières criminelles*, dall'art. 72 all'art. 86.

costituisce uno degli snodi essenziali di ogni possibile intervento sul sistema sanzionatorio.

Ora, come conciliare la struttura tassativa delle disposizioni penali fondanti il principio di stretta legalità sancito dagli articoli VII, VIII e IX della *Déclaration* con un'assenza perdurante delle coordinate legali di una incriminazione per *Lèse-Nation* che comprime irrimediabilmente la libertà personale dei cittadini sospetti? Bisognerebbe far coesistere un reato a fattispecie elastica con il trinomio penale introdotto dalla *Déclaration*: a) la non retroattività delle disposizioni incriminatrici, b) la stretta ed evidente necessità della sanzione penale comminata, c) la presunzione d'innocenza del reo.

Va detto che definire la struttura legale di una fattispecie penale politica in un contesto di torbidi civili e contrapposizioni esacerbate non è solo difficile ma, soprattutto, pericoloso per la possibilità offerta a un legislatore disinvolto di liquidare i nemici interni grazie alla predisposizione di una griglia incriminatrice pre-confezionata su misura per gli avversari politici di ogni tipo.

Di converso, come immaginare un tribunale che pronunci una sentenza di condanna senza che la pena irrogata sia stata preliminarmente individuata da una disposizione incriminatrice? Vi si oppone l'art. VIII della *Déclaration*, frequentemente invocato in varie giurisdizioni del Regno, senza che allo stato delle ricerche sia possibile fornire un quadro più completo. Ma, ripetiamolo, anche se la Costituente avesse colmato l'evidente vuoto legislativo — come continuamente viene invitata a fare dalla piazza, durante l'intera legislatura — in base al principio di 'non contraddizione', avrebbe dovuto tener conto dei paletti fissati dall'art. VIII, imposto da Adrien Du Port e dalla *leadership* del Blocco costituzionale come architrave di ogni possibile futuro intervento legislativo in materia penale: si trattasse di un codice di diritto comune o di una legge penale speciale. Di qui, l'assoluta impossibilità di irrogare una qualunque condanna legale per fatti delittuosi perpetrati prima del varo di eventuali disposizioni incriminatrici, con l'inevitabile corollario del ricorso a soluzioni punitive extra-legali — cioè, esecuzioni sommarie — richieste in modo perentorio dall'estremismo sezionario eccitato dal *Palais-Royal*, che sa approfittare di quello che viene presentato come un colpevole 'vuoto legale' connivente con i contro-rivoluzionari.

Tuttavia non è facile dare qualificazione giuridica all'arcipelago della *Lèse-Nation*, dato che l'ondata d'indagini alimentata dall'attivismo del *Comité des Recherches* municipale ha attribuito una connotazione omogeneizzante alle azioni più disparate. La Costituente si trova di fronte a scelte difficili o, in alternativa, a una sicura paralisi legislativa; per i *Comités réunis de Constitution et de Jurisprudence criminelle*, che dalla fine dell'aprile 1790 si occupano ufficialmente dei codici, si pone un dilemma. Potrebbero trasformare in reati puniti da un redigendo 'codice di *Lèse-Nation*' le condotte già perseguite dal *Comité des Recherches* municipale: ma, in tal caso i Comitati si limiterebbero a dare base legale agli arresti indiscriminati. Oppure i Comitati potrebbero restringere la categoria dell'infrazione politica alle sole azioni veramente pericolose per il nuovo ordine costituzionale rappresentativo: con la conseguenza di offrire il destro al *milieu* estremista del *Palais-Royal* per mettere in dubbio il patriottismo dei Costituenti.

Per contro, è certo più facile intervenire in ambito processuale aumentando le garanzie per gli imputati — come si è fatto con i decreti Beaumetz dell'ottobre 1789 e dell'aprile 1790 — piuttosto che modificare deliberatamente le coordinate legali del crimine politico, in ossequio alle disposizioni fondamentali dettate dalla *Déclaration des Droits* che hanno costituzionalizzato il principio di stretta legalità in materia penale, blindandolo tramite immediata sua trasformazione in manifesto riformatore indirizzato al mondo. Si è già visto che contro gli arresti arbitrari e indiscriminati, la Costituente ha immediatamente adottato il decreto 24 agosto 1789, ordinando l'immediata scarcerazione degli individui imprigionati in base a incriminazioni aleatorie.

4.1. *Nasce il rito misto.*

Tre settimane più tardi, di fronte alla possibile prospettiva di una «*purge des prisons*» (ricordata più volte in queste pagine), l'Assemblea insedia un Comitato speciale per predisporre un decreto urgente di riforma immediata dell'*Ordonnance Criminelle* del 1670, al fine di garantire ad ogni imputato la presenza di un difensore e, quindi, conciliare l'interesse pubblico alla repressione penale con l'interesse soggettivo a veder garantita in sede proces-

suale la presunzione d'innocenza, corroborando il tutto con udienze penali pubbliche e non più segrete. La risposta del *Comité de Jurisprudence criminelle* va in questa direzione, come attesta l'importante Rapporto Beaumetz del 29 settembre 1789 che elimina il processo penale inquisitorio e segreto d'Antico regime, allora vigente, sostituendolo con il rito misto. In tal modo il processo resta segreto (ma con un controllo sull'istruttoria penale da parte del Municipio che affianca al giudice istruttore due suoi *Adjoints à l'information*) nella fase preliminare dell'acquisizione dei primi mezzi di prova; diventa, invece, pubblico dopo il rinvio a giudizio. Il rito misto, elaborato dal *Comité de Jurisprudence criminelle* il 29 settembre 1789, è un raffinato compromesso tra sistema inquisitorio e accusatorio, con la puntuale tutela dei diritti della difesa e della presunzione d'innocenza dell'imputato.

Una volta entrata in vigore la riforma-stralcio del processo, gli ambienti del *Palais-Royal* si rendono conto del fatto che i principali beneficiari della riforma penale sono proprio gli incriminati per « Lèse-Nation ». Vale a dire quegli stessi nemici interni di cui si chiede una condanna esemplare da parte degli intransigenti del patriottismo distrettuale e, poi, sezionario. Al tempo stesso, l'importante modifica introdotta nell'*Ordonnance Criminelle* colbertina, fermandosi al solo processo penale, non risolve minimamente il problema della definizione legale del capo d'imputazione 'nazionale'. Ma poi, i giuristi dei *Comités réunis* — innanzi tutto Beaumetz, Thouret, Du Port, Le Peletier e Fréteau — avrebbero accettato di legittimare una legislazione penale speciale congiunturale, o di circostanza, pregiudicando così la futura riforma penale?

Sono, naturalmente, i *Noirs* tra un complotto e una cospirazione (come ha dimostrato inoppugnabilmente Jacques de Saint-Victor in uno studio accuratissimo) a preoccuparsi per l'ondata crescente d'incriminazioni e di arresti e chiedere, forse provocatoriamente, la redazione di un compiuto sistema di norme incriminatrici in materia penale politica. Se ne fa portavoce uno dei maggiori esponenti *noirs*, il cavaliere de Cazalès, presentando una mozione mercoledì 25 novembre 1789:

« L'Assemblée Nationale charge son Comité de Constitution de lui présenter le projet d'une loi qui définisse, avec une scrupuleuse attention, tout ce qui sera réputé crime de lèse-Nation.

De déclarer que les écrits, que les paroles ne pourront être la matière d'un crime de lèse-Nation, à moins qu' ils ne soient liés à une action, qu' ils ne l'ayent préparée, accompagnée, ou suivie.

De Déclarer enfin que nul crime, autre que ceux expressément nommés par la loi, ne pourra être qualifié de crime de lèse-Nation et poursuivi comme tel » ⁽²¹⁷⁾.

Mozione aggiornata su proposta di Target, il quale chiarisce che il *Comité de Constitution* se ne sta già occupando e avrebbe già « présenté son travail, si des objets du moment ne l'avaient empêché de le terminer » ⁽²¹⁸⁾. « Objets du moment », cioè bagatelle di circostanza? Non direi.

A mio modo di vedere, il Comitato ha deciso di mantenere un profilo basso, dato che, a giudicare dal calendario d'aula, ciò che gli ha impedito di dare la precedenza alla repressione della devianza politica è la predisposizione di leggi-quadro destinate a imprimere alla Francia una modernizzazione costituzionale senza precedenti. Si tratta dei progetti relativi alla riforma dell'ordinamento giudiziario, alla riforma municipale e a quella dipartimentale: progetti che hanno assorbito il *Comité de Constitution* a tempo pieno dalla metà di settembre fino alla fine del dicembre 1789.

4.2. *Ancóra polemiche sui crimini 'nazionali'.*

Se i principali esponenti del Blocco costituzionale, i giuristi dei Comitati, prendono tempo, non è così per la pubblicistica che continua ad occuparsi della questione, senza che necessariamente gli intellettuali parigini pecchino di nicodemismo, come invece è accaduto all'ampollosa La Harpe. Va detto che il carattere vago e arbitrario dei contenuti dell'incriminazione politica invocata dalla piazza preoccupa, infastidisce, spinge alla critica. Se il criminalista

⁽²¹⁷⁾ Suite du procès-verbal de l'Assemblée Nationale. n° 134. *Du Mercredi 25 Novembre 1789*, pp. 12-13; come è noto il verbale ufficiale reca integralmente i testi di mozioni ed emendamenti, ma tace i nomi dei deputati intervenienti che ho trovato integrando la fonte con « Moniteur », *réimpression*, II, cit., p. 238: Assemblée Nationale Constituante. *Présidence de M. de Boisgelin, archevêque d'Aix*. Séance du Mercredi 25 Novembre 1789. Motion de M. de Cazalès.

⁽²¹⁸⁾ P. v. i. n° 134, cit. p. 13, anche « Moniteur », *réimpression*, II, cit., p. 238: Séance du Mercredi 25 Novembre 1789. M. Target, au nom du Comité de Constitution.

Vasselín filtra le proprie osservazioni con scrupolosa prudenza ⁽²¹⁹⁾, il cavaliere de Pange, si è già visto, conduce una seria e argomentata battaglia che, a giudicare dai fatti, trova orecchie attente presso i giuristi dei *Comités réunis*.

Nell'ottobre 1790, ai due opuscoli già evocati, se ne aggiunge un terzo, le *Observations sur le Crime de lèse-Nation*, una brochure di appena sedici pagine che contiene una serrata demolizione del più importante feticcio penale dell'epoca, e che sarebbe sbagliato sottovalutare, alla stregua di uno dei tanti *pamphlets* prodotti dalla congiuntura politica del momento. Al contrario, le argomentazioni serrate fanno di queste pagine una delle pietre miliari della riflessione sul crimine politico. Secondo François de Pange, quando il legislatore utilizza termini generali per individuare comportamenti criminosi persegue il doppio vantaggio di « rendre le code le plus laconique et plus complet ». Si può dire la stessa cosa per la « Lèse-Nation »?

« Par crimes de lèse-Nation, il paroît qu' on entend ceux qui ont pour effet direct de mettre en danger la société, distingués pour cela de ceux qui ont pour effet direct de mettre en danger un ou plusieurs de ses membres. Mais l'idée des dangers qu' un individu peut courir, soit dans sa personne soit dans ses propriétés, est facile à saisir; elle dépend de quelques notions simples que tous les esprits possèdent, tandis que l'idée juste des dangers qui peuvent menacer les sociétés humaines tient à des questions si délicates, que les philosophes de tous les siècles les ont agitées sans les résoudre.

Cette idée étant donc obscure et vague, on ne la laissera pas sans doute interpréter arbitrairement par les juges; c'est le législateur même qui fera un choix parmi toutes ses applications, si diverses et si contestables: en un mots, on désignera d'avance dans le code tous les cas particuliers que l'idée de ce crime renferme. Or je le demande, où est l'avantage d'employer le terme général, quand cela ne dispense pas d'en spécifier toutes les acceptations particulières? » ⁽²²⁰⁾.

Come dire? Se invece di riferirsi a singole fattispecie quali l'accaparramento di grano, i tumulti annonari, il tentativo di impedire la riunione delle assemblee elettorali primarie, oppure i complotti volti a cambiare la forma di governo, a sciogliere l'Assemblea

⁽²¹⁹⁾ Cfr. Georges-Victor VASSELIN, *Théorie des peines capitales, ou abus et dangers de la peine de mort, et des tourmens*, Paris, chez Gueffier, 1790, p. 43.

⁽²²⁰⁾ Cfr. [François DE PANGE], *Observations sur le crime de lèse-Nation*, Par M. François de Pange, à Paris, chez Barrois l'aîné, Libraire, octobre 1790, pp. 10-11.

Nazionale o rapire il re (sono di tal genere le « *acceptations particulières* »), si preferisce ricorrere al « *terme général* », cioè la « *Lèse-Nation* », c'è un motivo ben preciso che trova le sue radici nel desiderio di potenziare l'allarme pubblico. François de Pange sottolinea che le « *vagues expressions peuvent couvrir des desseins injustes* », dando l'opportunità a una « *faction dominante* » di sostenere che tutto ciò che la contraria si oppone agli interessi dello Stato. D'altra parte, il ricorso a un termine incriminatorio così inquietante consegue l'effetto di rendere odioso il cittadino denunciato, stabilendo contro di lui una « *prévention dont les juges peuvent se laisser surprendre, ou du moins intimider* ». Nella riflessione del cavaliere de Pange resta centrale la certezza che l'estrema elasticità della formula incriminatrice

« *permet toujours au plus puissant d'en proposer selon l'occasion des interprétations nouvelles, interprétations qui peuvent être si vagues elles-mêmes qu' en les suivant on puisse trouver le crime par-tout où on le désire* » ⁽²²¹⁾.

Assoluta incertezza definitoria, imprecisione nell'uso abituale del termine, possibilità di un ricorso massiccio al magico lemma criminogeno al di fuori di qualunque previsione legale della struttura dell'infrazione: sono tratti comuni che ritroviamo nei *pamphlets* rivoluzionari e in alcuni documenti ufficiali dell'estremismo distrettuale e, poi, sezionario.

Nel vastissimo florilegio di banalità giudiziarie pubblicate in quei mesi incandescenti, mi limito a citare brani di un' *Adresse des Cordeliers à l'Assemblée Nationale*, firmata anche da Georges Danton e dal poeta Fabre d'Eglantine; si tratta di un documento ufficiale espresso da una delle strutture amministrative della Parigi rivoluzionaria: infatti, l' *Adresse* non è emanazione del *Club des Cordeliers* ⁽²²²⁾ ma del *District des Cordeliers*, uno dei sessanta quartieri in

⁽²²¹⁾ Ivi, p. 15.

⁽²²²⁾ Si tratta di una società politica a sinistra dei Giacobini, forse esistente già nell'aprile 1790 con il nome di *Club des droits de l'homme*, poi a partire del giugno 1790 presente come *Société des amis des droits de l'homme et du citoyen*, definita anche *Club des Cordeliers* dato che le riunioni si svolgono inizialmente presso il convento dei *Cordeliers* (cordiglieri = quelli con il cordone alla vita, cioè Francescani), salvo poi trasferirsi all'Hôtel de Genlis in *rue Dauphine* dove rimangono fino allo scioglimento. Al

cui è ripartita la capitale, fino alla riforma amministrativa del 21 maggio 1790 che li sostituirà con quarantotto sezioni. Come ho già anticipato, anche questo documento si occupa di « Lèse-Nation » e la sua lettura si rivela di notevole interesse. Ancóra una volta si ripropone l'opposizione manichea 'bene'/'male', Rivoluzione/contro-rivoluzione; resta solo da capire cosa debba fare un cittadino per poter essere ricompreso nella categoria dei nemici del nuovo regime popolare a base rappresentativa. Il testo che segue, malgrado l'uso di lemmi come « volontà » e « fatto » che, apparentemente, mantengono un certo legame con il linguaggio della dottrina penale, propone, invece, un'immagine politica e irrazionale del soggetto potenzialmente incriminabile per « Lèse-Nation »:

« Qu' est-ce qu' un crime de Lèse-Nation? C'est méconnaître par la volonté et par le fait, les droits imprescriptibles de la Nation: c'est employer des moyens individuels à renverser ses droits, ou à leur porter atteinte. Les criminels de Lèse-Nation sont donc tous animés d'un même esprit, qui est de maintenir l'ancien despotisme et l'aristocratie, et d'en servir les agents, dans les efforts qu' ils font pour repousser la vérité qui les a dévoilés et la liberté qui les chasse.

Quels peuvent être les criminels de Lèse-Nation? Ce sont ceux qui formant chacun en soi un chaînon de la longue et tortueuse chaîne du despotisme, perdent par le regne de la liberté, la faculté d'opprimer les citoyens et d'attenter à leur fortune, la faculté de se faire puissans et riches par l'asservissement et la spoliation d'autrui, la faculté de donner carrière à leurs passions effrenées avec une audace égale à l'impunité qu' ils se menageoient et s'assuroient réciproquement » ⁽²²³⁾.

Lungo l'arco dell'intera legislatura il Blocco costituzionale, maggioritario in Assemblea, appoggiato anche dai *monarchiens* Malouet e Clermont-Tonnerre (e apparentemente da alcuni *Noirs* come

club sono ammesse le donne e i *citoyens passifs*, tra i dirigenti di spicco troviamo Georges Danton (si firma ancóra d'Anton), il poeta Fabre d'Églantine, il tipografo Momoro, James Rutledge (l'avversario di Necker), e poi quelli destinati a diventare i maggiori agitatori dell'anno II: Marat, Hébert, Vincent, Legendre, Lebois e Chaumette. Tra il 1791 e il 1794 si ha una progressiva radicalizzazione estremista che porta il *Club des Cordeliers* a contrapporsi al *Comité de Salut Public* che, il 14 marzo 1794, fa arrestare e giustiziare tutti i suoi *leaders*; cessa di riunirsi dopo il 24 marzo 1794. Per un essenziale inquadramento v. Jacques GUILHAUMOU, *Cordeliers (Club des)*, in Albert SOBOL, *Dictionnaire historique de la Révolution Française*, cit., pp. 293-294.

⁽²²³⁾ Extrait des registres des Délibérations de l'Assemblée du District des Cordeliers. Du 20 Avril 1790. *Adresse à l'Assemblée Nationale*, à Paris, de l'Imprimerie de Momoro, 1790, pp. 12-13.

Cazalès o l'abbé Maury che, in realtà, reggono le fila contro-rivoluzionarie) difendono in modo intransigente il principio di stretta legalità dei delitti e delle pene. La Sinistra estrema rappresentata dai soli Robespierre, Pétion ⁽²²⁴⁾ e Buzot ⁽²²⁵⁾ — una specie di Triumvirato democratico, alternativo a quello di Barnave, Du Port e Lameth, ma senza alcun peso assembleare — sembra estranea ai valori e principi sanciti dagli articoli VII e VIII della *Déclaration des Droits*.

4.3. *Robespierre? Sospetta.*

Lo storico avrebbe la possibilità di riempire parecchie pagine basandosi esclusivamente sul vastissimo repertorio dell'epoca costruito attorno a coppie antinomiche: bene/male, « esclaves »/« tyran », « droits de la Nation »/« Lèse-Nation », « vigilance »/« Sainte-Barthélemi des patriotes ». Tra i tanti brani utilizzabili, mi sembra utile leggere cosa dice Robespierre che in quel momento fa da portavoce al popolo delle sezioni, interpretandone e amplificandone pregiudizi e angosce:

« Les crimes de Lèse-Nation sont des attentats commis directement contre le droit du corps social. Il en est de deux espèces: ceux qui attaquent son existence physique, et ceux qui cherchent à vicier son existence morale. Ces derniers sont aussi coupables que les premiers. Celui qui attente à la

⁽²²⁴⁾ Jérôme Pétion (2.I.1756-18.VI.1794), avvocato a Chartres, deputato del Terzo Stato agli Stati Generali, siede alla Sinistra estrema della Costituente con Buzot e Robespierre; inviato quale commissario dall'Assemblea con i colleghi Barnave e La Tour de Maubourg per assicurare il ritorno del re a Parigi dopo la fuga di Varennes, si dichiara favorevole a votare la decadenza dal trono; popolarissimo nella capitale, viene eletto sindaco al posto di Bailly; completamente passivo durante i massacri di Settembre, deputato alla Convenzione, girondino, regicida, proscritto il 2 giugno, suicida dopo aver passato dieci mesi alla macchia con Buzot e Barbaroux.

⁽²²⁵⁾ François-Nicolas-Léonard Buzot (1^{er}.III.1760-18.VI.1794), avvocato con buoni studi alle spalle, influenzato dalle letture di Plutarco e Rousseau; *conseiller au Bailliage d'Evreux* dal 1786; tra i redattori del *cabier* di baliaggio, è eletto agli Stati Generali dove si lega immediatamente a Pétion e Robespierre; aderisce al *Club Bréton* e poi al *Club des Jacobins*; presentato ai Roland nel febbraio 1791 diventa assiduo alle riunioni quadrisettimanali di *Madame Roland*; dopo la fuga di Varennes propone di processare il re; presidente del *Tribunal criminel de l'Eure* a fine sessione; disgustato dai massacri di Settembre, deputato alla Convenzione, girondino, non vota la morte del re, proscritto il 2 giugno, suicida dopo aver passato dieci mesi alla macchia con Pétion e Barbaroux.

liberté d'une Nation est autant son ennemi que celui qui voudrait la faire périr par le fer. Dans ce cas, ce n'est plus une Nation, ce n'est plus un Roi; il n'y a que des esclaves et un tyran. Les crimes de Lèse-Nation sont rares quand la constitution de l'Etat est affermie, parce qu' elle comprime de toutes parts, avec la force générale, les individus qui seraient tentés d'être factieux. Il n'y a alors que les hommes publics, armés de grands pouvoirs, qui puissent ruiner l'édifice de la Liberté publique. Ce n'est donc que sur eux qu' il est utile de fixer alors la défiance d'un tribunal. Mais dans un temps de Révolution, lorsque un Peuple secoue le joug, que le despotisme fait des efforts pour se relever, alors le tribunal de surveillance doit scruter plus particulièrement les factions particulières. Il faut que ce tribunal soit composé de personnes amies de la Révolution. Il ne doit ressembler en rien à ce siège anti-constitutionnel [le Châtelet] à qui vous avez remis le soin de punir les forfaits des nombreux ennemis qui ont entouré le berceau de la Liberté; il faut que le tribunal que vous avez formé soit investi de courage, de force armée, puisqu' il aura à combattre les Grands, qui sont ennemi du Peuple » (226).

Il brano citato, che appartiene al Costituente Robespierre, annuncia l'*Incorruptible* dell'anno II. La sua dottrina della « Lèse-Nation » si fonda su di un testo assertivo non argomentato che propone enunciati privi di dimostrazioni. Innanzi tutto, le due prime proposizioni in cui l'oratore qualifica i crimini politici ricorrendo a un'espressione priva di significato nella sua genericità come « attentati [...] contro i diritti del corpo sociale », ed assimila l'aggressione alle libertà pubbliche alla guerra. Certo, configurare l'avversario politico come nemico interno è estremamente pericoloso, considerato che questo nuovo *hostis publicus* può trasformarsi in *hors-la-loi* spogliato del godimento delle garanzie processuali previste dalla legge-stralcio 8-9 ottobre 1789, di riforma dell'*Ordonnance Criminelle* del 1670. Per di più, Robespierre utilizza un'altra affermazione non dimostrata, asserendo che i crimini di « Lèse-Nation sono rari quando la costituzione dello Stato è consolidata ». A partire da questo enunciato perentorio, sostiene che il tempo scandito dalla Rivoluzione è quello della « sorveglianza » sulle « fazioni particolari ».

Ma cosa significa evocare le fazioni alla Costituente nel 1790? Nell'ottobre 1790 questo termine sprezzante è indirizzato ai gruppi

(226) Bulletin de l'Assemblée Nationale. Séance du Lundi 25 Octobre [1790]. *Présidence de M. Barnave*. Opinion de M. Robespierre, in « Moniteur », *réimpression*, cit., VI, p. 211.

politici i cui programmi sono antagonisti rispetto a quelli portati avanti dall'estremismo militante parigino, di cui si fa portavoce in aula il terzetto di deputati che siede all'estrema Sinistra. Utilizzando il termine « fazione » i commissari del *Comité des Recherches* municipale, come anche Robespierre e i suoi due colleghi uniti dalla logica del sospetto, intendono riferirsi anche all'azione politica legale dei *clubs* costituzionali eredi della diaspora dei *Monarchiens*: la *Société de Quatre-Vingt-Neuf* e gli *Impartiaux*. Contro i Clermont-Tonnerre e i Malouet, contro i Beaumetz e i Siéyès, contro i La Rochefoucauld e i La Fayette, Robespierre chiede l'attivazione di una sorveglianza di Stato, temibile e armata, palesemente ispirata all'esperienza del *Comité des Recherches de la Ville de Paris*.

Naturalmente l'Artesiano è un isolato in aula, e come tale le sue frasi potrebbero sembrare prive di conseguenze; ma in quanto portavoce della 'domanda penale di piazza' agitata dai sobborghi militanti e dallo stesso *Palais-Royal* — per il quale, in cuor suo, antipatizza — Maximilien Robespierre si fa temibile vessillo di una Rivoluzione permanente che àlita sugli uomini di governo la cultura del sospetto.

Avere resistito a tutto questo, imponendo la *Déclaration des Droits* e i suoi derivati legislativi — costituzione e codici — come chiave di volta della riedificazione dello Stato rappresentativo, ha costituito non piccolo merito per il Blocco costituzionale e i suoi *leaders*, vissuti per ventisette mesi nel sogno di acclimatare Boston, Philadelphia e la libertà costituzionale americana sulle rive della Senna. Un sogno destinato a svanire con un brusco, tragico, risveglio determinato non tanto dal 10 agosto dei Marsigliesi dell'avvocato Barbaroux, quanto piuttosto dalla pretesa di Brissot che una guerra emancipatrice avrebbe potuto esportare in Europa la libertà francese sulla punta delle baionette.

I nemici dell'ordine

GIOVANNI CAZZETTA

QUI DELINQUIT AMAT POENAM.
IL NEMICO E LA COSCIENZA DELL'ORDINE
IN ETÀ MODERNA (*)

1. Premessa (amore per la pena; persuasione all'ordine). — 2. *Ordo iuris* e aspirazione alla pena. — 3. Consenso alla pena. — 4. Guadagnarsi l'appartenenza. — 5. Libertà di coscienza e amore per il governo. — 6. Il servo incatenato e il servo persuaso. — 7. Persuaderli a contrattare. — 8. Paura della pena e disposizione a obbedire. — 9. La « legge eterna dell'ordine » e le aspirazioni dei « buoni ». — 10. Il gendarme e la coscienza.

1. *Premessa (amore per la pena; persuasione all'ordine).*

« *Qui delinquit amat poenam* »: a consegnarci la figura di un delinquente perfettamente incastonato nell'ordine, sino al punto da manifestare devozione alle sue regole anche nel momento della trasgressione, è Bartolo da Sassoferrato. Fedele interprete dell'ordine giuridico medievale, egli rappresenta i singoli movendo dal tutto: il delinquente aspira alla pena perché è immesso in un ordine che è radicato nella sua coscienza, perché la sua *voluntas* rispecchiando la *ratio* non può che mostrare una completa adesione all'assetto ordinato e ordinante della comunità. L'appartenenza determina in tutti i componenti della comunità un amore certo, un'aspirazione oggettiva all'ordine. Prendendo a prestito espressioni di Émile Durkheim, si può dire che le costrizioni sono perfettamente interiorizzate nella coscienza degli individui, in una sorta di perfetta coincidenza tra le forze di controllo che agiscono dall'esterno e le

(*) Questo saggio ha tratto spunto dal ricordo di una conversazione di molti anni fa con Mario Sbriccoli. A Mario, alla Sua attenzione per i particolari, queste pagine sono dedicate.

forze di controllo che agiscono dall'interno. La società è in ciascun individuo.

Col venire meno degli universalismi e con la secolarizzazione, con la costruzione dello Stato moderno come struttura artificiale, tale rappresentazione si infrange. Ponendo al centro dell'attenzione non più la *ratio* ma la *voluntas*, la modernità scinde sempre più 'l'esterno' e 'l'interno', il complesso paesaggio interiore e la norma. L'estremo dell'*amore per la pena* diviene estraneo al contesto della modernità che, pur proponendo ripetutamente rappresentazioni unitarie (tra società civile e Stato, tra volontà razionale e ordine sovrano, tra disciplina dell'anima e disciplina della società (1)), mostra con la sua stessa tensione all'unità la precarietà del legame singoli/comunità, la distanza e il vuoto esistente tra soggetto ed oggetto, tra comando del sovrano e coscienza individuale. Nella modernità amore e relazioni spontanee d'amicizia si privatizzano mentre le forme di conflittualità si giuridificano, il privato si separa dal politico, quanto è celato nel profondo dell'anima appare (se non irraggiungibile) sempre più 'privato'. Con il destino segnato dalla nuova visione del mondo, la figura del delinquente che aspira alla pena è assorbita nel pulviscolo di scelte individuali capaci di spezzare la fatalità del caso, di infrangere l'appartenenza imposta, di negare l'amore oggettivo (2).

Nel XVIII secolo, mentre il processo di secolarizzazione distingue in maniera sempre più netta foro interno e foro esterno, è una legge 'voluta' che è chiamata a ridisegnare l'area del penale e ad esigere obbedienza. Dopo la rottura dell'unità religiosa, dopo la nuova antropologia della conflittualità resa fortunata dalla scandalosa rappresentazione hobbesiana del *bellum omnium contra omnes* (3), 'l'amore per il governo' non si presenta più come un dato naturale ma come il risultato di una scelta razionale di sottomissione.

(1) Cfr. *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, a cura di P. Prodi, Bologna, Il Mulino, 1994.

(2) « Sta a noi accettare o meno l'amore, il che significa che la volontà può talvolta spezzare la fatalità »: Julien FREUND, *L'amico e il nemico: un 'presupposto' del politico* (1965), in Id., *Il terzo, il nemico, il conflitto. Materiali per una teoria del Politico*, a cura di A. Campi, Milano, Giuffrè, 1995, p. 61.

(3) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. I: Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 165 e ss.

La fondazione contrattuale della società prende sul serio la volontà dei singoli ma la sposta in un cielo di astrazioni lontane dalla vita quotidiana e dalla terra delle effettive relazioni di potere, dà fondamento al potere ma non riesce a sostituire la rassicurante certezza di un'appartenenza costantemente iscritta nella coscienza di tutti i componenti della comunità politica: i bisogni, le passioni, gli interessi, l'amore di sé, dei soggetti posti in primo piano rendono fragile la promessa di obbedienza e illogica (contraddittoria e impossibile) l'estrema aspirazione al castigo. Il legame profondo tra la nuova antropologia del soggetto e l'ordine è tutto da costruire. Insistendo sull'idea di una cooperazione alla società mercantile che è da provocare, da conquistare attraverso una paziente opera di persuasione capace di considerare scientificamente la natura umana è probabilmente Adam Smith ad offrire la rappresentazione più nitida (o, se si preferisce, la più fortunata) del consenso esigibile nel contesto della modernità. Egli non crede alla favola dello stato di natura e al contratto sociale, diffida di una promessa di obbedienza rivolta verso un futuro incerto, ma non per questo rinuncia a un coinvolgimento dei soggetti e alla ricostruzione di un legame tra coscienza e ordine. Smith non insiste sul contratto come astratto scambio di promesse ma sulla *persuasione al contratto* (al contratto individuale) come strumento necessario in una società in cui ogni singolo è in dipendenza dagli altri. La persuasione — una persuasione al mercato, al perseguimento degli interessi individuali e comuni — è ricerca di un coinvolgimento di *tutti* nell'ordine; un coinvolgimento necessario in una società che stava trasformando servi incatenati in lavoratori liberi, una società in cui « perfino il filosofo e il facchino sono reciprocamente utili ».

La figura disegnata da Bartolo appare dunque illogica nella modernità. Non considera la volontà razionale del soggetto, ignora le sue passioni, il suo amore di sé, contrasta con la ricerca dell'utilità, della felicità. La figura della naturale obbedienza — inserita nel Paradiso in cui « governare e ubbidire è un sublime atto d'amore »⁽⁴⁾ — non può che lasciare il posto alla disobbedienza, a una progressiva scoperta del delinquente come estraneo, come

(4) F. MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, p. 105.

nemico ⁽⁵⁾ e a nuove costruzioni riguardo al ‘delinquente razionale’, al ‘delinquente buono’.

Il paradigma contrattualistico attraverso il riferimento al *consenso alla pena* propone una sorta di versione fragile dell’aspirazione alla pena: solitario e presuntuoso, il cittadino che consente alla pena esprime il dramma dell’obbedienza moderna, il disagio dell’interiorizzazione di un ordine artificiale verso cui manifesta una sana diffidenza (invocando la bilateralità del contratto, il consenso alla pena marca infatti la distanza e non l’unità tra le parti); nello stesso tempo però l’esaltazione dell’unità della volontà generale propone una tensione all’assorbimento del soggetto che spesso stenta ad arrestarsi sulla soglia della coscienza. Il delinquente che ha l’ordine in sé non ha maggiori fortune anche nella prospettiva utilitaristica: la naturale convergenza tra ricerca di utilità individuali e generali tende però a trasformare ‘l’utile’ in precetti per il legislatore (in illuminato intervento riformista del legislatore), in tensione a forgiare la disposizione ad obbedire ben oltre i confini della nuda pena, ben oltre la distinzione formale tra morale e diritto. Francesco Carrara, rifiutando sia la logica contrattualistica sia quella utilitaristica, propone un diritto « assoluto » come fondamento dell’intero sistema penalistico ma difende con forza la necessità di sottrarre il soggetto a un’appartenenza assoluta. L’aspirazione all’ordine è per Carrara naturalmente iscritta nel cuore di *tutti* gli uomini e determina in ciascuno una « lotta interiore »; l’ordine esterno però è quello dato dalla « maggioranza dei buoni » ed è un ordine che, per non essere arbitrario, deve rinunciare a intervenire nella lotta dell’individuo con se stesso, deve punire rinunciando alla pretesa di ammaestrare la libera coscienza.

La figura di un soggetto che, pur delinquendo, aspira alla pena riaffiora esplicitamente all’inizio del Novecento nelle indagini sull’inconscio. Theodor Reik, seguendo la lezione di Freud, mette a fuoco gli « inconsci elementi morali », i « forti e inconsci impulsi di autorivelazione » « il bisogno di punizione », « l’impulso irresistibile

⁽⁵⁾ Una scoperta che si realizza in concomitanza con un generale spostamento dell’attenzione della penalistica dal danno in direzione della disobbedienza. Cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia Criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 181 e ss.

a confessare », « la segreta richiesta di amore », presente nel delinquente che, facendosi custode dell'ordine che ha in sé, aspira al castigo (6). Mentre Reik analizza la lotta interiore di chi per (inconscio) amore della pena si rivela e ritorna sul luogo del delitto, sono altre però le figure che nutrono l'immaginario della penalistica dopo la vulgata lombrosiana e positivistica: individui pericolosi, delinquenti per vocazione, recidivi, irrecuperabili, incorreggibili, nemici giurati dell'ordine, armata del crimine (7).

La sfortuna dell'aspirazione per la pena nel diritto della modernità è però solo apparentemente così assoluta. La figura ipotizza infatti una tranquillizzante (naturale) coincidenza tra coscienza e ordine, un'adesione religiosa alla comunità che si contrappone in modo visibile — attraverso il sacrificio e la negazione di sé, attraverso la vittoria di una più alta razionalità — a un'adesione formale, sempre incerta, sempre minacciata dal rischio di essere apparente.

Nel cuore della modernità è Hegel a riproporre la figura di un delinquente 'razionale' che ama la pena. Assorbito nell'unità etica dello Stato, è ora un delinquente « come essere razionale » ad aspirare alla pena, a considerarla « giusta » e a pretenderla come « *suo*

(6) « Come la confessione del bambino inconsciamente rappresenta una nuova richiesta di amore, un tentativo di recuperare l'oggetto perduto, il criminale, nella sua confessione, mostra l'intenzione di rientrare nella società, dichiarandosi meritevole di castigo ». Le conferenze di Reik, tenute a metà degli anni Venti, sono raccolte in T. REIK, *L'impulso a confessare*, Milano, Feltrinelli, 1967, la citazione è presa da p. 249 (*L'impulso a confessare nella criminologia*). Reik non manca di sottolineare anche il valore psicologico della confessione per 'gli altri', per la società: « La società si sente oppressa, quando il criminale nega o tace, come da un'accusa gravissima. Come se fosse stato messo in dubbio il diritto a giudicare che la società si arroga. Il criminale facilita il compito del tribunale e lo previene perfino confessando, visto che la confessione è una espressione del suo bisogno di castigo [...]. È stato detto che in ogni accusa fatta dalla società in seguito ad un delitto, è implicita un'autoaccusa, perché la società ha la sua parte di colpa se il delitto è stato commesso [...]. L'accusa del criminale, diretta alla 'colpa collettiva della società' come la definì il famoso maestro di diritto penale Franz von Liszt, è implicitamente contenuta nella confessione. La confessione quindi non significa solo una diminuzione del bisogno inconscio di punizione; significa anche il suo parziale appagamento. Diminuisce e soddisfa il bisogno di punizione della società. Soddisfa questo bisogno nella società come l'eroe della tragedia che con la sua morte soddisfa il bisogno di punizione collettivo » (ivi, p. 248).

(7) Cfr. P. MARCHETTI, *L'armata del crimine. Teorie della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona, Cattedrale, 2008, p. 20 e ss.

diritto». Il delinquente non esprime un individualistico ‘consenso alla pena’ ma rispecchia l’universalità, la « realtà dell’idea etica », *partecipa* all’ordine già con il suo fatto. L’individuo « ha oggettività, verità ed eticità soltanto in quanto è membro » dello Stato; tale *unione* non ammette barriere: il delinquente non può che aspirare alla pena, non può che esigere la violenza che annulla la violenza del delitto, per conciliare ‘in sé’ il diritto. Un secolo dopo, Ugo Spirito — mosso dall’idea del diritto come « realtà etica » ma lontano dall’idea della pena come ‘retribuzione giuridica’ — accentuerà la prospettiva di un intervento ‘attivo’ sulla coscienza per « risolve[re] nell’animo stesso del delinquente ogni possibile conflitto tra norma etica e norma giuridica » (8). Non si tratta semplicemente di prendere atto dell’« unità etica » ma di imporla « nella coscienza del reo » (9).

Come *pretesa* di assoluta appartenenza, l’amore per la pena non ha mai del tutto abbandonato la modernità: è stato riproposto (spesso tragicamente) come mezzo di disciplina e colonizzazione delle coscienze, come segno di appartenenza iscritta nell’anima, come piena ‘vera’ partecipazione allo Stato etico, come esaltazione nazionalistica dell’*amor patriae* e del *pro patria mori* (10), come terribile strumento di individuazione degli « estranei alla comunità ». A tale tensione le barriere formali poste dal diritto moderno per distinguere foro interno e foro esterno, per offrire « la garanzia necessaria a tenere in equilibrio la ‘contrapposizione’ tra persona del reo e potere punitivo » (11), per arginare la ‘coerente’ tensione del

(8) U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Torino, Bocca, 1932², p. 19, cfr. p. 205 e ss.. Su Hegel cfr. *infra* al § 3.

(9) *Ivi*, p. 49. Sul punto si cfr. *infra*, § 4 e § 9.

(10) Cfr. P. CAPPELLINI, *Nazionalismo*, in *Politica (Dizionario a cura di Lorenzo Ornaghi)*, *Enciclopedia tematica aperta*, Milano, Jaca Book, 1993, p. 359 e ss., in particolare p. 365 e ss.

(11) F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 36 (2007), tomo II, p. 1284: « il diritto penale e più in generale punitivo non può più prescindere, almeno nel nostro mondo occidentale, dalla garanzia necessaria a tenere in equilibrio la ‘contrapposizione’ tra persona del reo e potere punitivo. Solo laddove non sussista questa contrapposizione, o perché il potere sia di per se stesso il miglior garante dell’individuo di cui assume per esempio la cura della *salus animarum*, o perché l’unica dimensione del rapporto potere/individuo sia quella del ‘dovere’ in cui

« Dio terreno » ad ottenere l'estrema obbedienza della coscienza alla « potenza sovrana » ⁽¹²⁾, non sempre — come è noto — sono state in grado di resistere ⁽¹³⁾.

La rappresentazione del delinquente che aspira alla pena non è innocua. Il suo volto più oscuro si afferma nelle celebrazioni di un'identità 'assoluta' e nel momento in cui tale certezza diviene precaria ed è affannosamente ricercata, verificando fedeltà ed estraneità all'ordine, magari attraverso *tormenta* ⁽¹⁴⁾. Oggi sistemi più sofisticati dei *tormenta* consentono di controllare quotidianamente la conformità all'ordine dei singoli e, grazie al dispotismo delle statistiche, di interi gruppi sociali. In una società sempre più intenta a confrontarsi con le diversità e a interrogarsi sulla sua identità, la tensione a rintracciare segni di appartenenza 'non apparenti', a esigere e a imporre criteri sempre più alti per l'inclusione — per il

quest'ultimo solamente realizza il proprio essere, solo in questa prospettiva (che non a caso sono quelle teologico-politiche) l'esigenza della garanzia non si pone — almeno teoricamente ».

⁽¹²⁾ Così, com'è noto, C. SCHMITT (*Il Leviatano nella Dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Milano, Giuffrè, 1986) in riferimento alla « incrinatura » aperta da Hobbes nella « unità tanto compatta e irresistibile » del Leviatano. L'incrinatura sta nel lasciare « al singolo la libertà interiore di credere o di non credere — da se stesso e secondo la sua ragione privata — e di custodire il suo particolare 'judicium' nel suo cuore, 'intra pectus suum' » (ivi, pp. 104-105). « Nel momento in cui la distinzione tra interno ed esterno viene riconosciuta, la superiorità dell'interno sull'esterno, del privato sul pubblico, è, in sostanza, cosa già decisa. Un potere pubblico per quanto sia enfaticamente riconosciuto senza riserve, per quanto lealmente sia rispettato, come potere soltanto pubblico ed esteriore è vuoto e disanimato al suo interno. Un siffatto Dio terreno, ha ancora dalla sua parte solamente l'apparenza e i 'simulacra' della divinità » (ivi, p. 111).

⁽¹³⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

⁽¹⁴⁾ L'ossessione di antico regime per la confessione dell'imputato — che, facendosi accusatore di se stesso, voleva e pronunciava la sua condanna —, il processo inquisitorio e la violenza dei *tormenta*, possono leggersi, del resto, come una spasmodica ricerca, ingenua e astuta, di unità tra il singolo e l'ordine. « La presunzione ingenua, nella *quaestio per tormenta*, sta nel dare per scontato che la verità sia custodita nel paziente. Quella astuta consiste nel concludere che, se il paziente non la confessa, vuol dire che gli è sfavorevole » (M. SBRICCOLI, « *Tormentum idest torquere mentem* ». *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in *La parola all'accusato*, a cura di J.C. Maire Vigueur e A. Paravicini Baggiani, Palermo, Sellerio, 1991, p. 26).

riconoscimento del buon cittadino e del buon delinquente — e specularmente per l'esclusione del nemico 'senza diritti' ⁽¹⁵⁾, torna ad essere drammaticamente incombente ⁽¹⁶⁾.

2. Ordo iuris e amore della pena.

«Notandum est quod qui delinquit amat poenam, et sic in delictis est consensus a quo creatur naturalis obligatio» ⁽¹⁷⁾. Bartolo

⁽¹⁵⁾ Pier Paolo Portinaro ha sottolineato da tempo l'opportunità di considerare, accanto alle coppie amico-nemico già consolidate (nemico pubblico/privato; pubblico/segreto; interno/esterno; reale/convenzionale; reale/assoluto) anche la dicotomia tra nemico 'astratto' e nemico 'concreto', attenta alle «modalità psicologiche di 'personificazione' del nemico» (PORTINARO, *Materiali per una storicizzazione della coppia amico-nemico*, in *Amicus (inimicus) hostis. Le radici concettuali della conflittualità 'privata' e della conflittualità 'politica'*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 221 e ss.

⁽¹⁶⁾ Le pagine che seguono non intendono tracciare il complesso percorso della penalistica moderna, indagare i nessi e le distinzioni tra la disobbedienza alla legge morale e quella alla legge positiva (cfr. P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000), né — ovviamente — intendono considerare il processo di costruzione dell'identità dell'individuo moderno e i variegati mezzi di disciplina e colonizzazione della coscienza (cfr., ad esempio, i suggestivi percorsi tracciati da R. BODEI, *Destini personali. L'età della colonizzazione delle coscienze*, Milano Feltrinelli, 2009 [prima ed. 2002], p. 13; ID., *Scomposizioni: forme dell'individuo moderno*, Torino, Einaudi, 1987; ID., *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Milano, Feltrinelli, 2003 [prima ed. 1991]). L'intento è più semplicemente quello di provare a leggere nel tormentato percorso di secolarizzazione del diritto alcuni modelli di appartenenza e alcune modalità di legittimazione dell'esclusione, e di individuazione del nemico, movendo dal riferimento alla rappresentazione 'estrema' dell'*aspirazione alla pena*. Il percorso di queste pagine — senza nessuna pretesa di completezza — si limiterà a tracciare alcune ipotesi di lettura. Nel § 2 inquadrerò sinteticamente la figura proposta da Bartolo in riferimento all'ordine medievale; nei §§ 3 e 4, proverò a individuare — mettendo a fuoco la prospettiva del 'consenso alla pena' — discontinuità e tensioni verso una riproposizione della figura sino alla fine del XIX secolo; nei §§ 5-8, dopo aver fatto cenno — in riferimento a Locke — ai problemi posti dalla 'scoperta della coscienza', proverò a considerare un versante speculare rispetto alla richiesta di amore per la pena: le condizioni per 'guadagnarsi il riconoscimento', l'intreccio tra 'mite' persuasione all'ordine e necessità di forgiare una nuova, artificiale, 'disposizione ad obbedire'; il § 9 affronterà il tema dell'*aspirazione alla pena* in Carrara; l'ultimo paragrafo proporrà qualche minima annotazione ai margini del dibattito dei nostri giorni riguardo al 'diritto penale del nemico'.

⁽¹⁷⁾ BARTOLO, *Commentaria super Authenticis, et Institutionibus*, Venetiis, apud

muove da un testo che parla di « amatores periculi » (18), nella sua lettura però l'attenzione si sposta immediatamente sull'aspirazione al *bonum* che muta la disordinata pulsione al delitto in *ordinata voluntas*, in adesione all'ordine. L'amore per la pena segnala un ordine radicato nella coscienza: chi delinque esige e riconferma l'ordine nel momento stesso in cui lo infrange. La *fictio* è una spia di una certezza legata all'indiscutibile tenuta di quanto « bonum est » e alle coordinate di fondo dell'ordine giuridico medievale, un *ordo iuris* « che non si lascia scalfire dagli episodi grandi e piccoli della vicenda storica, perché si colloca al di là del potere politico e dei suoi detentori, svincolato dalle miserie della quotidianità, collocato sul terreno fondo e sicuro delle radici supreme, dei valori » (19). « *Delinquens amat poenam* »: chi delinque non si oppone alla *voluntas* del sovrano ma alla *ratio*, non è in *culpa* per una devianza da un comando proveniente da un'autorità politica ma per aver deviato dal *bonum* (20).

La volontà di chi delinque è considerata proiezione dell'ordine ed ha, pertanto, poco a che fare con sofisticate ricostruzioni dell'*animus* e con le teorie protese a fondare l'ordine sul consenso. L'amore per la pena è oggettivo, è espressione di una perfetta compenetrazione tra singoli e *ordo iuris*, di una « dimensione soggettiva » che « cede il passo alla dimensione oggettiva » (21). Posta ai margini delle dispute riguardo ai nessi tra il fatto materiale e l'atteggiamento psicologico dell'agente, tra pena e pravità dell'*animus*, tra dolo e

Iuntas, 1590, De non alienandis... rebus ecclesiasticis immobilibus, § Quia vero Leonis, n. 1, f. 12 vb.

(18) Auth. Coll. II, tit. I, cap. V [Nov. 7. 5].

(19) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 14.

(20) « *Bonum est in re*, il 'valore' (espressione che è comunque troppo connotata dalla nostra *épistémè* economicistica) è obbiettivo, appartiene [...] alla *substantia rerum* e non dipende dal giudizio che lo apprezza; al contrario, quest'ultimo deve conformarsi su quello, dato che non v'è frattura tra pienezza di realizzazione dell'essere e bene ». P. CAPPELLINI, *La letteratura giuridica e il bene. Contributo per una decostruzione della modernità 'pura'*, in « Filosofia politica », II, 2 (1988), p. 399. Cfr. ancora ivi (in particolare, p. 401 e ss.) per importanti considerazioni riguardo allo 'spostamento' della nozione di 'bene' nel periodo moderno.

(21) P. GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 448 e ss.

reato ⁽²²⁾, la figura è espressiva di alcune profonde certezze caratterizzanti il discorso dei giuristi nel medioevo. La ricostruzione del profilo soggettivo muove dal presupposto che esso rifletta perfettamente il tutto, che sia specchio fedele dell'ordine della comunità politica: consapevoli che senza la volontà ogni atto risulta indifferente, i giuristi pongono l'ordine nella volontà dei singoli, scorgendo una naturale (oggettiva) devozione alle gerarchie, una naturale vocazione all'obbedienza.

Il delinquente che vuole la sua punizione si pone in perfetta corrispondenza con il tutto, allinea l'ordine della ragione, quello del governo della società politica e quello divino (chi pecca — scrive San Tommaso — agisce contro la ragione, contro la legge umana, e contro la legge divina ed incorre in tre tipi di pena: la prima inflitta da sé medesimo; la seconda dagli uomini; la terza da Dio ⁽²³⁾); egli ha interiorizzato la giustizia e, come mosso dagli ammonimenti agostiniani (non teme la pena, comunque ama la giustizia), nel momento in cui delinque manifesta la sua piena appartenenza. La sua aspirazione alla pena si inserisce in un ordine immerso nell'amore e sostenuto da un amore che tempera le passioni e disciplina l'anima ⁽²⁴⁾, appartiene a 'un abito che guida le azioni' in maniera infallibile ⁽²⁵⁾. Il castigo è medicina per l'anima misurata in riferi-

⁽²²⁾ Movendo dai passi del *Corpus juris* che sancivano « in maleficiis voluntas spectatur, non eventus », Bartolo propone una nozione di sintesi di *culpa* che comprende ogni deviazioni dal *bonum* (« culpa est deviatio ab eo, quod bonum est, quod per diligentiam hominis potuit praevideri »). Nella nozione di *culpa* rientra così ogni determinazione volitiva ma resta aperto, soprattutto ai fini della prova nel giudizio, il problema di una 'graduazione' fra *dolus verus* (*culpa latissima*) e *dolus praesumptus* (*culpa latior*). Cfr. G. ALESSI, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 36 (2007), *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), tomo I, pp. 43 e ss., 61 e 62; M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 241 e ss.

⁽²³⁾ TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologica*, Ia-IIae, Questione 87, Art. 1.

⁽²⁴⁾ Cfr. A.M. HESPANHA (con A. Serrano), *La senda amorosa del derecho. Amor y iustitia en el discurso jurídico moderno*, in *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, a cura di C. Petit, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997, p. 41 e ss.

⁽²⁵⁾ In riferimento alla 'sinderesi' (principi naturali e intuitivi della coscienza morale, « l'abito che contiene i precetti della legge naturale, i quali sono i primi principi dell'azione umana ») in San Tommaso, si cfr. G. CAVALCOLI, *Autocoscienza e coscienza*

mento all'amore (« i castighi sono delle medicine » volte a ristabilire amore: « quanto più intenso sarà l'amore, tanto minore sarà la pena richiesta ») ⁽²⁶⁾.

La figura del delinquente che, mosso da una *ordinata voluntas*, aspira alla pena è speculare nelle pagine dei giuristi a quella della vittima che è, sempre deve essere, degna delle protezioni che le vengono accordate ⁽²⁷⁾. Traspare l'immagine di un sistema giuridico unitario e coerente, interiorizzato nella coscienza d'ogni consociato, nella vittima e nel delinquente, così come nel giudice. Anche la *voluntas* che guida il giudice non è *mera voluntas*, ma *voluntas iustificata*, *voluntas submissa fraeno rationis*, *voluntas regulata*: lo stesso *arbitrium* si presenta così come esplicitazione della *ratio* e non come espressione della 'volontà soggettiva' ⁽²⁸⁾. La prospettiva non muta anche spostandosi più in alto e facendo riferimento al principe; anch'egli — immesso com'è nell'ordine — si conforma al diritto, alla giustizia, anch'egli non può con un atto di volontà libera porre in essere una legge disonesta o ingiusta ⁽²⁹⁾.

La ricostruzione giuridica tende dunque a vedere ogni volontà

morale in S. Tommaso d'Aquino, in *Coscienza. Storia e percorsi di un concetto*, a cura di L. Gabbi e V.U. Petruio, Roma, Donzelli, 2000, p. 55 e ss. Per una ricognizione della teoria della pena in Tommaso cfr. ora H. MAIHOLD, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln-Weimer-Wien, Böhlau Verlag, 2005, p. 152 e ss.

⁽²⁶⁾ TOMMASO D'AQUINO, *Somma contro i Gentili*, a cura di T.S. Centi, Torino, Utet, 1975, Libro III, cap. CLVIII (In che modo l'uomo si liberi dal peccato), n. 3, p. 957.

⁽²⁷⁾ Nel caso in cui la vittima presta consenso al reato (si pensi, ad esempio, allo stupro semplice o al ratto della consenziente) affiora una tutela offerta in contrasto col principio *consentienti et volenti non fit iniuria*. I giuristi negano tale contraddizione cancellando il consenso deviante e rappresentando sempre una volontà onesta, degna della protezione accordata: « quia non est voluntas ordinata, sed dolosa persuasione inducta ». Una serie di finzioni riconducono così le volizioni libere e disordinate all'immanenza dell'ordine: la *dolosa persuasio* fissa l'armonia interna al sistema, permette di non fare riferimento ad una vittima *socia criminis* e fa emergere 'amore per l'ordine'. Sia consentito rinviare sul punto a G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffrè, 1999, in particolare p. 28 e ss.

⁽²⁸⁾ M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 11, 105, 270.

⁽²⁹⁾ Cfr. E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*,

dominata dalla *ratio*: prima che essere *libera*, la volontà dei singoli è *regolata*, rispetta una gerarchia ‘interiore’ dei valori che sovrasta le passioni anche quando non riesce a vincerle. L’*ordinata voluntas* è il segno che l’appartenenza imprime nella coscienza dei membri della comunità, di *tutti* i membri della comunità, perfino del delinquente.

Con l’amore per la pena si estremizza un’adesione assoluta ai valori, ai principi, alle *leges* della comunità. Movendo da questa accezione di appartenenza, si disegnano poi ‘con precisione’ le estraneità e le esclusioni. Se perfino l’aspirazione alla pena arde nell’animo degli appartenenti alla comunità, il nemico sarà quello esterno, quello caratterizzato da una naturale diversità di appartenenza e di devozione. Le classificazioni poste dal Digesto riguardo ai soggetti da considerare *hostes* confermano che, con un riferimento astratto all’appartenenza, è possibile tracciare distinzioni tra *populus romanus* ed *extranei*. Bartolo legge i testi di Pomponio e Ulpiano⁽³⁰⁾ movendo da una nozione ampia di *populus romanus* (comprende i popoli appartenenti all’impero romano, quelli che vivono secondo le *leges* romane, che obbediscono ad esse o che ne sono sottratti grazie a un privilegio imperiale) e ricalcando le distinzioni proposte: la guerra individua il nemico; la riduzione in schiavitù (che, a differenza della comminazione della pena, è riservata soltanto a chi è estraneo, al nemico, a colui che non ha una *voluntas* impregnata dal ‘nostro’ ordine) si realizza oltre i confini⁽³¹⁾. È proprio però la convinzione che l’appartenenza sia assoluta a mettere in discussione le distinzioni astratte. La considerazione più ravvicinata delle comunità politiche ‘concrete’ spinge a superare il dato formale e ad esigere verifiche dell’effettiva presenza dell’ordine. L’appartenenza

Roma, Bulzoni, 1982, p. 147; D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 91.

⁽³⁰⁾ « ‘Hostes’ hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri latrones aut praedones sunt » [D. 50, 16, 118]; « Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipsi populo Romano: ceteri latrunculi vel praedones appellantur. et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est: ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Parthis, et servus est hostium et postliminio statum pristinum recuperat » [D. 49, 15, 24].

⁽³¹⁾ Cfr. T. RÜFNER, *Die Rezeption des römischen Sklavenrechts im Gelehrten Recht des Mittelalters*, in *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht*, a cura di T. Finkenauer, Berlin Heidelberg, 2006, p. 201 e ss., e in particolare p. 214 e ss. riguardo a Bartolo.

risulta così più ‘vera’ mano a mano che ci si sposta dall’alto verso il basso, dal cielo dell’Impero alla terra delle città e alla considerazione effettiva del loro potere ⁽³²⁾. La riduzione di scala esalta l’identità del soggetto collettivo ed esalta, nello stesso tempo, la spinta verso una ricerca di quanti hanno nel loro animo l’ordine, facendo così saltare le distinzioni ed emergere nuovi nemici ⁽³³⁾.

Quando poi la certezza dell’appartenenza si incrina, le verifiche divengono sempre più puntuali. L’irresistibile ascesa della confessione tra i sistemi probatori nasce (anche) dalla sua capacità di misurare la tenuta dell’unione tra coscienza ed ordine, di appurare — senza più accontentarsi di presupporle ma ricercandole ossessivamente — coincidenze e tradimenti. Come manifestazione dell’ordine che il singolo ha in sé, come aspirazione alla pena, la confessione è spontanea, non è estorta; ma i confini sono labili. Quando è estorta con i *tormenta* torna ad essere spontanea se ratificata lontano dalla vista degli strumenti di tortura. E poi ci sono confessioni presunte, tacite, quasi confessioni ⁽³⁴⁾ che ricostruiscono un campo indeterminato di spontaneità, movendo dal presupposto di un naturale desiderio di condanna da parte di un ‘reo’ indotto al colloquio con se stesso ⁽³⁵⁾. La confessione unisce coscienza e ordine nel momento in cui ne verifica la scissione (perché ne teme la scissione): appartenenza estrema ed estraneità si congiungono nelle parole di chi confessa. Mario Sbriccoli ha illustrato con finezza gli sviluppi dell’individuazione del traditore come nemico ed il rito « allego-

⁽³²⁾ P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella repubblica medievale (110-1433)*, Milano 1969, [Ristampa Milano, Giuffrè, 2002], p. 201; ma si cfr. anche pp. 160 e ss. e 251 e ss.

⁽³³⁾ D. 49, 15, 19 (Paolo: « qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est »).

⁽³⁴⁾ Cfr. P. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, Giuffrè, 1994; P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1953-1954.

⁽³⁵⁾ « La condizione dell'imputato nel momento in cui si presentava davanti al giudice era — o almeno doveva essere — quella di chi, non distratto dalle passioni degli umani litigi, si piegava su se stesso per cercare la verità » (A. PROSPERI, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino, Einaudi, 1996, p. 199). Importanti considerazioni sul punto in MIGLIORINO, *Il corpo come testo*, cit., in particolare, p. 45 e ss.

rico » « sacrificale » « edificante » delle pena che gli è inflitta ⁽³⁶⁾: confessando egli « aspira alla pena », « si riconosce » nel potere e accetta i suoi rituali; nello stesso momento, però, egli « si mette fuori del consorzio umano e contro le sue leggi più sacre ed antiche ». « Si fa 'nemico del genere umano' si sarebbe detto più tardi » ⁽³⁷⁾.

Per considerare il percorso dell'incrinarsi della certezza dell'appartenenza, qui giova, però, seguire ancora da vicino le vicende della figura disegnata da Bartolo.

3. *Consenso alla pena.*

Quando si riconsidera il passo di Bartolo con sensibilità (anche solo in parte) moderna, si finisce per staccare il singolo dal tutto e per piegare progressivamente l'amore oggettivo in una prospettiva individualistica.

Preso dalla necessità di fissare l'obbligo di sottostare alla pena e di distinguere accuratamente tra obbligazioni *de iure gentium* (« omnia delicta et eorum castigationes sunt de iure gentium ») e *de iure civilis*, Tiberio Deciani sposta l'attenzione dal tema dell'amore per la pena manifestato *delinquendo* a quello del consenso posto a monte del fatto delittuoso (« a principio »). La rappresentazione di un'immanenza dell'ordine nella coscienza dei singoli è piegata verso la ricerca di un consenso effettivo, non prestato — come sosteneva Bartolo — 'con il fatto'. Inevitabilmente la lettura di Bartolo risulta erranea: non è possibile ipotizzare in base al diritto naturale che chi delinque ami la pena, abbia in odio il suo corpo e la sua vita; non è possibile ritenere che l'adesione all'ordine sia data da uno scomposto impulso criminale invece che da una scelta della ragione ⁽³⁸⁾. Il

⁽³⁶⁾ M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 161.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 160 e ss. Considerando la « liturgia dell'obbedienza » e l'« ossessione del tradimento », Sbriccoli ha evidenziato come la pretesa della confessione nei confronti del nemico per eccellenza, il traditore, fosse anche una richiesta di condivisione di valori, un 'fatto di connivenza' tra l'accusato e la struttura del potere, delle sue procedure e cerimonie: anche il colpevole di un comportamento spregevole ed esecrando come il traditore aspira alla sua condanna e la condanna che egli pronuncia contro se stesso rafforza il potere.

⁽³⁸⁾ « Non ergo ipse consensus in ipso actu delicti tacite intercessisse dicitur, quia

consenso alla pena — continua Deciani — non interviene *in ipso actu delicti*, non si realizza *delinquendo*, ma *ante delictum*, è il frutto di una scelta razionale, è legato al momento di adesione alla comunità, al momento in cui, movendo dai principi dello *ius gentium*, furono istituiti « regna et iurisdictiones » e tutti consentirono alle *leges* con la ragione e non con la passione ⁽³⁹⁾.

Ciò che infastidisce Deciani è, in fondo, proprio ciò che conferisce fascino alla prospettiva di Bartolo caratterizzata da una volontà ordinata dei singoli che riscatta il delitto, che schiaccia l'amore per il proprio corpo e per la propria vita entro una gerarchia di valori che si impone sull'*affectus* e sul disordine rivelato dal crimine, colorando la violazione coi tratti della *obedientia*, mostrando attesa e speranza della pena *in ipso actu delicti*.

Ancora più marcato, e sempre più falsante rispetto alla prospettiva medievale, diviene il riferimento al consenso alla pena quando, così come fa Grozio, si insiste nell'analogia col contratto: « qui delinquit sua voluntate se videtur obligasse poenae » ⁽⁴⁰⁾. In Grozio il richiamo al contratto è sospeso tra due mondi, senza la certezza di un'appartenenza oggettiva, senza la fiducia nel nuovo ordine segnato dalla legge ⁽⁴¹⁾. Anselm Feuerbach, avendo alle spalle le istanze riformatrici del secolo dei lumi, guarderà al testo di Grozio per porre il consenso del delinquente come fondamento giuridico della

hoc repugnat naturae, sed ante delictum conceptum, dum ratione non affectu regebatur ». T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, Venetiis, apud haeredes Hieronymi Scoti, 1614, II, X *Iuris Gentium quae sint et de eius effectibus*, n. 4, p. 39.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*. Si cfr. sul punto PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 283.

⁽⁴⁰⁾ « Verum tamen est in poenis primo ac per se exerceri expletricem justitiam, quia scilicet qui punit, ut recte puniat, ius habere debet ad puniendum, quod jus ex delicto nocentis nascitur. Atque hac in re est aliquid quod ad contractuum naturam accedit: quia sicut qui vendit, etiamsi nihil peculiariter dicat, obligasse se censetur ad ea omnia quae venditionis sunt naturalia, ita qui delinquit sua voluntate se videtur obligasse poenae, quia crimen grave non potest non esse punibile, ita ut qui directe vult peccare, per consequentiam et poenam mereri voluerit ». H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres...*, Amsterdami, apud Ioannem Ianssonium, 1632, Liber II, caput XX, § 3.

⁽⁴¹⁾ Cfr. S. MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, Esi, 1979, p. 56. Ma si cfr. anche F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico, I: Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milano, Giuffrè, 1983; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 169 e ss.

pena e cercherà (in polemica con Hobbes) di trarre conseguenze garantistiche dal riferimento all'aspetto bilaterale del contratto. La prospettiva, però, è oramai tutta interna all'orizzonte moderno dominato dalla centralità della legge come espressione della volontà del sovrano e dall'incertezza di un ordine 'voluto'. In Feuerbach il consenso alla pena tende, non a caso, a coincidere semplicemente con la previa conoscenza da parte dei cittadini della legge data dal sovrano (42).

La prospettiva del consenso alla pena non evidenzia una dimensione immanente nella coscienza dei singoli; anzi, i suoi connotati individualistici mettono a nudo la fragilità dell'appartenenza e le distanze tra i singoli e l'ordine. Movendo dal paradigma contrattualistico, Cesare Beccaria utilizza — com'è noto — il richiamo al consenso alla pena per contrastare la pena di morte: se la volontà generale è un aggregato di volontà particolari, nessuno può aver lasciato ad altri l'arbitrio di ucciderlo; nessuno è padrone di uccidersi e nessuno può aver lasciato ad altri questo diritto (43).

L'inconcepibilità di un consenso alla pena esteso sino alla negazione del diritto alla vita getta un'esile barriera tra la « dipendenza dalle leggi » (che « è la sola uguaglianza e libertà che possono gli uomini ragionevoli esigere nella presente combinazione delle cose » (44)) e i singoli, offre una garanzia per impedire che un 'preteso criterio di verità' neghi la personalità. Il discorso presuppone l'assenza di un'immedesimazione costante tra i singoli e l'ordine e trae proprio da tale assunto le sue implicazioni garantistiche. Il singolo che 'vuole' la pena la accetta in base ad un calcolo: egli consente alla pena non vi aspira, accetta l'ordine non lo rispecchia. Se così è, però, egli non può essere considerato estremo garante dell'ordine nei confronti di se stesso. Beccaria ne trae conseguenze rilevanti in riferimento all'illegittimità della tortura: « è un voler

(42) Cfr. M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, Ed. di Comunità, 1970, p. 208 e p. 433 e ss.

(43) « Non è dunque la pena di morte un *diritto* che tale essere non può, ma è una guerra della nazione con un cittadino, perché giudica necessaria e utile la distruzione del suo essere ». C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. Venturi), Torino, Einaudi, 1965, § XXVIII, p. 62.

(44) Ivi, § XVI, p. 42.

confondere tutti i rapporti l'esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore ed accusato » (45).

Le implicazioni garantistiche diventano fragili, però, spostando l'attenzione dal singolo alla volontà generale. Per Rousseau la volontà generale assorbe e trasforma il consenso alla pena in una sorta di costante aspirazione a qualsiasi pena. Il consenso che fonda l'ordine non accetta riserve, neppure quella della salvezza della vita (« c'est pour n'être pas la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient » (46)). Nel patto non si mira a disporre della vita ma a conservarla aspirando congiuntamente all'ordine: chi rompe il patto nega l'appartenenza, diviene un ribelle, un traditore della patria, « ennemi public », « un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme, et c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu » (47).

Anche chi — come Gaetano Filangieri — muove da un'adesione tiepida al contrattualismo, puntando l'attenzione non tanto sulle basi della convivenza sociale ma sull'istanza di riforma del presente, sul doveroso compito del legislatore di promuovere e difendere la società come aggregato di felicità individuali (48), non può che manifestare dubbi riguardo al « sofisma » del consenso alla pena. Se il delitto fa perdere il diritto alla vita nello stato di natura a maggior ragione ciò potrà accadere nella società civile che è istituita proprio per rendere sicuro l'esercizio dell'antico diritto: « La società rappresentando i dritti che ciaschedun individuo aveva nello stato della naturale indipendenza, ha, per mezzo del sociale contratto, ereditato anche quello che ogni individuo aveva su l'altro individuo allorché questo violava le naturali leggi » (49). Non si tratta, dunque, della « cessione de' dritti che ciascheduno aveva su sé medesimo » ma

(45) Ivi, § XVI, p. 38.

(46) J.J. ROUSSEAU, *Du contract social; ou, principes du droit politique*, in *Oeuvres complete*, III: *Du contrat social. Écrits politiques*, Paris, Gallimard, 1964, libro II, cap. V, p. 376.

(47) Ivi, p. 377.

(48) Cfr. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., p. 530.

(49) G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), Parigi, Tip. Derriey, 1853, libro III, parte II, cap. XXVI, p. 190 [cfr. in ed. critica, Venezia, Centro studi sull'illuminismo europeo "G. Stiffoni", Vol. IV, pp. 24 e ss.].

della « cessione del dritto che ciascheduno aveva sopra gli altri »⁽⁵⁰⁾. Non siamo di fronte alla creazione di un nuovo diritto ma all'affermazione 'sicura' dell'« esercizio dell'antico », il diritto di « tutti gli uomini » « di punire la violazione della legge naturale »; un diritto radicato nella coscienza di tutti, così come era radicato nella coscienza di Caino nel momento in cui affermò 'chiunque mi troverà potrà uccidermi' ⁽⁵¹⁾. Colui che antepone le sue passioni e i suoi desideri all'osservanza della legge — « il malvagio » che « vorrebbe godere di tutta la naturale libertà, senza perdere la civile sicurezza » — va pertanto punito per la violazione dei patti con la società e deve perdere il godimento dei diritti: « Di cittadino, che eri, tu diventerai l'inimico della patria » ⁽⁵²⁾.

Il consenso alla pena torna ad essere presentato da Kant come « sofisma e snaturamento del diritto » ⁽⁵³⁾. « Nessuno è punito per aver voluto la punizione », scrive in una pagina della *Metafisica dei costumi* volta ancora a contestare la posizione di Beccaria sulla pena di morte. Attraverso il tema del 'consenso impossibile' del delinquente alla pena, la pagina di Kant pone bene in evidenza la difficoltà di proporre, muovendo dal consenso del singolo, una rappresentazione unitaria tra l'ordine e il soggetto. « Nessuno è punito per aver voluto *la punizione*, ma per aver voluto *un'azione meritevole della punizione*; perché non vi è più punizione quando ad uno accade ciò ch'egli vuole, ed è impossibile *voler* essere punito ». Il crimine è da scorgere attraverso l'azione meritevole di punizione e la volontà di delinquere. Salta in riferimento alla pena di morte lo schermo garantistico offerto da Beccaria con riferimento al consenso: « dire: io voglio essere punito, se mai uccido qualcuno, non significa altro se non ch'io mi sottometto, unitamente a tutti gli altri, alle leggi le quali naturalmente, quando vi sono delinquenti nel popolo, saranno anche leggi penali. È impossibile che io come cooperante alla legislazione, cioè come dettante la *legge penale*, sia la

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁵¹⁾ *Ivi*, p. 193.

⁽⁵²⁾ *Ivi*, p. 190. Si veda anche (*ivi*, libro III, parte II, cap. XXX, p. 195) riguardo alla necessaria « moderazione » nell'uso della pena di morte: « un'esecuzione non ratificata dal voto pubblico è inutile; [...] un'esecuzione inutile è sempre ingiusta ».

⁽⁵³⁾ I. KANT, *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 1999 (ed. 1970, trad. di G. Vidari, revisione e note di N. Merker), p. 169 (I, Parte II, sez. I, nota E).

stessa persona che, come suddito, è punito in nome di questa legge, perché come tale, cioè come delinquente, è impossibile che io abbia voce nell'opera legislatrice (il legislatore è sacro) » (54).

L'*io razionale*, l'*io cooperante alla legislazione* (alla formazione della volontà 'sacra' del legislatore) non può coincidere con l'*io delinquente*, così come nell'interiorità 'accusatore' ed 'accusato' non coincidono nel « duplice *io* » del delinquente: non si può unire — nella medesima persona — giudizio e ed esecuzione del diritto, aspirazione a delinquere e aspirazione alla pena. La 'giustizia pubblica' e il 'giudice interno' si muovono lungo vie parallele, percorsi

(54) « Quand'io dunque sancisco una legge penale contro di me come delinquente è allora in me la ragion pura giuridicamente legislatrice (*homo noumenon*) quella che, unitamente a tutti gli altri membri della società civile, sottomette alla legge penale me come essere capace di delitto, epperò come un'altra persona (*homo phaenomenon*). In altre parole: non è il popolo (ossia ogni suo singolo componente), ma il tribunale (la giustizia pubblica), e quindi una persona diversa dal delinquente, quella che pronuncia la pena di morte, e nel contratto sociale non è affatto contenuta la promessa di lasciarsi punire e di disporre così di se stessi e della propria vita. Se infatti la facoltà di punire dovesse essere fondata su una *promessa* del colpevole di *acconsentire* a lasciarsi punire, bisognerebbe lasciargli anche la facoltà di dichiararsi lui stesso meritevole o non della pena, e il criminale sarebbe così il suo proprio giudice ». Il « sofisma » sta dunque nel « considera[re] il giudizio proprio pronunciato dal delinquente (giudizio che bisogna necessariamente attribuire alla sua *ragione*) di dover essere privato della vita, come una risoluzione della *volontà* di togliersela lui stesso, e si presenta così il giudizio e l'esecuzione del diritto riuniti in una sola e medesima persona » (ivi, pp. 169-170). La questione non si pone in maniera diversa 'in coscienza', nell'ipotizzare 'un dovere verso noi stessi': è « l'uomo considerato nella sua *personalità*, cioè come essere dotato di *libertà* interna (*homo noumenon*) » che si pone come capace di « obbligazione verso se stesso (verso l'umanità nella sua persona) » (ivi, 273; II, I, Parte prima, § 3). La coscienza che segue l'uomo « come la sua ombra » — la « voce terribile della coscienza » che l'uomo non può evitare di udire — opera come « tribunale interno »: « Questa disposizione originaria, intellettuale e morale insieme (perché essa è la rappresentazione del dovere), chiamata *coscienza*, ha in sé la particolare caratteristica che, quantunque si tratti di un affare che l'uomo intrattiene con se stesso, egli tuttavia si vede costretto dalla sua ragione ad agire come per l'ingiunzione *di un'altra persona*. La cosa cioè si svolge come se fosse la conduzione di una *causa* giudiziaria davanti al tribunale ». L'uomo che si accusa e si giudica nella sua coscienza ha « una duplice personalità », un « duplice *io*, che da una parte si vede costretto a comparire tremando davanti alla sbarra di un tribunale che è affidato a lui stesso, e d'altra parte vi esercita, grazie a un'autorità innata, la funzione di giudice » (ivi, § 13, pp. 298-299).

separati dall'arma inutilizzabile dal tribunale della coscienza: la coazione ⁽⁵⁵⁾.

Il delinquente 'unitario' tratteggiato da Bartolo appare oramai sepolto dalle divisioni del moderno; sempre più incompatibile con la costruzione razionale dell'ordine. Quella figura propone, del resto, una rappresentazione del soggetto che contrasta con quella stagliata sullo sfondo delle costruzioni moderne: « un soggetto perfettamente razionale, capace di controllare se stesso e di calcolare le conseguenze della sua azione » ⁽⁵⁶⁾.

È proprio, però, dalla prospettiva di una completa unità tra il soggetto e l'ordine che riemerge una lettura che trasforma l'individualistico consenso alla pena di Beccaria, in 'consenso oggettivo', in necessaria appartenenza a un'unità 'vera' — più forte di quella artificiale del contratto — che assorbe completamente il soggetto e torna a mostrare 'nel soggetto' amore per la pena.

La celebrazione dell'appartenenza proposta da Hegel travolge l'impostazione contrattualistica, le nette distinzioni tra morale e diritto, tra religione e Stato. L'appartenenza si traduce in 'patriottismo', in « obbedienza a uno Stato che realizza la libertà proprio in quanto si distacca dalle singolari individualità dei soggetti, rifugge dalle aberrazioni contrattualiste e si propone come assoluta espres-

⁽⁵⁵⁾ Morale e coazione sono incompatibili: « l'interiorità del dovere fa sì che nessuno può costringermi ad eseguirlo; se qualcuno mi costringesse, e io cedessi alla coazione, la mia azione, per il solo fatto di essere compiuta non per il dovere ma a causa della costrizione non sarebbe più morale ». Così Norberto Bobbio, cit. in CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 144. Più in generale sul punto si cfr. *ivi*, in particolare pp. 85 e ss. e i saggi raccolti in N. BOBBIO, *Teoria generale della politica* (a cura di M. Bovero), Torino, Einaudi, 1999, in particolare nella Parte seconda (*Politica, morale, diritto*), p. 101 e ss. Rispetto all'affermarsi di una netta divisione tra morale e diritto, Paolo PRODI ritiene che sia percepibile in Kant « lo sforzo di costruire, facendo perno sulla coscienza individuale, una norma morale collettiva storicamente incarnata, capace di porsi in dialettica con il diritto positivo statale e di plasmarlo » (*Una storia della giustizia*, cit. p. 388).

⁽⁵⁶⁾ Un 'soggetto modello' che coincide perfettamente con l'individuo razionale per eccellenza, il soggetto-proprietario. I non-proprietari infrangono l'unitarietà 'razionale' della soggettività moderna, hanno — a ben vedere — un 'io delinquente'. Si cfr. P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno » 36 (2007), tomo I, p. 10 e ss. Sul punto cfr. ancora *infra* §§ 7 e 8.

sione di eticità » (57). Lo Stato — inteso ‘come il procedere di Dio nel mondo’ — è « concepito come espressione e realizzazione della religione fin dentro al mondo » (58).

Per Hegel il delinquente non può che partecipare ‘già col suo fatto’ all’universalità etica dell’ordine perché la sua azione — « come azione di un *essere razionale* » — contiene « qualcosa di universale » (59). L’argomento di Beccaria che « ha negato allo Stato il diritto alla pena di morte sul fondamento che non si possa presumere che nel contratto sociale sia contenuto il consenso degli individui a lasciarsi uccidere » non può che essere ancora respinto. L’argomento non intende però mettere a nudo ‘il sofisma’ di Beccaria, anzi, lo gioca — diciamo così — contro la fittizia unitarietà offerta dal contratto sociale. « Lo Stato non è un contratto, né la sua essenza sostanziale è la *protezione* e l’*assicurazione* della vita e proprietà degli individui come singoli in modo così incondizionato, anzi esso è l’entità superiore la quale anche avanza pretesa su questa vita e proprietà ed esige il sacrificio della medesima » (60). Solo andando oltre la prospettiva del contratto, si può recuperare un frammento della rappresentazione di Beccaria: la volontà del delinquente di sottostare alla pena. « Quel che Beccaria pretende, cioè che l’uomo debba dare il suo consenso alla punizione, è affatto esatto; ma il delinquente già lo dà mediante il suo fatto. È altrettanto nella natura del diritto quanto nella volontà propria del delinquente, che venga tolta la lesione, avente origine da lui » (61). Il ‘consenso alla pena’ non ha nulla di individualistico, non riguarda un’isolata

(57) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. II. *L’età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 442.

(58) E.W. BÖCKENFÖRDE, *Osservazioni sul rapporto fra Stato e religione in Hegel*, in ID., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all’Europa unita* (a cura di G. Preterossi), Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 62.

(59) G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*. Con le aggiunte di E. Gans (a cura di G. Marini), Roma-Bari, Laterza, 2005 (ed. 1998), § 100, p. 89.

(60) Ivi, § 100, p. 90.

(61) Ivi, aggiunte (di E. Gans) rilevate dalle lezioni di Hegel a § 100, p. 312 (la traduzione delle aggiunte è di B. Henry). Nel 1912, Francesco Messineo traduceva « Quel che Beccaria desidera, che, cioè, l’uomo debba dare il consenso alla punizione, è del tutto esatto; ma il reo vi partecipa già col suo fatto » (in ed. Roma-Bari, Laterza, 1979, a p. 379).

coscienza singola ma è adesione oggettiva ad un ordine, 'partecipazione' alla punizione, 'volontà' — da cogliere nella prospettiva unitaria di Bartolo — che si incarna nel fatto, *in ipso actu delicti*, aspirazione 'razionale' alla pena che si realizza *delinquendo*.

È 'già nel fatto' che si compone l'unione ideale tra il singolo e l'ordine, tra la libertà e il 'diritto esterno'. La pena come 'negazione della negazione' dell'ordine appartiene al delinquente che in quanto « *essere razionale* » la 'vuole' sempre come « giusta *in sé* » e come « suo diritto » (62). Lo Stato come « realtà dell'idea etica » (63), come « il *razionale* in sé e per sé » è « unità sostanziale », « spirito oggettivo »; e « l'individuo stesso ha oggettività, verità ed eticità, soltanto in quanto è un membro del medesimo » (64). Il consenso alla pena che il delinquente presta con l'azione non ha più nulla a che fare con il contratto, con « l'interesse degli individui come tali » (65), ma è espressione di 'unione etica', della universalità presente nella individualità (66). Lo Stato fa valere « il *concetto* di delitto » come « razionale » (« in sé e per sé, con o senza consenso dei singoli »); nello stesso tempo però « una razionalità formale, il *volere* del *singolo* », è presente nell'azione, « risiede nell'azione » (67).

(62) « La lesione che ricade sul delinquente, è non soltanto giusta *in sé*, — siccome giusta essa è in pari tempo la sua volontà essente *in sé*, un esserci della sua libertà, il suo diritto; bensì essa è anche un *diritto posto nel delinquente* stesso, cioè entro la sua volontà *essenteci*, entro la sua azione. Poiché nella sua azione come azione di un *essere razionale* è implicito che essa è qualcosa di universale, che ad opera di essa è stabilita una legge ch'egli nella sua azione ha riconosciuto per sé, sotto la qual legge egli dunque può essere sussunto, come sotto il suo diritto » (ivi, § 100, pp. 89-90).

(63) Ivi, § 257, p. 195.

(64) Ivi, § 258, pp. 195-196.

(65) Ivi, p. 195.

(66) Ivi, p. 196.

(67) Ivi, § 100, p. 90. Da questo punto di vista la confessione del delinquente non fa che verificare l'unione: « La richiesta della confessione da parte del delinquente [...] ha l'elemento di verità nel fatto che al diritto dell'autocoscienza soggettiva giunge soddisfazione; poiché, ciò che i giudici pronunziano, non deve essere diverso nella coscienza, e soltanto quando il delinquente ha confessato, nel giudizio non vi è più niente di estraneo di fronte a lui » (ivi, Aggiunta al § 227, p. 352). La giuria nella sua ricerca di una « certezza » opera come « anima » del reo, offre « la pronuncia della colpa o dell'innocenza [...] movendo dall'anima del delinquente » (*ibidem*; si cfr. però su quest'ultimo punto F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, Giapichelli, 1999, p. 131 e ss.).

Inserito nella sfera dell'eticità, il delinquente 'vuole' la pena come un suo diritto, per la sua appartenenza 'patriottica', per il « sentimento fondamentale dell'ordine, che tutti hanno » (68). Il carattere etico assegnato allo Stato e alla « sua sublimazione totalitaria come 'spirito del mondo' », fa sì che la pena sia proposta come un bene, come 'autogratificazione etica' (69). « Il delinquente viene onorato come essere razionale » dalla pena (70). Nella eticità assoluta è presente un'armonia che annulla i conflitti, elimina le contrapposizioni (71): il delinquente ama la pena.

Nella sua *Storia del diritto penale italiano* — tutta ispirata dall'idea di un diritto come « realtà etica » (di un diritto che « nella realtà etica deve trovare la propria determinazione »), tutta incentrata sull'opposizione al « razionalismo astratto e antistorico » della Scuola classica e all'« isterilimento sociologico » del diritto della Scuola positiva, « scuola di immoralità » (72) — Ugo Spirito torna a

(68) Ivi, Aggiunta al § 268, p. 362: « Lo Stato ha connessione grazie alla forza [...] ma ciò che lo sostiene è unicamente il sentimento fondamentale dell'ordine che tutti hanno ».

(69) FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 851 e p. 932.

(70) HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 100, p. 90.

(71) Una concezione del delitto diversa in Hegel emerge dallo studio di A. HONNETH (*Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto*, Milano, Il Saggiatore, 2002, ed. orig. 1992) che fa riferimento agli studi giovanili (in particolare al *Sistema della eticità* del 1802). Muovendo da una rilettura della teoria fichtiana del riconoscimento come 'azione reciproca' tra individui posta alla base del rapporto giuridico, Hegel — secondo Honneth — considera i rapporti etici di una società come forme di intersoggettività pratica nella quale l'accordo, la necessaria comunanza tra i soggetti antagonisti è assicurata dalla dinamica del 'reciproco riconoscimento'. Dal reciproco riconoscimento i soggetti apprendono sempre qualcosa di nuovo sulla loro identità. Il conflitto che si accende tra i soggetti è (in contrapposizione alla interpretazione hobbesiana di una lotta di tutti contro tutti) fin dall'inizio un fattore etico: è la lotta, e non il contratto, a portare da uno stadio meno sviluppato di eticità a un livello più maturo del rapporto etico. In tale contesto « si può ipotizzare che Hegel individui l'origine di un delitto in una condizione di incompleto riconoscimento: l'intima motivazione del delinquente è dovuta all'esperienza di non vedersi riconosciuto in modo soddisfacente a un determinato stadio del reciproco riconoscimento » (ivi, pp. 26 e ss., p. 31). La svolta di Hegel in direzione della filosofia della coscienza comporterà poi il prezzo della rinuncia al riferimento a tale « intersoggettività forte », a tale « concezione nuova, addirittura epocale » del concetto di « lotta sociale » (ivi, pp. 41, 27; cfr. p. 66 e ss.).

(72) SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., pp. 12, 16 e 18.

leggere in ottica hegeliana il consenso alla pena in Beccaria. Quello che si può cogliere del consenso alla pena è — afferma — la tensione a rendere « il valore immanente alla volontà umana »; una volontà che non si sottomette a una legge imposta dall'esterno ma che si vincola a una legge che è liberamente voluta. Tale « valore spirituale » è annullato però dalla stessa prospettiva contrattualistica, dal suo far riferimento ad un'unità fittizia di molteplici individui, dalla sua visione « meramente economica » cui è estranea ogni eticità: « di unità etica si può parlare solo quando il principio di unificazione non è quello estrinseco del contratto, ma quello intrinseco dell'amore » (73). Spirito — che ha alle spalle un secolo di dibattiti penalistici — non si limita a mostrare 'la realtà' dell'amore 'razionale' del delinquente per la pena, ma lo pretende e lo impone. Il diritto penale deve intervenire sulla coscienza, deve plasmarla: « se la realtà, tutta la realtà, è realtà etica, il fine della pena non potrà che essere un fine educativo. Difendere il diritto vuol dire difenderlo là dove soltanto può realizzarsi e cioè nella coscienza umana: punire significa instaurare nella coscienza del reo un livello spirituale superiore, renderlo consapevole del suo errore, fargli riconoscere la superiorità del diritto da lui violato. Punire significa redimere » (74).

4. *Guadagnarsi l'appartenenza.*

Se nella sfera dell'eticità assoluta il delinquente torna 'spontaneamente' ad amare la pena, resta aperta, diciamo così, la questione di come giungere a quello stadio, di come essere 'riconosciuti' a pieno titolo nella comunità. Nel processo necessario a 'guadagnarsi l'appartenenza' e a permanere nella *comunità* si può scorgere l'amore per la pena come 'pretesa', come fedeltà 'in coscienza' all'ordine. La questione può essere considerata in riferimento a Fichte che pur è particolarmente attento a distinguere « legge morale » e « diritto » (75).

(73) Ivi, p. 43.

(74) Ivi, p. 18.

(75) « Nell'ambito del diritto naturale la volontà buona non ha niente da fare. Il diritto deve poter essere imposto anche se nessun uomo avesse una volontà buona, e la scienza del diritto è diretta appunto a progettare un tale ordine di cose ». J.G. FICHTE,

Il diritto muove dal « concetto di esseri razionali » che entrano in « azione reciproca » nel « mondo sensibile » (il tribunale della morale si occupa invece di quello che « rimane nell'intimo dell'anima »); la comunità nasce da un riconoscimento dell'altro, degli altri, che crea vincoli, legami, unione ⁽⁷⁶⁾. L'obbedienza voluta grazie al patto conferisce diritti condizionati. Il delitto, comportando la violazione del patto, fa perdere la cittadinanza: « chi viola il contratto sociale [...] perde [...] tutti i propri diritti come cittadino e come uomo, e diventa del tutto privo di diritti »; i diritti infatti sono dati al soggetto « a condizione che sia idoneo ad una comunità di essere razionali » ⁽⁷⁷⁾. A seguito della « trasgressione », il contratto sociale si rompe e il criminale è escluso dallo Stato: « il criminale diventa bandito: la sua sicurezza cioè è altrettanto poco garantita quanto quella di un uccello » ⁽⁷⁸⁾.

L'opposizione (*à la* Rousseau) è resa meno netta facendo riferimento al « contratto di espiazione »: « un contratto utile sia per tutti (l'intero statale) sia per ogni singolo. L'intero ottiene [...] la prospettiva di conservare il cittadino la cui utilità sia maggiore della sua nocività, e l'*obbligazione* ad accettare di scontare la pena. Il cittadino ottiene il *pieno diritto* di pretendere che si accetti questa pena al posto della pena maggiore che si dovrebbe scontare. Si dà un diritto — ed un diritto del cittadino molto utile ed importante — ad essere punito » ⁽⁷⁹⁾. Grazie al contratto di espiazione si può evitare l'esclusione dallo Stato e ottenere la pena come diritto di 'guadagnarsi l'appartenenza'.

Le caratteristiche necessarie affinché il contratto di espiazione diventi legge dello Stato e vincolo per l'esecutivo sono minuziosa-

Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza (a cura di L. Fonnesu), Roma-Bari, Laterza, 1994, I parte, prima sezione, p. 49.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. ivi, pp. 40 e 43, e p. 95 e ss.

⁽⁷⁷⁾ « A condizione che nei suoi confronti i diritti di tutti gli altri cittadini siano al sicuro ». FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., II parte, *Diritto naturale applicato*, § 20, p. 227. La prima parte fu pubblicata nel marzo del 1796, la seconda nell'ottobre 1797, in questa Fichte riesce a tener conto della *Metafisica dei costumi* di Kant i cui due volumi erano stati pubblicati nel gennaio e nell'agosto dello stesso anno. Cfr. L. FONNESU, *Introduzione del curatore*, in FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., p. V.

⁽⁷⁸⁾ FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., II parte: *Diritto naturale applicato*, § 20, p. 228.

⁽⁷⁹⁾ Ivi, p. 228.

mente individuate da Fichte in modo corrispondente alla distinzione presente nel suo sistema tra morale e diritto ⁽⁸⁰⁾ e in riferimento alla ricostruzione proposta per affermare il passaggio dalla libertà all'ordine, all'unitaria appartenenza alla nazione ⁽⁸¹⁾. Ai nostri fini è sufficiente considerare come si presenta, al di là della netta contrapposizione tra inclusione dei cittadini 'razionali' ed esclusione dei criminali 'non razionali', la figura del delinquente che ha 'diritto alla pena'.

Il contratto di espiazione deve essere compatibile con la sicurezza pubblica, con la sicurezza voluta da ciascuno. È possibile solo nella misura in cui possa esser raggiunto « un contrappeso della volontà malvagia », possa essere inflitta un'uguale perdita: potrà aversi quando si è di fronte a « una volontà malvagia *materialiter* » (« una volontà egoistica ed avida di beni altrui »); non potrà aversi invece di fronte a una « volontà malvagia *formaliter* » che procura il danno non per ottenere un vantaggio ma semplicemente per nuocere (in questo caso « bisogna imporre l'esclusione dallo Stato ») ⁽⁸²⁾. Per operare la distinzione è necessario « prendere in considerazione la disposizione d'animo e le intenzioni »; non si tratta — tiene a precisare Fichte — di valutare il grado di immoralità della violazione, lanciandosi all'inseguimento « dell'unica vera, pura moralità » (« nessun uomo può e nessuno deve su questo essere giudice dell'altro ») ma soltanto di considerare l'impossibilità di raggiungere una sicurezza sufficiente a fronte di « una violazione fine a se stessa » ⁽⁸³⁾.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. FONNESU, *Introduzione*, cit., p. XVI.

⁽⁸¹⁾ Cfr. COSTA, *Civitas*, II, cit. p. 369 e ss.

⁽⁸²⁾ FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., II parte: *Diritto naturale applicato*, § 20, pp. 230-231.

⁽⁸³⁾ « La violazione fine a se stessa della sicurezza pubblica non è da punire più duramente della sua violazione per egoismo perché dimostrerebbe un grado maggiore di immoralità », ma perché la pena più leggera non garantirebbe la sicurezza (ivi, p. 231). Si apre a questo punto la questione di come « si possa dimostrare legalmente valido per il diritto esterno » il diverso tipo di trasgressione (ivi, pp. 231-234). I confini sono ovviamente difficili da conservare: « Un diritto di coazione in generale, come concetto generale, può essere dedotto senza fatica dalla legge giuridica; ma non appena deve essere mostrata l'applicazione di questo diritto, ci si ingarbuglia in una contraddizione irrisolvibile, perché il fondamento della decisione di questa applicazione non può essere

Posta al pari della volontà malvagia *formaliter* è « la volontà di sollevarsi direttamente contro la legge e contro la sua forza »⁽⁸⁴⁾ presente nei crimini diretti « contro lo Stato ». In questi casi è « impossibile che il criminale venga tollerato più a lungo nella società, con le sue attuali disposizioni d'animo »⁽⁸⁵⁾. Ipotizzando il venire meno di tale disposizione d'animo, Fichte propone l'istituzione di « un secondo contratto sull'espiazione dell'esclusione », un contratto che — « ispirato da benevolenza » — offre un « diritto al tentativo di correzione » e una pena che mira a « un'espiazione dell'esclusione totale ». Tale pena deve essere accettata dal delinquente: « se non accetta, egli si dichiara così un malfattore incorreggibile, che disdegna la *correzione*, ed è da espellere senz'altro indugio », si condanna ad « essere escluso dallo Stato », si condanna al « più terribile destino che possa capitare all'uomo »⁽⁸⁶⁾.

Anche in questo caso si tiene a ribadire la distinzione tra diritto e morale: « in questo contratto si parlava di correzione, ma in nessun modo di correzione *morale* delle disposizioni d'animo interiori — perché su ciò nessun uomo è giudice di un altro — ma esclusivamente della disposizione d'animo *politica*, di costumi e massime per l'agire reale »⁽⁸⁷⁾. La distinzione tra *disposizione d'animo morale* e *disposizione d'animo politica*, da un lato, nega la pretesa integralista di amore per la pena, dall'altro la ripropone come *correzione*, nei termini certi della nuova rappresentazione del soggetto (« il fine, e la condizione, per cui lo Stato tiene ancora i colpevoli, è la *correzione* »⁽⁸⁸⁾): « come la disposizione d'animo morale è amore del dovere per il dovere, la disposizione d'animo politica è amore di se stessi per amore di se stessi, preoccupazione per la sicurezza della propria persona e della propria proprietà [...]. Questo amore per se

dato nel mondo sensibile, ma si trova nella coscienza morale di ciascuno ». Ivi, Parte prima, terza sezione, § 8, p. 89.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, II parte: *Diritto naturale applicato*, § 20, p. 234.

⁽⁸⁵⁾ « Contro di lui, la pena dell'esclusione è sicuramente necessaria e già pronunciata dalla legge giuridica e dal fine dello Stato ». Ivi, p. 237.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*. « L'unico crimine per il quale non ha luogo nemmeno lo sforzo di correggere il criminale, e contro il quale si deve procedere senz'altro indugio con assoluta esclusione, è *l'assassinio intenzionale premeditato* » (ivi, p. 241).

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 238.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 240.

stessi dominante su tutto diventa, nelle mani della legge penale, [...] il mezzo per costringere il cittadino a lasciare illesi i diritti altrui » (89).

La correzione di tipo politico non intende invadere l'anima, non pretende amore per la pena, ma mira a far sì che « il colpevole » si abitui a « prendersi cura della propria sicurezza », « che impari solo ad amare e ad apprezzare ciò che è suo, ed a interessarsi per la sua conservazione » (90). I delinquenti da correggere « devono stare ed al tempo stesso non stare sotto sorveglianza »: « entro i necessari confini, devono essere liberi e vivere in società tra di loro », devono — « sotto la tutela dello Stato » — conservare la proprietà, poter lavorare e godere dei proventi del loro lavoro. Non può, d'altronde, essere diversamente: « deve nascere amore dell'ordine, del lavoro, della proprietà, ma come potrebbe accadere, se l'ordine ed il lavoro non servono a nulla, e se non possono acquisire una proprietà? » (91).

Movendo da un approccio di stampo storico-naturalistico, nel 1882 Franz von Liszt nel 'programma di Marburgo' giustifica (influenzato da Jhering) la pena in relazione allo scopo, in relazione alla ricerca di una « coincidenza degli scopi » tra l'interesse egoistico dei singoli e l'interesse della collettività. La pena giusta è la pena necessaria e la pena necessaria è espressione naturalistica dell'istinto di conservazione. Il progressivo riconoscimento dello scopo (il concreto adattamento dell'azione allo scopo) è evoluzione: « l'ultima meta di questa evoluzione — il completo accordo della volontà individuale con quella della comunità — è un ideale, e, come tale, vi

(89) *Ibidem*. La preoccupazione per la propria sicurezza « ha spinto l'uomo nello Stato », « su colui che non ha tale preoccupazione, la legge perde ogni efficacia ». « La correzione di tipo politico consiste nel ritorno alla preoccupazione per la propria sicurezza ».

(90) *Ivi*, p. 239.

(91) *Ivi*, p. 239-240. « Volere il fine comune, o volere il diritto, secondo il nostro presupposto, ha come condizione, in ogni individuo, il volere il proprio fine privato: il desiderio della sicurezza pubblica è condizionato dal desiderio della sicurezza propria. Si dovrebbe dunque giungere ad un'istituzione tale che certi individui non possano unirsi contro gli altri senza rinunciare così alla propria sicurezza, secondo una legge infallibile » (*ivi*, Parte prima, § 16, p. 139).

si deve rinunciare »⁽⁹²⁾. Il raggiungimento dell'unità *ideale* è impossibile: il diritto penale è chiamato a scorgere prosaicamente la società e gli individui per quello che sono, a cogliere non la pena « genericamente considerata » ma la pena « *obiettivata* »; un sempre imperfetto « accordo » tra individui e comunità che si ottiene abbandonando la metafisica per il razionale bilanciamento degli interessi manifestati in vista di uno scopo. La pena che onora tale accordo è la sola che conferisce dignità al delinquente quale « essere ragionevole »⁽⁹³⁾.

È solo in tale prospettiva 'concreta' — andando oltre « la melodia senza fine della *negazione della negazione del diritto* » — che si possono recuperare gli sforzi di *unione*⁽⁹⁴⁾. Non c'è spazio per ipotizzare un'unione perfetta tra i singoli e l'ordine, geometrie fisse, proporzioni astratte tra reato e pena: gli strumenti punitivi devono essere duttili⁽⁹⁵⁾, devono considerare diverse categorie di delinquenti 'reali' (« la pena, infatti, contro costoro si indirizza, non contro le astratte fattispecie di reato »⁽⁹⁶⁾).

A pretendere partizioni e duttilità della pena è la figura stessa del delinquente scissa in una pluralità di delinquenti. Delinquenti 'veri' come singoli e visibili come gruppo, grazie alla lente dell'antropologia criminale e alle cifre delle statistiche: « abituali » e « irrecuperabili »; « bisognevoli di risocializzazione »; « occasionali ». Liszt non aderisce appieno al nuovo verbo positivista ma dalle sue pagine affiora comunque un composito universo di estranei all'ordine, « manifestazioni patologiche della società che noi siamo soliti raggruppare sotto la comprensiva denominazione di *proletariato* », soggetti fondamentalmente incapaci di guadagnarsi il diritto ad essere puniti: « mendi-

⁽⁹²⁾ L'evoluzione (del singolo e dell'umanità) « consiste nel subentrare dell'azione determinata dalla volontà alla primitiva azione determinata dall'istinto ». F. von LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (a cura di A.A. Calvi), Milano, Giuffrè, 1962, p. 29.

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 60.

⁽⁹⁴⁾ « Venir punito è un importante diritto del cittadino (Fichte); nella pena il malfattore viene onorato quale essere ragionevole (Hegel). Queste e simili proposizioni, solo a prima vista paradossali, sono espressione del nucleo più intimo, della più genuina essenza, non della pena genericamente considerata, bensì della pena *obiettivata* ». Ivi, p. 34.

⁽⁹⁵⁾ Ivi, p. 52.

⁽⁹⁶⁾ Ivi, p. 53.

canti e vagabondi, individui d'ambo i sessi dediti alla prostituzione ed alcolizzati, mariuoli e soggetti dalla vita equivoca, degenerati nel fisico e nello spirito — tutti costoro concorrono a formare l'esercito dei nemici capitali dell'ordine sociale, esercito il cui *stato maggiore* appare formato proprio dai delinquenti abituali »⁽⁹⁷⁾.

Il recupero 'concreto' dell'unione tra i soggetti e l'ordine può avvenire allora solo nella prospettiva fichtiana di una conquista quotidiana del 'diritto al contratto sociale'. Il soggetto deve « guadagnarsi la permanenza nella comunità giuridicamente organizzata », il delinquente deve guadagnarsi « il diritto di essere punito, secondo una sorta di *contratto di espiazione* »: « La concezione della pena in Fichte [...] è una diretta conferma della nostra tesi. La conseguenza del *diritto al contratto sociale*, che vive anche nella concezione del reato, è l'espulsione dalla comunità giuridica; il delinquente è *libero come un uccello*. Soltanto in base a ragioni di conformità allo scopo lo Stato garantisce al reo il diritto ad essere punito, secondo una sorta di *contratto di espiazione*, ovvero sia la possibilità di guadagnarsi la permanenza nella comunità giuridica

(97) Ivi, p. 54. A partire dagli stessi anni in Italia, la Scuola positiva, ora usando la lente del determinismo organicista ora il riferimento al contesto sociale, sposta l'attenzione dal fatto criminoso al delinquente, dalla retribuzione astratta alla difesa sociale. Il problema della 'anormalità' del delinquente si intreccia strettamente con la sua incapacità morale — con la « atrofia del senso morale » (come scrive Ferri nel suo 'progetto') — che gli impedisce di fare i conti con sé stesso. Più che l'antropologia criminale è presto il senso comune a sostenere la nuova rappresentazione del delinquente, come tiene a specificare, senza tante distinzioni teoriche, Alfredo Rocco: « Amoralità o immoralità, delinquenza, criminalità sono espressioni che, in un certo senso, si equivalgono, perché chi delinque è un amorale e prova con la delinquenza questa sua deficienza di senso morale. In questo senso tutti i delinquenti, per il solo fatto che sono delinquenti, sono anormali o anomali, abnormi o minorati morali e sociali: se non fossero tali non sarebbero delinquenti » (cit. in E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 36 (2007), tomo II, pp. 1037-1038; dallo stesso testo, p. 1036, ho tratto la citazione di Ferri). Chi delinque è un 'nemico ontico' della società: l'individuazione del delinquente non è politica ma 'naturale', sorge dalla sua stessa esistenza, dalla sua incapacità di aspirare all'ordine. Cfr. E.R. ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 89 e ss. in particolare riferimento a Raffaele Garofalo (*Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, 1885) e alla penalistica nazionale-socialista: « el saber penal nacionalsocialista fue la coronación de la individualización ontica o garofaliana del *enemigo* » (ivi, p. 104).

organizzata assoggettandosi alla pena. La misura della pena risulta quindi non dall'intimo principio della stessa, bensì dall'idea dello scopo. Il *contratto di espiazione* rappresenta quindi l'obiettivazione della pena attraverso l'idea dello scopo »⁽⁹⁸⁾. La missione del diritto penale ispirato dallo scopo si presenta dunque chiara: « porre in condizione di non nuocere gli irrecuperabili e recuperare coloro che di recupero siano suscettibili. Il resto verrà da sé »⁽⁹⁹⁾.

Anche il percorso storico del diritto penale viene considerato da Liszt movendo da questa prospettiva⁽¹⁰⁰⁾. Come non vedere — scrive — che la cancellazione di pene crudeli si realizzò proprio in considerazione dell'« adattamento del mezzo al fine »? « È bene rammentarsene — [le pene crudeli] non furono eliminate dai fermi assertori idealisti della pena retributiva, bensì dai sostenitori del 'superficiale razionalismo' »⁽¹⁰¹⁾. La via maestra per comprendere le trasformazioni (« l'evoluzione ») del sistema penale è quella indicata da Jhering: « l'egoismo » che « conosce e vuole soltanto se stesso, ma costruisce un mondo »⁽¹⁰²⁾. Non è stato Beccaria ma Adam Smith a indicare la necessità di un'umanizzazione della pena⁽¹⁰³⁾. Da un lato, dunque, l'interesse egoistico della società, dall'altro quello del delinquente: l'appartenenza è affidata a un gioco di convenienze, ad un agire determinato da un interesse in vista di uno scopo. L'egoismo umanitario, l'egoismo 'etico', attribuito a Smith da Jhering indica la chiave « pratica » attraverso cui « valutare con estrema accuratezza la pena da minacciare », attraverso cui decidere se lasciare in vita o uccidere « il nemico interno dell'umanità »⁽¹⁰⁴⁾.

⁽⁹⁸⁾ LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 39.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 60. Per un inquadramento della prospettiva di Liszt negli anni successivi e per una comprensione delle diverse tensioni poste a sorreggere la sua famosa formula del diritto penale come 'Magna charta del delinquente' si cfr. S. EHRET, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, in particolare pp. 78 e ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. sul tema O. HEIN, *Vom Roben zum Hoben. Öffentilches Strafrecht im Spiegel der Strafrechtsgeschichtsschreibung des 19. Jahrhunderts*, Köln-Weimer-Wien, Böhlau Verlag, 2001, pp. 82 e ss. su Jhering; pp. 123 e ss. su Franz von Liszt.

⁽¹⁰¹⁾ LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, p. 46.

⁽¹⁰²⁾ R. von JHERING, *Lo scopo nel diritto* (a cura di M.G. Losano), Milano, Giuffrè, 1972, p. 47.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 269; cfr. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 46.

⁽¹⁰⁴⁾ JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 269: « Se Beccaria, nella celebre opera

5. *Libertà di coscienza e amore per il governo.*

Il profilo sin qui abbozzato ha seguito — in maniera molto parziale — la vicenda per così dire formale dell'aspirazione del delinquente alla pena. L'abbandono e i (diversi) ritorni di tale rappresentazione si inseriscono nel vasto quadro del delinearsi della tradizione giuridica occidentale, della crisi della corrispondenza tra coscienza e ordine oggettivo delle cose, dell'affermarsi di un dualismo tra potere politico e potere religioso, di una 'depeccatizzazione' del diritto penale e di una (mobile) linea di confine tra disobbedienza alla legge morale e alla legge positiva ⁽¹⁰⁵⁾. Non è qui certo possibile considerare tutti questi aspetti; proporrò dunque semplicemente alcuni riferimenti per tentare di comprendere meglio le vicende della nostra figura.

Si può ipotizzare ancora *amore per la pena* nel momento in cui si proclama la libertà di coscienza? E, se la coscienza è libera, se non è più previamente schierata, se è solitaria, è ancora possibile « amore per il governo », un legame profondo, vero, non apparente, tra i singoli e l'ordine?

Moltiplicando le speranze di salvezza, la rottura dell'unitarietà religiosa determinò una vera e propria scoperta della libertà di coscienza e dell'impossibilità di un'imposizione dell'appartenenza 'vera' con la forza. Il moltiplicarsi delle scelte religiose impose nuove distinzioni tra cura dell'anima e governo, e un complessivo ripensamento della relazione tra il diritto e la coscienza dei soggetti ⁽¹⁰⁶⁾. La

Dei delitti e delle pene (1764), non avesse elevato la sua voce contro l'intemperanza della pena, avrebbe dovuto farlo Adam Smith, nel suo libro su *La causa della ricchezza delle nazioni* (1766). Se questo compito fosse toccato a lui, avrebbe detto che quella società che senza urgente bisogno sacrifica la vita o il tempo lavorativo dei suoi membri per finalità punitive agisce contro il proprio interesse, come il proprietario che maltratta il suo animale sino a danneggiarlo. Come ai primordi dell'umanità l'aver compreso il valore della vita e della forza umana fu il primo passo verso l'umanità, dal momento che quella comprensione spinse il vincitore a lasciare in vita il nemico prigioniero, invece di ucciderlo, parimenti nel comportamento sociale, la stessa conoscenza può e deve aprire una via contro il nemico interno dell'umanità: il beninteso interesse di quest'ultima esige che si valuti con estrema accuratezza la pena da minacciare » (ivi, p. 187).

⁽¹⁰⁵⁾ La letteratura sul punto è sterminata. Cfr. H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, Il Mulino, 1998; P. PRODI, *Una storia della giustizia*, cit; A. PROSPERI, *Tribunali della coscienza*, cit.

⁽¹⁰⁶⁾ La questione è solo in parte collegata al dibattito più risalente concernente

questione è al centro dell'attenzione delle *Lettere sulla tolleranza* di John Locke ⁽¹⁰⁷⁾ che possono essere considerate come una presa d'atto della fine dell'unitarietà 'religiosa' tra soggetto e ordine, della fine dell'amore oggettivo per l'ordine.

« Se uno vuole abbracciare un dogma o un culto per salvare la sua anima, bisogna che egli creda in cuor suo che quel dogma è vero, che quel culto è gradito e ben accetto a Dio; ma una tale persuasione non c'è pena che possa istillarla nell'animo. A mutare un'opinione si richiede una luce, che i supplizi inflitti al corpo non possono in alcun modo surrogare » ⁽¹⁰⁸⁾. La scelta religiosa implica un'adesione piena, completa, « fanatica », esige sacrificio di sé, sopportazione di « disgrazie » ⁽¹⁰⁹⁾. La speranza della salvezza esige un'assoluta certezza che non può essere indotta da costrizioni, imposta dal dominio altrui: « alla salvezza l'uomo non può essere costretto » ⁽¹¹⁰⁾; neppure Dio può salvare gli uomini contro la loro volontà ⁽¹¹¹⁾.

l'obbligatorietà in coscienza della legge positiva, la possibilità della 'legge umana' di 'obbligare in coscienza sotto pena di peccato mortale'. PRODI (*Una storia della giustizia*, cit., pp. 194-196) individua uno snodo importante del dibattito nell'opera di Giovanni da Capestrano (*Speculum conscientiae*, 1441) che profila una divisione « oramai completa tra il foro della legge e il foro della giustizia divina », un momento essenziale, nel tramonto del pluralismo giuridico medievale, del « concetto tradizionale di 'sinderesi' come principio intellettuale e interpretativo della legge [...] per arrivare al moderno concetto di coscienza come tribunale interno all'uomo, *naturale iudicatorium* ». Un articolato quadro della questione è offerto ora da PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., pp. 295 e ss.; si cfr. anche B. CLAVERO, *Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones*, in *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, pp. 57 e ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Gli scritti di Locke *a favore* della tolleranza fanno seguito ad alcuni suoi interventi *contro* la tolleranza, il mutamento di posizione si inserisce nelle vicende inglesi successive alla restaurazione del 1660. *Il Saggio sulla tolleranza* è del 1667; tra il 1660 e il 1662 Locke aveva composto due scritti contrari alla tolleranza (*Domanda: se il magistrato civile possa legittimamente imporre e determinare l'uso di cose indifferenti in relazione al culto religioso* e *Può il magistrato arrogarsi le cose indifferenti nei riti del culto e imporle al popolo? Sì*). Cfr. D. MARCONI, *Introduzione* a J. LOCKE, *Scritti sulla tolleranza*, Torino, Utet, 2005, p. 17 e ss.

⁽¹⁰⁸⁾ LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, in ID., *Scritti sulla tolleranza*, cit., p. 137.

⁽¹⁰⁹⁾ LOCKE, *Saggio sulla tolleranza*, in ID., *Scritti sulla tolleranza*, cit., p. 114: « gli schiavi delle galere che tornano dalla Turchia [...] hanno sopportato ogni sorta di disgrazie piuttosto che separarsi dalla loro religione ».

⁽¹¹⁰⁾ « Posso arricchire con un mestiere che detesto; posso essere guarito da medicine su cui ho dei dubbi; ma non posso essere salvato da una religione di cui dubito,

Se così è però, aspirazione alla salvezza e ordine civile non possono che appartenere a mondi diversi. Che tipo di « amore per il governo » potrebbe mai ottenere la « paura del potere » ⁽¹¹²⁾? La persecuzione di tutti i dissenzienti « non garantirebbe il governo ma lo minaccerebbe ancora di più, e renderebbe il pericolo tanto maggiore, quanto lo è avere un nemico ipocrita e occulto, ma esacerbato, anziché un avversario leale ed aperto ». L'uso della forza accrescerebbe « l'animosità » dei dissenzienti, farebbe proliferare « il numero dei nemici » ⁽¹¹³⁾.

L'appartenenza imposta con la paura non può offrire la certezza perduta, fissare un'indiscutibile unione tra la coscienza del singolo e la comunità. Se l'obiettivo è la conquista della coscienza dei dissenzienti (perché chi aderisce senza convinzione è come se non aderisse affatto ⁽¹¹⁴⁾), la forza è inutile e dannosa. A che serve, del resto, punire movendo dal fatto « che non sono convinti », « che non sono intimamente persuasi » ⁽¹¹⁵⁾? La punizione condurrebbe solo a minare la tenuta dell'appartenenza, ottenendo « una professione esteriore » di fede che confonderebbe « adesione alla vera religione e conformità esteriore » ⁽¹¹⁶⁾.

La pena non è in grado di ottenere amore: la strada maestosa dei supplizi può imporre 'terrore' e 'soggezione' ma non giova a stabilire una vera unione tra la coscienza dei singoli e l'ordine. Il sentiero della persuasione, della ricerca delle ragioni che possano convincere

da un culto che detesto»; « gli uomini [sono] liberi dal dominio altrui nelle cose religiose » (LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, cit., p. 153).

⁽¹¹¹⁾ « Dunque la cura della propria anima spetta al singolo, e a lui deve essere lasciata. Si dirà: ma se trascura la cura della sua anima? Rispondo: e allora, e se trascura quella della sua salute? O quella del suo patrimonio? Queste cose sono più vicine ad essere sottoposte al potere del magistrato. Forse che il magistrato si preoccuperà che quegli non si impoverisca o non si ammali, con un editto apposito? Le leggi si sforzano di proteggere per quanto possono i beni e la salute dei sudditi dalla violenza e dalla frode altrui, non dall'incuria o dalle dissolutezze del loro proprietario. Nessuno può essere costretto contro la sua volontà a star bene di salute o ad arricchirsi. Neppure Dio salverà gli uomini contro la loro volontà » (ivi, p. 148).

⁽¹¹²⁾ LOCKE, *Saggio sulla tolleranza*, cit., pp. 116 e 117.

⁽¹¹³⁾ Ivi, p. 116.

⁽¹¹⁴⁾ LOCKE, *Terza lettera per la tolleranza*, in ID., *Scritti sulla tolleranza*, cit., p. 549.

⁽¹¹⁵⁾ LOCKE, *Seconda lettera sulla tolleranza*, in ID., *Scritti sulla tolleranza*, cit., p. 200.

⁽¹¹⁶⁾ LOCKE, *Terza lettera per la tolleranza*, cit., p. 480.

gli uomini « ad essere dell'opinione di chi non possono fare a meno di amare » (117), è la sola che può condurre invece verso l'obbedienza 'in coscienza': la persuasione non mira a raggiungere « una conformità esteriore » (« una professione verbale » di fede) ma vuole « sottomettere il cuore, e rendere i pensieri e le opere obbedienti alla verità » (118). Nella società che ha scoperto la libertà di coscienza la *persuasio* non è più pertinenza del diavolo ma diviene parte delle nuove regole del gioco (119) che prendono sul serio la libertà dei soggetti, riconsiderandone desideri, passioni, sentimenti, interessi, per 'sottomettere il cuore'.

Locke mira a separare nettamente l'appartenenza civica da quella religiosa: la fede è una scelta individuale, libera, che — come la spontaneità, come l'amore — non ammette coercizioni; l'appartenenza civica — che coinvolge *tutti* — deve per ottenere obbedienza limitarsi ad utilizzare la paura del potere, accontentandosi di una semplice conformità esteriore.

È possibile però disegnare l'appartenenza civile rinunciando completamente a iscrivere l'amore per il governo nel cuore dei cittadini, rinunciando a un legame profondo, estremo, religioso, tra i singoli e l'ordine?

La distinzione tra appartenenza civica e appartenenza religiosa è nelle stesse pagine di Locke resa meno netta dalla necessità di fissare punti fermi capaci di sostituire le certezze perdute. La « legge di natura » è « scritta nel cuore di tutti gli uomini » (120), è « intellegibile e chiara ad una creatura ragionevole e a chi la studi, quanto

(117) « Se la forza non è capace di dominare le opinioni degli uomini, né di piantargliene in petto di nuove, invece la cortesia, l'amicizia ed un trattamento gentile possono farlo [...]. Gli uomini disposti alla ricerca, d'altra parte, non accettano certo l'opinione di un altro in forza della sua gentilezza; ma sono più propensi ad essere persuasi, e saranno pronti a ricercare le ragioni che possono convincerli ad essere dell'opinione di chi non possono fare a meno di amare » (LOCKE, *Saggio sulla tolleranza*, cit., p. 116-117); « Altro è convincere, altro comandare; altro è far pressione con le argomentazioni, altro con gli editti » (LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, cit., p. 137).

(118) LOCKE, *Terza lettera per la tolleranza*, cit., p. 473.

(119) Sulla persuasione come strumento 'morbido e duttile' di controllo delle coscienze da affiancare all'Inquisizione si cfr. PROSPERI, *Tribunali della coscienza*, p. 278 e ss.

(120) J. LOCKE, *Due Trattati sul governo e altri scritti politici*, ed. a cura di Luigi Pareyson, Torino, Utet, 1982 (3. ed.), II: Secondo Trattato, cap. ii, 11, p. 235.

le leggi positive delle società politiche, anzi, forse tanto più evidente, quanto più facile a intendere è la ragione che non le fantasie e le intrigate invenzioni degli uomini » (121). La ragione ha dunque iscritto « in the hearts of all mankind » la legge di natura; chi trasgredisce, chi abbandona la retta ragione ne è consapevole 'in coscienza', tanto che 'dichiara lui stesso' di abbandonare il diritto e i principi della natura umana (« nel trasgredire la legge di natura, l'offensore dichiara lui stesso di vivere secondo una norma diversa da quella della ragione e della comune equità » (122); « nel violare la legge e nel deviare dalla retta norma della ragione, per cui un uomo degenera sino a quel punto e dichiara lui stesso di abbandonare i principi della natura umana e d'essere creatura nociva » (123)). Chi, non dominato dalla ragione, si pone come nemico della legge naturale che è nel suo cuore, accede al delitto, fa nascere il « diritto di punire » nella persona offesa, si pone contro se stesso e fuori dal genere umano: il delinquente che ha « rinunciato alla ragione » — che non ha rispettato « la norma e la misura comune che Dio ha dato all'umanità » — « ha dichiarato guerra all'intero genere umano; e perciò può essere distrutto come un leone o una tigre, cioè come una di quelle bestie feroci con cui gli uomini non possono avere società o garanzia » (124). È l'amore per l'ordine iscritto dalla legge di natura nel cuore di tutti gli uomini che mostra appartenenza ed estraneità. La legge di natura spinge all'obbedienza *in coscienza*, così come, specularmente, di fronte a una legge civile ingiusta spinge — ancora *in coscienza* — a resistere, ad appellarsi al cielo contro il tiranno. Non può essere diversamente, se la norma superiore di giustizia sta nei cuori e le leggi civili « sono giuste » soltanto se « fondate sulla legge di natura » (125).

Pur caratterizzati dalla preminenza dei bisogni e da volizioni libere, i soggetti sono dunque chiamati a non interrompere mai l'uso della ragione (126), a vigilare costantemente su se stessi, sulle proprie

(121) Ivi, II, ii, 12, p. 236.

(122) Ivi, II, ii, 8, p. 233.

(123) Ivi, II, ii, 10, p. 234.

(124) Ivi, II, ii, 11, p. 235.

(125) Ivi, II, ii, 12, p. 236. Cfr. anche II, xi, 15, pp. 328-329.

(126) Sull'intermittente razionalità dei soggetti in Locke cfr. J. DUNN, *Il pensiero politico di John Locke*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 226 e ss.

passioni, a differirle, per vincere la conflittualità. È l'autodisciplina del soggetto, l'uso di una « libertà disciplinata », di « una libertà regolata e ordinata » (è il riferimento a « un soggetto impegnato in uno sforzo di disciplina che ha Dio come propria forza originaria » (127)), che — controllando le passioni — rende virtuose le interazioni dei soggetti. La legge di natura ha immesso in ciascuno un giudice interno che persuade all'ordine, che offre 'norma e misura'. Chi, come l'ateo, rifiuta di lasciarsi persuadere, precipita fuori dall'intero genere umano.

6. *Il servo incatenato e il servo persuaso.*

La scoperta della coscienza libera spinge a ricercare nuovi ponti tra il soggetto e l'ordine, mostra l'impossibilità di un'appartenenza assoluta ma nello stesso tempo ricerca 'oltre il consenso' una fedeltà, una disciplina ancora iscritta nell'anima. Ai nostri fini possiamo limitarci a far riferimento a una sola vicenda, quella del servo costretto o persuaso all'obbedienza. Il percorso della 'lotta per il riconoscimento' può aiutarci a cogliere indirettamente la 'tensione morale' verso la costruzione di un'appartenenza più forte del 'semplice consenso' posto a fondamento dell'ordine (128).

Grozio distingue tra una servitù perfetta (quella di chi, in cambio degli alimenti e delle altre cose necessarie alla vita, è costretto a servizi perpetui, di chi sottostà a un dominio perpetuo in cambio di certezze perpetue) (129) e una servitù imperfetta, quella dei servi della gleba e dei mercenari. La distinzione divide e nello

(127) COSTA, *Civitas*, I, cit., pp. 300-301.

(128) La 'lotta per il riconoscimento' (nella dialettica del servo e del padrone, nella loro 'lotta per la vita e la morte') è — com'è noto — presentata da Hegel nella *Fenomenologia*, come formazione dell'autocoscienza, come racconto dell'umanità che deve creare e sviluppare se stessa. Qui l'allusione al tema si muove ovviamente lontano da una tale prospettiva per riprendere indirettamente le suggestioni fornite da HONNETH (*Lotta per il riconoscimento*, cit.; si veda sopra alla nota 71) nella sua lettura della 'idea originaria' di Hegel.

(129) « Est [...] servitus perfecta quae perpetuas operas debet pro alimentis set aliis quae vitae necessitas exigit: quae res si ita accipiatur in terminis naturalibus, nihil habet in se nimiae acerbitatis, nam ista obligatio compensatur perpetua illa alimentorum certitudine, quam saepe non habent qui diurnas locant... » (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, cit., II, cap. V, § 27).

stesso tempo tiene assieme situazioni diverse. Negli *Elementi filosofici sul cittadino*, Thomas Hobbes fa riferimento a una divisione meno convenzionale, quella tra il servo fidato e il servo incatenato. Introducendo il tema del *diritto del padrone sui servi*, afferma che « vi sono [...] tre modi con cui l'uno può dominare sull'altro »: per sottomissione volontaria in forza di un contratto (« alcuni si pongono in forza di vicendevoli patti sotto il dominio, o il potere, di un uomo o di un gruppo di uomini, di propria e spontanea volontà »); « in virtù della generazione » (è il diritto dei genitori sui figli); e grazie a una forma intermedia in cui confluiscono sia il fatto naturale sia il consenso, quella del diritto del padrone sui servi ⁽¹³⁰⁾.

La figura intermedia — quella che fonde fatto naturale e consenso — è la più interessante; giova però fare un breve riferimento alla « sottomissione volontaria » che — com'è noto — sta al centro della ricostruzione hobbesiana. Il diritto assoluto del sovrano nasce « dal fatto che ciascuno dei cittadini ha sottoposto la sua volontà al sovrano » ed è a questo diritto che si unisce « l'obbedienza » ⁽¹³¹⁾. Hobbes avverte la necessità, però, di aggiungere a questa forma di obbedienza un'altra forma che « nasce non immediatamente dal patto in virtù del quale abbiamo deferito allo Stato ogni nostro diritto; ma mediatamente, ossia dal fatto che, senza obbedienza, il diritto del sovrano sarebbe vano e per conseguenza lo Stato non sarebbe pienamente costituito » ⁽¹³²⁾. Il primo aspetto (quello fissato nel patto) dà il diritto di *comandare* (« una cosa è il dire: 'ti do il diritto di comandare quello che vuoi' »), l'altra attiene al *fare* (ben altra cosa è « il dire: 'farò quello che comanderai' ») ⁽¹³³⁾. Il passo si presta a una pluralità di valutazioni; a renderlo interessante è la tensione a collocare accanto ad una legittimazione origi-

⁽¹³⁰⁾ T. HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, in *Opere* (a cura di N. Bobbio), vol. I, Torino, Utet, 1988 (I ed. 1948), pp. 197 e ss.; pp. 203 e 205. Si cfr. anche HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile* (a cura di A. Pacchi, con la collaborazione di A. Lupoli), Roma-Bari, Laterza, 2006, cap. XX, p. 166 e ss.

⁽¹³¹⁾ HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, cit., VI, § 13, p. 167. Il dovere di obbedire ai comandi del sovrano scaturisce direttamente dal patto di unione, dall'originario trasferimento di poteri nelle mani del sovrano.

⁽¹³²⁾ Ivi, VI, § 13, p. 169 (ove si veda anche la nota di Bobbio).

⁽¹³³⁾ *Ibidem*.

naria, formale, dell'obbedienza, una sorta di aspirazione al fare che la renda effettiva, concreta. Vista la natura tutta convenzionale della legge in Hobbes (134), siamo lontani dalla ricerca di una coscienza dell'appartenenza ulteriore rispetto al consenso; affiora però attraverso la dimensione dell'effettività dell'obbedienza il riferimento a una sorta di fragilità della semplice forza: l'effettività del 'fare' esige una soggezione certa nel futuro, una fedeltà continua 'nel fare'. L'obbedienza al governo scaturisce dal consenso ed è affidata alla paura, al terrore (135). Chi rifiuta la soggezione piena, chi non intende garantire fedeltà è espulso dal 'diritto civile': « i ribelli, i traditori e tutti i rei di lesa maestà non devono essere puniti secondo il diritto civile, ma secondo il diritto naturale, cioè non come cattivi cittadini ma come nemici dello Stato, e non in forza del diritto di sovranità ma del diritto di guerra » (136).

(134) Il discorso di Hobbes è formale: il suddito è colui che 'riconosce la legge', colui che si è sottomesso, chi invece non riconosce la legge, chi non si è sottomesso, è il nemico. La questione dell'appartenenza e dell'esclusione non è guidata da un'aspirazione costante al bene ma dalla volontà di riconoscersi o non riconoscersi nella legge. Significativo è il caso dell'ateo: « l'ateo deve essere punito [...] non come un suddito a cui il sovrano aggiudica una pena perché ha trasgredito le leggi, ma come un nemico, perché non ha voluto riconoscere queste leggi [...]. Sono difatti nemici tra loro quelli che non si sottopongono né a un'autorità comune, né l'uno all'altro » (ivi, XIV, § 19, p. 285). Ancora più significativa però è la situazione del cittadino che, rifiutando di mantenere fede al « patto generale », al patto in forza del quale si è obbligati ad obbedire al sovrano, si macchia del « delitto di lesa maestà ». In questo caso siamo di fronte ad una trasgressione di « una legge anteriore ad ogni legge civile », siamo di fronte a una ribellione che rende 'superflua' la stessa legge perché la disconosce: « Non servirebbe a nulla che un sovrano formulasse una legge civile del seguente tenore: 'è vietato ribellarsi', perché se i cittadini non si obbligano prima all'obbedienza, cioè a non ribellarsi, nessuna legge ha più alcun valore, e un obbligo, che vincola a quanto già prima ci si è impegnati ad accettare è superfluo » (ivi, XIV, § 21, p. 287).

(135) Cfr. la ricostruzione proposta movendo dall'analisi del verbo "to awe" da C. GINZBURG, *Paura, reverenza, terrore. Rileggere Hobbes oggi*, Parma, Monte Università Parma, 2008.

(136) HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, cit., XIV, § 22, p. 287. Considerando la necessità di ottenere un'obbedienza 'nel fare' — e considerando che in Hobbes lo scopo della pena è comunque « il terrore » — la divisione netta tra la *pena* (rivolta verso il delinquente) e *l'atto di ostilità* rivolto verso chi è « apertamente nemico », risulta continuamente minacciata da una possibile assenza di 'fedeltà': chi nega la sudditanza « non riconosce più la punizione prescritta dalla legge, e perciò subisce la pena come nemico dello Stato » (HOBBS, *Leviatano*, cit., XXVIII, p. 257). La distinzione, con

La forma intermedia di soggezione complica il quadro. Il riferimento va al caso del prigioniero di guerra che, vinto o sfiduciato, « promette al vincitore » per evitare la morte di « servirlo »: « in questo contratto, il bene che chi si arrende [...] riceve è la grazia della vita [...]; il bene che promette è il servizio e l'obbedienza. In forza di questa promessa, il vinto deve al vincitore un servizio e un'obbedienza assoluta [...]. L'obbligato si chiama servo; colui a cui l'obbligo è diretto padrone » (137). Siamo dunque di fronte al caso di prigionieri di guerra che sono scesi a patti coi vincitori, che si sono lasciati persuadere dal bisogno e dall'interesse a stipulare un contratto che li ha posti in una situazione diversa da quella degli altri schiavi che restano « chiusi in carcere o incatenati », « servono non in virtù di un patto ma per timore della frusta ». Il patto muta dunque la qualità dell'obbedienza: « l'obbligo di un servo verso il padrone non nasce dalla semplice grazia della vita, ma dal fatto che non lo tiene incatenato o incarcerato. L'obbligo nasce da un patto » che presuppone sempre « fiducia reciproca » (138).

Il padrone ha lo stesso diritto e la stessa autorità sia nei confronti dei servi che tiene fisicamente liberi, sia nei confronti dei servi incatenati: dispone pienamente della persona che può essere venduta, data in pegno, lasciata per testamento. Il dominio del padrone è assoluto; egli (come il sovrano nello Stato nei confronti dei suoi sudditi) non può far torto ai suoi servi « perché questi hanno sottoposto la loro volontà a quella del padrone. Perciò qualunque azione questi compia, la compie secondo la loro volontà; e non si può commettere un torto verso colui che vi acconsente » (139). Il tema è ripreso nel *Leviathan*: il dominio è acquistato dal vincitore quando il vinto per evitare la morte pattuisce che, sin quando la sua vita gli sarà lasciata, il vincitore ne potrà usare « a suo

qualche variazione, è utilizzata oggi da Günther Jakobs nella sua ricostruzione del 'diritto penale del nemico': a porre il delinquente come nemico non è la violazione della norma ma l'assenza di fedeltà, il mancato riconoscimento della 'identità normativa del gruppo'. Il 'nemico' « della società costituzionalmente fondata sulla libertà » diviene chiunque non offre — « in modo credibile » — « la garanzia » di fedeltà all'ordinamento (cfr. *infra* al § 10).

(137) HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, cit., VIII, § 1, pp. 197-198.

(138) Ivi, VIII, § 3, p. 199.

(139) Ivi, VIII, § 7, p. 200.

piacimento»: « dopo tale patto il vinto è un servo, e non prima ». Coloro che non accedono al patto, invece, « non hanno alcun obbligo », restano liberi di mettere in gioco la loro vita, di ribellarsi ‘giustamente’ a chi li tiene in soggezione: « possono infrangere le catene o uscir di prigione, ed uccidere o rendere schiavo il loro padrone giustamente ». L’obbedienza del servo che ha stipulato il patto è tutta affidata alla promessa di non ribellarsi, una promessa che gli fa ottenere fiducia, che lo affranca dalla condizione di nemico ma lo priva della libertà: colui che serve per « patto di obbedienza », ‘riconosce’ e ‘autorizza’ « qualunque cosa faccia il padrone »: « nel caso in cui il padrone, qualora egli si rifiuti, lo uccida, lo getti in catene, o lo punisca in altro modo per la sua disobbedienza, è egli stesso l’autore di tutto ciò, e non può accusare il padrone di [fargli] torto » (140).

Nella figura intermedia la volontà di accettare il patto non muta la situazione di soggezione ma soltanto la rappresentazione del nemico. Il servo per patto è un nemico che nega la sua appartenenza, che accetta un ordine diverso dal suo, che si lascia persuadere a servire fedelmente, che aspira a servire. Lo schiavo incatenato che preferisce la morte alla piena sottomissione conserva la sua libertà, il suo diritto di ribellarsi (141). Il ‘servo persuaso’ è in una zona di confine: *vuole* una nuova appartenenza (« non si dà infatti nessun patto senza la volontà di chi si obbliga » (142)), dà e ottiene fiducia (« solo nella fiducia consiste [...] la forza vincolante dei patti » (143)), aspira a servire e merita di servire. Cosa garantisce però l’effettività della sua promessa (‘farò quello che comanderai’)? Cosa differenzia ‘nel fare’ le diverse situazioni presenti nel ‘grande regno’ e nel ‘piccolo regno’ (144)? Può l’effettività dell’obbedienza essere garan-

(140) HOBBS, *Leviatano*, cit., XX, p. 170. Il ‘servo volontario’ come il cittadino *trasferisce il diritto* e perde il diritto di resistenza. Chi si assoggetta « dichiara ad un altro (che di propria volontà accetta) di volere che d’ora in avanti non gli sia più lecito opporre resistenza », accetta di consumare tutta la sua libera volontà per porsi al servizio dell’ordine (HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, II, §§ 4 e ss., p. 102 e ss.).

(141) HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, cit., VIII, § 4, p. 199.

(142) Ivi, II, § 13, p. 107.

(143) Ivi, II, § 18, p. 110.

(144) L’accettazione del dominio del padrone da parte del servo dà origine « a una specie di piccolo regno », ed è dunque simile alla situazione di coloro che si sono

tita dall'inclusione di coloro che sono costretti ad amare? Cosa dà forza effettiva alla 'servitù volontaria' se il rifiuto del proprio assenso è sufficiente a rompere le catene, se il semplice 'desiderio di libertà' è sufficiente a far crollare 'il colosso' (145)?

John Locke — come abbiamo visto — è ben consapevole del problema. Mentre Hobbes parte dall'affermazione di come si acquisti il diritto di dominare gli uomini, Locke apre il capitolo sulla schiavitù con un riferimento a libertà, « la libertà naturale », « la libertà dell'uomo in società »: l'uomo non può separarsi da tale libertà perché egli non ha il potere sulla propria vita e perciò « non può, per contratto e col proprio consenso, rendersi schiavo di alcuno » (146). La distinzione proposta da Hobbes non è, però, del tutto abbandonata. A colui che ha compromesso la propria vita con un atto che merita la morte, ed è in potere di altri, può essere tolta

assoggettati al sovrano, *riconoscendo e autorizzando* tutto ciò che egli fa (ivi, VIII, § 1, p. 197).

(145) Era questo, in fondo, il dilemma riguardo alla « origine nascosta del dominio » — alla forza del potere riposta in chi lo subisce, più che nella sola supremazia di chi lo esercita — proposto da Etienne de La Boétie nel suo saggio sulla 'servitù volontaria': « Tutti questi danni, queste sventure, questa rovina vi vengono non da molti nemici ma da uno solo, da colui che voi stessi avete reso tanto potente; è per suo amore che andate così coraggiosamente in guerra, è per la sua vanità che non esitate ad affrontare la morte. Costui che spadroneggia su di voi non ha che due occhi, due mani, un corpo e niente di più di quanto possiede l'ultimo abitante di tutte le vostre città. Ciò che ha in più è la libertà di mano che gli lasciate nel fare oppressione su di voi fino ad annientarvi. Da dove ha potuto prendere tanti occhi per spiarvi se non glieli avete prestati voi? Come può avere tante mani per prendervi se non è da voi che le ha ricevute? E i piedi coi quali calpesta le vostre città non sono forse i vostri? Come fa ad avere potere su di voi senza che voi stessi vi prestate al gioco? E come oserebbe balzarvi addosso se non fosse già d'accordo con voi? Che male potrebbe farvi se non foste complici del brigante che vi deruba, dell'assassino che vi uccide, se insomma non foste traditori di voi stessi? [...] Da tutte queste infamie [...] potreste liberarvi se provaste, non dico a scuotervele di dosso, ma semplicemente a desiderare di farlo. Siate dunque decisi a non servire mai più e sarete liberi. Non voglio che scacciate il tiranno e lo buttiate giù dal trono; basta che non lo sosteniate più e lo vedrete crollare a terra per il peso e andare in frantumi come un colosso a cui sia stato tolto il basamento » (E. DE LA BOÉTIE, *Discorso sulla servitù volontaria*, a cura di L. Geninazzi, Milano, Jaca Book, 1979, p. 64 e ss.).

(146) « Non si può conferire altrui un potere maggiore di quello che si possiede, e chi non può sopprimere la propria vita non può conferire ad altro alcun potere su di essa ». LOCKE, *Due Trattati sul governo*, cit., II, cap. iv (Della schiavitù), 23, pp. 244-245.

la vita o imposta la schiavitù. Il costo della libertà è la morte: « quando [...] stimi che la durezza della sua schiavitù sorpassa il valore della sua vita », può « attirare su di sé la morte che desidera col resistere alla volontà del padrone » ⁽¹⁴⁷⁾. Questa « condizione perfetta di schiavitù » riguarda il nemico, riguarda le situazioni che si realizzano a seguito di uno stato di guerra, tra un conquistatore legittimo e un prigioniero. Distinta invece è la situazione in cui interviene « un contratto e si faccia un accordo per legittimare il potere da una parte e l'obbedienza dall'altra » ⁽¹⁴⁸⁾. Si torna qui all'ipotesi del 'servo libero' che è riproposta però, a differenza di quanto faceva Hobbes, come se fosse una situazione molto lontana dalla schiavitù perfetta. La precisazione più che eliminare la figura del 'servo libero' ne espande il campo. La posizione del servo reso libero dal contratto si confonde infatti nelle pagine di Locke con quella del lavoratore salariato (« padrone e servo sono nomi antichi come la storia, ma dati a gente di ben diversa condizione, perché un uomo libero può farsi servo di un altro col vendergli, per un certo tempo, il servizio che prende a prestare, in cambio di una paga che riceve » ⁽¹⁴⁹⁾) che volontariamente si sottopone a « un potere temporaneo » e « non maggiore di quanto non sia contenuto nel contratto intervenuto fra di loro » ⁽¹⁵⁰⁾. Chi si fa temporaneamente servo in cambio di una paga si lascia persuadere all'ordine della società civile e non può essere « schiavo », è ben diverso dai nemici che, a seguito di una « guerra giusta », sono stati « assoggettati al dominio assoluto e al potere arbitrario dei loro padroni » ⁽¹⁵¹⁾.

Fin qui la classificazione accorda un ruolo centrale al contratto e alla libertà del soggetto. La situazione degli schiavi (di quelli 'veri', i prigionieri di guerra, gli schiavi-nemici) è connotata dal fatto che essi hanno « esposto la vita, e con essa la libertà », hanno perso i loro averi, non sono « capaci di proprietà » e « non possono in quello stato, essere considerati come parte di una società civile, il cui scopo

⁽¹⁴⁷⁾ Ivi, p. 245.

⁽¹⁴⁸⁾ Ivi, II, iv, 24, p. 246.

⁽¹⁴⁹⁾ Ivi, II, vii, 85, p. 286.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁵¹⁾ *Ibidem.*

principale è la conservazione della proprietà » (152). L'estraneità dall'ordine si misura in riferimento all'impossibilità di aspirare alla proprietà: lo 'schiavo perfetto' non appartiene alla società civile perché è estraneo alla dimensione proprietaria che regola e disciplina la società. L'impossibilità di aspirare alla proprietà condanna 'lo schiavo incatenato' all'estraneità all'ordine della società civile (153). La distinzione tra servo incatenato e servo libero (pur non essendo completamente svincolata dall'adesione volontaria) è così spostata su un terreno ritenuto meno fragile perché collegato all'ordine (naturale) intrinseco alla società. Non a caso, del resto, al breve capitolo quarto del *Secondo trattato* dedicato alla schiavitù fa immediatamente seguito il notissimo capitolo dedicato alla proprietà, il cui obiettivo è proprio quello di mostrare « come gli uomini possano giungere ad avere la proprietà [...] senza un contratto espresso fra i membri della comunità » (154), di come sia possibile giungere a una nuova e complessiva geografia dell'ordine (155).

Diviene però così più complicata la situazione del 'servo libero', del 'servo temporaneo', che volontariamente — accettando una soggezione « non maggiore di quanto non sia contenuto nel contratto » — si lega alla società civile attraverso il fragile ponte del contratto. Che coscienza dell'ordine avrà questo soggetto? Potrà mai appartenere appieno alla comunità, essere veramente incluso tra coloro che manifestano 'amore per il governo'?

7. *Persuaderli a contrattare.*

Il tema della persuasione (della persuasione al contratto) assume

(152) Ivi, II, vii, 85-86, pp. 286-287.

(153) Con l'esclusione dello schiavo dal contratto Locke « legittima la schiavitù razziale, che si va affermando nella realtà politico-sociale del tempo ». Cfr. D. LOSURDO, *Controstoria del liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 44-45.

(154) LOCKE, *Due Trattati sul governo*, cit., II, v, 25, p. 248.

(155) Nel modello lockiano la proprietà « definisce l'essenza dell'azione individuale e fissa i parametri di un'etica sociale che raggiunge ogni zona della società imponendosi normativamente ad essa. Il nesso virtuoso fra disciplina, lavoro, proprietà, benessere collettivo indurrà di conseguenza ad associare alla condizione di 'non proprietario' le caratteristiche della pigrizia, della viziosità, dell'irrazionalità, dell'indisciplina ». COSTA, *Civitas*, I, cit., pp. 301-302.

connotati nuovi nel momento in cui l'attenzione si indirizza verso lo studio della natura umana e delle caratteristiche in grado di indurre i singoli a forme di cooperazione virtuosa, capaci di andar oltre il *self-love* del soggetto. Da questo punto di vista la questione del 'servo persuaso' emerge in modo nuovo nelle pagine di Adam Smith.

Smith segue Hume (« un uomo molto ingegnoso ») nel negare l'origine contrattuale della società civile (« non vi è alcun tacito consenso da parte dei sudditi ») e nel considerare l'obbedienza e « il dovere di lealtà » collegati al principio di autorità e a quello di interesse comune ⁽¹⁵⁶⁾. Ritiene che non sia di alcuna utilità discettare sulle leggi dello stato di natura (« in quanto un tale stato non esiste » ⁽¹⁵⁷⁾); è poco interessato alla costruzione del 'governo pubblico' e pone al centro dell'attenzione 'il governo privato', le modalità *effettive* attraverso cui raggiungere obbedienza, attraverso cui dar voce all'« insieme di promesse di speranze nel progresso » che si dischiudevano nel processo di rottura dell'*Ancien regime* ⁽¹⁵⁸⁾. Vista come il risultato di un progresso, come un disegno provvidenziale cui ciascuno è chiamato a cooperare, la società commerciale disegnata da Smith è aperta: ha bisogno di essere costruita con l'adesione di ciascuno e attivando in ciascuno l'intima speranza di una perfettibilità, di un possibile miglioramento delle proprie condizioni di vita ⁽¹⁵⁹⁾. In Smith non esiste una visione idilliaca del pro-

⁽¹⁵⁶⁾ « Questa obbedienza che ognuno pensa sia dovuta al sovrano non deriva da alcuna nozione di contratto ». A. SMITH, *Lezioni di Glasgow*, a cura di E. Pesciarelli, Milano, Giuffrè, 1989, *Lezioni sulla "jurisprudence" (1762-1763)* [d'ora in poi LJ (1762-63)], pp. 403-404. « Questo concetto o dovere di lealtà appare basato su due principi. Il primo possiamo chiamarlo principio di autorità e il secondo principio dell'interesse comune o generale » (ivi, p. 404). Cfr. anche ivi, pp. 409 e 412 e *Lezioni sulla "jurisprudence" (1763-1764)* [d'ora in poi LJ (1763-1764)], p. 517 e ss. ove si richiama la trattazione presente nella *Teoria dei sentimenti morali* riguardo alla « simpatia nei confronti di coloro che ci sono superiori », una simpatia « maggiore di quella che proviamo per i nostri pari e per coloro che sono a noi inferiori » (ivi, p. 517).

⁽¹⁵⁷⁾ SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., LJ (1763-1764), p. 510.

⁽¹⁵⁸⁾ R. VIVARELLI, *I caratteri dell'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 53; D.S. LANDES, *Prometeo liberato. Trasformazioni tecnologiche e sviluppo industriale nell'Europa occidentale dal 1750 ai giorni nostri*, Torino, Einaudi, 1978 (ed. orig. Cambridge, 1969).

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. VIVARELLI, *I caratteri dell'età contemporanea*, cit., pp. 37 e ss.; 91 e ss.

gresso ⁽¹⁶⁰⁾; egli è consapevole che un grande cambiamento sociale sta trasformando servi incatenati in soggetti liberi: il suo problema è quello di comprendere quali comportamenti possano dar vita a una cooperazione virtuosa.

La rappresentazione del contratto (del contratto individuale) e degli obblighi che ne derivano è posta da Smith facendo riferimento all'aspettativa delle parti, al « disappunto che la non osservanza della promessa potrebbe produrre »: l'obbligo di mantenere un impegno non deriva, come ipotizza Grozio, dalla volontà dell'individuo che promette, ma dal fatto che si suscita un'aspettativa; l'obbligo di rispettare un contratto non deriva neppure da un obbligo di sincerità — come ritiene Pufendorf —, in quanto si può essere sinceri riguardo al passato e al presente, ma non al futuro che non si può conoscere ⁽¹⁶¹⁾.

Tale approccio 'realistico' consente a Smith di tornare con una nuova prospettiva sulla questione del servo incatenato e del servo persuaso. I diritti che derivano dai rapporti che sussistono nell'ambito della famiglia — afferma nelle lezioni di Glasgow — sono di tre tipi: il rapporto tra marito e moglie, tra padre e figlio, tra padrone e servo. La situazione più dura è quella dei servi: « nessun freno [...] fu mai imposto all'autorità dei padroni sui servi che divennero quindi schiavi del potere assoluto ed arbitrario del padrone » ⁽¹⁶²⁾. La ricognizione della situazione dei servi/schiavi oscilla tra erudite ricognizioni storiche e riferimenti alle necessità del presente. La condanna nei confronti della schiavitù è netta ⁽¹⁶³⁾ anche se la disincantata considerazione della natura umana spinge a ritenere il suo superamento un'illusione. La schiavitù è sorretta dalla « libertà

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. E. PESCIARELLI, *Introduzione*, in SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., p. LXXXII.

⁽¹⁶¹⁾ « La sincerità non può avere alcun valore in relazione al futuro poiché nessuno può conoscerlo ». SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., LJ (1762-1763), pp. 111-112; cfr., LJ (1763-1764), p. 617: « la coerenza di un contratto si basa sulle aspettative ragionevoli indotte da una promessa ».

⁽¹⁶²⁾ SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., LJ (1762-1763), p. 216 e ss.

⁽¹⁶³⁾ Cfr., ad esempio, A. SMITH, *Teoria dei sentimenti morali* (introduzione e note di E. Lecaldano, trad. di S. Di Pietro), Milano, RCS libri, 2008 (prima ed. 1995), V. 2. 9 (p. 412).

dei liberi »⁽¹⁶⁴⁾, dall'« amore per il comando e l'autorità », dall'« amore per il dominio e la tirannia »: « il piacere del dominio e dell'autorità sugli altri la renderanno probabilmente perpetua »⁽¹⁶⁵⁾.

Come non comprendere, però, che la condizione « infelice » dei servi non è « conveniente » per la società e per i loro stessi padroni?⁽¹⁶⁶⁾

Le necessità del presente emergono nel momento in cui Smith considera la condizione dei minatori di carbone e di coloro che lavorano nelle saline. Questi sono lavoratori salariati ma « costituiscono le uniche vestigie di schiavitù ancora superstiti tra noi »: sono pertinenza della miniera o della salina, vengono ceduti con essa, sono « *adscripti operis*, vengono cioè venduti con tutta l'azienda, ma non possono essere venduti o ceduti separatamente »⁽¹⁶⁷⁾. Esistono, certo, differenze rispetto alla vera schiavitù (la libertà religiosa e quella di matrimonio sono garantite) ma essi comunque « sono obbligati a svolgere una certa attività in un certo luogo »⁽¹⁶⁸⁾, nei loro confronti « vige la norma che chi lavora un anno e un giorno in un pozzo di carbone diventa schiavo come gli altri e può essere reclamato dal padrone, a meno che non si siano precedentemente accordati che egli non si avvarrà di questa possibilità. Ma i padroni delle miniere non accetteranno mai di farlo. Il gusto del comando e dell'autorità, che io temo sia innato negli uomini, un certo desiderio di tenere gli altro sotto di sé e il piacere che si ricava dall'avere

⁽¹⁶⁴⁾ È difficile da abolire in un governo repubblicano ove « la libertà dei liberi » si pone come « causa della grande oppressione degli schiavi »; meno in un governo monarchico ove la severità può essere alleviata dal fatto che al re non ne può venire alcun danno. SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., Lj (1762-1763), p. 223. La condizione degli schiavi risulta più tollerabile presso un popolo rozzo e barbaro, piuttosto che presso un popolo ricco e raffinato (ivi, p. 225): nel paese ricco infatti « la sproporzione fra la condizione del nobile e quella dello schiavo è talmente grande che l'uno a mala pena considera l'altro come un essere della stessa specie » (ivi, p. 227).

⁽¹⁶⁵⁾ Ivi, p. 230.

⁽¹⁶⁶⁾ La coltivazione della terra è più vantaggiosa quando avviene attraverso « fittavoli liberi »: il fittavolo paga al padrone quanto stabilito e quanto prodotto in eccedenza è di sua esclusiva proprietà; « ciò infonde molta più iniziativa ed alacrità allo svolgimento del lavoro » (ivi, p. 229).

⁽¹⁶⁷⁾ Ivi, p. 235.

⁽¹⁶⁸⁾ Ivi, p. 236.

persone a cui ordinare di lavorare piuttosto che essere obbligati a persuaderle a contrattare, impediranno sempre che ciò avvenga » ⁽¹⁶⁹⁾.

Il 'puro' comando-autorità e la persuasione al contratto emergono come l'espressione di due mondi diversi: da una parte il 'servo incatenato' (il desiderio di tenere gli altri sotto di sé, il piacere di ordinare) ⁽¹⁷⁰⁾, dall'altro il 'servo libero', da persuadere a sottoporsi 'spontaneamente' al lavoro e alla dipendenza senza ricorrere alla frusta. Smith non ha — come abbiamo visto — fiducia nella promessa: la persuasione al contratto non mira ad ottenere una manifestazione di volontà, una semplice promessa di obbedienza, un indeterminato obbligo di fedeltà proiettato su un futuro che non è dato conoscere, ma intende coinvolgere la coscienza dei soggetti, ottenere un'integrazione più solida di quella ottenuta con la costrizione. La persuasione al contratto si presenta come la nuova, l'unica per Smith, forma di 'amore per il governo' possibile per i poveri senza terra e denaro ⁽¹⁷¹⁾: nuova disciplina dell'anima più efficace delle violenze della legge e della 'paura del governo' ⁽¹⁷²⁾. La persuasione al contratto è uno strumento necessario per unire i

⁽¹⁶⁹⁾ Ivi, p. 237.

⁽¹⁷⁰⁾ Rappresentazione che si ripropone nella *Ricchezza delle nazioni* (1776): « L'orgoglio dell'uomo fa sì che egli ami dominare e niente lo mortifica tanto quanto l'essere costretto ad abbassarsi a persuadere i suoi inferiori. Per cui ovunque la legge lo permetta e la natura del lavoro lo renda possibile, egli preferisce in generale il servizio degli schiavi a quello degli uomini liberi » (A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, a cura di Anna e Tullio Bagiotti, Torino, Utet, 2006 (prima ed. 1975), Libro III, cap. 2, p. 514.

⁽¹⁷¹⁾ « Al giorno d'oggi i poveri che non possiedono né terra, né denaro, possono guadagnarsi da vivere lavorando come servi per un agricoltore in campagna oppure lavorando in una qualunque bottega di cui conoscono l'attività. Ma a Roma ogni genere di attività era completamente monopolizzata dagli schiavi e i cittadini poveri che non avevano né terra né denaro erano in una situazione estremamente miserevole ». SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., Lj (1762-1763), p. 243.

⁽¹⁷²⁾ « Le leggi e lo stato possono essere considerati come una alleanza dei ricchi per opprimere i poveri e conservare a proprio vantaggio la disuguaglianza nella distribuzione dei beni che sarebbe altrimenti eliminata dalle rivolte dei poveri, i quali se non venissero frenati dal governo, ridurrebbero gli altri nelle loro stesse condizioni per mezzo di un'aperta violenza. Lo stato e le leggi impediscono ai poveri di impadronirsi delle ricchezze per mezzo della violenza che essi altrimenti eserciterebbero sui ricchi; essi impongono loro di continuare ad essere poveri o di arricchirsi con lo stesso sistema degli altri ». Ivi, p. 257.

soggetti al nuovo ordine economico: « in uno stato in cui le arti, le manifatture, e le attività artigianali sono sviluppate al massimo [...] non si può fare a meno dei lavoratori, pena la rovina totale del commercio e dello stato » (173).

L'attenzione non va puntata dunque sul contratto ma sulla persuasione che gioca nelle pagine di Smith un ruolo centrale in più direzioni. La prosperità della nazione — legata alla divisione del lavoro (174) — è mossa dalla « inclinazione naturale e comune a tutti di persuadere »: « gli uomini cercano sempre di persuadere gli altri a condividere le loro opinioni anche quando la questione non riveste per loro alcuna importanza » (175). Grazie alla persuasione è possibile rendere effettiva la cooperazione in una società civile in cui « l'uomo ha bisogno costante dell'aiuto dei suoi simili » (176), in una società di 'stranieri', in cui non è possibile guadagnare l'amicizia di tutti (177). L'equilibrio tra il *self-love* dei soggetti crea rapporti sociali, una società in cui « gli ingegni più dissimili sono vicendevolmente utili » (178), crea una cooperazione più solida di quella raggiungibile con la coercizione, con il 'semplice' uso della forza.

Occorre persuadere 'i padroni' al contratto ed occorre persuadere 'i servi'. Le ragioni non mancano: « un qualsiasi operaio a giornata, che a torto noi pensiamo viva nella maniera più semplice, in realtà gode di maggiori comodità ed agi di un principe indiano

(173) SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., LJ (1762-1763), p. 285.

(174) La divisione del lavoro è « conseguenza necessaria » di una « propensione della natura umana », « comune a tutti gli uomini »: « la propensione a trafficare, barattare, scambiare una cosa con un'altra » (SMITH, *Ricchezza delle nazioni*, cit., I. cap. II, p. 91).

(175) SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., LJ (1762-1763), p. 449: « Se dovessimo analizzare il principio della ragione umana su cui si basa questa inclinazione a trafficare, dovremmo dire che si tratta chiaramente dell'inclinazione naturale e comune a tutti di persuadere ».

(176) SMITH, *Ricchezza delle nazioni*, cit., I. cap. II, p. 92.

(177) È in tal senso che va letto il noto riferimento al 'self-love' di coloro che ci forniscono « la massima parte dei servizi di cui abbiamo bisogno »: « Non è dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo il nostro desinare, ma dalla considerazione del loro interesse particolare » (*ibidem*). Cfr. SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., LJ (1762-1763), p. 443.

(178) SMITH, *Ricchezza delle nazioni*, cit., I. cap. II, p. 95.

alla testa di mille sudditi ignudi » (179); l'operaio a giornata vive comunque meglio del selvaggio (180); il « povero operaio », il « povero bracciante », è sottoposto alla « fatica più dura » ma egli ha comunque una « comodità della vita » (181).

Nelle pagine di Mandeville la persuasione poneva una netta distinzione tra 'noi' e 'loro'. Chi persuade alla cooperazione ottiene per Mandeville 'grandi cose positive' dalla necessità, ottiene 'servizi' a fronte di 'bisogni', utilizzando il denaro come generale strumento di persuasione sempre ben accetto (182). Il cemento della società è dato dal fatto che gli uomini devono mangiare e bere (183): chi persuade 'crea' un soggetto disciplinato al lavoro (184), rende possibile un 'vivere assieme' stabile, consapevole che gli uomini non sono mossi « da un naturale amore per la propria specie o dall'amore per la compagnia, come una mandria di vacche o un gregge di pecore » (185). Chi persuade sa che la società esige gerarchia, controllo delle passioni, paura (« la sola passione utile che l'uomo possiede

(179) SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., LJ (1762-1763), p. 431. Cfr. ancora ivi, pp. 434 e ss.; e ID., *Ricchezza delle nazioni*, cit., I, cap. I, p. 88 e ss.

(180) SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., LJ (1762-1763), p. 434.

(181) Ivi, pp. 432 e 435.

(182) Mandeville fa riferimento alla forza persuasiva del denaro per ottenere servizi nel momento del bisogno: « attendere che gli altri ci servano per niente, sarebbe irragionevole [...]. Come potrei persuadere un altro a servirmi, se il servizio che posso rendergli in cambio è tale che egli non ne abbisogna o non gli importa? Il denaro rimedia ed elimina tale difficoltà, poiché rappresenta un compenso sempre bene accetto per qualsiasi servizio possa essere reso da un uomo a un altro... Grandi cose positive nascono dalla necessità, e il cemento della società civile è costituito dal fatto che gli uomini devono mangiare e bere ». Cit. in R.L. MEEK (*Studi sul teoria del valore-lavoro*, Milano, Feltrinelli, 1973, pp. 38-39) che scorge nel testo una prima trattazione dei rapporti tra divisione del lavoro e valore.

(183) « Nulla è più universale e sincero sulla terra come l'amore che tutte le creature che ne sono capaci portano per sé stesse; e poiché non c'è amore che non implichi la cura di conservare la cosa amata, in nessuna creatura nulla è più sincero della volontà, del desiderio dello sforzo di amare ». B. MANDEVILLE, *La favola delle api, ovvero, vizi privati pubblici benefici*, a cura di T. Magri, Roma-Bari, Laterza, 1987, p. 133.

(184) « Con la parola società voglio significare un corpo politico nel quale l'uomo, o soggiogato da una forza superiore o tolto dal suo stato selvaggio dalla persuasione, è divenuto una creatura disciplinata, capace di realizzare i propri fini lavorando per quegli degli altri » (MANDEVILLE, *Indagine sulla natura della società*, in ID., *La favola delle api*, cit., p. 248).

(185) *Ibidem*.

per la pace e la tranquillità è la paura » ⁽¹⁸⁶⁾) e mira dunque a manipolare, a plasmare l'uomo, « una creatura così sciocca » ⁽¹⁸⁷⁾.

La persuasione di Smith si muove invece in tutte le direzioni (non va — diciamo così — dall'alto verso il basso): non esistono gerarchie fisse, non ci sono servi 'per natura' da persuadere. Smith è convinto che sia la diversità di occupazione a determinare le differenze di ingegno: non esiste « una differenza naturale delle tendenze innate e dell'ingegno » ma, al contrario, è « la differenziazione della attività, con le diverse mentalità che essa finisce con il determinare, a dare origine alle differenze di ingegno »; « nessuno può essere più diverso, quanto a ingegno, di un filosofo e di un facchino, ma è probabile che inizialmente non vi fossero grandi differenze fra i due » ⁽¹⁸⁸⁾. La persuasione proposta da Smith, sulla scia di Hume ⁽¹⁸⁹⁾, non intende giungere a un amore utile a chi persuade, misurando con esattezza geometrica l'egoismo e la simpatia, il lupo e la colomba ⁽¹⁹⁰⁾, presenti nella 'sciocca creatura'. L'obiettivo è quello di comprendere la situazione particolare degli uomini in un dato momento storico, di prospettare 'con sguardo esterno' un'interazione virtuosa tra i soggetti ⁽¹⁹¹⁾.

⁽¹⁸⁶⁾ Ivi, p. 138.

⁽¹⁸⁷⁾ Ivi, p. 143.

⁽¹⁸⁸⁾ SMITH, *Lezioni di Glasgow*, cit., LJ (1762-1763), p. 444.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. D. HUME, *Ricerca sui principi della morale* (con introduzione di E. Lecaldano, trad. di M. Dal Pra), Roma-Bari, Laterza, 1997. Nella *Ricerca* Hume intende mostrare « la preferibilità, da un punto di vista morale, di una concezione dell'etica ricavata sperimentalmente dalle osservazioni sulla natura umana » (LECALDANO, *Introduzione*, ivi, p. X).

⁽¹⁹⁰⁾ « C'è un po' di benevolenza, per quanto poca, infusa nel nostro cuore, qualche scintilla di amicizia per la specie umana, qualche particella della colomba impastata nella nostra struttura, insieme con gli elementi del lupo e del serpente » (HUME, *Ricerca sui principi della morale*, cit., IX, 1, p. 165).

⁽¹⁹¹⁾ « Se siamo sempre più colpiti molto più profondamente da ciò che riguarda noi stessi piuttosto che da ciò che riguarda gli altri uomini, che cos'è che spinge in ogni occasione i generosi, e in molte occasioni i meschini, a sacrificare i propri interessi in nome dei più grandi interessi degli altri? Non è il debole potere del senso di umanità, non è quel flebile barlume di benevolenza che la Natura ha acceso nel cuore umano che riesce a contrastare così i fortissimi impulsi dell'amore di sé. È un potere più grande, un movente più energico, quello che si manifesta in tali occasioni. È la ragione, il principio, la coscienza, l'abitante dell'animo, l'uomo interiore, il grande giudice ed arbitro della nostra condotta [...]. Non è l'amore per il prossimo, non è l'amore per il genere umano,

Il *self-love* distorce la prospettiva dei soggetti ma nella coscienza di ciascuno 'lo spettatore ideale' riduce le « illusioni dell'amore di sé »⁽¹⁹²⁾ impone il confronto con gli altri⁽¹⁹³⁾, spinge a osservare la loro condotta, a ricercare la loro approvazione⁽¹⁹⁴⁾. Lo spettatore ideale indirizza il soggetto verso « regole generali » di moralità⁽¹⁹⁵⁾, forgia gli individui alla socialità⁽¹⁹⁶⁾. In questa prospettiva la persuasione al contratto mira a ottenere la sola forma di amore esigibile in una società di singoli in cui le forme tradizionali di benevolenza e di appartenenza stanno venendo meno. Sicuramente la società « è fiorentina e felice », se « la necessaria assistenza è fornita dall'amore, dalla gratitudine, dall'amicizia e dalla stima » — quando « tutti i suoi diversi membri sono legati dai piacevoli vincoli dell'amore e dell'affetto, ed è come se fossero attratti verso un centro comune »⁽¹⁹⁷⁾ —, ma la nuova società deve poter fare a meno di quel centro comune senza dissolversi: « la società può sussistere tra uomini diversi, come tra diversi mercanti, per il senso della sua utilità, senza alcun amore o affetto reciproco »⁽¹⁹⁸⁾.

Smith sa bene che la nuova 'società di mercanti' — « la immensa fabbrica della società umana » — per non « sgretolarsi in atomi in un attimo »⁽¹⁹⁹⁾ avrà ancora bisogno di difendersi, avrà bisogno di « giustizia ». Egli continua ad esser certo che il rispetto della giusti-

che in diverse occasioni ci spinge a praticare quelle virtù divine. È un amore più forte, un affetto più potente, quello che generalmente si manifesta in tali occasioni: l'amore per ciò che è onorevole e nobile, l'amore per la grandezza, la dignità e la superiorità della nostra natura ». SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, cit., III.3.4, pp. 294-295.

⁽¹⁹²⁾ Ivi, III.4.7, p. 330.

⁽¹⁹³⁾ Ivi, III.3.5, p. 296.

⁽¹⁹⁴⁾ Ivi, III.2.6, p. 263: « La natura, nel fare l'uomo per la società, lo fornì di un originario desiderio di piacere e di un'originaria avversione per l'offesa verso i suoi fratelli. Gli insegnò a provare piacere nell'essere considerato favorevolmente, e ad addolorarsi nell'essere considerato sfavorevolmente da loro. Fece sì che la loro approvazione fosse per loro molto lusinghiera e molto gradevole in se stessa, e la loro disapprovazione molto mortificante ed offensiva ».

⁽¹⁹⁵⁾ Ivi, III.4.7 e 8, pp. 330-331.

⁽¹⁹⁶⁾ Certo, « la volgare creta di cui è fatta la plebaglia non può essere plasmata fino a una tale perfezione », ma la spazio per una trasformazione è sempre aperto, grazie alla « disciplina », all'« educazione ». Ivi, p. 337.

⁽¹⁹⁷⁾ Ivi, II.ii.3.1, p. 210.

⁽¹⁹⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁹⁹⁾ Ivi, II.ii.3.3, p. 211.

zia sia rafforzato dalla « natura » che ha inculcato nell'« animo umano » la « coscienza del torto » e i « terrori della meritata punizione » (200). È anche consapevole, però, che « le regole dell'equità e della giustizia dipendono [...] dalla situazione particolare in cui gli uomini si trovano », dalla « estrema abbondanza » o « estrema scarsità », dalla « moderazione » o dalla « rapacità » posti « nel nel cuore dell'uomo » (201).

Anche l'ordine sostenuto dalla persuasione — Smith lo sa bene — dovrà comunque fare i conti con sempre nuovi « ignoti nemici » (*unknown enemies*) (202) impossibili da persuadere.

8. *Disposizione ad obbedire.*

La 'scienza della natura umana' diviene con Bentham « normativa e prescrittiva, rivolta primariamente a ciò che deve essere », a « mostrare ciò che si deve fare » (203). Il principio di utilità, 'la ricerca della felicità per il maggior numero', offre il criterio per

(200) *Ibidem.*

(201) « Le regole dell'equità e della giustizia dipendono completamente dallo stato e dalla situazione particolari in cui gli uomini si trovano e debbono la loro origine ed esistenza a quella utilità che risulta alla società dalla loro rigorosa e normale osservanza. Rovesciate, per qualche rispetto considerevole, la condizione dell'uomo: date luogo ad un'estrema abbondanza o ad un'estrema scarsità di prodotti, ponete nel cuore dell'uomo una perfetta moderazione ed umanità o una rapacità e una malignità altrettanto perfette; avrete reso la giustizia completamente *inutile* e così ne avrete distrutto completamente l'essenza e le avrete tolto ogni forza vincolante sull'umanità. La situazione comune dell'umanità è qualche cosa di mezzo fra questi due estremi ». HUME, *Ricerca sui principi della morale*, cit., III, 1, p. 35.

(202) « Ovunque vi sia grande proprietà, vi è grande ineguaglianza. Per un solo uomo ricchissimo ci devono essere per lo meno cinquecento poveri e la ricchezza di pochi comporta la miseria di molti. L'abbondanza del ricco suscita l'indignazione dei poveri, che sono spesso spinti dal bisogno e sollecitati dall'invidia a invadere la sua proprietà. È soltanto con la protezione del magistrato civile che colui che possiede una ingente proprietà acquisita col lavoro di molti anni o forse di molte successive generazioni, può dormire tranquillo la notte. Egli è sempre circondato da nemici ignoti, che sebbene non abbia mai provocato non può mai placare, e dalla cui ingiustizia egli può essere protetto soltanto dalla potente mano del magistrato civile che continuamente è levata a punirli ». SMITH, *Ricchezza delle nazioni*, cit., Libro V, parte II, pp. 874-875.

(203) E. LECALDANO, *Introduzione a J. Bentham, Introduzione ai principi della morale e della legislazione* (traduzione di S. Di Pietro), Torino, Utet, 1998, pp. 11 e 12.

guidare scientificamente il legislatore ad una lettura corretta delle azioni umane, per indicare quello che deve essere. L'utilità è posta come il motore del comportamento individuale e come guida per l'azione del governo, come ricerca del 'buongoverno': Bentham si oppone a una dimensione obbligatoria della legge di natura fissata nel cuore degli uomini (significativa in tal senso è la sua opposizione a William Blackstone e alle *fictions* del giusnaturalismo, prima fra tutte quella del contratto sociale) ⁽²⁰⁴⁾, si oppone a un sistema immobile che non possa essere riformato, 'censurato' ⁽²⁰⁵⁾, intende garantire una critica libera dell'esistente, riformare l'ordine e, nello stesso tempo, ottenere un'obbedienza 'puntuale' 'effettiva' all'ordine disegnato dal principio di utilità ⁽²⁰⁶⁾.

Movendo dalla certezza che le azioni umane siano sempre guidate da « due supremi padroni » che indicano « quel che dovremmo fare », determinano « quel che faremo », che « ci dominano in tutto quello che facciamo, in tutto quello che diciamo, in tutto quello che pensiamo » ⁽²⁰⁷⁾, Bentham presenta una ricostruzione 'esterna' del diritto penale, attenta alle azioni mosse da un « princio di utilità che non richiede né ammette altro regolatore che se stesso », assorbendo ed eliminando dal punto di vista della rilevanza giuridica « altri princìpi », « altri moventi » che « possono essere le ragioni per cui un certo atto è stato compiuto » ⁽²⁰⁸⁾. Si persegue, dunque, una netta distinzione tra morale e diritto, tra « etica privata » e legge penale, tra « la prudenza » (« l'arte di compiere il proprio dovere verso se stesso ») e « *il dovere verso gli altri* » (« o, per usare una frase un po' antiquata, il [...] dovere verso il prossimo » ⁽²⁰⁹⁾).

L'etica privata ha la felicità come suo fine, ma così è anche per la legislazione: « etica privata e arte della legislazione procedono di pari

⁽²⁰⁴⁾ Cfr. A. LOCHE, *Jeremy Bentham e la ricerca del buongoverno*, Milano, Angeli, 1991, pp. 59 e ss., 153 e ss.

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. J. BENTHAM, *Un frammento sul governo*, a cura di S. Marcucci, Milano, Giuffrè, 1990.

⁽²⁰⁶⁾ Ivi, p. 45, e p. 88 e ss.

⁽²⁰⁷⁾ BENTHAM, *Introduzione ai princìpi della morale e della legislazione*, cit., I, 1, p. 89.

⁽²⁰⁸⁾ Ivi, II, 18, p. 116.

⁽²⁰⁹⁾ Ivi, XVII, § i. 6, pp. 422, 423.

passo » (210). L'etica privata « insegna come ciascun uomo può disporsi a seguire la rotta migliore verso la propria felicità, per mezzo di moventi che si propongono da soli », mentre « l'arte della legislazione [...] insegna come una moltitudine di uomini, che costituiscono una comunità, possano venir messi nella disposizione di seguire quella rotta che nel complesso è la migliore verso la felicità dell'intera comunità, per mezzo di moventi forniti dal legislatore » (211).

Come tracciare però una differenza? Il principio guida è dato ancora dall'utilità che indica i casi in cui il legislatore non deve interferire (in cui l'intervento è inutile), quei casi in cui « nemmeno tutte le torture che l'ingegno potrebbe inventare potrebbero raggiungere lo scopo ». Un semplice calcolo dovrebbe « persuaderli [i legislatori] a mantenersi nei limiti » (212), i soli limiti possibili, quelli fissati dall'utilità.

Ma — « indipendentemente da quelli che possono fornire la legislazione o la religione » — quali « moventi » esistono perché un soggetto, « possa [...] tener conto della felicità di un altro »? La risposta non può che essere quella per cui il soggetto è mosso da un solo tipo di movente: « gli unici interessi [...] sono i suoi ». I due mondi non procedono però perfettamente paralleli. La costruzione artificiale di 'moventi' da parte del legislatore può valicare la divisione, può imporre una disciplina alla coscienza, esigere dal soggetto 'amore' per la sua utilità: la separazione tra 'coscienza' e 'ordine' è continuamente attraversata da una tensione a riformare, educare, forgiare « le disposizioni umane » (213). Per quali motivi, d'altronde,

(210) Ivi, XVII, § i, 8, p. 424.

(211) Ivi, XVII, § i, 8, p. 434. L'idea che il compito essenziale del legislatore sia quello di trasformare le passioni individuali, l'amore di sé, l'amore per il potere, in un'identità artificiale degli interessi realizzata attraverso un calcolo di punizioni e ricompense è presente in Claude-Adrien Helvétius; le differenze nel pensiero dei due autori sono, però, sottolineate da L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e felicità. La teoria del diritto in Helvétius*, Milano, Ed. di Comunità, 1979, in particolare p. 145 e ss.; EAD., *Su Helvétius, Beccaria e Bentham, in Gli italiani e Bentham: dalla "felicità pubblica" all'economia del benessere*, a cura di R. Faucci, Milano, Angeli, 1982, vol. I, pp. 49-56.

(212) BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, cit., XVII, § i, 16, p. 431.

(213) Dopo aver dimostrato (cap. X) che non si può « predicare la bontà o la cattiveria dei moventi », Bentham scrive: « Ma allora non c'è nulla in un uomo che si possa appropriatamente definire buono o cattivo, quando in una certa occasione si lascia

il legislatore dovrebbe limitarsi nel momento in cui persegue la felicità, l'utilità, del gruppo?

In tale prospettiva l'obbedienza è considerata in riferimento a una condizione umana integralmente sociale ma tutta la socialità è schiacciata sulla sola dimensione del calcolo di vantaggi e svantaggi, entro un ordine 'certo' della utilità, un ordine 'già dato' (214). Chi ha coscienza dell'ordine deve, motivato dal dolore e dal piacere, agire in modo utile: il calcolo della *volontà razionale* di chi obbedisce non può discostarsi da quello di chi è legittimato al comando (215).

Cosa accade, dunque, quando l'*unione* tra l'utilità del singolo e quella collettiva non opera in senso virtuoso, quando la socialità 'data' si spezza, quando si precipita in quei comportamenti descritti nelle fantasticherie proposte da chi ipotizza lo stato di natura? Bentham risponde affidandosi ancora al principio di utilità. Sia la permanenza che il venir meno dell'obbedienza sono motivate da un calcolo (un calcolo delle probabilità), da una considerazione utilitaristica del futuro accompagnata da una ricognizione delle esperienze

dirigere da un certo movente? Certamente che c'è: è la sua *disposizione*. Ora, la disposizione è una specie di entità fittizia, ipotizzata ai fini del discorso, per esprimere quel che si suppone *permanente* nella struttura mentale di un uomo, quando in una certa occasione è stato spinto da un certo movente ad intraprendere un'azione che gli sembrava avere una certa tendenza». « Per la disposizione è come per ogni altra cosa: sarà buona o cattiva a seconda degli effetti che ha nell'accrescere o ridurre la felicità della comunità ». Segue anche qui la distinzione tra la disposizione valutabile per l'influenza che esercita « sulla propria felicità » e quella che esercita « sulla felicità degli altri ». La correzione della disposizione 'cattiva' dal primo punto di vista non appartiene al legislatore; la disposizione i cui effetti riguardano gli altri è rilevante per il diritto penale « solo nella misura in cui è di natura dannosa » (ivi, XI, 1 e 2, pp. 230-231).

(214) P. COSTA, *Civitas*, II, cit., pp. 205-206: « L'azione dei soggetti, l'intervento del legislatore sono, devono essere, guidati dal principio di utilità, ma non inventano dal nulla le condizioni dell'ordine. Né il soggetto né il legislatore sono figure 'prometeiche' che trasformano liberamente le condizioni della convivenza, le strutture della politica. L'assetto dell'ordine è già dato e si sostanzia nei rapporti di potere che interessano i più minuti aspetti della vita quotidiana e si elevano sino al vertice sovrano. È in questo quadro che il singolo e il legislatore agiscono, devono agire 'utilitariamente' ».

(215) L'attacco all'utilitarismo benthamiano operato da John Stuart Mill, porrà in rilievo proprio l'inadeguatezza del principio di utilità a tener conto della complessità dell'azione del soggetto, un'azione mossa anche dall'onore, dal senso della dignità, dall'amore per l'ordine, dall'aspirazione alla 'perfezione spirituale', dal desiderio di sviluppare la propria personalità. Cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 3. *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 6.

del passato. La legge ('la legge positiva') non può che intervenire per disciplinare la dinamica dei comportamenti 'non utili', attraverso la coercizione, 'forzando' le disposizioni umane per ottenere un *habit of obedience*, quell'insieme di atti di obbedienza al comando del sovrano capace di mantenere in piedi la convivenza. La 'disposizione ad obbedire' — valutata in riferimento al soggetto — riprende in qualche modo il tema del consenso (il soggetto può ribellarsi a un governo 'inutile')⁽²¹⁶⁾; mentre — valutata in riferimento allo Stato — fa affiorare la necessità di un collegamento indispensabile tra coercizione e 'disposizione interna dell'animo'. Da quest'ultimo punto di vista — andando ben oltre i paletti formali posti a tutela della libera scelta edonistica dell'individuo — la funzione disciplinare della legge può essere (anzi, deve essere) assolutizzata per ottenere l'obbedienza utile alla sicurezza comune, per sanzionare e prevenire (probabili) pericolose disobbedienze, per governare le coscienze, per indirizzare le menti, per 'far nascere l'anima' « dalle procedure di punizione, di sorveglianza, di castigo, di costrizione »⁽²¹⁷⁾. La difesa della società 'utile' esige disciplina e pretende la sola sottomissione 'vera', quella della coscienza.

La 'mite' persuasione di Smith è così esaltata e corretta con 'nuove' catene: « un despota imbecille può costringere gli schiavi con catene di ferro; ma un vero politico li lega assai più fortemente con la catena delle proprie idee. [...] La disperazione e il tempo corrodono i legami di ferro e di acciaio, ma nulla vale contro l'unione abituale delle idee, non fanno che rinserrarsi sempre più; sulle molli fibre del cervello è fondata la base incrollabile dei più saldi imperi »⁽²¹⁸⁾.

⁽²¹⁶⁾ In una sorta di « ritraduzione 'positiva' della prospettiva contrattualista » presente nella « valutazione di opportunità (non necessariamente razionale) che di fatto giorno dopo giorno, gli individui esprimono basandosi sulla conformità del governo ai loro bisogni comparando i mali che possono derivare dalla ribellione » (M.E.L. GUIDI, *Il sovrano e l'imprenditore. Utilitarismo ed economia politica in Jeremy Bentham*, Roma-Bari, Laterza, 1991, p. 51).

⁽²¹⁷⁾ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1978, p. 33. Cfr. J. BENTHAM, *Panopticon, ovvero la casa d'ispezione*, a cura di M. Foucault e M. Perrot, Venezia, Marsilio, 1983; P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, Giuffrè, 1974.

⁽²¹⁸⁾ Così J.M. SERVAN (1767) cit. in FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 112.

9. *La « legge eterna dell'ordine » e le aspirazioni dei « buoni ».*

Il soggetto che 'naturalmente' aspira alla pena non esiste più; è il diritto penale che si pone ora come specchio della nuova società, come strumento per affermare in modo artificiale l'unione tra i soggetti e l'ordine.

Filo conduttore della lucida e tormentata ricostruzione di diritto penale di Francesco Carrara è la negazione dell'imposizione di un ordine artificiale, la ricerca di un'effettività dell'ordine 'antico' accompagnata però da ferme garanzie per i diritti dei singoli. La tensione tra un modello 'artificiale' di norma (posta dal legislatore) e un modello 'naturale' (immanente alla coscienza di tutti i consociati), tra determinazione storica e immutabile diritto naturale, tra autorità 'pratica' della legge e 'verità' riposta nella natura delle cose, è — com'è noto — al centro di moltissime pagine di Carrara ⁽²¹⁹⁾.

Carrara rifiuta l'individualismo e il contrattualismo. Liquidata come « sistema antiquato e assurdo » la « *accettazione* » della pena: l'idea secondo cui, una volta promulgata la legge minacciante la pena, il cittadino, « commettendo il delitto che egli sa in quella guisa punito », « si è *volontariamente* assoggettato alla pena stessa, e non ha ragione di lagnarsene » è incongrua. Tale sistema — scrive nel *Programma* — « ha il duplice vizio di anteporre una volontà arbitrariamente presunta alla contraria volontà di non essere punito positivamente manifestata dal delinquente; e di supporre l'alienabilità di diritti inalienabili » ⁽²²⁰⁾. La questione della coscienza dell'ordine, la fissazione dell'unità tra l'ordine e « l'anima », « il cuore », dei consociati, le « ragioni dell'obbedienza », non possono essere spiegate facendo riferimento alla 'accettazione volontaria' della pena. Il diritto penale ha bisogno di fondamenta più solide.

La parte *teorica* del *Programma* vuole *interpretare* « una legge eterna ed indefettibile come archetipo a cui debbono uniformarsi le opinioni di tutti i sapienti; ed a cui deve obbedire lo stesso legisla-

⁽²¹⁹⁾ Cfr. i saggi contenuti in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del convegno internazionale- Lucca-Pisa 2/5 giugno 1988, Milano, Giuffrè, 1991; e M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1988.

⁽²²⁰⁾ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. I, Firenze, Cammelli, 1907¹⁰, p. 574.

tore»; la parte *pratica* è volta a *interpretare* « una legge umana [...] variabile come autorità alla quale, noi tutti, e magistrati, dobbiamo, fintantoché vige, uniformarci, siano quali si vogliano le nostre opinioni ». Diverse sono nei due casi le ragioni dell'obbedienza: « la ragione dell'obbedienza alla prima è la *verità*; la ragione dell'obbedienza alla seconda è *l'impero* » (221).

Per l'affermazione 'teorica' del diritto Carrara fa riferimento — com'è noto — a un « principio unico », a un « concetto costante », validamente applicabile sia al « mondo fisico » sia al « mondo spirituale »: « il principio unico, universale, indefettibile, per cui si attua la legge dell'ordine nell'universo » è « il principio di *attrazione* » (222). L'attrazione si realizza « nei corpi come nelle anime », spinge al « perfezionamento » attraverso il « contatto reciproco » (223), è legge del mondo fisico, caratteristica essenziale della natura umana, dell'uomo come essere sociale (224). « La sociabilità umana » è « un istinto universale » (« l'istinto è legge immutabile, perché decreto divino »); essa non è « opera della ragione », espressione di « un calcolo », non è « in balia delle oscillazioni della nostra intelligenza » (225). Lo stato sociale è pertanto « sincrono alla crea-

(221) Ivi, pp. 43 e 44.

(222) « Attrazione » — aggiunge — può diventare, nel linguaggio scientifico applicato al mondo fisico, *affinità, coesione, istinto, armonia, simmetria*; mentre, applicato al mondo spirituale, diviene *tendenza, aspirazione, simpatia*. La formula in ogni caso resta unica ed è racchiudibile nella « *tendenza di tutti gli esseri creati ad unirsi con gli esseri omogenei* » e di « *respingere da sé gli essere eterogenei* » (F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica* (Prolusione al corso dell'anno acc. 1861-62 rifiuta ed ampliata nel 1866), in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Firenze, Cammelli, 1909⁶, pp. 242-243).

(223) Ivi, p. 244.

(224) « L'associazione degli uomini è una legge del mondo fisico »; « è la natura stessa dell'uomo quella che lo destina alla vita di associazione » (ivi, 246).

(225) F. Carrara, *Diritto della difesa pubblica e privata* (Prolusione al corso accademico dell'anno 1859-60), in ID. *Opuscoli*, cit., vol. I, p. 122. La socialità è imposta dall'istinto: « fu la natura stessa delle api e non il loro volere che le condusse a una vita sociale »; « se avvenisse che un'ape, venuta ad un tratto capace di loquela e di ordinato discorso, si facesse a dirvi — le api in origine spaziavano liberamente nei prati, ed ognuna menava la vita per conto suo, ma a certi nostri antenati parve buono di riunirsi in un alveare; e così fu fatto dipoi in prosecuzione di codesta concordia — cosa rispondereste voi a codesta ape ragionatrice? Voi ridereste di superbo concetto, e mostrando all'ape la sua destinazione sopra la terra, le direste che l'attitudine a

zione dell'uomo » ⁽²²⁶⁾: l'aggregazione appartiene alla « natura dell'uomo » ⁽²²⁷⁾, non è un superamento dello *stato di natura* (« formula misteriosa, lanciata là a servire di pascolo ad ogni esaltata immaginazione » ⁽²²⁸⁾). L'ordine e l'obbedienza non si legano a « ingegno » e a mutevole « volontà »: « l'*ordine* è la legge eterna imposta da Dio a tutto il creato », è « necessità », è « legge impressa all'uomo dalla natura » (« come l'armonia del sistema planetario è conseguenza della legge impressa a ciascuno dei corpi celesti ») ⁽²²⁹⁾. L'ordine è iscritto nella coscienza di ciascun essere come « amore innato del giusto », come « intima voce che chiama [...] all'adempimento dei [...] doveri »; tale legge morale — a differenza delle « leggi fisiche [che] hanno in loro stesse la forza propria di *coazione*, e di *sanzione* » — ha come unica e incerta « *sanzione* in terra » « la *sinderesi* », *l'aspirazione al vero* (al *bello*, al *buono*, al *giusto*) che è « innata nell'anima umana » ⁽²³⁰⁾, « innata nel cuore degli uomini », come il « bisogno di amare » ⁽²³¹⁾.

L'opposizione a Hobbes (che « pose l'odio come sommo principio delle relazioni tra gli uomini ») è ovviamente nettissima. L'aspirazione al giusto è contrapposta alla « fallace » rappresentazione hobbesiana di un soggetto caratterizzato dalla supremazia del bisogno; la naturale socievolezza è opposta all'immaginario stato di

fabbricare cera e miele non potendo svolgersi senza un'associazione, fu la natura stessa delle api e non il loro volere che le condusse a una vita sociale » (CARRARA, *Dottrina fondamentale*, cit., p. 243 e ss.; p. 247).

⁽²²⁶⁾ CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata*, cit., pp. 121-122.

⁽²²⁷⁾ « L'ordine l'armonia sono la legge eterna imposta dal Creatore a tutta la immensa catena degli esseri: e per servizio di cotesta legge è in tutto il creato quella tendenza che (indipendentemente dagli essere che la subiscono) all'ordine e all'armonia con forza continua e irresistibile li costringe ». Ivi, p. 119.

⁽²²⁸⁾ Ivi, p. 137.

⁽²²⁹⁾ Ivi, pp. 123-124.

⁽²³⁰⁾ « [...] la aspirazione del vero, innata nell'anima umana [...] si svolge nella aspirazione del *bello*, del *buono* e del *giusto*; aspirazioni che qualunque uomo non ancora irrimediabilmente perduto nella via della corruzione, bisogna che confessi per poco che rientri nella contemplazione interna di se medesimo » (CARRARA, *Dottrina fondamentale*, cit., p. 250).

⁽²³¹⁾ « Essendo innata nel cuore umano l'aspirazione del bene, gli uomini s[on]o per impulso spontaneo sospinti a lodare, ed amare chi opera bene, a biasimare chi male agisce » (ivi, p. 252); « il bisogno di convivere coi propri simili, di amarli ed esserne riamato, è la condizione ordinaria e universale dell'uomo » (ivi, p. 251).

natura conflittuale. Carrara non nega che *talvolta* « le passioni soffocano nell'uomo l'amore innato del giusto, e soverchiano l'apprensione del pentimento » (232): « malgrado le aspirazioni buone che sono congenite all'anima sua » (233), il soggetto può essere vinto dai suoi sensi corporei, dagli « appetiti malvagi », « smodati », dai « fangosi bisogni » del corpo (234). Quando *l'aspirazione della mente* non riesce a « farsi dominatrice del corpo », quando gli istinti prevalgono e « la ragione è vinta dalla passione », accade che « la gerarchia dell'umano governo è rovesciata: l'anima disarmata dal suo presidio è divenuta serva del corpo che ella era destinata a signoreggiare » (235). In questi casi si ha il trionfo della 'gerarchia rovesciata' proposta da Hobbes.

L'affermarsi della gerarchia hobbesiana non inficia però l'ordine, non pone in discussione le sue leggi. Il fallimento del 'controllo interno' riguarda il singolo (la conformità individuale alla *Legge eterna dell'ordine*), non riguarda invece l'aspirazione della maggioranza cui è collegato il diritto. Ai fallimenti del singolo e al « difetto di intrinseca coazione » della legge morale (236), sopperisce un 'controllo esterno', « una forza permanente guardiana della legge giuridica sulla terra » (237). « La maggioranza » che si pone come « strumento » della *Legge eterna* cui fa riferimento Carrara non è una maggioranza qual-

(232) CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata*, cit., p. 125.

(233) CARRARA, *Dottrina fondamentale*, cit., p. 256.

(234) È una lotta tra anima e corpo: « l'anima e il corpo, accoppiati nell'uomo miracolosamente da Dio, sono retti da due impulsi apparentemente discordi. È il principio del bene unificato in un essere al principio del male. L'anima tutta accesa di entusiasmo per la virtù, sitibonda del vero, è illuminata da un senso morale che le fa doloroso il cadere nel momento stesso in cui si determina la caduta. Il corpo coi suoi smodati appetiti, col suo servaggio alle inerti abitudini, coi suoi fangosi bisogni, è il perpetuo nemico delle splendide aspirazioni della mente ». Si ha una « lotta di attrazione con attrazione » all'interno dell'individuo (*ibidem*).

(235) Ivi, p. 257.

(236) A supplire « al difetto di intrinseca coazione nella legge morale » interviene la « magistratura civile » e, a supplire al difetto di sanzione, interviene « il magistero penale » (CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata*, cit., pp. 126-127). Tali interventi predispongono solo dei « mezzi che la stessa legge eterna prestabili come indispensabili al suo esercizio regolato » (ivi, p. 128). « L'autorità sociale armata del gius di coazione e di punizione » non è altro che « un presidio esteriore » della legge morale, « strumento indispensabile della Legge eterna » (ivi, pp. 128-129).

(237) Ivi, p. 258.

siasi, non è ‘artificiale’: « dicendo maggioranza dissi *onestà*; perché la maggioranza è sempre dei buoni »; « il prevalere della maggioranza non rappresenta il soverchiare della forza, ma il predominio della ragione e della giustizia. La ragione che non è già creatrice della legge morale, ma *interprete* o internuncia di questa legge » (238).

La gerarchia rovesciata appartiene, dunque, solo a una minoranza (« i pochi perdutoamente corrotti »); la maggioranza dei buoni ha invece piena « coscienza della [sua] rettitudine » (239), ha l’ordine in sé. La « coalizione dei buoni contro i malvagi » muove dalla certezza che « le rette aspirazioni dell’anima » sono « universali » mentre « eccezionale » è « il perversimento della passione » (240). La ‘maggiorità’ è chiamata così ad affermare « la sola sovranità che si possa riconoscere sulla terra », « la sovranità del diritto [... che] stringe con un vincolo eterno tutta l’umanità » (241) e sopperisce alle vittorie delle « passioni impellenti » (242).

La tenuta del sistema sta nell’unità tra coscienza e ordine colto in riferimento alla ‘maggiorità’ (alla « umanità ») e non alla coscienza del singolo. La maggioranza non ha, non può avere, il diritto di pretendere dai singoli ‘amore per l’ordine’: la coscienza individuale è libera, non può essere disciplinata dalla legge umana. « Giustizia » « utilità » « simpatia » si misurano in riferimento alla « umanità » e non ai singoli: « l’errore nacque dal fare applicazione di codesti fatti all’individuo, anziché applicarli all’umanità » (243). L’autorità è sostenuta da « una forza spontanea che muove i cittadini al sostegno delle sue opere »; non ha bisogno di « valersi di forze artificiali » (244). Il naturale ‘amore per l’ordine’ dei ‘più’ sorregge l’impianto garantistico, spinge a porre il diritto penale come garanzia della libertà: il giure penale non è « un moderatore della umana libertà », « non è un limite

(238) CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata*, cit., p. 144.

(239) Ivi, p. 143.

(240) CARRARA, *Dottrina fondamentale*, cit., p. 259.

(241) Ivi, pp. 269-270.

(242) « Perché l’uomo per quanto civilizzato sarà sempre dominabile dalle passioni impellenti alla violazione del giusto: a reprimere le quali non è sufficiente l’attrattiva delle buone aspirazioni, se non le soccorre la repulsione del timore » (ivi, p. 270).

(243) Ivi, p. 145.

(244) Ivi, p. 146.

alla libertà », esso è « il protettore » della libertà ⁽²⁴⁵⁾. Il magistero penale — che è legittimo solo quando non si discosta dalla sua « vera genesi » e dal suo « scopo unico » che è « il mantenimento dell'ordine esterno » ⁽²⁴⁶⁾ — non ha la « direzione *interna* dell'uomo », non deve mirare a un « interno perfezionamento » del soggetto. Se facesse ciò, la maggioranza si sostituirebbe a Dio, proporrebbe un suo ordine artificiale ⁽²⁴⁷⁾. Come « mezzi d'infrenamento » delle passioni, le coazioni esterne dovranno essere fissate in conformità con « la legge eterna di natura » ⁽²⁴⁸⁾, con la 'coscienza universale', con il « sentimento della maggioranza intelligente » ⁽²⁴⁹⁾, « pel fine dell'*ordine del bene comune* », senza andare « a ritroso di ciò che è assoluto » ⁽²⁵⁰⁾. Scaturisce da qui la forza del diritto penale, la missione della scienza penalistica: « persuadere i popoli, non con le parole ma coi fatti, che l'autorità non signoreggia per opprimerli ma per proteggerli; persuaderli, non con le parole ma coi fatti, che gli strumenti della giustizia punitiva non sono gli esosi puntelli di un capriccioso potere, ma il palladio del bene comune » ⁽²⁵¹⁾.

⁽²⁴⁵⁾ CARRARA, *Dottrina fondamentale*, cit. p. 273. Movendo da questo punto di vista si può scorgere una 'vocazione costituzionale' nel discorso di Carrara e una diffidenza 'smithiana' nei confronti della « insipienza di tutto governare col mezzo di criminali processi ». Cfr. L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 38, tomo I (2007), pp. 663 e ss. pp. 669 e 693.

⁽²⁴⁶⁾ CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata*, cit., p. 144.

⁽²⁴⁷⁾ Occorre distinguere — afferma — le « relazioni dell'uomo con se stesso e con Dio, da quelle che attengono ai suoi rapporti con la società e i suoi simili »; distinguere « la legge morale protettrice dell'ordine esterno od obiettivo, dalla legge morale promotrice dell'interno perfezionamento; ossia dell'ordine subiettivo » (CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata*, cit., p. 131).

⁽²⁴⁸⁾ Ivi, pp. 132-133. Criminalisti e legislatori che, abbandonando la subordinazione alla legge di natura, mutano l'essenza del diritto penale, trasformano « il diritto di punire » da strumento posto a « difesa dei diritti dei cittadini » in mera « autorità di scoccare la mannaia sul collo dei propri nemici » (ivi, p. 135).

⁽²⁴⁹⁾ Ivi, p. 143: « avremo l'attuazione dell'ordine preconcepito della legge eterna, dove la forma esplicativa del principio assoluto si manifesti coerente alla coscienza universale. O sensitività morale spontanea dell'uomo; lo che è quanto dire al sentimento della maggioranza intelligente ».

⁽²⁵⁰⁾ Ivi, p. 142.

⁽²⁵¹⁾ *Ibidem*.

La « semplicissima formula della *tutela giuridica* »⁽²⁵²⁾ è lo strumento che consente di evitare confusione tra la « giustizia assoluta » (che « prende per suo fondamento la legge puramente morale ») e il diritto chiamato a confrontarsi col « mondo sensibile ». I diritti dell'uomo e il diritto (che « è e deve essere per la natura stessa dell'uomo ») non sono negati dalla libertà del colpevole che « ha bisogno egli stesso di affermare il *suo diritto* alla libertà », che « è costretto a confessare la *legge giuridica* che egli violò col delitto e che noi proteggiamo con la pena »⁽²⁵³⁾, assoggettando alla sanzione chi « si è posto in guerra col divieto della legge giuridica »⁽²⁵⁴⁾. Il riferimento alla coscienza individuale riguarda soltanto la coscienza di avere diritti⁽²⁵⁵⁾, serve a tutelare la libertà: il diritto penale come « dottrina dell'umanità »⁽²⁵⁶⁾ non può spingersi oltre nel considerare la coscienza del singolo, non può imporre una disciplina artificiale per l'anima come pretendono coloro che si rifanno alla « brutale dottrina dell'utile »⁽²⁵⁷⁾, coloro che esaltano la tirannia dei fatti⁽²⁵⁸⁾ e l'empirismo⁽²⁵⁹⁾. L'unità tra coscienza e diritto penale è naturalmente pre-

(252) CARRARA, *Dottrina fondamentale*, cit., p. 278. Cfr. A. MANNA, *La giustizia penale fra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo ed oggettivismo*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di M.N. Miletti, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 163 e ss. (su Carrara, pp. 192 e ss.); G. DE FRANCESCO, *Funzione della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 38, tomo I (2007), pp. 611 e ss.

(253) CARRARA, *Dottrina fondamentale*, cit., p. 280.

(254) Ivi, p. 283.

(255) Riguarda la coscienza del diritto alla difesa dei diritti: « Ognuno che ha la coscienza di avere dei diritti (coscienza nella quale tutti concordano) ha la coscienza altresì dell'implicito diritto della difesa di quelli » (ivi, pp. 284-285).

(256) Ivi, p. 290.

(257) Ivi, p. 303. La 'dottrina dell'utile' « spoglia l'umana libertà di ogni presidio contro la tirannide dei potenti ».

(258) « I fatti (questa formula prestigiosa ed elastica!) i fatti che ognuno può creare, che ognuno può modificare, che ognuno può interpretare variamente a seconda del particolare interesse, o del capriccio di chi comanda ». « Fu l'osservazione di fatti che riempi il mondo di fantasmi, di spettri, di maghi, d'indovini, di untori, di stregoni e di quant'altro formò il vergognoso retaggio di secoli d'ignoranza » (ivi, pp. 304-305).

(259) « Questa scuola oggi vi dirà che la pena di morte anche minacciata contro leggeri malefici è legittima, perché *i fatti* mostrano che sotto la minaccia di lei si fanno più rare le delinquenze. Dimani vi dirà che è legittima la tortura perché i fatti mostrano come mercè la medesima si rendano più rare le impunità dei colpevoli. Poi vi dirà che

sente nella società (nell'umanità), non può essere imposta, pretesa dal delinquente, affannosamente ricercata in ogni « creatura smarrita » con il fine di « ammaestrarla, e restituirla alla società, alla famiglia, a sé stessa, purificata da ogni macchia antecedente, fatta sicura di ogni caduta avvenire » ⁽²⁶⁰⁾. Tale pretesa è vana e pericolosa perché « scorda il debito di procacciare l'emenda di *tutti*, per correre dietro all'emenda di uno solo » ⁽²⁶¹⁾.

La distinzione tra 'coscienza collettiva' e 'coscienza individuale', tra 'legge eterna' e 'legge umana' crea inevitabili contrasti che ben affiorano considerando la 'cognizione della legge', la colpevolezza ⁽²⁶²⁾, l'*ignorantia legis* ⁽²⁶³⁾. È la politica ad esigere che « si presume nel cittadino la cognizione della legge penale »: la formula « piatta apodittica e generalizzate dell'« esigenza politica » » ⁽²⁶⁴⁾ racchiude un orizzonte molto variegato: è strumento di tenuta complessiva dell'« edificio del giure punitivo » che è opera dell'umano legislatore ma che è (deve essere) ancorato all'ordine oggettivo iscritto nella coscienza dei consociati, nella coscienza del diritto congenita nell'uomo ⁽²⁶⁵⁾. La coscienza di violare la legge penale non ha bisogno di alcun riferimento garantistico nei confronti dell'« ordine eterno »; si nutre invece di diffidenze nei confronti dell'arbitrio del legislatore 'umano'. La presunzione della cognizione della legge penale affiora in

a frenare i delinquenti è buona cosa congiungere i figli nel supplizio di quelli, perché l'amore dei figli è più potente dell'amore di sé stesso. E chi impedirà a codesta scuola di venirci ad insegnare un altro giorno che anche la condanna dell'innocente è legittima quando i fatti mostrino che per la medesima se ne ottiene un incremento della sicurezza sociale? » (ivi, p. 304).

⁽²⁶⁰⁾ F. CARRARA, *Emenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena* (prolusione al corso accademico dell'anno 1863-64), in *Id.*, *Opuscoli*, cit., vol. I, p. 209.

⁽²⁶¹⁾ Ivi, p. 220.

⁽²⁶²⁾ Non è ovviamente possibile riferire a Carrara un'elaborazione del principio di colpevolezza come l'insieme degli elementi soggettivi fondanti la responsabilità penale (imputabilità; presenza di dolo o colpa come criteri di imputazione soggettiva; conoscibilità del precetto penale; assenza di cause di esclusione della colpevolezza). Nel pensiero di Carrara i diversi elementi sono isolati e spesso considerati contraddittoriamente.

⁽²⁶³⁾ Sottolinea ambiguità e incertezze su questi temi nel pensiero di Carrara F. PALAZZO, *Considerazioni brevi su colpevolezza ed ignorantia legis nel pensiero di Carrara*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit., p. 927 e ss.

⁽²⁶⁴⁾ Ivi, p. 935.

⁽²⁶⁵⁾ CARRARA, *Prefazione alla seconda edizione* (1875), *Programma*, cit., vol. I, p. 515.

modo contraddittorio perché ora muove dal riferimento all'ordine naturale⁽²⁶⁶⁾ (da una presunzione di appartenenza all'ordine così forte da far presumere una aspirazione alla pena naturalmente iscritta nella coscienza di tutti gli uomini), ora muove invece dalla presa d'atto dell'artificialità della legalità 'umana'⁽²⁶⁷⁾.

Privo di ambiguità è, invece, il rifiuto di qualsiasi 'disciplina artificiale' nei confronti del singolo, come si evince dal noto rifiuto di Carrara nei confronti dell'emenda 'soggettiva' del delinquente. Egli ammette l'emenda « esteriore », « *oggettiva* », quella che si realizza quando « un malvagio apprende dalla esperienza a moderare le sue inclinazioni per guisa da non lasciarsi dalle medesime trascinare ad atti esteriori offensivi della legge »⁽²⁶⁸⁾. Probabilmente il malvagio è determinato ad assumere un comportamento « corretto » solo da « un mero calcolo » (e « ove si trovi sciolto dal freno della legge esteriore, torna senza esitazione al delitto »), questo però non è valutabile perché il giure penale non può spingersi nella coscienza degli uomini. È proprio per questo però che Carrara nega l'emenda interiore, « *soggettiva* » — quella per cui il soggetto appare « corretto in faccia a Dio », « aborre [il delitto] per se stesso » — che pretende di far raggiungere al delinquente « l'amore », « amore della virtù », « amore del bene pel bene stesso »⁽²⁶⁹⁾.

La società deve punire il delinquente « nella speranza che in

⁽²⁶⁶⁾ Sul collegamento di Carrara al 'giusnaturalismo classico' (della 'sociabilità naturale dell'uomo') piuttosto che al giusnaturalismo razionalistico e illuministico, si cfr. S. COTTA, *Il pensiero di Francesco Carrara nell'incontro di filosofia e scienza*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit., pp. 195 e 196: la concezione di Carrara della natura dell'uomo, « essere libero e morale assieme », spinge a ritenere che « l'individuo è *obbligato* a rispettare la propria relazione con gli altri, prima che da una legge sociale esterna [...] dalla sua stessa coscienza di essere uomo ». Insiste invece sulla « armonica fusione di giusnaturalismo cattolico e giusnaturalismo illuministico nel pensiero di Carrara », CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, cit., p. 58.

⁽²⁶⁷⁾ L'ambiguità è ben visibile nella posizione di Carrara riguardo all'efficacia scusante dell'*error iuris*: mosso da « una specie di acquiescenza alla 'maestà' ispirata della legge », Carrara teme che essa possa minare l'obbligatorietà della legge, una legge che « come opera dell'umano legislatore, non può arbitrariamente decidere le sorti degli individui; ma come riflesso e strumento dell'ordine promanante da Dio, non può certo piegarsi dinanzi alla insignificante vicenda dell'uomo concreto che la ignori » (PALAZZO, *Considerazioni brevi su colpevolezza*, cit., p. 941).

⁽²⁶⁸⁾ CARRARA, *Emenda del reo*, cit., p. 214.

⁽²⁶⁹⁾ *Ibidem*.

avvenire uniformi le proprie azioni esterne al precetto della legge », deve punirlo con la finalità del « ristabilimento della quiete negli animi onesti »; essa non ha il diritto di creare artificialmente amore per l'ordine. La negazione non nasce soltanto dalla consapevolezza della « impotenza in cui si agita l'uomo tutte le volte che vorrebbe spingere l'audace sguardo nelle latebre del cuore altrui » (dall'impossibilità di affermare un diritto in relazione all'ottenimento di « una cosa che *mai* può sapersi se si è veramente ottenuta »), ma scaturisce anche dalla volontà di non menomare la libertà 'naturale' del delinquente col « fine di purificare l'anima sua dalla labe dei vizi » (270). Imporre l'emenda soggettiva è un tornare « all'inquisizione »: non c'è differenza tra « tormentare un uomo per purgarlo dal peccato e dalla eresia, e condurlo all'amore di Dio, ed all'eterna salute » e « costringerlo a patimenti per ricondurlo all'amore degli uomini, ed alla devozione al diritto » (271).

Le critiche alla teoria correzionalista muovono dalla necessità di non compromettere « verità assolute » e « principii di eterna ragione » con il riferimento alla coscienza individuale (272). L'errore della teoria correzionalista è quello di « limitare la forza morale oggettiva che deve avere la pena, guardandola nel rispetto del solo colpevole, senza considerare che il delitto ha una forza morale oggettiva » (273). La pena non può cessare « in virtù dell'emenda », non può cessare (così come non può essere comminata) in riferimento alla coscienza del singolo individuo. « La difesa del diritto non è completa, se non sorge efficace rimpetto a *tutti*: vale a dire così rimpetto a colui che violò la legge, come in faccia a coloro che non ancora la offesero » (274). Colpisce l'uso ripetuto di 'tutti' e di 'amore'. Il delitto riguarda *tutti* i consociati, la pena persegue idealmente l'emenda' di *tutti*; l'amore invece è libertà piena del

(270) Ivi, p. 215.

(271) Ivi, pp. 215-216.

(272) « La scienza del giure penale non è [...] una scienza con la quale si venga cercando ciò che ad uno od altro piacque di stabilire. È lo svolgimento di principii di eterna ragione; è la ricerca di verità assolute » (CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata*, cit., p. 132).

(273) CARRARA, *Emenda del reo*, cit., p. 221.

(274) Ivi, p. 231.

soggetto: proprio perché sicuramente è presente nella maggioranza dei buoni non può essere preteso, imposto a tutti.

La « potestà punitrice » vede nel delinquente un « nemico da soggiogare » ⁽²⁷⁵⁾, a cui comminare una pena per aver turbato « gli animi dei buoni », per aver violato « la quiete », insultato « la maestà della legge »: « la pena è un bisogno della legge giuridica » che esige certezza ⁽²⁷⁶⁾. Quel delinquente-nemico, però, è « vittima di una necessità dell'umana natura », appartiene al consorzio sociale; al contrario, è la teoria della emenda — con la sua pretesa di uniformare le coscienze, con la sua ricerca di amore per il governo, con il suo « zelo fanatico » per la correzione che giunge sino « a percuotere la bruttura dell'anima del peccatore che non offese il diritto », a dimenticare « la lesione del diritto per la purgazione dell'anima del delinquente » ⁽²⁷⁷⁾ — che stravolge il diritto.

‘Purgare l'anima’ del delinquente, condurlo all'amore della pena, significa incrinare il legame naturale tra ‘ordine’ e ‘coscienza’, minacciare la libertà. Il delinquente disegnato da Bartolo esiste solo in modo ‘impersonale’, ricercarlo o, peggio, ‘crearlo’, è per Carrara la negazione del diritto.

10. *Il gendarme e la coscienza.*

Il diritto penale di Carrara è indirizzato ad offrire garanzie per la libertà, argini contro l'affanno autoritario di imporre un'artificiale disciplina morale ai singoli, contro l'uso della spada e del cannone per la quotidiana difesa ‘politica’ della convivenza sociale. Si tratta inevitabilmente di un equilibrio storicamente segnato nelle stesse pagine di Carrara dal contrasto tra l'ordine assoluto, ‘eterno’, e le mutevoli aspirazioni della ‘maggioranza dei buoni’. Resta dunque sempre aperta la possibilità di un diritto penale ‘concreto’ indirizzato a disciplinare le menti, a purgare l'anima, a pretendere già nel presente una ‘unità etica’ tra il singolo e il tutto. Per Carrara è la scienza giuridica ad avere il compito di difendere il diritto e tutelare

⁽²⁷⁵⁾ Ivi, p. 212.

⁽²⁷⁶⁾ La sanzione « deve essere un'effettiva realtà in tutti i casi di violazione di legge » (ivi, pp. 211-212)

⁽²⁷⁷⁾ Ivi, p. 233.

la 'lotta interiore' dei singoli, ponendo barriere tra il foro interno e il foro esterno, rifiutando di emendare l'anima.

La tensione a chiamare il soggetto a guadagnarsi l'appartenenza 'nell'anima' è difficile da arrestare con barriere formali e riaffiora ripetutamente riproponendo, in fondo, sempre lo stesso interrogativo: se la tenuta 'effettiva' dell'ordine sta nel soggetto, nella fedeltà iscritta nel suo cuore, come può il diritto rinunciare a considerare la 'lotta interiore', come può rinunciare a imporre amore? Al di là della questione della 'depeccatizzazione' del diritto penale ⁽²⁷⁸⁾, « il nodo irrisolto » della possibilità del « gendarme di entrare nelle coscienze » ⁽²⁷⁹⁾ resta sullo sfondo del conflitto tra ordine e libertà tra Otto e Novecento ⁽²⁸⁰⁾.

Non è il caso, però, di seguire ancora le altalenanti vicende della figura del delinquente disegnata da Bartolo. A mo' di epilogo, intendo soltanto far cenno a una sorta di implicito ritorno della nostra figura nel dibattito giuridico contemporaneo; un ritorno che si manifesta in coincidenza con la presenza di minoranze che chiedono « il riconoscimento delle proprie specifiche identità » ⁽²⁸¹⁾, che pongono al diritto penale il problema dei conflitti tra diversità e della cultura della diversità ⁽²⁸²⁾. In una società sempre più intenta a interrogarsi sulla sua identità, e sempre più portata ad anteporre a tutto la sua sicurezza, si

⁽²⁷⁸⁾ Una questione su cui lo stesso Carrara manifesta spesso incertezze e contraddizioni. Cfr. CAZZETTA, *Praesumitur seducta*, cit.

⁽²⁷⁹⁾ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 154.

⁽²⁸⁰⁾ La tensione a cancellare ogni distanza tra soggetto e ordine riemerge — tanto per limitarsi ad un solo aspetto — per far sopravvivere quotidianamente (anche con strumenti straordinari) 'la fedeltà' al sistema normativo, riaffiora nelle incrinature e nelle 'zone grigie' della legalità. Cfr. M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 36 (2007), t. I, p. 743 e ss.; un percorso di lungo periodo riguardo al 'doppio binario' è ora tracciato in M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, Giappichelli, 2008.

⁽²⁸¹⁾ Cfr., per una sintesi dei problemi in campo, B. PASTORE, *Identità culturali, conflitti normativi e processo penale*, in B. Pastore e L. Lanza, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 5 e ss.

⁽²⁸²⁾ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2006, in particolare p. 41 e ss.; si veda anche ID., *L'ondivaga rilevanza penale del « fattore culturale »*, in « Politica del diritto », XXXVIII, 1, 2007, p. 18 e ss.

afferma l'ansia di utilizzare l'identità come un'arma ⁽²⁸³⁾, si accresce la tensione a individuare chi è 'veramente' parte della comunità. L'ossessione della sicurezza spinge in primo piano una politica di integrazione/esclusione affidata prevalentemente (spesso esclusivamente) al diritto penale; un diritto che — lo abbiamo visto — non ha mai assolto in modo autonomo tale funzione ⁽²⁸⁴⁾. Il diritto alla sicurezza tende così a diventare oggi « potenzialmente *onnivoro* rispetto a tutti gli altri diritti fondamentali » ⁽²⁸⁵⁾.

Lo schema del 'diritto penale del cittadino' e del 'diritto penale del nemico' presentato da Günther Jakobs negli ultimi anni 'descrive', in fondo, proprio questa situazione. Il problema posto da Jakobs è quello di garantire 'l'effettività del sistema normativo', un'efficacia *reale* e non solo *postulata* ⁽²⁸⁶⁾; una questione da risolvere attraverso un nuovo uso di certezze antiche.

Alla prospettiva di un fragile Stato di diritto 'onnicomprensivo' ma minato da continue e ipocrite eccezioni, Jakobs oppone la divisione tra *Bürgerstrafrecht* e *Feindstrafrecht*, una divisione necessaria — afferma — per uno « Stato di diritto ottimale (pragmatica-

⁽²⁸³⁾ « Con un'adeguata dose di istigazione, un sentimento di identità con un gruppo di persone può essere trasformato in un'arma potentissima per esercitare violenza su un altro gruppo ». A. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari. Laterza, 2006, p. XIII.

⁽²⁸⁴⁾ « L'inclusione non si è mai data, materialmente, attraverso il sistema della giustizia penale, così come oggi l'esclusione non si determina solo attraverso la guerra alla criminalità » (M. PAVARINI, *La giustizia penale ostile: un'introduzione*, in « Studi sulla questione criminale », II, 2 (2007), pp. 12-13.

⁽²⁸⁵⁾ « La sicurezza come criterio di selezione di tipi criminosi si rivela un po' simile al valore dell'obbedienza come tale' di antica memoria ». F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in « Questione giustizia », 4, 2006, p. 666 e ss., p. 673.

⁽²⁸⁶⁾ « Scopo dello Stato di diritto — scrive — è non la maggiore sicurezza dei beni, bensì l'effettività del sistema normativo, e quindi, nell'era della modernità, la reale efficacia di un diritto che rende possibile la libertà. L'efficacia *reale* si contrappone ad una efficacia solo *postulata* ma non effettiva, inadeguata, in quanto tale, a orientare le condotte dei consociati ». G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di E. Kostoris e R. Orlandi, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 5-6. Si veda anche p. 12: « diritto alla sicurezza altro non è che un diverso nome per indicare il diritto a un'effettiva vigenza della norma (*wirkliche Rechtsgeltung*). [...] lo Stato di diritto non è reale solo perché viene pensato o postulato ».

mente orientato) »⁽²⁸⁷⁾. La reale efficacia del sistema normativo esige un orientamento quotidiano ‘al diritto’ da parte dei cittadini, una sicura fedeltà all’ordine; nel momento in cui tale fedeltà si infrange — nel momento in cui « viene meno il fondamento cognitivo che deve ispirare i comportamenti » della persona — viene meno « la presunzione di fedeltà all’ordinamento e, con essa, la ‘base contrattuale’ dell’autodeterminazione personale »⁽²⁸⁸⁾, contestualmente vengono meno le condizioni atte a definire una persona (« a costituire una personalità realmente capace di orientarsi non basta la mera, astratta postulazione; debbono sussistere determinate condizioni »⁽²⁸⁹⁾).

Chi rompe il contratto, chi viola la promessa di fedeltà è ‘fuori dal diritto’. Jakobs rifiuta, però, un approdo al contrattualismo ‘radicale’ che ritiene che ogni delitto implichi ‘un recesso’ dal contratto sociale e un’esclusione dalla cittadinanza. Non si tratta dunque di affermare — come pretendevano Rousseau e Fichte — che *sempre* il delinquente perda lo *status* di cittadino, che sempre egli diventi un nemico. A tale separazione « eccessivamente astratta » tra il cittadino e il diritto, Jakobs oppone, richiamando Hobbes⁽²⁹⁰⁾, una via intermedia: l’ordinamento giuridico deve includere anche il delinquente ma soltanto il delinquente che possa ritenersi ‘non pericoloso’, in grado di essere fedele all’ordine. Solo chi non offre tali garanzie, chi non si lascia obbligare ad entrare a far parte dell’ordine, chi rappresenta una minaccia costante, è escluso, « non ha il diritto di essere trattato come persona »⁽²⁹¹⁾. Per costui non ci sono diritti, non si applica il diritto ‘normale’. Di fronte a un « autore di un illecito ‘normale’ [...] in senso atecnico », lo Stato

⁽²⁸⁷⁾ JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit, p. 17.

⁽²⁸⁸⁾ Ivi, p. 7.

⁽²⁸⁹⁾ Ivi, p. 8.

⁽²⁹⁰⁾ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 10-11. Il ‘*pactum subjectionis*’ di Hobbes « non deve intendersi tanto come un contratto, quanto come una metafora dell’impegno, dei (futuri) cittadino a non ostacolare il processo di auto-organizzazione dello Stato ». Nella sua qualità di cittadino il delinquente ha diritti, non è privato del suo *status*; salvo il caso di ribellione o di tradimento (ivi, p. 11). Cfr. anche, G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, p. 116 e ss.

⁽²⁹¹⁾ JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 9-12.

moderno deve vedere dunque — « a differenza dei teorici del più rigoroso contrattualismo, Rousseau e Fichte » — un cittadino, « una persona » che ha violato la vigenza della norma e che è tenuta a riequilibrare la lesione ⁽²⁹²⁾. L'uso 'normale' del diritto può aversi unicamente quando, « nonostante la commissione dell'illecito », il delinquente « garantisca tuttavia per il futuro una condotta in linea di massima conforme a quella di un cittadino, cioè di una persona che agisca in maniera 'fedele' all'ordinamento giuridico », quando — in una situazione « quasi idilliaca » — « l'autore pronuncia [...] la sua stessa sentenza in ragione dell'inconsistenza della sua regola di condotta » ⁽²⁹³⁾. La figura del nemico è, costruita in modo speculare rispetto a quella del delinquente 'normale', che ha errato ma che è disposto ad aspirare alla pena, a guadagnarsi l'appartenenza ⁽²⁹⁴⁾.

La prospettiva di Jakobs — lo ha ben sottolineato Galli — contiene prima di tutto una precisa rappresentazione del ruolo della politica che non è intesa come « una mediata condivisione di regole », ma come « inclusione del singolo nell'ordine per una sorta di idem sentire valoriale ». È tale estremizzazione dell'appartenenza a far emergere il delinquente-nemico come colui che ha una « inclusione subalterna sulla base di una presunzione politica di pericolosità, di avversione ai valori che l'ordinamento esprimerebbe come immediatamente cogenti ». La fedeltà all'ordinamento giuridico-politico e ai suoi valori comuni è la condizione per godere dei diritti: si stabilisce « una sorta di scambio fra questi e la lealtà, di patto fra comunità e persona » ⁽²⁹⁵⁾. Per 'stare nel diritto' è richiesta una fedeltà estrema, fideistica ⁽²⁹⁶⁾. Il diritto penale è chiamato così

⁽²⁹²⁾ Ivi, p. 15. La pena nei suoi confronti opera come 'coazione' (« come risposta al fatto di reato ») e come conferma della persistenza della vigenza della norma (cfr. ivi, p. 7).

⁽²⁹³⁾ Ivi, p. 15.

⁽²⁹⁴⁾ Cfr. ivi, p. 18 e ss.

⁽²⁹⁵⁾ C. GALLI, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 57-58.

⁽²⁹⁶⁾ La fedeltà assoluta del cittadino-persona è speculare alla descrizione del nemico-individuo: « Il concetto di diritto penale del nemico sembra ritagliato sul terrorismo islamico: su chi segue una fede, una religione o un'ideologia 'antisistemica', incorreggibile al dialogo, insuscettibile di accettare lo Stato di diritto e i diritti fondamentali quale base di riconoscimento reciproco dell'ordinamento e della società civile: solo di fronte a un soggetto così si può dire che non presenta una "garanzia cognitiva" »

ad affermare prima di tutto l'identità di coloro che escludono ⁽²⁹⁷⁾, si pone come certificazione di un'identità caratterizzata da un'unità estrema. A fronte di tale appartenenza 'certa', il numero dei nemici, in una società caratterizzata da una 'pluralità estrema', inevitabilmente si moltiplica ⁽²⁹⁸⁾.

Quello che colpisce non è tanto la distinzione — costantemente sottesa al diritto moderno — tra 'chi consente' e 'chi non consente' ad essere incluso nel consorzio civile, tra 'chi garantisce' e 'chi non garantisce' l'effettività normativa, quanto la 'legittima' esclusione dal diritto di chi non è in grado di assicurare una fedeltà continua alla comunità, di chi è ritenuto (previamente) non idoneo ad aspirare all'ordine e ad essere integrato in una società caratterizzata da un'identità forte, da un'obbedienza fideistica. La « calamità dell'esclusione » si sposa con « la benedizione dell'inclusione » ⁽²⁹⁹⁾.

Per Fichte — che fissava precise condizioni per guadagnarsi l'appartenenza — la pena prevista dal 'contratto di espiazione' per i colpevoli meritevoli di non essere 'espulsi' (di non essere trattati come 'nemici' ⁽³⁰⁰⁾) era indirizzata a far nascere « amore dell'ordine, del lavoro, della proprietà ». Era questo il costo imposto per riottenere l'appartenenza alla nazione, una comunità coesa che egli immaginava come simbolo di una libertà da conquistare e conservare. A rendere nuova la 'realistica' richiesta di scissione tra lo scudo e la

adeguata per risultare destinatario di una pena che intenda svolgere una funzione "pedagogica" o di restaurazione o stabilizzazione dei valori ». M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, cit., p. 34.

⁽²⁹⁷⁾ M. CANCIO MELIA, "Diritto penale" del nemico?, in *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 86 e 99. La « funzione della pena nel Diritto penale del nemico » mira a una « creazione (artificiosa), attraverso l'esclusione, dei parametri performativi dell'identità di coloro che escludono » (ivi, p. 94).

⁽²⁹⁸⁾ In una società in cui « cresce la possibilità di formarsi una identità che si discosta dal diritto », « chi continuamente si comporta come Satana, non potrà mai essere trattato come persona nel diritto per quanto riguarda la fiducia che adempirà i propri doveri » (così JAKOBS cit. in K. AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico*, cit., p. 36 e ss.; pp. 45 e 48).

⁽²⁹⁹⁾ SEN, *Identità e violenza*, cit., p. 4: « La calamità dell'esclusione può andare a braccetto con la benedizione dell'inclusione ».

⁽³⁰⁰⁾ Per i nemici egli riteneva — « con rigorosa coerenza », come tiene a precisare JAKOBS (*Diritto penale del nemico*, cit., p. 10) — che la loro esclusione non fosse una pena ma « un mero strumento di sicurezza ».

spada del diritto penale ⁽³⁰¹⁾ è oggi la pretesa valenza garantistica di una giuridicizzazione delle politiche dell'emergenza ⁽³⁰²⁾, a renderla drammatica — in una società che stenta a riconoscere le differenze, a includere facchini e filosofi 'superflui' o 'non assimilabili' — è la prospettiva di un'appartenenza *effettiva* garantita dalla presenza di un gendarme nella coscienza.

Le distinzioni diventano così semplici, *reali* e non *postulate*: lo Stato di diritto è chiamato — per non soccombere — a difendersi dagli attacchi dei nemici esterni procedendo senza il fastidio di essere costretto a trattarli come persone, mentre all'interno della cittadella assediata a separare dal buon cittadino, e dal buon delinquente, i sempre nuovi *nemici ignoti* — 'bestie feroci con cui gli uomini non possono avere società o garanzia' — torna l'amore per la pena ⁽³⁰³⁾.

⁽³⁰¹⁾ Cfr. A. BERNARDI, *Le droit pénal, bouclier ou épée des différences culturelles*, in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* (ed. Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost., M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck), Bruxelles, Facultés Univ. Saint-Louis, 2007, p. 497 e ss., p. 547: il diritto penale del nemico si indirizza a soggetti che sono 'altro' da noi, è molto spada e molto poco scudo.

⁽³⁰²⁾ L'obiettivo dichiarato è quello di individuare « uno spazio giuridico » per il diritto penale del nemico, uno spazio ampio capace di ricomprendere tanto le misure di sicurezza quanto le pene dure, indeterminate, da rivolgere contro i fenomeni criminali più temibili. Cfr. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., p. 32 e p. 61. Per una valutazione liquidatoria, senza tante sfumature, della ricostruzione di Jakobs si veda L. FERRAJOLI, « *Il diritto penale del nemico* » e *la dissoluzione del diritto penale*, in « *Questione giustizia* », 4, 2006, p. 797 e ss.

⁽³⁰³⁾ Mentre scrivo le pagine finali di questo saggio sono colpito dalla notizia dell'uccisione di un bambino di dieci anni da parte di un branco di cani vicino a Scicli e dal dibattito suscitato da un'ordinanza del sindaco di Modica di giungere « per gravi motivi di ordine pubblico » alla decisione « estrema » di abbattere i pericolosi cani randagi. Abbandonata la tentazione di lasciarmi andare ad arditi paralleli con il percorso tracciato in queste pagine, mi sono semplicemente accorto del gran numero di animali che ho menzionato: leoni e tigri, lupi e serpenti, vacche e pecore, api e colombe (tutte le colombe sono buone). Animali reali e immaginari da cogliere nel contesto, un contesto però che li proietta inevitabilmente sull'uomo e li fa esistere come feroci o miti soltanto in relazione all'uomo. « Nella nostra società — ha detto durante l'omelia per il bambino ucciso il pro vicario della diocesi di Noto — accadono cose strane. Abbiamo fatto gli animali idoli, invece dobbiamo tornare alla dimensione, alla grandezza e alla dignità dell'uomo ». A Scicli, in questi stessi giorni, una mano ignota ha ritenuto di dover vergare su un cartello il divieto per *tutti* i cani (anche quelli con grande propensione per la socialità) di far ingresso in chiesa. Chissà quando toccherà alle colombe.

MARIA PIA PATERNÒ

LA RIVOLUZIONE COME NEMICO:
GIACOBINI, PATRIOTI E COSPIRATORI
NELL'EUROPA DELLA RESTAURAZIONE

1. Premessa — 2. Il principio rivoluzionario e l'individuazione del nemico — 3. La costruzione del nemico — 4. Le modalità di contrasto — 5. Procedimenti giudiziari e pene detentive — 6. Saggi letterari o polemica politica? — 7. Avversari politici e nemici di Stato — 8. Il carceriere Schiller, il Doktor Pannwitz, il Kapo Alex.

1. *Premessa.*

Venerdì 13 ottobre 1820, a circa due mesi di distanza dalla data della sua affiliazione alla Carboneria, Silvio Pellico venne arrestato a Milano e tradotto nelle carceri di Santa Margherita. Riacquisterà la libertà dieci anni più tardi, nell'estate del 1830, dopo aver scontato otto anni di carcere duro nella fortezza dello Spielberg, a Brünn, in Moravia, dove il governo austriaco convogliò, in quegli anni, numerosi patrioti italiani giudicati colpevoli di sedizione e di alto tradimento. Fu questo il caso di Felice Foresti, di Silvio Pellico, di Pietro Maroncelli, di Federico Confalonieri e, ancora, di Enrico Misley, di Alessandro Andryane e di numerosi altri cospiratori militanti nelle fila delle società segrete diffuse nell'Italia della Restaurazione. Tutti i nomi citati fanno riferimento a prigionieri che fecero della loro esperienza carceraria l'oggetto di memorie, ricordi, autobiografie e saggi critici, contribuendo con l'attività pubblicistica, oltre che con l'azione politica — non in tutti i casi effettiva e documentata —, alla contestazione dei principi di governo e dei metodi repressivi utilizzati in alcuni Stati dell'Europa della Restaurazione. La ricostruzione storica e concettuale di queste vicende non può pertanto prescindere da una attenta valutazione di queste testimonianze e promette risultati più soddisfacenti laddove si dimostri capace di integrare

fonti diverse, aprendo uno spazio di valutazione agli epistolari e ad altre fonti politico-letterarie, oltre che approfondendo lo studio dei più tradizionali riferimenti di tipo giuridico e istituzionale. A questi scritti i protagonisti — civili e militari — delle cospirazioni di quegli anni affidarono la propria versione dei fatti, con un'attività pubblicistica e letteraria di cui *Le mie prigioni* forniscono solo l'esempio di maggior impatto sul pubblico. Gli scritti storici di Luigi Blanch, la relazione sulle circostanze relative agli avvenimenti napoletani del 1820 e 1821 di Guglielmo Pepe, la storia del reame di Napoli di Pietro Colletta, le memorie di Michele Carascosa, le considerazioni storiche e politiche di Gabriele Pepe, la descrizione della rivoluzione piemontese di Santorre di Santarosa, forniscono, sul versante dell'insurrezione militare piuttosto che su quello della cospirazione carbonara di civili e letterati, materiale per una valutazione dei moti rivoluzionari che integra la storiografia delle potenze vincitrici e getta una diversa luce sull'universo concettuale dei protagonisti di quelle vicende ⁽¹⁾.

Getta nuova luce, soprattutto, sulla evidente discrepanza tra l'immagine che essi ebbero di se stessi e quella che ne nutrì invece l'autorità costituita, per la quale i principi della conservazione e del rispetto degli equilibri socio-politici faticosamente restaurati dopo vent'anni di guerre, apparivano come intangibili e non negoziabili. Giacobini, patrioti, cospiratori, « carbonari di tutti i colori che

⁽¹⁾ Cfr. L. BLANCH, *Scritti storici*, a cura di Benedetto Croce, Bari, Laterza, 1945; Guglielmo PEPE, *Relazione sulle circostanze relative agli avvenimenti politici e militari in Napoli nel 1820 e nel 1821*, Parigi, 1822; P. COLLETTA, *Storia del reame di Napoli*, Losanna, Baudry, 1837, Gabriele PEPE, *Considerazioni istoriche e politiche sulla rivoluzione napoletana*, Isernia, Marinelli, 1978; M. CARASCOSA, *Mémoires historiques, politiques et militaires sur la révolution du royaume de Naples*, Londra, Treuttel, 1823; A. SANTAROSA SANTORRE, *De la révolution piémontaise*, Parigi, Huzard Courcier 1821. Dopo il fallimento della rivoluzione napoletana e di quella piemontese, diversi furono i destini dei suoi protagonisti. Stante lo stretto rapporto di collaborazione tra L'Austria e il Regno di Napoli, Pietro Colletta e Gabriele Pepe trascorsero alcuni mesi in esilio — dal 1821 al 1823 — nella cittadina morava di Brünn, ai piedi dell'altura sulla quale sorge la fortezza dello Spielberg, nella quale scontarono la loro condanna al carcere duro gli autori di scritti e memorie citati nel testo, carbonari e cospiratori, condannati nel Lombardo-Veneto per il reato di alto tradimento dalla speciale commissione inquirente sulle società segrete di Venezia.

alzano la testa » (2), minacciando la stabilità dei governi legittimi: è questa la composita costellazione di figure che costituiscono l'immagine del nemico nell'Europa post-napoleonica. Percepiti come avversari fanatici e irriducibili, come pericolosi nemici della pace e dell'ordine costituito, essi vengono tutti immaginati come egualmente partecipi, con le loro diverse specificità, di una cospirazione contro i principi della Restaurazione (3), che li combatté tutti allo stesso modo, come espressione di uno stesso, minaccioso e proteiforme, spirito rivoluzionario. L'immagine del nemico rivoluzionario che si consolidò nell'Europa della Restaurazione costituì così una rappresentazione radicalmente diversa da quella che i cospiratori ebbero di se stessi, generalmente costruita attorno ad una accezione moderata e contenuta delle libertà di azione, di espressione e di pensiero. Con la sua insistenza su alcuni specifici tratti della contestazione anti-conservatrice — il sovversivismo, la caoticità, l'irrequietezza, l'accentuata ispirazione riformista —, il disegno tracciato dalle forze della conservazione europea operò una distorsione di alcuni degli aspetti più rilevanti di questo composito universo di malcontento e ridusse fittiziamente ad unità aspirazioni che erano invece diversificate ed eterogenee. Patrioti, cospiratori e carbonari di diverse affiliazioni, ispirati da differenti codici etici e comportamentali, non rappresentavano infatti in Europa un nemico dai caratteri fissi e ben identificabili e, con la loro diversa gradazione di radicalità, offrivano un ampio ventaglio di esempi dissimili, disomogenei per ispirazione ed impostazione culturale oltre che per estrazione sociale e per contesti geografici e storico-politici.

Contro questo nemico, espressione di una contestazione ideologica e politica, i governi europei — ma in particolar modo quelli delle potenze centrali — elaborarono comuni misure di contrasto,

(2) Così si esprimeva il ministro degli esteri bavarese, conte Alois Rechberg all'indomani dell'insurrezione piemontese in una lettera indirizzata al principe Metternich del 19 marzo 1821. Cfr. A. CHROUST (a cura di), *Gesandtschaftsberichte aus München*, vol. I, München, Biederstein, 1949, p. 336.

(3) I governi restaurati, si legge in una nota redatta dalle Corti austriaca, russa e prussiana a Verona il 4 dicembre 1822, « ne connaissent d'autre ennemis que ceux qui se liguent contre l'autorité légitime ». Il documento fa parte della documentazione pubblicata in C. von METTERNICH, *Mémoires documents et écrits divers*, III volume, Parigi, Plon, 1881, p. 619.

dando vita a provvedimenti politici e giudiziari che favorivano forme di concertazione intergovernativa. Ne costituiscono un esempio le conferenze di Troppau nel 1820, di Lubiana nel 1821, di Verona nel 1822, tutte convocate al fine di dare risposta ai problemi di stabilità e di *governance* dell'Europa post-napoleonica e chiamate a reprimere, nelle sue molteplici forme, lo spirito rivoluzionario ancor sempre imperante in alcuni ambienti della società e della politica. Ad essere coinvolta in questo processo di repressione politico-giudiziaria non fu infatti la sola Austria, né tantomeno le sole province italiane dell'impero. Proprio qui tuttavia, così come nelle altre due potenze centrali dell'Europa continentale, si registrò una reazione particolarmente sensibile alle sfide di una temperie rivoluzionaria che investì una molteplicità di Stati europei negli anni immediatamente successivi al Congresso di Vienna, minacciando la stabilità delle acquisizioni politiche e ideologiche della Restaurazione attraverso l'opera distruttiva di quello che le forze della conservazione percepirono come fanatismo ideologico e individuarono come il vero e « unico nemico » dei cittadini e delle loro nazioni (4).

Il fermento rivoluzionario, per quanto differentemente percepito nelle diverse regioni di un'Europa ispirata a principi politici non sempre uniformi ed omogenei agì in quegli anni in una pluralità di Stati, minacciandone la restaurazione dell'ordine seguita, dopo la pace del 1815, a un ventennio di guerre e di insurrezioni. Nella sola penisola italiana esso causò diverse ondate di sovversione e repressione nel Regno di Sardegna e in quello di Napoli, nello Stato pontificio e nel Ducato di Modena, oltre che nelle regioni del Lombardo-Veneto amministrate direttamente dall'Austria e qui con specifica attenzione esaminate. Avvertito con particolare allarme negli Stati centrali dell'Europa continentale, questo fermento inquieto e sovversivo estese progressivamente il suo raggio di azione ad obiettivi più sensibili e ad ambiti via via più vasti. Poco prima dell'arresto di Pellico, nel Regno di Napoli aveva avuto inizio, con l'ammutinamento delle truppe a Nola nel mese di luglio, un'insurrezione che costrinse il re Ferdinando di Borbone a concedere una

(4) « Il faut donc protéger les peuples contre les attaques de leurs fanatiques adversaires, leurs seuls ennemis » (Metternich a Stadion in una lettera da Lubiana il 20 marzo 1821. Cfr. C. von METTERNICH, *Mémoires*, cit., p. 496).

costituzione del tipo di quella concessa alla Spagna dove, il primo gennaio, a seguito dell'ammutinamento dell'esercito a Cadice, avevano preso l'avvio i primi moti rivoluzionari dell'Europa post-napoleonica, estendendosi progressivamente, oltre che al Regno delle Due Sicilie, al Portogallo, al Piemonte e alla Grecia.

Si trattava di una minaccia all'ordine costituito che si saldava a quella, più strisciante, rappresentata da altre molteplici forme di contestazione interna ai paesi dell'Europa restaurata: mentre la Germania era scossa da una serie di agitazioni studentesche culminate con un rogo simbolico di scritti contro-rivoluzionari e anti-patriottici alla festa della Wartburg — ma soprattutto con l'assassinio del pubblicista Kotzebue ad opera di un ventiquattrenne studente di teologia — quasi ovunque, in Europa, gli Stati erano percorsi da forme molteplici di illegalità e disordine, come dimostrato in Francia dall'episodio dell'assassinio del Duca di Berry, e, altrove, dal dinamismo delle logge massoniche e dalla rinvigorita emergenza di congiure, cospirazioni ed attentati. Società segrete di diversa ispirazione consolidarono la loro presenza in numerosi Stati europei e favorirono, soprattutto negli Stati italiani, forme di opposizione, anche rivoluzionaria, al potere dei governi restaurati: i moti del '20 e del '21 nel regno di Napoli ed in quello di Sardegna, così come nei territori del Lombardo-Veneto amministrati dall'impero d'Austria, dimostrarono la vitalità delle logge massoniche tanto quanto quelli degli anni successivi nello Stato Pontificio e nel Ducato di Modena.

2. *Il principio rivoluzionario e l'individuazione del nemico.*

Il quadro storico-politico appena tracciato mette in evidenza le potenzialità eversive di una situazione internazionale faticosamente costruita attorno a una prioritaria esigenza di controllo e di stabilità e ciononostante quasi ovunque minacciata, nei suoi più essenziali assetti politici, da uno spirito del tempo insoddisfatto ed inquieto, nel quale le potenze della Restaurazione individuano l'obiettivo dei propri sforzi repressivi.

Conclusa dunque la stagione delle grandi battaglie anti-napoleoniche e definito a Vienna l'assetto dell'Europa della Restaurazione, le forze della conservazione furono costrette a constatare di non

avere ancora portato a termine il loro compito: focolai rivoluzionari si attizzavano, con vampate improvvise, in molti paesi europei. Ne ardevano in Spagna, in Portogallo, in Italia, in Francia in Germania, dove le associazioni studentesche contestavano le autorità con il — più o meno esplicito — sostegno di alcuni tra i docenti più rinomati dell'epoca. Il medesimo principio rivoluzionario contro il quale le forze della conservazione avevano combattuto, in campo aperto, numerose battaglie — a Borodino, a Katzbach, a Kulm, a Dennewitz e a Lipsia e poi, ancora, durante i 100 giorni, a Ligny, a Waterloo, a Wavre — si ripresentava ovunque, ancora dopo la definitiva sconfitta di Napoleone, in forme subdole e terrorizzanti, chiamandole ad un ulteriore sforzo contro un nemico dai molti volti, saldamente radicato nell'*humus* ricco e fecondo di uno 'spirito del tempo' volubile e inquieto. Non più franco ed aperto, individuabile in un confronto diretto e leale tra avversari che si fronteggiano sul campo di battaglia, il nemico veniva ora percepito come avversario infido e insincero, mascherato ad arte per dissimulare la sua vera natura ed infiltrarsi subdolamente nei gangli più vitali della società ⁽⁵⁾.

Per i sostenitori della Restaurazione questo nemico non aveva che un solo nome, che racchiudeva in una medesima espressione verbale una vasta pluralità di tipologie concretamente operanti nel tessuto sociale e politico. Questo nemico era il principio rivoluzionario, un combustibile altamente infiammabile e difficilmente circoscrivibile, produttivo di malcontento e di disordine, facilmente innescabile e capace di accendere incendi e di favorirne il dilagare ovunque in Europa. Antagonista di ogni ordine e stabilità, questo principio rivoluzionario, dopo aver lavorato alla distruzione dell'equilibrio europeo per quasi trent'anni, si ripresentava continuamente all'attenzione, anche dopo la sconfitta militare di Napoleone ⁽⁶⁾, minacciando nella loro stessa esistenza tutte le società

⁽⁵⁾ Secondo quanto riportato da Metternich in un rapporto inviato all'imperatore d'Austria da Teplitz il 30 luglio 1819, il re di Prussia Federico Guglielmo III si sarebbe rivolto a lui con le seguenti testuali parole: « Vous venez me voir dans un moment bien difficile; il y a six ans, nous avions à combattre l'ennemi en rase campagne; à présent il tourne autour de nous masqué » (C. von METTERNICH, *Mémoires*, cit., p. 270).

⁽⁶⁾ Spiegando al suo interlocutore la dinamica sottesa al principio del diritto d'intervento, Friedrich Gentz così si esprime a tale proposito: « Les souverains ne sont en guerre qu' avec le prince révolutionnaire tel qu' il s'est élevé, et qu' il a désolé

costituite a prescindere dai principi politici cui esse si ispiravano. Esso si esprimeva in sostanza come pura distruttività, mostrandosi ancor sempre capace, anche dopo l'inequivocabile arresto storico e concettuale della spinta rivoluzionaria partita nel 1789, di « rendere problematici a tutti i governi, siano essi assoluti, monarchici, costituzionali, repubblicani o addirittura radicali, i mezzi di calcolare la loro esistenza al di là del termine di un giorno » (7).

La libertà di stampa, la radicalità delle posizioni politico-filosofiche sostenute pubblicamente nello svolgimento di alcuni corsi universitari, le contestazioni studentesche, le agitazioni carbonare, le insubordinazioni militari, eventi estremamente disomogenei per rilevanza ed esiti, vennero tutti riferiti ad una causa comune e furono pertanto interpretati come fenomeni dissomiglianti di una sola e stessa vicenda, riconducibile ad una comune radice rivoluzionaria. Nell'Europa della Restaurazione, che dopo aver combattuto la Francia rivoluzionaria e napoleonica, usciva vittoriosa dal congresso di Vienna ma era costretta a rinsaldare continuamente i vincoli della sua politica conservatrice e legittimista in un proliferare di conferenze intergovernative — a Troppau nel 1820, a Lubiana nel 1821, a Verona nel 1822 — il nemico era dunque rappresentato ancora, dopo più di vent'anni di battaglie e numerose guerre di coalizione, dalla rivoluzione.

Ma non si trattava più dello stesso, identico, nemico. O meglio, come ebbe ad esprimersi Friedrich Gentz, braccio destro di Metternich e 'Segretario d'Europa' nel corso della lunga stagione di reiterati appuntamenti internazionali dei primi anni '20, si trattava di un nemico che restava lo stesso, pur mutando le sue sembianze e

l'Europe depuis trente ans. Le principe, ils le regardent comme un ennemi commun de tous les Gouvernements établis, comme un incendie, que (dans l'ordre civil même) on se croit autorisé et appelé à éteindre chez son voisin, pour ne pas en être atteint soi-même, sans que pour cela on prétende se mêler de se qui se passe dans la maison ou dans la famille de ce voisin » (F. von GENTZ, *Dépêches inédites aux hospodars de Valachie*, Paris, Plon, 1877, vol. I, pp. 195-6).

(7) Così si legge in una memoria indirizzata alle principali corti italiane dopo la rivoluzione nel Regno delle Due Sicilie, che definisce la posizione politica assunta dalle forze della Restaurazione riunite a Troppau (*Mémoire adressé simultanément aux cours de Turin, de Rome, de Florence, de Modène, de Parme, de Lucque*, s.d. in *Atti del Parlamento delle Due Sicilie*, a cura di A. Alberti, Bologna, Forni Editore 1931, p. 331).

richiedendo modalità differenziate di intervento, in modo da integrare le misure di polizia, l'azione di contrasto dura e non compromissoria, con forme più suadenti di intervento e di prevenzione. Con questa convinzione nel 1819, all'indomani dell'assassinio del pubblicista conservatore Augusto Kotzebue, egli forniva a Metternich la sua visione della problematicità della situazione politica contemporanea esprimendosi con i seguenti termini: « la malattia cambia forma, bisogna dunque combatterla con una diversa terapia. Qui tocchiamo senza dubbio l'estremo limite delle misure di polizia e se non riusciamo ad agire sugli spiriti e ad attaccare il male nelle sue più profonde radici, bisognerà dichiararsi sconfitti » (8).

La sensazione dominante nei circoli conservatori dell'Europa continentale era quella di essere giunti davanti ad uno spartiacque della storia: nell'impossibilità di immaginare forme di mediazione e di compromesso con un nemico settario e multiforme, si trattava ormai, secondo la loro ottica, di combattere la rivoluzione con fermezza in tutti i suoi molteplici aspetti o di farsene irrimediabilmente travolgere. Nel 'momento decisivo' della ricostruzione di un'era di pace e di conservazione, in cui il pericolo era « grande ed innegabile » ed il catechismo liberale minava, con il suo individualismo, le basi della convivenza sociale, la più impellente esigenza della politica diventava — secondo l'opinione di Friedrich Gentz — quella di trovare sostegno in un'autorità capace di affermarsi come tale (9). In questo stato di necessità e di emergenza, il potere politico, operando una dolorosa rinuncia dei suoi più interessanti compiti di progettazione e perfezionamento, si trovava davanti a un'ineluttabilità che lo obbligava a restringere le sue ambizioni per procedere all'individuazione del suo scopo primario e più urgente; la tutela cioè della società dal pericolo di dissoluzione che la presenza e la vocazione rivoluzionaria dei suoi specifici nemici sempre più pres-

(8) Lettera di Friedrich Gentz a Metternich del 3 giugno 1819, in *Briefe von und an Friedrich von Gentz*, a cura di F. C. Wittichen e E. Salzer, III vol., München und Berlin, Oldenburg, 1913, p. 435.

(9) Si veda la lettera di Gentz a Adam Müller del 28 luglio 1819 in *Briefwechsel zwischen Friedrich Gentz und Adam Heinrich Müller*, Stuttgart, Cotta, 1857, p. 295. Dello stesso tenore è la cosiddetta professione di fede politica del principe Metternich, cfr., *Mémoires*, cit., p. 426 ss.

santemente rappresentava ⁽¹⁰⁾. Attorno a questi principi ruotava la filosofia politica del principe Metternich, che in diverse occasioni trovò il modo di esprimere il nucleo delle sue più profonde convinzioni in forme che le rendevano immediatamente fruibili e operative nella società della Restaurazione: « Il tempo avanza sotto le tempeste: sarebbe impresa vana voler arrestare il suo impeto. Fermezza, moderazione e riunione in forze ben calcolate, solo questo rimane a disposizione degli amici dell'ordine: solo in ciò consiste oggi il dovere di tutti i sovrani e degli uomini di Stato [...], lo scopo è facilmente individuabile; nei tempi attuali esso consiste né più né meno che nel mantenimento dell'esistente » ⁽¹¹⁾.

Sconfitta dunque la rivoluzione in Francia, nelle diverse vesti da essa assunte dal 1789 alla fine del periodo napoleonico, restavano ancora da sradicare le radici di quel 'principio rivoluzionario', nemico comune di tutti i governi legittimi, che era divampato in Europa causando rovina e desolazione. Il libero gioco delle opinioni, il rifiuto di ogni autorità, la rivendicazione dell'indipendenza di giudizio, venivano pertanto individuati come fattori di instabilità e disordine e diventarono punto focale dell'attenzione dei governi restaurati. Il vero nemico della politica di equilibrio e di stabilità inaugurata a Vienna era dunque lo spettro di un giacobinismo sconfitto sui campi di battaglia ma ancora capace di risvegliare nella società civile conati di ribellione e sfide aperte all'ordine — faticosamente — (ri)costituito.

⁽¹⁰⁾ Così Gentz a Müller in una lettera datata 8 ottobre 1820, dove si legge: « Die Frage ist heute nicht, wie die Gesellschaft nach einem besseren, zeitfälligeren Plane für die Zukunft zu bilden sein wird; unserer einzigen Geschäft ist und muss seyn, sie vor der von bekannten und bestimmten Feinden ihr drohenden nahen Auflösung zu bewahren » (*Briefwechsel zwischen Friedrich Gentz und Adam Heinrich Müller*, cit., p. 327).

⁽¹¹⁾ Così Metternich al plenipotenziario del Baden alle conferenze di Vienna in una lettera del 4 maggio 1820. Cfr. C. von METTERNICH, *Mémoires*, cit., p. 228. Analoga l'impostazione conferita a tale problematica nella sua 'professione di fede', *Mémoires*, cit., p. 444: « La première et la plus grande des affaires, pour l'immense majorité de toute nation, c'est la fixité des lois, leur action non interrompue, et nullement leur changement. Que les gouvernements donc gouvernent, qu' ils maintiennent les bases fondamentales de leurs institutions, tant anciennes que nouvelles; car si, dans tous les temps, il est dangereux d'y toucher, ce n'est pas aujourd'hui, et dans la tourmente générale, qu' il peut être utile de le faire ».

3. *La costruzione del nemico.*

Negli anni immediatamente successivi al Congresso di Vienna la situazione si presentava sotto il segno di una peculiare ambiguità: l'opera di pacificazione con il nemico, riuscita a livello internazionale con l'inclusione della Francia di Luigi XVIII al tavolo delle trattative, non sembrava rappresentare un modello di comportamento applicabile anche al campo di azione della politica interna. L'ammissione della Francia al Congresso delle potenze riunite a Vienna ⁽¹²⁾ implicava anzi, come condizione preliminare, una trasformazione della costruzione del nemico: non più rappresentato dalla potenza militare degli eserciti — rivoluzionari o napoleonici — di una nazione ostile, esso si spogliava di qualsiasi carattere di statualità per diventare nemico interno dell'ordine stabilito. La formula della pacificazione internazionale che consentiva di ammettere la Francia al Congresso delle potenze riunite a Vienna implicava pertanto la parallela impossibilità, all'interno degli Stati restaurati di fede anti-liberale, di depotenziare il nemico ad avversario politico, ammettendolo al libero gioco delle opinioni.

Gli interlocutori della Restaurazione conservatrice non erano pertanto avversari con cui addivenire a una qualche forma di composizione pacifica del conflitto, ma corpi estranei e malati, « cancrene morali » ⁽¹³⁾ da trattare fino alla loro definitiva guarigione. Tuttavia, sebbene l'opposizione al progetto della Restaurazione venisse configurata, dai suoi artefici conservatori, nella forma dell'inimicizia e dell'ostilità piuttosto che in quella di una dialettica politica, il nemico veniva costruito come una figura dell'alterità che non era completamente inconciliabile ed estranea. Esso non era mai

⁽¹²⁾ Non la Francia rivoluzionaria venne pertanto invitata a Vienna, ma la Francia monarchica e legittimista che aveva rinunciato al suo precedente giacobinismo e aveva per sempre abbandonato quei principi rivoluzionari che, ovunque ed in qualsiasi forma riemergano, continuavano a rappresentare il vero e inconciliabile nemico dell'Europa della Restaurazione.

⁽¹³⁾ Si veda ad esempio l'utilizzo di questa locuzione verbale in Metternich, che l'adopera con particolare riferimento all'associazionismo: « Ce sont les *sociétés secrètes*, puissance véritable, et d'autant plus dangereuse qu' elle agit dans les ténèbres, qu' elle mine toutes les parties du corps social, et dépose partout les germes d'une gangrène morale qui ne tardera pas à se développer et à porter ses fruits » (C. von METTERNICH, *Profession de foi*, in *Mémoires*, cit., p. 435).

solo e soltanto nemico, di modo che questa — pur rilevante — qualità di una persona, non ne esauriva la complessa e articolata umanità. La controversa ricostruzione della figura dell'inquisitore Antonio Salvotti (14), che interrogava con puntiglioso rigore e instancabile meticolosità i prigionieri tradotti nei carceri di Venezia con l'imputazione di alto tradimento ma si adoperava pure, in svariati modi, in loro favore, ottenendone a sua volta gratitudine e riconoscenza, dimostra, al di là dei differenti giudizi espressi sul suo operato, la presenza di canali di comunicazione e di scambio tra giudici ed inquisiti che consentiva il riconoscimento della loro diversa — e certamente differentemente dolente — umanità.

Restava dunque, oltre il portato della differente collocazione ideologica e a monte di qualsiasi separazione concettuale, una percezione condivisa di una stessa appartenenza antropologica arricchita, in alcuni casi, da ulteriori componenti culturali e sociali. È questa la conclusione che si può trarre dalla documentazione relativa ai rapporti tra Salvotti e i suoi inquisiti o anche, per restare nell'ambito degli accadimenti di cui resta conservata agli atti la duplice versione fornita dagli uomini di potere e delle vittime di questo sistema politico, all'incontro intercorso tra Federico Confalonieri e il principe Metternich. Sofferente e malato, condannato alla pena capitale poi commutata in vent'anni di carcere duro da scontarsi nella fortezza dello Spielberg, Confalonieri ricevette nel corso della sosta che effettuò a Vienna per raggiungere, a Brünn, la meta della sua deportazione, la visita del principe Metternich. Dalla documentazione relativa a quest'incontro, di cui esistono le versioni fornite da entrambi i protagonisti (15), emergono, oltre agli scopi della visita ed

(14) Una rivalutazione di tale figura, duramente contestata dalla storiografia risorgimentale, è stata efficacemente tentata da A. LUZIO, *Antonio Salvotti e i processi del '21*, Roma, Società editrice Dante Alighieri, 1901. Dopo alterne vicende interpretative la questione è stata recentemente rielaborata da F. Garavini che, oltre a pubblicare alcuni inediti (F. GARAVINI, *Carteggi ritrovati*, Bologna, il Mulino, 2007), ha dedicato all'argomento un romanzo storico fondato su una ampia e accurata documentazione d'archivio. Cfr. F. GARAVINI, *In nome dell'imperatore. Romanzo ottocentesco*, Verona, Cierre edizioni, 2008.

(15) Entrambi le versioni sono riportate da A. D'ANCONA, *Federico Confalonieri, su documenti inediti di archivi pubblici e privati*, Milano, Treves, II ed. 1898. Quella del Confalonieri è alle p. 156 ss., la relazione di Metternich all'imperatore d'Austria, del 3

altre notizie storicamente rilevanti, le modalità di uno scambio culturale che, per quanto aspro nei contenuti, si mantiene rigorosamente civile e corretto sul piano della forma, con il Ministro Austriaco che fa avvertire il prigioniero due ore prima della sua visita, affinché abbia modo di prepararsi, assume cortesemente informazioni sulle sue condizioni di salute, partecipa con interesse alla sue sorti di essere umano. L'immagine del nemico, del condannato a morte colpevole di reati gravissimi contro lo Stato e la corona, non si sovrappone completamente a quella dell'uomo né cancella, nel caso in esame, quella dell'esponente di una stessa aristocrazia, con usi, costumi e linguaggi simili e condivisi ovunque in Europa.

Il nemico dunque, nell'Europa della Restaurazione non è mai totalmente Altro né è mai tale deterministicamente, *ab origine*, come se non potesse costitutivamente essere mai altro che nemico: diventa tale solo in quel determinato momento del suo sviluppo personale in cui matura convinzioni eterodosse, inconciliabili con la sicurezza e la giustizia di un ordine sociale riformabile solo attraverso processi lentissimi e autocratici. Tale costruzione dell'immagine del nemico suggerisce l'idea che all'origine della sua formazione ci sia uno sviamento — nato da un errore di valutazione e trasformatosi, per caparbia, in scelleratezza — che conduce ad una deviazione verso percorsi non condivisibili di azione politica, a-storicamente assunti come percorribili anche quando il loro abbandono, ormai ineluttabile, si configura, di fronte alla realtà della storia, non sotto la specie di una defezione, ma nella forma di un dovere ⁽¹⁶⁾.

febbraio 1824, figura invece nell'appendice alle pp. 428-432. Del Confalonieri si vedano, più estesamente, le *Memorie* (1889), Milano, LED Edizioni Universitarie, 2004, in particolare p. 169, dove Confalonieri scrive a proposito di Metternich: « Ripreso ch'ebbe un po' di fiato [...] incominciò col domandarmi sulla mia salute, sul modo con che avea fatto il viaggio, se nulla erami mancato, e simili altre iniziative di cortesia ».

⁽¹⁶⁾ Illuminanti in proposito le parole con le quali Confalonieri riportava i contenuti del monito rivoltagli da Metternich nel colloquio a Vienna: « Voi avete avuto la mala sorte di lasciarvi persuadere da idee seducenti ma false. Avete seguito l'impulso di un'epoca travicante; ma l'epoca è cambiata. Ogni uomo di buon senso non può non vederlo [...]. Il fatto ha deciso. Ci siamo misurati sui più opposti punti di Europa. I vostri hanno soccombuto dappertutto [...]. Il periodo difficile è passato. Esso fu quello, di questi nove anni, che si succedettero a venticinque di rivoluzione che avevano scossi tutti i troni dell'Europa. Le grandi commozioni non cessano tutt'ad un tratto, l'onda si rompe ancor lungamente, dopo le grandi tempeste ed altre minori van succedendosi

Ne conseguiva necessariamente l'idea che un'accorta conduzione della politica ne potesse, entro certi limiti, limitare l'insorgenza e, comunque, fosse in grado di mettere in pratica azioni di contrasto e pratiche punitive che lo recuperassero, almeno parzialmente, allo Stato e alla società. Questa duplice caratterizzazione del nemico, elemento deviato ma non irrecuperabile della comunità umana, informava costantemente i giudizi del versante conservatore e venne utilizzata per spiegare e contrastare figure assai diversificate di opposizione al regime politico della Restaurazione. C'è così una prossimità ricorrente nel modo in cui figure di 'giacobini' così diverse come quelle dello studente di teologia Charles Sand, i tenenti della cavalleria dell'esercito napoletano Domenico Morelli e Giuseppe Silvati, il generale Guglielmo Pepe, l'intellettuale borghese Silvio Pellico, l'aristocratico conte Federico Confalonieri, venivano tutte ricondotte a uno stesso minimo comun denominatore che li comprendeva tutti come epifenomeni, deplorabili ma comprensibili, di uno spirito del tempo inquieto e rivoluzionario.

La figura meno comprensibile, dal punto di vista di un osservatore razionale e legittimista fu, senza dubbio, quella romantica e patriottica di Sand, nelle cui dichiarazioni, come commentava nelle sue relazioni Karl August Varnhagen von Ense, c'era di che « terrorizzare tutti i cuori » per il fanatismo mistico che improntava di sé il gesto stesso del martirio ⁽¹⁷⁾. Quando il 23 marzo del 1819 Charles Federic Sand, dando esecuzione ad una condanna alla pena capitale comminata da una imprecisata società segreta, si recò presso l'abitazione dello scrittore tedesco August Kotzebue e, dopo averlo assassinato, si diede a sua volta la morte ringraziando Dio per averlo prescelto per una tale missione, la reazione fu dunque allarmata ma

prima che il tempo si ricomponga alla calma. La nostra causa dunque non solo è la migliore, ma è la più fortunata. Ogni idea d'opporvisi non può più servire al successo, essa non è atta che a perturbamenti e scompigli, ed in allora non è solo una pazzia, ma una scelleraggine. L'uomo ragionevole, l'uomo onesto non può più illudersi, esso non può più considerarsi che come un istrumento (rimanendo in tal causa) atto solo al male ed incapace al bene. In questo caso, l'abbandono della causa che si è il più affezionata, quand'anche si potesse persistere a crederla la migliore, non è una defezione, ma un dovere » (F. CONFALONIERI, *Memorie*, cit., pp. 169-170).

⁽¹⁷⁾ Così si esprimeva Varnhagen von Ense in una lettera a Tettenborn conservata negli scritti di Metternich. Cfr. C. von METTERNICH, *Mémoires*, cit., p. 234.

non scomposta. Si trattò di sconcerto più che di indignazione. Come Varnhagen nella sua relazione, l'opinione pubblica non trovò motivo di indulgere in una enfaticizzazione del biasimo e si fermò piuttosto a riflettere, con perplessità e inquietudine, per trovare risposta alla domanda formulata dal diplomatico tedesco: « che fare [...] con degli individui che giungono fino al punto di uccidere se stessi? » (18).

Come martire pronto ad immolare la propria vita al servizio di una causa — che, nel caso in esame, era impregnata di elementi romantici e patriottici — Sand rappresentava un personaggio che si sottraeva a qualsiasi ipotesi di valutazione razionale e sfuggiva completamente alla logica del realismo politico che informava invece l'agire dei più raffinati artefici della Restaurazione. Pronti a combattere ovunque la rivoluzione e a vederne ovunque, incombente, la minaccia, essi ravvisarono nel gesto di Sand il segno della vulnerabilità di ogni potere statale e vi riconobbero la spia di un processo di trasformazione della minaccia all'ordine costituito, avviatosi nell'Europa post-napoleonica già all'indomani della conclusione dei trattati di pace. La strategia di mobilitazione popolare utilizzata per chiamare con successo alle armi la nazione tedesca contro il nemico francese aveva infatti, nella più lunga durata, favorito l'affermazione di una concezione più dinamica del rapporto suddito-sovrano ed indotto in alcuni casi l'illusione che l'attiva e generosa partecipazione dei cittadini alla difesa dello Stato comportasse, come necessaria conseguenza, il diritto ad una loro accresciuta partecipazione alla determinazione delle scelte politiche. L'esperienza della guerra di liberazione, inoltre, con i suoi appelli all'azione e alla difesa nazionale in forme libere e spontanee (19), aveva favorito, soprattutto nei giovani, l'espressione di un sentimento patriottico che, a guerra conclusa, aveva trovato numerose possibilità di manifestarsi nelle forme di un associazionismo studentesco dal carattere ideologico ed esaltato, non sempre contrastato dai pubblicisti e dai docenti delle università tedesche, essi stessi sensibili al processo di sgretola-

(18) Ivi.

(19) Mi sia in proposito concesso rinviare al mio *Individuo, esercito, nazione. Heinrich Friedrich Karl von Stein e la politica delle riforme in Prussia*, Napoli, Jovene, 1998, p. 205 ss.

mento del rapporto tra autorità ed obbedienza che si era in quegli anni operato nella sensibilità collettiva ⁽²⁰⁾.

Contro questa deriva potenzialmente anarchica si rivolsero gli sforzi dei rappresentanti delle diverse correnti politiche di fede anti-rivoluzionaria, sia conservatrici che riformiste, convinti che, in un contesto culturale caratterizzato dalla totale inosservanza dei valori del rispetto e della dignità, così come dalla assenza di qualsiasi modestia e di ogni capacità di ascolto, mancassero i fondamenti necessari all'apprendimento e alla riflessione e pertanto, in ultimo, le pre-condizioni necessarie a qualsiasi vera e feconda espressione della libertà ⁽²¹⁾.

Il gesto criminale di Sand, frutto del clima di esaltazione della gioventù studentesca della Germania della prima restaurazione, assumeva così la valenza di un monito contro ogni permissivismo e spinse moderati e conservatori a rendere pubblici i loro argomenti contro gli effetti distruttivi di un sistema in cui l'opinione trovava spazi di espressione tanto più efficaci quanto più essa trovava modo di esprimersi in toni di accesa passionalità e riusciva a rendersi credibile tramite il gioco di una mera e continuata reiterazione dei suoi contenuti ⁽²²⁾. La figura di questo giovane esaltato e omicida non rappresentò tuttavia davvero e fino in fondo l'immagine di colui

⁽²⁰⁾ Interessanti considerazioni sulle tre rivoluzioni che attraversarono la Germania all'indomani della sconfitta di Napoleone, cioè quella della festa della Wartburg, dell'assassinio di Kotzebue e della diffusione della società segrete, sono contenute in J. DE WIT, *Fragmente aus meinem Leben und meiner Zeit*, I vol., Leipzig, 1830, p. 5 ss. Su Giovanni De Wit e sulla sua presenza all'università di Jena prima del suo arresto in Savoia, cfr. A. GRANDI, *Processi politici del Senato Lombardo Veneto. 1815-1851*, Istituto per la Storia del Risorgimento, Roma 1976.

⁽²¹⁾ Così ad esempio Georg Barthold Niebuhr in una lettera a Doris Hensler del 13 dicembre 1917, in cui scriveva: « Die rohen Vorfälle auf der Wartburg, gemischt mit religiöser Comödie, haben mich tief bekümmert. Unsere Jugend zeigt sich [...] aufgeblasen, hohl und pöbelhaft. Freiheit ist ganz unmöglich wenn die Jugend ohne Ehrerbietung und Bescheidenheit ist — Schreibe ich wie es mir um's Herz ist, würden sie mich auch verbrennen, und doch weiss ich, dass selbst alle ächte Republikaner aller Zeiten es unterschreiben würden» (G. B. NIEBUHR, *Erinnerungen und Lebensnachrichten*, II vol., Hamburg, Perthes, 1838, p. 328).

⁽²²⁾ Si vedano in proposito le riflessioni sviluppate da Gentz sull'« Oesterreichischer Beobachter » del 26 novembre, del 25 e 26 dicembre 1817 e del 14 gennaio 1818, ora in F. GENTZ, *Gesammelte Schriften*, a cura di G. Kronenbitter, vol. III, Hildesheim, Olms, 2002, pp. 24 ss.

che gli artefici della Restaurazione considerarono effettivamente come nemico. La distanza che separava il codice etico e comportamentale di Sand da quello dei tutori dell'ordine costituito era talmente grande da costituire uno sbarramento che impediva una comprensione — così come anche una autentica e appassionata avversione — tra mondi diversi. Con le sue dichiarazioni deliranti, con le quali egli invitava tutti i tedeschi « a scuotere virilmente il giogo che li opprime, ad uccidere tutti i malpensanti, a portare a compimento l'opera della riforma e a riunire Chiesa e Stato » (23), Sand rendeva inaccessibile alla razionalità il suo linguaggio e poco intellegibili gli scopi attraverso di esso perseguiti. Gli artefici della Restaurazione si trovarono così impossibilitati a costruire come nemico questo portatore di istanze oscure e non negoziabili, martire devoto ad una causa mistica e religiosa più che politica ed ideologica, che trovava espressione in appelli deliranti e gesti sacrificali.

Vittima, piuttosto che nemico, Sand non costituì una effettiva minaccia e la sua scomparsa pose fine a qualsiasi esigenza di intervento del potere politico. Ma il vuoto lasciato da questa morte auto-inflitta venne riempito di nuovi contenuti. L'attenzione si spostò dalla figura dell'artefice del gesto omicida-suicida a quella dei suoi istigatori, dall'azione irruenta e sanguinaria di un giovane insano e impressionabile a quella, più seducente ed efficace, dell'espressione scritta e verbale di teorie dannose ed infide. Nel mirino della reazione finirono dunque esponenti della sovversione dai lineamenti più familiari, personaggi apparentemente rispettabili che inquinavano la società con le loro dottrine false e tendenziose, professori incauti e irresponsabili, cospiratori malaccorti, borghesi solo apparentemente eruditi, vittime di effimeri sentimenti nazionalistici e filosofi individualisti ingannevolmente sedotti dalle pretese di una ragione auto-sufficiente e legislatrice.

Mai elaborato come figura caratterizzata da una irrinconciliabile alterità, nell'età della Restaurazione il nemico venne costruito come una minaccia che era potenzialmente devastante proprio a causa della sua prossimità. È la seduzione esercitata da messaggi veicolati in forma moderata e ragionevole, più che la sfida aperta e radicale

(23) Così è riportato nella relazione predisposta da Varnhagen von Ense il 24 marzo 1819, cfr. C. von METTERNICH, *Mémoires*, cit., p. 234.

che sembrarono preoccupare gli uomini di Stato del fronte conservatore, particolarmente sensibili alle minacce che, all'ordine costituito, venivano da quella specifica forma di azione che è costituita dalla scrittura e dall'indottrinamento verbale, piuttosto che dai gesti aperti di rottura e di rivolta plateale. Esecrabili ed insane, le espressioni di radicalismo, politico e filosofico, si svelano infatti come più facilmente individuabili e costituiscono pertanto bersagli più facilmente raggiungibili con le armi dell'isolamento e della repressione. Più preoccupanti vengono considerate invece le opinioni, in special modo quando, attraverso accorte operazioni di dissimulazione e mimetizzazione « si insinuano lentamente, seducono, persuadono, corrompono anche quelle persone che aborrissero dalle idee rivoluzionarie, se fossero fatte sotto meno seducente apparecchio » (24).

Il nemico dell'Europa della restaurazione è il nemico dell'ordine: dell'ordine delle cose esistente, dell'ordine costituito, dell'ordine sociale, dell'ordine pubblico (25). Più che nella figura esaltata e sacrificale di Sand, ma forse anche più che negli esponenti apertamente sovversivi delle rivoluzioni in Spagna, nel regno di Napoli e del Piemonte, essa ravvisa il nemico nelle figure degli istigatori, piuttosto che in quelle degli esecutori dei gesti aperti di sfida all'ordine costituito: intellettuali lucidi e protervi, polemisti amanti del paradosso, professori incauti e irresponsabili, cospiratori malaccorti, incapaci di azione e di giudizio, ma assolutamente in grado di forgiare generazioni intere di rivoluzionari temibili ed efficaci (26):

(24) Queste parole sarebbero state espresse da Metternich a Confalonieri, secondo il racconto di quest'ultimo, dopo aver dichiarato che i soli « nemici » del governo austriaco erano appunto gli esponenti moderati vicini alle posizioni di Confalonieri. Cfr. F. CONFALONIERI, *Memorie*, cit., p. 181.

(25) Queste espressioni sono tutte rinvenibili nella corrispondenza di Metternich e in alcuni atti ufficiali elaborati dopo le agitazioni studentesche del 1819. Si vedano le proposte effettuate a Carlsbad dalla presidenza della Dieta nel 1819 e le lettere di Metternich a Wintzingerode e a Rechberg del 31 marzo 1820 e del 25 marzo dell'anno successivo in C. von METTERNICH, *Mémoires*, cit., rispettivamente alle pp. 293, 394-395, 493.

(26) Nonostante Sand fosse formalmente iscritto all'università di Erlangen, egli venne immediatamente individuato come uno studente dell'ateneo ienese particolarmente sensibile agli insegnamenti di 'cattivi maestri' come Fries, Luden, Onken e altri

« Non esiste categoria più maldestra di cospiratori di quella dei professori universitari, singolarmente o collettivamente intesi. Non si può cospirare efficacemente che contro *cose*, mai contro i *dogmi*. Questi possono senza dubbio acquisire una certa rilevanza; ma solo nell'ambito della *teologia*. Quando si tratta di dogmi *politici*, bisogna che siano appoggiati dall'azione; ora, l'azione è il rovesciamento di tutte le istituzioni esistenti e l'applicazione del principio 'spostati di là affinché qui mi metta io'. Questo lavoro gli eruditi e i professori non sanno farlo; quelli che vi riescono meglio sono gli avvocati. Non conosco praticamente intellettuale che conosca il valore della proprietà; per contro la casta degli avvocati è costantemente occupata a rovistare nella proprietà altrui. Indipendentemente da ciò i professori sono, quasi senza eccezione, dei teorici, mentre non esiste persona più pratica di un avvocato. Non ho pertanto mai temuto che la rivoluzione si potesse produrre nelle università. Ma mi sembra d'altra parte certo che vi si formerà tutta una generazione di rivoluzionari, se non riusciamo a circoscrivere il male » (27).

4. *Le modalità di contrasto.*

La politica repressiva inaugurata dalle forze della Restaurazione utilizzava una strategia che individuava una duplice linea di azione: agire sulla fonte delle agitazioni, cioè sulla pubblica opinione, attraverso misure di contenimento della libertà di stampa e di insegnamento; colpire efficacemente i luoghi in cui l'opposizione si consolidava in forme di azioni rivoluzionarie di contestazione attraverso misure poliziesche di investigazione e di repressione.

Il processo di riaffermazione della legittimità dell'autorità implicava l'implementazione di una serie di provvedimenti politici e giuridici che, in una accezione piuttosto statica del rapporto tra

docenti di tendenze più o meno scopertamente repubblicane e patriottiche. Semplice pedina di un gioco di cui non conosceva regole e finalità, Sand venne considerato alla stregua di una vittima, piuttosto che di un nemico e la responsabilità del suo gesto, non attribuibile alle puerili agitazioni delle associazioni studentesche, venne fatta risalire a quella dei suoi indiretti istigatori. (Si veda ad esempio il giudizio espresso da Gentz a Metternich il 23 aprile 1819, in C. von METTERNICH, *Mémoires*, cit., pp. 243-4: « Je ne crois même pas que Sand fût une mauvaise nature [...]. Le vrais meurtriers, ce sont, ce seront toujours les Fries, Luden, Oken, Kieser et toute cette engeance dont il faut purger les universités à tout prix, si l'on veut que n'importe quelle autre mesure réformatrice puisse faire le moindre effet »). Sul comportamento ingiustificabile dei docenti dell'ateneo jense, si vedano inoltre i giudizi espressi da Gentz sull'« Oesterreichischer Beobachter » in *Gesammelte Schriften*, vol. III, cit., p. 33.

(27) Lettera di Metternich a Gentz del 17 giugno 1819, in C. von METTERNICH, *Mémoires*, cit., p. 262.

innovazione e conservazione, mettevano in atto misure di contenimento del dissenso e di contrasto alla libertà di insegnamento e, soprattutto, a quella di stampa, « flagello sconosciuto al mondo fino alla metà del diciassettesimo secolo », di dubbia conciliabilità con l'esistenza stessa della società civile ⁽²⁸⁾.

L'attenzione si concentrava dunque, sul fronte delle misure di prevenzione, sulla libertà di parola e di insegnamento, manipolate, ad avviso degli artefici della Restaurazione, fino a configurare un abuso della libertà ⁽²⁹⁾ che si indirizzava « alla realizzazione di progetti pericolosi » e diventava strumento di sovvertimento dell'ordine. Nel campo della repressione e del controllo dell'associazionismo, nel cui ambito i progetti di emancipazione si trasformavano in azioni di resistenza armata al potere dello Stato, si procedeva invece alla integrazione delle fonti legislative e alla creazione di specifici organismi istituzionali ⁽³⁰⁾ di prevenzione e di indagine.

Questo giudizio politico, che vedeva nelle università e nella stampa il bacino di utenza della propaganda rivoluzionaria e i luoghi di coltura del malcontento sociale, suggeriva l'opportunità di una strategia di contenimento della contestazione attraverso l'isolamento e la censura. Dalla diagnosi del male, radicato nella mal diretta ed eccitabile fantasia di « spiriti egualmente accessibili alla verità e all'errore », scaturiva la necessità di una terapia di contrasto alla

⁽²⁸⁾ Il problema della libertà di stampa venne ripetutamente affrontato da Metternich, che nella cosiddetta Professione di fede redatta per Alessandro I nel 1820, scrive a tale proposito: « Nous ne sommes certes pas les seuls à nous demander si la société peut exister avec la liberté de la presse, fléau inconnu au monde avant la dernière moitié du dix-septième siècle, et restreint jusqu' à la fin du dix-huitième, à quelques exceptions près » (C. von METTERNICH, *Mémoires*, cit., p. 443).

⁽²⁹⁾ Nell'alveo delle misure urgenti e indispensabili indicate da Metternich all'Imperatore Francesco I alla vigilia delle conferenze di Carlsbad, egli enucleava come imprescindibili e prioritarie: a) la soppressione della libertà di stampa; b) la nomina di commissioni incaricate di redigere un'inchiesta sulle università tedesche e di allontanare tutti i professori notoriamente pericolosi; c) la creazione di una speciale commissione giudiziaria « qui sera déléguée à l'effet de juger, au nom de toute la Confédération, la conspiration tramée contre cette dernière et découverte récemment » (C. von METTERNICH, *Mémoires*, cit., p. 280).

⁽³⁰⁾ Su suggerimento di Metternich nei territori tedeschi si procedette, con l'approvazione dei decreti di Carlsbad, all'istituzione di una commissione centrale di inchiesta con competenze sovra-nazionali. Cfr. la documentazione relativa alla questione in C. Von METTERNICH, *Mémoires*, cit., p. 284 ss.

fuorviante pretesa di rifondare l'ordine sociale per renderlo compatibile con le esigenze dei bislacchi sistemi di pensiero nutriti dall'immaginazione di intellettuali sradicati e visionari, poco attenti alle ragioni della stabilità e scarsamente sensibili alla realtà dei vincoli del contesto storico ⁽³¹⁾. Il ristabilimento della pace internazionale, pre-condizione dell'implementazione di operazioni di contenimento della protesta politica interna, rendeva possibile il ricorso a una pluralità di strumenti, la cui efficacia venne nel 1819 testata relativamente alle misure adottate nella lotta contro la contestazione universitaria, la cui folle pretesa di agire come portavoce di una superiore saggezza si indirizzava, secondo le parole di Metternich, al sovvertimento dei « principi e dell'ordine delle cose su cui riposano le attuali istituzioni e la pace domestica » degli Stati ⁽³²⁾.

Il cordone sanitario che Gentz e Metternich intenzionalmente strinsero attorno ai luoghi della contestazione colpendo in primo luogo — attraverso strumenti di controllo e di censura — la libertà di espressione di intellettuali e cattivi maestri ⁽³³⁾, è uno dei punti salienti di una strategia complessa, volta alla restaurazione dell'ordine e al riassorbimento del dissenso per il tramite di una decisione politica coraggiosa che metteva fine all'incertezza e restaurava la legittimità della monarchia collocandola nell'alveo di una concezione non rivoluzionaria del potere. « È venuto il giorno di prendere una decisione suprema: collocarsi in uno stato di legittima difesa

⁽³¹⁾ Cfr. *ivi*, p. 291: « Entraînés par un torrent qui s'attaque a tout, bon nombre de maitres académiques ont méconnu la véritable destination de l'université... ils ont poursuivi le fantôme d'une éducation cosmopolite qui a rempli de rêves creux des esprits également accessibles à la vérité et à l'erreur, et ils leur ont inspiré contre l'ordre légal existant, sinon la haine, du moins le dédain et le mécontentement. Cette méthode absurde a fait bien du mal au pays et à nos jeunes générations: elle a développé insensiblement chez ces dernières de folles prétentions à une sagesse supérieure, le mépris de tout enseignement positif, le désir chimérique de refondre l'ordre social d'après les systèmes nouveaux qu' ils rêvaient ».

⁽³²⁾ *Ivi*, p. 292.

⁽³³⁾ Proprio in quanto intellettuale e pedagogo Pellico venne interpellato dal suo inquirente Antonio Salvotti il 17 aprile 1821, ottenendone infine la confessione della propria affiliazione alla Carboneria Cfr. A. A. MOLA, *L'enigma Pellico*, in *Senitieri della libertà e della fratellanza ai tempi di Silvio Pellico*, a cura di A. Mola, Foggia, Bastogi, 1994, p. 191 ss. e A. LUZIO, *Il processo Pellico Maroncelli. Secondo gli atti ufficiali segreti*, Milano, Cogliati, 1903, p. 90 ss.

oppure lasciarsi completamente andare, dare cioè il consenso alla [propria] morte politica » (34). La sfida lanciata con queste parole da Metternich in un colloquio con il re di Prussia indicava chiaramente il terreno su cui egli intendeva condurre la sua lotta, ravvisandone gli estremi in una politica energica e non rinunciataria, finalizzata al ripristino del principio di legittimità e ancorata ad una complessa strategia di rivalutazione dell'autorità contro le pretese di autonomia e indipendenza avanzate dal catechismo individualistico liberale. « Assurde, contrarie alla natura dell'uomo e incompatibili con i bisogni della società umana » (35), queste pretese risultavano essere egualmente nocive nell'ambito della morale e della politica, producendo, con la presunzione d'onnipotenza legislatrice che le accompagna, un male (36) di immensa profondità.

Da questa diagnosi dei mali della società dell'Europa restaurata, aveva origine la convinzione che i mezzi di contrasto dovevano essere pensati come risolutivi ed efficacemente improntati alla difesa di « quell'ordine legale esistente » (37) eroso da trent'anni di disordini interni ed internazionali e fatto oggetto di disprezzo dagli spiriti inquieti di un'epoca attraversata da molteplici tragedie. Nella contingente circostanza del processo di dissoluzione dei fondamenti dell'autorità, il primo dei compiti dei sovrani doveva dunque essere mirato alla correzione delle derive distruttive di un'epoca storica percorsa da un eccesso di individualismo e attraversata da un delirio

(34) Così Metternich nella relazione dell'incontro con il re di Prussia a Teplitz nel 1819 redatta per l'imperatore d'Austria, cfr. *Mémoires*, cit., p. 270.

(35) C. von METTERNICH, *Profession de foi*, in *Mémoires*, cit., p. 431: « Le but véritable des idéalistes [...] n'est autre que de créer en faveur de chaque individu une existence entièrement indépendante de toute autorité et de toute autre volonté que la sienne propre, idée absurde et contraire à l'essence de l'homme, et incompatible avec les besoins de la société humaine ».

(36) Ivi, p. 436 « Le mal existe, et ce mal est immense. Nous ne croyons pouvoir le définir mieux, dans sa cause primitive et perpétuellement agissante en tous temps et en tout lieu, que nous ne l'avons fait en nous servant du mot de *présomption*, cette compagne inséparable du demi-savoir, ce mobile d'une ambition démesurée et facile à satisfaire dans de temps de trouble et de bouleversement ». Si veda in proposito anche la lettera di Metternich a Gentz del 17 giugno 1819, ivi, p. 263, nella quale affermava che il male maggiore, il male che è maggiormente urgente combattere nello specifico momento storico, era quello della stampa.

(37) Ivi, p. 291.

di sperimentazione sociale che aveva origine in una pluralità di pulsioni incontrollate. Così come Metternich ne concepì i fondamenti, nella determinata contingenza di un'epoca dominata da un costante desiderio di rinnovamento, l'indirizzo politico di tutti i governi dell'Europa restaurata doveva concorrere alla definizione di una precisa priorità politico-filosofica, quella « di opporre la stabilità delle istituzioni politiche al movimento disordinato che si è impadronito degli uomini; la fissità dei principi alla frenesia *dell'interpretazione; il rispetto per le leggi in vigore al loro sovvertimento* »⁽³⁸⁾.

Una tale linea di azione presupponeva un contrasto radicale con qualsiasi spirito di innovazione, terreno di coltura di uomini inquieti che, secondo il giudizio di Metternich, nutrivano l'illusione di « *affrancare le anime* » nell'ambito della morale e, sul terreno della politica, si ispiravano al rivoluzionario desiderio di « *affrancare le persone* »⁽³⁹⁾, contribuendo in entrambi i casi ad uno scopo comune: quello, in definitiva, di lavorare al sovvertimento dell'autorità, senza la quale invece non è possibile declinare alcuna forma reale e fruibile di libertà. Nella concezione politica di Metternich la linea dura di azione consigliata ai sovrani garantiva un sistema di soddisfacente conciliazione tra alcuni bisogni sociali fondamentali, operando un virtuoso collegamento tra le esigenze di una ben intesa libertà e quelle, spesso sottovalutate negli intellettualistici progetti di riforma di intellettuali e politologi, della sicurezza e dell'ordine pubblico. Respingendo l'ipotesi di una non componibile frattura tra i due ordini di valori — libertà e sicurezza appunto — Metternich proponeva con determinazione una soluzione politica che le facesse coesistere in un rapporto di dipendenza in cui la prima non trovava alcuna forma di affermazione se non per mezzo di una qualche efficace garanzia della seconda. La libertà veniva pertanto raffigurata come il frutto — prezioso e necessario — dell'ordine e della proporzione ed era presentata dunque come incompatibile con ciò

⁽³⁸⁾ C. von METTERNICH, *Profession de foi*, in *Mémoires*, cit., p. 443.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 442: « Le but commun à ces hommes n'est d'autre que de *renverser l'autorité*. Placés sur le terrain moral, ils veulent *affranchir les âmes*, de même que ceux d'entre les révolutionnaires politiques qui ne se livrent pas aux seuls calculs d'ambition personnelle veulent *affranchir les personnes* ».

che — come la rivoluzione — è affermazione di volontà e potenza, cioè assenza di limiti e di equilibrio.

Di fronte alla concretezza della necessità di definire le misure legislative e giudiziarie necessarie alla stabilità dei governi e alla sconfitta del nemico rivoluzionario, la linea di azione di Metternich era improntata alla stessa, salda, determinazione che informò la sua visione teorica della politica. Se la finalità della politica non è rivoluzionaria, non possono essere tali neanche i mezzi utilizzati per affermarla. Il nemico, per quanto politico e ideologico, andava dunque combattuto con armi tradizionali, respingendo con determinazione la tentazione di far ricorso alla pratica rivoluzionaria del processo politico privo di scrupoli legalistici e di finzioni giuridiche. Proprio la certezza del diritto andava dunque riaffermata, eludendo la tentazione di trasformare il processo in una misura di salute pubblica, facendone, come nella Francia giacobina, un atto politico, piuttosto che un procedimento giudiziario ⁽⁴⁰⁾.

I processi non vennero dunque — almeno apparentemente — svolti su un terreno politico-ideologico, i principi della legittima difesa, della legalità, del giusto processo, della certezza e della proporzionalità della pena vennero di conseguenza richiamati all'attenzione degli operatori del settore come strumento di svuotamento delle componenti simboliche dei processi celebrati. Non si fece dunque preferenzialmente ricorso all'emanazione di una legislazione straordinaria e di emergenza, né ci si affidò senza remore a tribunali speciali e politici; si collaudò, piuttosto, una serie estremamente composita e differenziata di misure informate allo spirito dei principi del realismo conservatore e legittimista della Restaurazione. Negli Stati tedeschi, collegati dalla debole rete di interdipendenze sopravvissuta nella lunga agonia del Sacro Romano Impero Germanico, si procedette ad un ampliamento degli strumenti di investigazione e di controllo del territorio, creando autorità giudiziarie mirate specificamente alla lotta al terrorismo politico e dotandole di competenze sovranazionali. I decreti di Carlsbad, voluti da Metternich in risposta al giacobinismo patriottico delle associazioni studentesche, istituivano, secondo il dettato dell'articolo 2 dell'*Untersuchungsge-*

⁽⁴⁰⁾ Sul tema cfr. *Macht un Recht. Grosse Prozesse in der Geschichte*, a cura di A. Demandt, München, Beck, 1990.

setz, una Commissione speciale d'inchiesta con sede a Magonza e ne individuavano la finalità in un'attività intergovernativa di indagine con il compito di « fare in comune ricerche scrupolose e ragguagliate, che accertino i fatti, le origini e le molteplici ramificazioni dei disordini rivoluzionari e delle associazioni demagogiche, diretti contro la pace interna e la costituzione esistente della federazione tedesca e dei singoli Stati che la compongono » (41).

A queste misure di contrasto dell'associazionismo eversivo e rivoluzionario si affiancarono, nell'Impero Austro-ungarico, provvisori di legge specificamente mirate. Particolarmente rilevante, per la costruzione della figura del nemico interno — cospiratore, patriota, rivoluzionario e giacobino — nell'Europa della Restaurazione, sono quelle introdotte nel Lombardo-Veneto nell'agosto del 1820 attraverso una notificazione che ravvisava nel mero atto dell'affiliazione alla Carboneria, e a prescindere dalle responsabilità penali individuali, gli estremi del reato di alto tradimento. Al fine di contrastare l'opera delle società segrete nei territori del Lombardo-Veneto l'integrazione del Codice Penale Austriaco con una normativa che equiparava l'affiliazione alla Carboneria (42) alla fattispecie

(41) I Decreti di Carlsbad, 20 settembre 1819, si compongono di provvedimenti relativi al sistema universitario, alla libertà di stampa, alla istituzione di una autorità di sorveglianza comune a tutti gli Stati tedeschi: di una *Universitätsgesetz*, una *Pressgesetz* e una *Untersuchungsgesetz* tutte rimaste in vigore fino all'anno 1848. L'articolo 1 di quest'ultima istituiva una « Central-Untersuchungs-Commission », le cui finalità erano così formulate al successivo art. 2: « der Zweck dieser Commission ist gemeinschaftliche, möglichst gründliche und umfassende Untersuchung und Feststellung des Thatbestandes, des Ursprungs und der mannigfachen Verzweigungen der gegen die bestehende Verfassung und innere Ruhe, sowohl des ganzen Bundes, als einzelner Bundesstaaten, gerichteten revolutionären Umtriebe und demagogischen Verbindungen, von welchen nähere oder entferntere Indicien bereits vorliegen, oder sich im Laufe der Untersuchung ergeben möchten ». Il testo dei decreti di Carlsbad è rinvenibile in E. F. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, vol. I, Stuttgart, Kohlhammer, 2000 oppure anche, in alternativa, sul sito www.verfassungen.de/de/de06-66/karlsbad19.htm.

(42) Milano, 29 agosto 1820, Notificazione ai sudditi dell'Impero Austro-ungarico: « Lo scopo preciso, a cui tende l'unione dei Carbonari, è lo sconvolgimento e la distruzione dei governi. Siccome da ciò ne consegue che chiunque ha avuto già cognizione di questo scopo, e nonostante si è associato ai carbonari, a tenore del Par. 52 della prima parte del Codice dei delitti, si è fatto reo di alto tradimento, ovvero, qualora, giusta i Pp. 54 e 55 della prima parte del Codice dei delitti, non ha impedito i progressi di questa società o ha tralasciato di denunciarne i membri, è divenuto correo del

configurata all'articolo 52, si dimostrò efficace e sufficiente. Non sembrò pertanto necessario procedere all'emanazione di provvedimenti ulteriori, essendo i delitti capitali contro l'ordine dello Stato puniti in Austria, in tutti gli ordinamenti giuridici, con pene più severe dei reati comuni: nel caso in oggetto con la pena capitale per coloro che fossero giudicati colpevoli di alto tradimento, con il carcere durissimo a vita per coloro che venissero individuati come complici, con il carcere duro nel caso di accertamento di omissione dell'obbligo di denuncia ⁽⁴³⁾. A rafforzare l'effetto deterrente che tali norme intendevano raggiungere, interveniva l'articolo 56, che, promuovendo fenomeni di delazione e pentitismo, garantiva invece la più piena impunità a chi, essendo stato coinvolto in qualche associazione cospirativa, ne denunciava l'esistenza alle autorità in tempo utile per sventarne le trame e vanificarne gli scopi ⁽⁴⁴⁾.

5. *Procedimenti giudiziari e pene detentive.*

I capi di accusa che motivarono l'arresto di Silvio Pellico il 13 ottobre 1820 a Milano riguardavano proprio la violazione dell'art. 52 del Codice Penale Austriaco, che disciplinava il reato di alto tradimento ravvisandone gli estremi in ogni sorta di azione « tendente a fare una violenta rivoluzione nel sistema dello Stato, o ad attirare contro lo Stato un pericolo da fuori, o ad accrescerlo; sia che ciò

medesimo delitto, ed è incorso nelle pene dalla legge stabilite » (La Notificazione è contenuta nell'Appendice XXII a A. LUZIO, *Il processo Pellico-Maroncelli*, cit., p. 553).

⁽⁴³⁾ Su questo caso particolare si vedano le memorie del conte Giovanni Arrivabene, imputato « del delitto di non rivelazione » per non avere denunciato l'affiliazione di Silvio Pellico alla Carboneria. Cfr. G. ARRIVABENE, *Intorno ad un'epoca della mia vita*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1860, p. 33.

⁽⁴⁴⁾ L'articolo di legge è oggetto dell'Appendice XXII a A. LUZIO, *Il processo Pellico-Maroncelli*, cit., p. 554. Le pene relative a tale reato sono previste negli artt. 53 e seguenti. L'art. 53 recita « questo delitto è punito colla pena di morte, ancorché sia rimasto senza alcuno effetto, e tra i limiti di un mero attentato »; gli artt. 54 e 55 prescrivono il carcere duro o durissimo a vita in caso di complicità o reticenza; l'art. 56, premia invece la denuncia e la delazione: « Chi si è aggregato a segrete combriccole tendenti all'alto tradimento [...], ma poscia mosso dal pentimento ne scopre alla magistratura i membri, gli statuti, le mire, gli attentati, mentre sono ancora occulti, e se ne può impedire il danno, è assicurato della sua piena impunità e del segreto della fatta denuncia ».

venga fatto in pubblico, o in segreto; da persone separate o collegate insieme; colla macchinazione, col consiglio o col proprio fatto; colla forza dell'armi o senza, colla comunicazione di segreti conducenti a tal fine, o di trame ad esso rivolte: coll'istigazione, leva di gente, spiagione, soccorso, o con qualunque altra azione diretta a simile intento » (45).

Lo scrittore saluzzese, sospettato di aver aderito alla Carboneria e di essersi con ciò automaticamente macchiato del reato di alto tradimento secondo quanto previsto dalla *Notificazione ai sudditi dell'Impero Austro-Ungarico* del 29 agosto 1820, venne tradotto nel carcere di Santa Margherita e ripetutamente interrogato nel merito della questione. In assenza di prove tangibili, dopo alcuni mesi di indagini, l'inquirente milanese si risolse a chiedere il proscioglimento dall'accusa. Prima che egli potesse essere effettivamente rimesso in libertà giunse tuttavia, da Vienna, l'ordine di deferire Pellico alla speciale Commissione inquirente sulle società segrete di Venezia, l'unica competente a giudicare dei reati di alto tradimento. L'istruttoria venne pertanto ripresa da questo tribunale, che riconobbe Pellico colpevole dei reati ascrittigli (egli confessò la sua affiliazione alla Carboneria — risalente a circa 60 giorni dall'arresto e mai concretizzatasi in azioni sovversive — in uno degli interrogatori cui venne sottoposto nel corso del processo dall'inquirente Antonio Salvotti) e lo condannò alla pena capitale, pena poi commutata in quindici anni di carcere duro (46) da scontarsi nella fortezza morava dello Spielberg. Gli veniva così applicata una norma che comminava una sanzione la cui severità poteva essere concepita come commisurata al reato solo in un'ottica ansiosamente allarmata dal fascino esercitato dalla sedizione e prepotentemente condizionata dalla percezione dell'estrema pericolosità dello spirito rivoluzionario e sovversivo che pareva essersi impadronito di non pochi

(45) *Ibid.*

(46) Cfr. S. PELLICO, *Le mie prigioni* (1832), Sei, Torino, 1962, p. 49: « Il carcere duro significa essere obbligati al lavoro, portare la catena ai piedi, dormire su nudi tavolacci, e mangiare il più povero cibo immaginabile. Il *durissimo* significa essere incatenati più orribilmente, con una cerchia di ferro intorno a' fianchi, e la catena infitta nel muro in guisa che appena si possa camminare rasente il tavolaccio che serve di letto: il cibo è lo stesso, quantunque la legge dica: *pane ed acqua*. Noi, prigionieri di Stato, eravamo condannati al carcere duro ».

rappresentanti delle classi medio-alte nell'Europa della Restaurazione: « nobili, medici, legali, preti, ingegneri e proprietari », oltre che, in numeri ancora più cospicui, « ufficiali e [...] vecchi soldati graduati » (47).

Bisognava pertanto, per condividere l'orientamento dei giudici, astenersi da qualsiasi giudizio attorno alla legittimità di una tale normativa, nella convinzione che la pretesa di esercitare un tale sindacato fosse sempre l'effetto di una predisposizione ad una irricevibile pretesa di autonomia individuale, destinata a fare di « ciascun uomo il capo del suo proprio dogma, l'arbitro delle leggi dalle quali ritiene giusto governare se stesso o consentire ad essere governato [...], il solo giudice della sua fede, delle sue azioni e dei principi con i quali intende regolarli » (48). Ad eccezione di questo caso, che tagliava i problemi alla radice, denunciando l'illiceità di qualsiasi interrogazione individuale sulla legittimità delle leggi, per accogliere con un almeno relativo gradimento la normativa in questione, bisognava trovare un'argomentazione che consentisse di considerarla equa e giusta (49), oppure giustificarla, in nome di un più cinico realismo politico, come necessitata dalla situazione poli-

(47) F. FORESTI, *Memorie*, in appendice a A. VANNUCCI, *I martiri della libertà italiana*, Firenze, Le Monnier, 1860, p. 607: « La Carboneria allora reclutava principalmente nelle classi agiate ed educate. La massa detta volgare, operosa, era lasciata in silenzio, e neppure illuminata con istruzione verbale o scritta. Grande fallo! Quindi è che i Carbonari avevano né loro ranghi molti nobili, moltissimi del ceto medio (cittadini), cioè Medici, Legali, Preti, Ingegneri e Proprietari; Marcadanti e Preti formavano la minorità. In mezzo ad essi belle e nobili e feraci menti. Fra gli ufficiali e bassi ufficiali della dispersa armata di Napoleone vi erano migliaia di Carbonari: non è esagerazione. Io ho assistito ad alcune Vendite generali in Ferrara, e posso dire che la massima parte era di vecchi soldati graduati. Ed i più zelanti, pronti ed audaci ».

(48) C. von METTERNICH, *Profession de foi*, in *Mémoires*, cit., p. 431.

(49) Su questo concetto ha insistito, nelle sue memorie, uno dei compagni di prigionia di Pellico, il conte Confalonieri. Cfr. F. CONFALONIERI, *Memorie*, cit., pp. 109-112: « Sono stato io giustamente condannato? Poteva io essere giustamente condannabile?... Io intendo che con ciò si domandi se, visto il Codice Austriaco, vista la definizione del delitto di alto tradimento, vista la parte vera dell'immischiatura mia nelle cose dell'epoca, vista la massa delle deposizioni che stavano contro di me, vista la parte che potea riuscire provabile, potessi io venire in qualche modo condannato. A tale domanda io non eviterò a rispondere, « Sì, io avrei potuto esserlo giustamente, partendo dal principio che debba dirsi giustamente fatto ciò che è fatto a norma delle leggi, senza voler indagare se le leggi stesse sieno o no giuste ».

tica post-napoleonica, interpretata alla stregua di uno stato di emergenza e di necessità, che rendeva necessario un intervento mirato e legittimava una politica rigorosa e repressiva ⁽⁵⁰⁾. Nessuna delle due strategie esprimeva ragioni sufficientemente convincenti per gli accusati di atti sediziosi e sovversivi, colpiti dall'arbitrio reso possibile dalla « illimitatissima espressione » che caratterizzava la dizione che, nel Codice Penale austriaco, disciplinava la fattispecie del reato di alto tradimento e « dalla enorme latitudine di questa interpretabilità e delle sue applicazioni » ⁽⁵¹⁾.

Al di là dell'analisi dell'arbitrarietà di una norma che procedeva all'equiparazione dell'affiliazione alla carboneria all'alto tradimento e prima ancora di avviare una riflessione sulle condizioni della detenzione — i detenuti politici erano assoggettati al regime di carcere duro — la severità delle pene comminate nel procedimento giudiziario che investì Silvio Pellico e i suoi compagni merita però, già di per sé, una valutazione sui requisiti minimi necessari di un giudizio equo nella legittimità e nel merito. Si trattò infatti di una sentenza emessa nella piena consapevolezza del ruolo irrisorio svolto da Pellico nella Carboneria e della accertata assenza di qualsiasi progetto rivoluzionario. Come sostenne l'inquirente Salvotti nelle conclusioni della sua requisitoria, che fu anche un appello alla clemenza della corte, si era potuto accertare che « il solo primo atto preparatorio, ossia il remotissimo conato » esisteva del reato di alto

⁽⁵⁰⁾ Si veda ad esempio il giudizio, di segno rovesciato, degli imputati di atti sovversivi, ad avviso dei quali i rischi alla sicurezza collettiva erano scientemente sovradimensionati a fini politici: « Voleasi costruire un edificio sì complicato ed allarmante che nessuno potesse vedervi bene addentro, ma tutti ne dovessero rimanere spaventati, onde autorizzare le vie del rigore e giustificare quelle del terrore che erasi intrapreso di battere » (F. CONFALONIERI, *Memorie*, cit., p. 89).

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 101: « Che è il delitto di alto tradimento? Come vien esso definito nel Codice Austriaco? Esso trovasi all'art. 54, per quanto mi vien fatto di potermelo a un di presso richiamare, così espresso: « Chiunque con parole, scritti, fatti ed altro qualsivoglia mezzo abbia in modo illecito direttamente od indirettamente voluto, cercato o cooperato ad ottenere un cambiamento qualunque nell'adottata ed esistente forma di Governo, quello è reo di alto tradimento dello Stato ». Tutto dipende dalla arbitrarissima interpretazione dell'illimitatissima espressione "in modo illecito". Chi non sarebbe spaventato dall'enorme latitudine di questa interpretabilità e delle sue applicazioni, anche sotto la guarentigia dei tribunali più integerrimi e di leggi e di forme le più protettrici? ».

tradimento: « V'erano gli stili carbonici, ma questi non erano le armi, coll'uso delle quali si avesse potuto divisare di eseguire la congiura; non si raccolsero munizioni, non truppe, non si era fissata la forma di governo che si voleva sostituire al nostro sistema... Si è veduto che un piano di rivoluzione uniforme, non poteva a quanto pare, essere per anche stato concepito » (52).

In assenza di congiure, di armi e perfino di un concreto progetto rivoluzionario, la condanna a quindici anni di carcere duro (venti per Maroncelli) sembrava rispondere ad un'urgenza politica piuttosto che a un'esigenza di giustizia e risentiva del clima di allarme suscitato dal dilagare di un associazionismo che, pur non avendo assunto concreti contorni sovversivi nel ristretto *entourage* di Silvio Pellico, si dimostrava concretamente rivoluzionario nelle sue espressioni di poco successive (e cioè coeve all'istruttoria avviata dalla speciale commissione inquirente sulle società segrete), dando luogo alla rivoluzione nel Regno delle Due Sicilie nel luglio 1820 e a quella nel Regno di Sardegna pochi mesi più avanti.

Già dunque da questo punto di vista la strategia conservatrice di difesa della certezza del diritto approdava ad un arbitrio politicamente necessitato dall'esigenza di procedere a una condanna esemplare per farne un elemento di dissuasione del dissenso, colpendo « un delitto di pensiero, una cospirazione senza l'iniziativa di fatti, una sedizione in speculazione, che fu non solo improduttiva di danni, ma fruttolle incremento di possanza, d'influenza, di lucri da quelle nazioni cui fè caro comprare un facile ripristinamento di tranquillità » (53). Con ciò tuttavia il governo austriaco si indirizzava verso una prassi del processo penale assai distante dai principi di giustizia e moderazione rivendicati in sede teorica. Esso si esponeva così a rilevanti rischi di natura politica e giuridica, dando ragionevoli motivi di disaffezione ad una parte influente della cittadinanza, educata ad una comprensione filosofica del diritto come scienza necessariamente racchiusa negli « immutabili confini della giusta *moderazione* », così come divulgato, nella composita tradizione del-

(52) Le conclusioni della requisitoria del giudice Salvotti sono nell'Appendice XIV di A. LUZIO, *Il processo Pellico-Maroncelli*, cit.. Le citazioni proposte nel testo sono alle pp. 273 e 274.

(53) F. CONFALONIERI, *Memorie*, cit., p. 227.

l'illuminismo giuridico, da autori come Cesare Beccaria e Gian Domenico Romagnosi. Coinvolto da Pellico nel processo contro la Carboneria celebrato a Venezia nel 1821, Romagnosi venne scarcerato dopo sei mesi di inquisizione per assenza di prove, con una sentenza di assoluzione che non mancò di essere propagandisticamente sfruttata dai giudici inquirenti come prova dell'equità di giudizio del tribunale di Venezia ⁽⁵⁴⁾. Conclusasi questa vicenda, egli procedette, nel 1823, ad una nuova ed aggiornata edizione della sua *Genesi del diritto penale*. Nei due libri aggiunti egli sviluppava in modo innovativo temi attuali e pressanti come quello della funzione sociale della pena, ma fin dalle righe iniziali dell'Introduzione, già presente nell'edizione del 1791, Romagnosi aveva trovato modo di insistere con forza sulla imprescindibile necessità di un accordo condiviso attorno alla giustizia dei principi fondamentali della legislazione — e delle pene in essa decretate — e, forte di tali convinzioni, su di esse, oltre che su di una approfondita conoscenza della legge penale austriaca, articolò la sua propria strategia difensiva nel processo per associazione sovversiva ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Replicando alle accuse rivolte da Enrico Misley a proposito del trattamento riservato dal governo austriaco a eminenti figure di studiosi come Gian Domenico Romagnosi e Melchiorre Gioia (E. MISLEY, *L'Italie sous la domination autrichienne*, Parigi, Moutardier, 1832, pp. 25-26), il giudice Paride Zaiotti sostiene nella sua confutazione la tesi seguente: « Il Romagnosi venne arrestato dall'Autorità politica siccome indiziato di quelle macchinazioni rivoluzionarie [...]. Appena arrestato egli fu condotto a Venezia, ove se ne fece la consegna a quei tribunali, e questi dopo qualche mese di prigionia lo dichiararono innocente, e lo posero in libertà [...]. Romagnosi venne arrestato, perché esistevano degli indizj che la legge domanda per passare ad un arresto. Romagnosi venne assoluto, perché attese le imparziali indagini della giustizia che seppero dissipare questi indizj, non esisteva la prova che la legge richiede per una sentenza di condanna. Questo è quello che avviene in tutti i paesi del mondo, ove c'è vera giustizia, ove un potere arbitrario non si crede in obbligo di sanzionare l'arresto colla punizione » (P. ZAIOTTI, *Semplice verità opposta alle menzogne di Enrico Misley nel suo libello L'Italie sous la domination autrichienne*, Parigi, 1834, p. 247).

⁽⁵⁵⁾ G. D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, III edizione, Milano, Rusconi, 1823, *Introduzione*, pp. 7-8: « Se è cosa importante, anzi un diritto de' popoli, che la legislazione non oltrepassi gli immutabili confini della giusta *moderazione* nel decretare le pene, egli deve altresì essere cura della società tutta, che i suoi individui siano *persuasi* della loro giustizia. Quanto è desiderabile all'ordine sociale quell'accordo in cui il reo nell'atto di subire la pena dice a sé stesso: *Io me la sono meritata*, e lo spettatore pronuncia ch'ella è giusta! Questa voce sollevata dal sentimento indelebile di approva-

Se discutibile era pertanto, già in via teorica e di principio, la legittimità di una politica repressiva che non creava consenso attorno ad una condivisa percezione della giustizia e che giungeva anzi fino a fondare quello che, sul versante liberale, si riteneva essere « un sistema di reazione non proporzionata, non necessaria, non giusta »⁽⁵⁶⁾, ancor meno difendibili, dal punto di vista del rispetto della legalità e della certezza della pena, paiono essere da un lato i dubbi — forse inconsapevolmente alimentati — attorno alla effettiva durata della carcerazione e dall'altro la mancanza di precise informazioni relativamente alle condizioni di detenzione⁽⁵⁷⁾, denunciate con dovizia di particolari nelle memorie redatte dai detenuti dello Spielberg, che insistettero tutti, pur con diverse puntualizzazioni, sui « rigori di una prigionia dove tutto è patimento e privazione »⁽⁵⁸⁾. L'inadeguatezza del vitto e del vestiario (« una giubba di stoffa leggera, immiserita dalla lesineria, pantaloni in brandelli, lacerati dalle catene e rassettati con cenci »⁽⁵⁹⁾), l'insufficienza di luce e di movimento, gli impedimenti determinati dalle catene di ferro e dal lavoro forzato, l'isolamento, l'incertezza, il tentativo di captare delazioni attraverso un uso indebito e spregiudicato dei conforti

zione pel giusto e pel vero, proprio dell'Essere intelligente e morale, è l'oracolo della stessa Natura! ». L'autodifesa approntata da Romagnosi nel processo per associazione alla Carboneria è contenuta in A. LUZIO, *Il processo Pellico-Maroncelli*, cit., Appendice XIII. Sulla figura di Romagnosi si vedano, recentemente, G. SPANU, *Il pensiero di Gian Domenico Romagnosi. Un'interpretazione giuridico-politica*, Milano, Franco Angeli, 2008 e R. GHIRINGHELLI, *Modernità e democrazia nell'« altro » Risorgimento. Studi romagnosiani*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁽⁵⁶⁾ F. CONFALONIERI, *Memorie*, cit., p. 89.

⁽⁵⁷⁾ A quanto dichiarato ne *Le mie prigionie* Pellico sarebbe infatti stato messo a parte dell'intenzione dell'Imperatore di dimezzare la pena, ma non ebbe mai alcuna conferma ufficiale di ciò né sapeva se tale intenzione dovesse intendersi come relativa agli anni di carcere complessivamente scontati o se considerasse invece nel computo degli anni di prigionia quelli relativi alla sola permanenza nello Spielberg. Nessuna delle due ipotesi si dimostrò corretta perché Pellico venne graziato dopo aver comunque scontato un numero di anni di carcere superiore alla metà risultante da entrambe le ipotesi di computo (cfr. S. PELLICO, *Le mie prigionie*, cit., capo LV, p. 195 e capo LXXXVI, pp. 260-261).

⁽⁵⁸⁾ A. ANDRYANE, *Memorie di un prigioniero di Stato nello Spielberg*, vol. III, Milano, Sanvito, 1861, p. 180.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 112.

religiosi ⁽⁶⁰⁾, le periodiche ispezioni, le privazioni (prevalentemente del materiale di lettura e di scrittura), l'angoscia dell'abbandono all'arbitrio delle autorità carcerarie, emergono come elementi costanti di una denuncia accorata e minuziosa. « Sepolcro dentro il quale la ferocia politica dell'Austria ha rinchiuso ancora vivi i patrioti italiani » ⁽⁶¹⁾, « tomba, nella quale neppure la tranquillità della tomba » si presentava come ancora fruibile, lo Spielberg veniva rappresentato dai suoi forzati inquilini come un luogo oscuro di agonia e di tormento, dove, in assenza di diritti prima ancora che di « luce, di libri di carta », i reclusi conducevano una vita indegna della loro qualità di esseri umani. Pur senza cedere alla tentazione di

⁽⁶⁰⁾ Sul tema cfr. in particolare le *Addizioni* di Pietro Maroncelli, che, pubblicate a Parigi nel 1833, causarono, con grande rammarico di Pellico, l'inserimento de *Le mie prigionie*, nell'*Indice dei libri proibiti*. Su ciò il capo IX dei capitoli aggiunti: « I vantaggi che mi derivarono dal libro delle *Miei prigionie* non mi furono perdonati dalla malevolenza, ma procacciai di non affliggermi di quelle volgari ostilità. Diverse cose concorsero a darmi qualche dispiacere, e fu di tal numero l'aggiunta che fece alle *Mie Prigionie* l'infelice Pietro Maroncelli mio amico, il quale trovavasi allora a Parigi. Egli era incapace di volermi nuocere scientemente e di voler mancare in qualsiasi maniera, ma gli sfuggirono in quella aggiunta alcune proposizioni che divennero oggetto di censura ecclesiastica e che fecero mettere l'opera sua all'indice » (S. PELLICO, *Le mie prigionie*, cit., p. 313). Il riferimento di Maroncelli alla ambigua figura dell'abate Stefano Paulowich, confessore (e delatore?) dei prigionieri dello Spielberg, è rinvenibile in S. PELLICO, *Le mie prigionie colle addizioni di Maroncelli*, in *Opere scelte*, Parigi, Baudry, 1837, p. 260 ss. Sulla figura dell'abate Paulowich cfr. anche A. ANDRYANE, *Memorie di un prigioniero di Stato*, cit., p. 180 e ss. Un giudizio riassuntivo si trova alle pp. 121-122, dove Andryane osserva: « dovemmo convincerci, con nostro grave dolore, che la salute delle nostre anime, questo primo dovere, quest'unica meta di un confessore pieno di fede e di carità, era in lui subordinata all'obbligo di piacere al sovrano che l'aveva mandato presso di noi ».

⁽⁶¹⁾ « Spielberg est une forteresse près de Brünn, au fond de la Moravie: c'est le tombeau où la féroce politique autrichienne enferme vivants les patriotes italiens.[...]. Les cachots de Spielberg sont des basses-fosses froides, humides et sans jour. Les condamnés y restent continuellement enfermés, excepté le dimanche pendant la messe, pour ceux à qui cette grâce est accordée. Tous sont chargés de vingt livres de fer (c'est le poids prescrit des chaînes qu' ils portent aux pieds); ils ont pour vêtement l'habit des galériens, pour lit une planche nue, et pour nourriture quelques tranches d'un mauvais pain de seigle, trempées dans de l'eau chaude, et assaisonnées avec du suif, ce que le code pénal appelle *cibo caldo* (aliment chaud). Point de lumière, de livres, de papiers (ça va sans dire); mais le travail forcé, celui de tricoter, et la menace de la bastonnade si on ne complète pas la tâche assignée » (E. MISLEY, *L'Italie sous la domination autrichienne*, cit., p. 35).

« narrare le particolari sevizie » cui erano sottoposti i detenuti politici nelle carceri austriache, scriveva Pietro Maroncelli, gli correva l'obbligo di denunciare l'illegittimità di un'autorità che procedeva fino alla brutalità e si avvaleva di collaboratori di giustizia e di polizia senza umanità (vermi « di umana sembianza, fregiati di decorazioni »), il cui operato aveva come risultato quello per cui « ogni rispetto a cui si avea pur diritto in quanto uomini, era violato » (62).

Si trattava di una denuncia intollerabile per le autorità dell'Impero asburgico, per le quali la difesa dell'ordine, della legalità e della giustizia costituiva uno dei più fondamentali veicoli della propaganda contro le forze rivoluzionarie, che si sforzavano invece, a seguire i parametri della polemica politica dell'epoca, di rappresentare l'Austria come una potenza ostile e oscurantista, nemica di ogni progresso e di tutte « les nations policées » (63), oltre che, più particolarmente, dell'intera penisola italiana. Le denunce relative all'arretratezza del codice penale austriaco, alla dubbia legittimità della costituzione di una « commissione speciale » a Venezia con l'esclusiva competenza per i reati relativi all'affiliazione alla carboneria, le denunce relative soprattutto alla barbarie dei trattamenti inflitti ai reclusi scarsamente nutriti e insufficientemente vestiti in celle « sotterranee, fredde, umide e senza luce », trovavano reiterata espressione nella memorialistica del carcere. Le memorie di Silvio Pellico nel 1832 e le addizioni di Pietro Maroncelli l'anno successivo, le puntualizzazioni e le rievocazioni di Enrico Misley, di Federico Confalonieri, di Alessandro Andryane e di Giorgio Pallavicino negli anni a seguire sottolineavano tutte, con parole diverse ma con una stessa palpabile angoscia, l'incubo di essere sepolti vivi (64) in una condizione di straziante separazione e di insopportabile estraneamento: « nessuna nuova mai o quasi mai niuno di noi riceve dalla propria famiglia, nessuna occupazione, nessuno scrivere

(62) P. MARONCELLI, *Addizioni*, cit., p. 248.

(63) E. MISLEY, *L'Italie sous la domination autrichienne*, cit., p. II.

(64) Reiterato è il ricorso all'immagine del carcere come sepolcro. Cfr., oltre le citazioni già riportate nel testo, F. CONFALONIERI, *Memorie*, cit., p. 187: « Su di un lungo e stretto corridoio, apronsi 14 carceri destinati a noi arrivanti, a chi aveaci preceduto, ed a chi dovea seguirci. Otto passi in lungo e quattro in largo è la dimensione di cadaun carcere; massiccia ed arcuata volta a guisa di tomba li ricopre ».

[...], nessuna ammissibilità di soccorsi, nessun uso né di denaro né di propri effetti, nessun mezzo di guadagnarsene, nessun consorzio o contatto o notizia di viventi; ma perenne marcescente oziosità, reclusione, solitudine, od accoppiamento indivisibile, spesso inasortito, talvolta più a carico che la solitudine stessa » (65).

Si trattava di testimonianze attendibili e veritiere o, piuttosto, di falsificazioni oggettive della realtà, frutto di immaginazioni esaltate e di cattiva fede?

« Menzogne, sempre menzogne », scriveva indignato il giudice Paride Zaiotti, collega e confidente di quell'Antonio Salvotti che aveva condotto l'inchiesta Pellico-Maroncelli. « Menzogne », esclamava Zaiotti in polemica con il saggio di Enrico Misley sulla dominazione austriaca in Italia, « menzogne o del Misley, o del Maroncelli, o di tutti e due! »; e certo anche di Silvio Pellico che, pur avendo in sostanza confessato « la sua colpa e la giustizia della sua condanna », ha macchiato di infinite « falsità » il suo libro « snaturando i fatti e le cose » (66). « Menzogne », « ribalde falsificazioni », « flagranti calunnie », sosteneva Zaiotti nel replicare alle accuse dei prigionieri, adoperandosi per offrire una soddisfacente ed antitetica versione delle cose in una rappresentazione della realtà che valorizzava la cultura giuridico-politica dell'impero asburgico. Ne derivava, nel particolare, l'impegno a confutare le denunce rivolte all'inumanità del sistema penale e delle istituzioni carcerarie nonché, più particolarmente, delle disposizioni che regolavano le condizioni di vita dei detenuti: « lungi che le prigioni siano *sotterranee, fredde, umide e senza luce*, esse sono collocate in un'altura, ben illuminate e ariose, lungi che i condannati, tranne qualche eccezione, vi siano *continuamente chiusi, in solitudine*, tutti indistintamente sono accompagnati a quel loro amico, con cui più si accordano, tutti indistintamente *passano per parecchie ore in compagnia all'aria aperta*, e quando rientrano, essi possono leggere quei libri morali e istruttivi che più loro convengono, ed è una vile calunnia, che sia mai stato ad essi minacciato un castigo qualunque anche minimo per obbligarli al lavoro. Il loro vestito è decente, il loro letto abbastanza comodo, e il nutrimento tale, che alcuni di essi non avevano

(65) Ivi, p. 192.

(66) P. ZAIOTTI, *Semplice verità opposta alle menzogne di Enrico Misley*, cit., p. 14.

altrettanto alle loro case: una mensa, che senza la caritatevole pensione dell'Austria, la madre del Misley mai non vedrebbe » (67).

Caritatevolezza o brutalità, pietà dunque, oppure tirannia (68)? Paride Zaiotti si ingegnava di trovare le prove necessarie a convincere i lettori che c'era della malafede nelle testimonianze dei prigionieri, ma difficilmente il suo stile pungente e la minuziosità con cui procedeva, citando in continuazione i suoi interlocutori e confutando l'argomentazione in ogni possibile dettaglio, poteva raggiungere un effetto più dirompente di quello che scaturiva, nelle pagine dei carcerati, dal pathos della esposizione delle proprie individuali sofferenze. Sui temi della giustizia, della gratitudine, del rigore e della clemenza, si aprì così una sfida ad armi impari, in cui i protagonisti maneggiavano con differente abilità strumenti dal diverso impatto sociale. Alla supremazia della forza e alla possibilità del ricorso alla costrizione fisica faceva così da contrappeso la potenza del richiamo al giudizio dell'opinione pubblica e l'appello ai sentimenti di un vasto e composito pubblico di lettori. Ne scaturì un

(67) Ivi, p. 144.

(68) A proposito delle condizioni di detenzione, cfr. ivi, p. 104: « Una falsificazione ancora più espressa del testo della legge è quella dove il Misley finge di tradurre il § 14 del Codice Penale relativo al cosiddetto *carcere durissimo*, che è il castigo più severo dopo la pena capitale. Ecco le parole del Misley « il condannato sarà chiuso in un carcere separato da ogni comunicazione senza avere di luce e di spazio che ciò solo che basta per vivere (Misley § 23) ». La crudeltà di questa legge fa ribrezzo, e ricorda i terribili pozzi della repubblica veneta, ma i leggitori debbono riservare il loro orrore pel Misley, perché soltanto a lui appartiene questo raffinamento di barbarie affatto straniero alla legge austriaca. Per certo una pena, che deve esprimere nel più alto grado il rigore della giustizia umana ha da essere assai grave, ma chi riconoscerebbe la legge citata dal Misley nella seguente disposizione letterale del Codice Austriaco? « § 14 Le pene del durissimo carcere, o sia di terzo grado importa che il condannato venga rinserrato in una prigione separata da ogni comunicazione, *nella quale però entri tanta luce e siavi tanto spazio, quant'è necessario alla conservazione della salute* ». Si può egli dare falsificazione più ribalda di questa? La legge prescrive come una norma di umanità, che il carcere debba avere l'aria e la luce che abbisognano a mantener la salute, e il Misley trasforma quella pietà in un eccesso di tirannia, quasi che sia somministrata a scarsa misura appena quella luce e quell'aria, che basta per vivere! La legge vuole che si provveda a *conservare la salute* del condannato e il Misley la falsifica a permettere con istento, che il condannato possa respirar tanto da sostenere la vita! Qui non v'è scampo, la calunnia del Misley è così flagrante, che la lettera infame dei calunniatori non gli si cancellerà mai più dalla fronte ».

tentativo di confronto sul piano politico-letterario tra prigionieri e autorità austriache che si sentirono per un breve momento chiamate a contrastare, con le stesse armi dei denunciati — oltre che con l'apparato repressivo dello Stato —, le accuse al sistema giuridico e carcerario dell'Impero austriaco e a ridisegnarne la logorata raffigurazione della sua legittimità politica.

6. *Saggi letterari o polemica politica?*

Le memorie di Silvio Pellico ⁽⁶⁹⁾ e quelle di Federico Confalonieri, così come le pagine di Felice Foresti ⁽⁷⁰⁾, di Enrico Misley, di Pietro Maroncelli, di Alessandro Andryane e di Giorgio Pallavicino ⁽⁷¹⁾ rievocano tutte la sofferta condizione di una lunga e triste prigionia, con accuse circostanziate sulle condizioni di detenzione, smentite tutte e in disparate occasioni dalle autorità austriache, che ne denunciarono — sotto certi aspetti sicuramente a ragione — la connotazione prettamente politica e la strategia pubblicistica di stampo nazionalistico e anti-asburgico.

⁽⁶⁹⁾ Numerose sono le pagine in cui Pellico fa riferimento alle condizioni di detenzione cui fu sottoposto nelle diverse prigioni in cui soggiornò. Cfr. in particolare, con riferimento al regime delle perquisizioni nello Spielberg, S. PELLICO, *Le mie prigioni*, cit., Capo LXXX, p. 246 ss. « I cresciuti rigori rendevano sempre più monotona la nostra vita. Tutto il 1824, tutto il 25, tutto il 26, tutto il 27, in che si passarono per noi? Ci fu tolto quell'uso de' nostri libri che per *interim* ci era stato concesso dal governatore. Il carcere divenne una vera tomba, nella quale neppure la tranquillità della tomba c'era lasciata. Ogni mese veniva, in giorno indeterminato, a farvi una diligente perquisizione il direttore di polizia, accompagnato d'un luogotenente e di guardie. Ci spogliavano nudi, esaminavano tutte le cuciture de' vestiti, nel dubbio che vi si tenesse celata qualche carta o altro, si scudivano i pagliericci per frugarvi dentro. Benché nulla di clandestino potessero trovarci, questa visita ostile e di sorpresa, ripetuta senza fine, aveva non so che, che m'irritava, e che ogni volta metteami la febbre ». Sulla questione delle ispezioni periodiche cfr. anche la versione di Maroncelli in S. PELLICO, *Le mie prigioni colle addizioni di Maroncelli*, cit., p. 248 ss.

⁽⁷⁰⁾ Il riferimento è alle *Memorie sui processi del Veneto del 1821 e sulle vittime dello Spielberg*, pubblicate in appendice a A. VANNUCCI, *I martiri della libertà italiana dal 1794 al 1848*, Firenze, Le Monnier, III ed., 1860, pp. 605-639.

⁽⁷¹⁾ G. PALLAVICINO, *Memorie*, Torino, Roux Frassati, 1895. Già precedentemente a tale data tuttavia Pallavicino aveva pubblicato un estratto delle sue memorie relative alla detenzione nelle carceri austriache, G. PALLAVICINO, *Spielbergo e Gradisca. Scene del carcere duro*, Torino, Stamperia dell'unione, 1856.

L'intento politico di questa memorialistica trovò un'espressione particolarmente efficace nell'opera di Pellico. Nonostante egli avesse affermato, e proprio nelle righe iniziali de *Le mie prigioni*, di non aver l'intenzione di parlare di politica, Pellico tuttavia convogliava, con le sue considerazioni attorno al processo e alla carcerazione, una serie di riflessioni politicamente rilevanti per il lettore (72). Soprattutto, con la sua descrizione delle condizioni di detenzione, egli metteva in evidenza la finalità meramente afflittiva (73) della pena e induceva il lettore a porsi di fronte alla sua vicenda come a quella di un uomo vittima di un potere arbitrario e dispotico. Nel raccontare le restrizioni imposte ai prigionieri in materia di vitto e di alloggio, di lettura, scrittura e, in genere, di comunicazione, nel descrivere la condizione prolungata di isolamento e le sofferenze patite per le pene arbitrarie, tanto più esacerbanti quanto più destituite di scopo — come la requisizione degli occhiali che lo condannava a una parziale cecità (74) —, Pellico trovò la strada per esprimere le ragioni di un percorso che non era solo personale e privato (come lo era la sua conversione religiosa), ma investiva le fondamenta della convivenza civile dell'Europa restaurata a Vienna nel 1815 sotto l'egida dei principi di legalità e legittimità.

La reazione a questa sfida ai fondamenti politici della Restaurazione, che colpiva l'autorità dello Stato e ne investiva la rappresentazione collettiva, fu molteplice e differenziata nel tempo. Innanzitutto dal punto di vista della strategia da seguire per contrastarne gli effetti anti-autoritari e la potenziale capacità di destabilizzazione dell'ordine sociale e politico: all'iniziale indicazione di lasciar passare sotto silenzio le memorie di Pellico per non alimentare un

(72) Cfr. S. PELLICO, *Le mie prigioni*, cit., Capo 1, pp. 81-83, ma anche Capo XXIV, p. 131: « Ho fermato di non parlare di politica, e bisogna quindi ch'io sopprima ogni relazione concernente il processo. Solo dirò che spesso, dopo essere stato lunghe ore al costituito, io tornava nella mia stanza così esacerbato, così fremente, che mi sarei ucciso, se la voce della religione e la memoria de' cari parenti non mi avessero contenuto ».

(73) Su questi aspetti ha insistito A. MOLA, *Silvio Pellico. Carbonaro, cristiano e profeta della nuova Europa*, Milano, Bompiani, 2005, p. 124 ss.

(74) Su ciò cfr. la testimonianza di Maroncelli, secondo il quale, affranto dalla requisizione degli occhiali, Pellico avrebbe reagito dicendo di non essere stato « condannato a cecità ». Cfr. P. MARONCELLI, *Addizioni*, cit., p. 251 ss.

pericoloso dibattito pubblico ⁽⁷⁵⁾, fece seguito un tentativo — inizialmente abortito — di elaborare risposte con una attività pubblicistica e editoriale mirata allo scopo. La mancata pubblicazione di una memoria commissionata da Metternich al governatore della Moravia, dovuta forse alla evidente esiguità che ne caratterizzò l'esecuzione sia dal punto di vista politico che letterario, trovò compensazione, poco più tardi, nella edizione di un volume dedicato ad una confutazione — diretta ed esplicita fin dal titolo stesso dell'opera — della memorialistica che l'esperienza carceraria nello Spielberg aveva alimentato nell'Europa degli anni Trenta dell'Ottocento. Si trattava di un testo del giudice Paride Zaiotti, il cui titolo, *Semplice verità opposta alle menzogne di Enrico Misley nel suo libello L'Italie sous la domination autrichienne*, era già, in sé, una evidente dichiarazione programmatica di ostilità e polemica.

Sia questo volume che il testo del governatore della Moravia, pubblicato a seguito di una ricerca archivistica sulla rivista « Studi Piemontesi », evidenziano con chiarezza le componenti centrali della strategia delle autorità austriache e contengono elementi interessanti per cogliere i processi di auto-comprensione degli artefici della Restaurazione e, implicitamente, anche le modalità in cui essi elaborarono la figura del nemico dell'ordine e dell'autorità costituita. L'argomentazione ruotava attorno alla difesa dei principi di legittimità e di legalità, entrambi pienamente rispettati — secondo l'interpretazione che da essi viene proposta — nel caso dei procedimenti giudiziari intentati per associazione alla Carboneria a carico di Pellico, Maroncelli, Misley e altri patrioti italiani. Accusati di ipocrisia e di falsità, essi venivano presentati come individui infidi e

(75) Cfr. la lettera scritta da Metternich al rappresentante austriaco a Torino, conte Henri de Bombelles a proposito della stampa del libro di Pellico il 10 gennaio 1833, in *Saluzzo e Silvio Pellico nel 150° de Le mie prigionie*, a cura di A. Mola, Centro Studi Piemontesi, Torino 1984, p. 25: « Confesso che mi riesce difficile comprendere come mai la Censura a Torino ha così mal valutato l'effetto che doveva immancabilmente produrre questa pubblicazione. Ma ormai è troppo tardi per cercare di rimediare al male che è stato fatto; più che proporsi di impedire che questo libro penetri fra di noi (cosa difficile da ottenere), il governo — proibendone l'ingresso negli Stati dell'Impero —, ha voluto segnalarlo col marchio della sua disapprovazione. L'idea che Voi avete suggerita, signor Conte, di confutare nel giornale di Milano gli errori di fatto in cui il sig. Pellico è caduto, è ineseguibile; in tal modo si stuzzicherebbe soltanto la curiosità del pubblico e l'opera che noi abbiamo proscritta sarebbe maggiormente ricercata ».

pericolosi, le cui mendaci affermazioni, consapevolmente indirizzate alla evocazione di sentimenti di simpatia e commiserazione, rivelavano una scarsa propensione a quella piena e matura assunzione di responsabilità che sarebbe invece stato lecito attendersi da una moralità rigorosa e da una virile accettazione delle conseguenze di scelte liberamente e consapevolmente compiute. Su questo duplice versante della squalificazione dei patrioti per l'infantilismo delle loro illogiche recriminazioni e della difesa della legalità dei procedimenti giudiziari si articolò la contro-offensiva pubblicistica filo-governativa delle autorità austriache.

Così è nell'alquanto scarso rapporto redatto dal governatore della Moravia, conte Mitrowski, la cui attenzione non si soffermava mai sull'analisi generale della questione, ma si concentrava su una molteplicità di dettagli, evidenziando ogni singolo elemento di scorrettezza e imprecisione, al fine di sottrarre ogni illusorio fascino alle « molteplici inesatte asserzioni » contenute nell'opera di Pellico. Si tratterebbe, secondo il suo convincimento, di un lavoro scientemente indirizzato ad un duplice scopo: quello di dimostrare l'illiceità della pena e di eccitare la compassione dei lettori con una narrazione frutto dell'immaginazione poetica dell'autore piuttosto che della realtà dei fatti (76). Lungi dal configurare, come adombrato invece da Pellico nell'intento di gettare discredito sulla legalità dei processi, l'attuazione di « un système cruel de vengeance » (77), le condanne, comminate dopo l'esperimento dei tre gradi di giudizio previsti, venivano eseguite secondo quanto prescritto nei codici legislativi allora vigenti ed esprimevano una cultura giuridica consolidatasi nel corso dei secoli. Il governatore della regione in cui era localizzata la

(76) La memoria del governatore della Moravia, redatta su richiesta di Metternich, è stata pubblicata nel 1973 a cura di N. Nada con il titolo *Noterelle di storia piemontese*, sulla rivista « Studi Piemontesi ». Vi si legge, a p. 111: « L'ouvrage de Silvio Pellico publié sous le titre de *Le mie prigioni* contient surtout dans les chapitres relatifs à sa captivité au Spielberg, plusieurs assertions inexactes, qui paraissent avoir eu pour but d'une part de prouver que la peine, que lui et d'autres détenus ont essayée dans cette prison, était illégale et accompagnée de rigueurs extrêmes; de l'autre d'émouvoir ses lecteurs par la narration de certains incidents et détails que l'auteur a puisés dans son imagination poétique et nullement dans la réalité; il jette outre cela, sur le Gouvernement, tout l'odieux d'un traitement qui semblerait n'avoir eu en vue que d'augmenter ses souffrances en poursuivant sans relâche à son égard un système cruel de vengeance ».

(77) *Ibid.*

fortezza dello Spielberg si soffermava sulle modalità di detenzione e, al fine di fugare ogni ombra di dubbio sulla contestazione di abusi e sperequazioni, precisava che esse venivano definite attraverso strumenti legislativi che ne stabilivano le condizioni in attuazione delle norme contenute nel codice penale e che venivano determinate in funzione del grado di colpevolezza dell'imputato senza « distinzione di stato o di rango poiché il fondamento della legislazione austriaca è l'eguaglianza davanti alla legge » (78).

Lo scopo della pedante disamina delle imprecisioni contenute nel testo di Pellico era quello di scagionare il governo austriaco dal sospetto di aver agito in modo vendicativo e crudele piuttosto che secondo principi di equità e giustizia e di rovesciare al tempo stesso tale accusa sul capo di coloro che ne volevano fare invece oggetto il sistema politico-giudiziario dell'impero asburgico. Difatti, sosteneva il governatore della Moravia, con un'argomentazione che era condivisa anche dal principe Metternich e che compariva anche nelle pagine di Paride Zaiotti, l'atto di accusa dei detenuti italiani nei confronti delle autorità costituita era inficiato da un vizio di origine, perché nascondeva, senza dubbio ad arte, che il meccanismo giudiziario era stato messo in moto per rispondere ad una violazione delle leggi vigenti i cui contenuti erano perfettamente noti ai condannati. Essi, pertanto, infrangendole, si erano consapevolmente e volontariamente esposti alle conseguenze che necessariamente e legittimamente ne derivavano: »certamente i condannati non hanno allo Spielberg le delicatezze della vita: ivi essi non sono più soggetti all'uomo, ma alla legge, e se questa fosse anche eseguita nella sua pienezza, ogni loro lamento sarebbe ingiusto, perché la legge stessa

(78) *Ibid.* Nella nota si precisa inoltre che il trattamento dei prigionieri di Stato — locuzione utilizzata dai detenuti politici italiani ma contestata dal governatore (p. 112) —, condannati al carcere duro per aver commesso reati politici, è caratterizzato da un'assoluta uniformità in tutte le carceri dell'Impero e prevede precise condizioni di vitto (relativamente alla esiguità delle porzioni e alla scarsità di alcune componenti alimentari come le proteine animali) e di alloggio (le stanze sono praticamente sprovviste di mobilio ed il letto è sostituito da un semplice tavolaccio), l'imposizione di alcune forme di lavoro coatto e numerose forme di restrizione del movimento (i detenuti portano ferri ai piedi e godono di un particolare regime relativamente all'ora di aria), della parola, della lettura, della scrittura e della possibilità di comunicare con l'esterno e riceverne notizie.

era pubblica, ed essi commettendo il delitto ne hanno accettato le conseguenze » (79).

Ciononostante, si precisava nella contro-memorialistica austriaca, sia i contenuti delle sentenze che le disposizioni relative alle modalità di detenzione furono mitigati e addolciti dalla benevolenza dell'Imperatore, che commutò le condanne a morte in pene detentive di lunghezza variabile e concesse numerose deroghe alle provvisori normative relative al carcere duro. Niente di tutto questo tuttavia, rilevavano indignati oppure accorati i difensori delle istituzioni asburgiche, traspariva dalle pagine dei condannati, inducendo necessariamente il governo a ritenere che, nonostante ogni sforzo contrario, nulla avrebbe potuto riportare sulla retta via i faziosi, che « vanno scientemente nell'abisso, ed è colla fredda determinazione di un sistema, che vogliono il male » (80). Di fronte alla potenza dell'auto-inganno e dell'ideologia, affermava in questo senso Paride Zaiotti, le autorità dello Stato erano sprovviste di strumenti efficaci per distogliere dai propri intenti i facinorosi e giovare alla maturazione politica e spirituale dei prigionieri, che neppure la — a suo dire (81) — straordinaria e reiterata benevolenza dell'Imperatore (82) aveva potuto riconquistare nel novero dei sudditi fedeli e disciplinati dello Stato.

Uomo di cultura e di ingegno, di « favolosa memoria » e di « grande esperienza », « mirabile nella scienza del governare » e nell'arte di amministrare la giustizia con una fermezza mai insensibile alle ragioni della compassione, Francesco I veniva presentato al pubblico dei lettori come un sovrano di incontrovertibile spessore politico e di grande ricchezza spirituale. Eccellente esempio di contemperamento di onestà intellettuale e bontà d'animo, egli avrebbe incarnato una riuscita sintesi di spiritualità e volizione che,

(79) P. ZAIOTTI, *Semplice verità opposta alle menzogne di Enrico Misley*, cit., p. 143.

(80) Ivi, p. 422.

(81) Su temi della riconoscenza e dell'ingratitude, cfr. ivi, p. 145.

(82) La posizione dei detenuti rispetto a questa pretesa di riconoscenza è ben espressa nelle parole di Misley, dove ricordando la pena capitale cui erano stati condannati i prigionieri dello Spielberg, rileva « S. M. qui abhorre le sang, a commué cete peine en *carcere duro, durissimo*, à dix, a vingt ans, ou a perpétuité. Elle sait si bien ménager leur vie, qu' il leur reste assez pour sentir les tourments! (E. MISLEY, *L'Italie sous la nomination autrichienne*, cit., p. 35).

nella ricostruzione poco attenta ai rischi di una deriva autoritaria e totalizzante dell'azione di governo offerta da Paride Zaiotti, metteva l'imperatore nella condizione di esprimere al meglio le sue numerose qualità. Senza alcun accenno di consapevolezza dei rischi inerenti ad ogni logica di governo mossa dalla pretesa a un monopolio della verità e da questa eccitata all'attivismo in assenza di adeguati limiti politici, giuridici e istituzionali, Zaiotti scriveva a proposito di Francesco I: « è la bontà del cuore [...] che in lui domina, e ne regge ogni pensiero, ogni volere, ogni menoma azione. Ed è una bontà lontana da ogni debolezza, una bontà che noi diremmo energica, perché è nella forma della religione, che tiene la sua base, ed è nell'operosità del beneficio, che si manifesta »⁽⁸³⁾.

All'indignazione dei detenuti circa la pesantezza delle condanne e l'inumanità delle condizioni di detenzione faceva così da contraltare l'indignazione di chi con non rassegnato sconforto osservava di non poter trovare alcun ulteriore ausilio nei confronti di una generazione di contestatori insensibili al richiamo dei doveri di obbedienza e impermeabili alle ragioni di ogni onesto sentimento di devozione e di riconoscenza. Ad essere qui in gioco era, piuttosto che l'affermazione della qualità politiche e morali del sovrano, la pretesa di riassorbire il dissenso attraverso una strategia che, dopo aver trasformato in nemico l'avversario politico ed averlo pertanto fatto oggetto di isolamento e detenzione, mirava, in ultimo, a disinnescarne il potenziale polemico favorendone una accettabile reintegrazione sociale grazie al raggiungimento di una sua relativa innocuità. L'esperienza del carcere, temperata dalle dimostrazioni di benevolenza dell'autorità, doveva così servire lo scopo di facilitare un processo di rieducazione politica e morale che pur potendo condurre, nel migliore dei casi, ad un ravvedimento convinto e partecipe, mirava soprattutto al più sicuro obiettivo di rendere inoffensive le armi dei contestatori dell'autorità costituita.

Ma si trattava di un'impresa impossibile, anche nella versione più laica e contenuta che di tale ripensamento avevano elaborato uomini di Stato e di governo poco propensi a ritenere realistica l'ipotesi di quel ravvedimento degli spiriti che sembrava ispirare la

⁽⁸³⁾ P. ZAIOTTI, *Semplice verità opposta alle menzogne di Enrico Misley*, cit., pp. 427-428.

linea di azione dell'Imperatore Francesco I. L'«istupidir delle menti» e l'«isterilir degli animi», argomentava Federico Confalonieri, faceva delle vittime del carcere austriaco «dei prostrati» e «degli ipocriti», non «dei convinti e dei convertiti»; poteva infatti causare miserie e struggimenti, ma mai «uomini ravveduti alla efficace predicazione di lor ravvedimento»⁽⁸⁴⁾. Di fronte all'impossibilità di raggiungere veri e propri ripensamenti ideologici, le autorità austriache dovettero rassegnarsi all'ammissione di non aver potuto riassorbire il dissenso e rieducare le menti. Vanamente infatti, come esse affermarono, cercarono nella memorialistica dei prigionieri di Stato «il linguaggio del pentimento e meno ancora quello della riconoscenza»⁽⁸⁵⁾ che, secondo quanto scrisse Metternich a proposito di Silvio Pellico, «erano i soli sentimenti che avrebbero dovuto guidare la penna di questo autore». Vanamente, essi sostennero, si sarebbe trovato in questa stampa qualcosa che non fosse sviamento o menzogna e senza successo sarebbero cercate in essa verità e giustizia. «Pas un mot de vrai!», avrebbe esclamato Metternich a proposito delle affermazioni contenute ne *Le mie prigionie*, evidenziando la malizia di un percorso argomentativo che, intingendo nell'acqua santa una penna avvelenata, aveva saputo veicolare surrettiziamente messaggi occulti e dissimulare la verità attraverso un artificio letterario che trasformava «un livre de calomnie» in «un livre de prière»⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁴⁾ «Collo istupidir della mente, coll'isterilir degli animi, dei prostrati se ne fa, degl'ipocriti, non de' convinti e de' convertiti. Possono essere i palchi e le mannaje, a subitaneo e formidabile esempio, giustificati e talvolta voluti, ma il lento e tenebroso struggersi de' corpi e degli spiriti fra ceppi, matura delle vittime miserande alla pietà altrui, piuttosto che degli uomini ravveduti alla efficace predicazione di loro ravvedimento» (F. CONFALONIERI, *Memorie*, cit., p. 232).

⁽⁸⁵⁾ Cfr. C. von METTERNICH, lettera a Bombelles del 10 gennaio 1833, cit. in *Saluzzo e Silvio Pellico*, a cura di A. Mola, cit., p. 25. Il tenore del ragionamento è il seguente: «Vanamente si potrebbe cercare in questo libro il linguaggio del pentimento e meno ancora quello della riconoscenza; sono questi tuttavia i soli sentimenti che avrebbero dovuto guidare la penna dell'autore [...]. C'è senza dubbio molta arte nella semplicità e nella moderazione con le quali questo libro è stato scritto; e per questo esso è ancor più pericoloso per dei lettori i quali, non trovandovi alcuna menzione del crimine compiuto, saranno indotti a vedere nel prigioniero dello Spielberg un martire politico, vittima di un potere dispotico».

⁽⁸⁶⁾ Cfr. A. LUZIO, *Il processo Pellico Maroncelli*, cit., appendice XVII, p. 528.

Non diversamente si presentava il caso della restante memoria-listica dal carcere, ricca di riferimenti a circostanze, persone e principi normativi. Essa veniva presentata come irrimediabilmente contaminata dalla necessità di distorcere i fatti e re-interpretare la verità, in modo da presentare in forme suggestive ed accattivanti il frutto di un accurato lavoro di falsificazione che, come scrisse Zaiotti a proposito di Misley, si traduceva in una colpevole mistificazione della realtà: « siccome fra tutti i Codici Criminali che esistono non ve n'ha alcuno più giusto e ad un tempo più umano dell'Austriaco, il Misley creò egli di propria autorità un Codice affatto diverso, e inventando leggi, e supponendo fatti non esistenti altrove che nella sozza sua immaginazione volle far credere al mondo che fosse opera dell'Austria il fantasma della sua impudente malignità »⁽⁸⁷⁾.

7. *Avversari politici e nemici di Stato.*

« Il venerdì 13 ottobre 1820 fui arrestato a Milano, e condotto a Santa Margherita. Erano le tre pomeridiane. Mi si fece un lungo interrogatorio per tutto quel giorno e per altri ancora. Ma di ciò non dirò nulla. Simile ad un amante maltrattato dalla sua bella, e dignitosamente risoluto di tenerle broncio, lascio la politica ov'ella sta, e parlo d'altro »⁽⁸⁸⁾. Nonostante questo *incipit* e forse in modo genuinamente non intenzionale — ma non per questo meno efficace — *Le mie prigioni* rappresentarono una capitolo importante della storia politica ed una insostituibile testimonianza del clima, culturale e ideologico, della Restaurazione in Europa, oltre che, più circostanziatamente, in Austria e nelle sue province italiane.

La dichiarazione di intenti di Pellico risultava dunque fuorviante. Non il tema privato e individuale di una conversione costituisce l'oggetto de *Le mie prigioni*, ma piuttosto il suo esatto contrario: una denuncia pubblica di un percorso comune a molti condannati del tribunale di Venezia, chiamati dalla forze della repressione a condividere l'esperienza della deportazione e del carcere. Questa fu l'acuta percezione che fin dal primo momento ne ebbe Metternich, scarsamente interessato alla storia di una indivi-

⁽⁸⁷⁾ P. ZAIOTTI, *Semplice verità opposta alle menzogne di Enrico Misley*, cit., p. 84.

⁽⁸⁸⁾ S. PELLICO, *Le mie prigioni*, cit., capo I, pp. 81-83.

duale riconciliazione dell'uomo con Dio e straordinariamente sensibile alle implicazioni mondane di una narrazione che trovava il suo senso più riposto nei velati riferimenti politici di un protagonista che si atteggiava a « martire politico, vittima di un potere dispotico » (89).

Contrariamente a quanto anticipato da Pellico relativamente alla sua intenzione di soffermarsi esclusivamente sugli aspetti etici e religiosi del percorso di vita che si dipanò tra le prigioni di Milano, Venezia e Brünn, le memorie da lui presentate alla stampa nel 1832 suscitavano un interesse che, lungi dall'essere confinato nell'ambito del privato, acquisì una valenza politica e culturale che, pur non essendo con ogni probabilità effettivamente contemplata nelle intenzioni dell'autore, contribuì a decretare l'insuccesso della strategia minimizzatrice di Metternich. Le denunce contenute nelle pagine date alle stampe dai detenuti della fortezza morava dello Spielberg indicavano un tradimento, nei fatti, dei principi di legalità e di legittimità sui quali la Restaurazione aveva imbastito la sua politica interna ed internazionale. Né l'uno né l'altro principio emergevano, nel resoconto della vicenda di Pellico, come punti di riferimento cui fosse possibile ricondurre, quanto meno nella sua ispirazione di fondo, la politica austriaca. La strategia della moderazione, la difesa dell'immagine di un ordine legittimo, capace di dotarsi di limiti giuridici e politici, appariva come una pretesa infondata davanti all'evidenza di fatti che contestavano irrefutabilmente la sostenibilità dell'equazione, proposta da Zaiotti, tra ordine e autorità dello Stato. Deboli apparivano in quest'ottica le modalità del suo argomentare, secondo il quale « la causa dell'ordine, e quella dell'Austria non sono che una causa sola » (90), così come egli aveva scritto per contrastare l'idea che, al disordine rivoluzionario dei patrioti italiani, l'Austria non avesse saputo contrapporre altro che un diverso disordine, quello dell'arbitrio del potere e dell'assenza di legalità.

Se il libro di Pellico costò all'Austria più di una battaglia perduta, ciò si verificò pertanto sopra ogni cosa perché ne distrusse il tentativo di accreditare la legittimità delle direttrici di una linea politica che negava al dissenso possibilità di espressione e, tradu-

(89) C. von METTERNICH, lettera a Bombelles, in *Saluzzo e Silvio Pellico*, cit., p. 25.

(90) P. ZAIOTTI, *Semplice verità opposta alle menzogne di Enrico Misley*, cit., p. 430.

cendolo immediatamente in ostilità, cancellava dalla scena pubblica tutte le opzioni alternative a quelle, inconciliabili, della incondizionata adesione o della non riassorbibile inimicizia. Le parole con cui Metternich reagì alla pubblicazione de *Le mie prigionie* registravano il disagio di un uomo irrimediabilmente distante da rappresentazioni della politica e del diritto non compatibili con la sua propria visione conservatrice che, non prevedendo l'ospitalità di forme di dissenso, doveva necessariamente oscillare tra una richiesta di ripensamento agli avversari politici e, laddove essa mancasse — come nel caso degli inquisiti per associazionismo sovversivo condannati per alto tradimento —, una repulsione ferma e palese. Stante la mancanza di alternative tra queste due opzioni — riassorbimento nella società civile a seguito di ravvedimento oppure espulsione dal suo seno tramite detenzione, confino o esilio — l'impero austriaco seguì un percorso differente da quello di alcuni altri Stati restaurati, in cui gli avversari politici, anche quando vennero posti in arresto e condannati a pene detentive, poterono godere di condizioni di carcerazione migliori — anche di gran lunga migliori — di quelle dei detenuti comuni, e rappresentare così una sorta di « aristocrazia della criminalità »⁽⁹¹⁾.

Un confronto con la situazione degli altri Stati europei darebbe risultati estremamente diversificati a seconda dei termini di confronto prescelti. A limitarsi agli Stati italiani, in cui la politica di repressione dell'associazionismo carbonaro fu attiva e vigile, bisognerà constatare che, in alcuni di essi, le condizioni di detenzione dei prigionieri di Stato furono peggiori che nelle province amministrative dall'Austria e assai più arbitrari i processi e le condanne. « Inique

(91) Si veda, a proposito di questa prospettiva, gli studi sulla Francia degli anni 1792-1848 di L. BOSCHER, *Histoire de la répression des opposants politiques (1792-1848): la justice des vainqueurs*, Parigi, L'Harmattan, 2006 e ID., *Histoire des prisonniers politiques. Le châtement des vaincus*, Parigi, L'Harmattan, 2008, p. 262, dove afferma: « Une abondante littérature, tant générale que pénale, s'est effectivement mise à voir dans le délinquant politique une sorte d'aristocrate de la criminalité, à la fois digne de ne pas être confondu avec la lie du crime, mais aussi digne de ne pas subir les assauts de la répression avec la dernière rigueur: d'abord, parce que l'on ne voulait pas nécessairement voir en eux des êtres vils, comparables aux criminels de droit commun; mais également parce que leur actes, écrivait-on, dépourvus de toute immoralité, étaient motivés par des nobles considérations désintéressées plutôt que par des bas instincts égoïstes ».

leggi, pratiche inique, reggitori spietati ed ingiusti »⁽⁹²⁾: questi i capi di imputazione sollevati contro le autorità borboniche nella *Storia del Reame di Napoli* da Pietro Colletta. E mentre questi allargava all'Austria le sue critiche, dicendosi convinto che il governo austriaco e quello napoletano « si palleggiavano la vergogna di opere inique », Guglielmo Pepe nelle sue *Memorie*, proprio mettendo a confronto le vicende dei condannati nel Lombardo-Veneto e nel Regno delle due Sicilie⁽⁹³⁾, faceva riferimento alla corruzione dei giudici e alle irregolarità dei processi intentati contro i partecipanti alla rivoluzione del 1820 nel Regno di Napoli, conclusisi con 34 condanne a morte, su suggerimento di Francesco I commutate — con l'eccezione di quelle, effettivamente eseguite, di Morelli e Silvati— in « anni trenta di ferri nel bagno dell'isola di Santo Stefano, all'Est di quella di Ventodena, sessanta miglia lontana da Napoli, di otto miglia di circuito; affatto disabitata e inculta, priva interamente d'acqua, che vi è recata da terra ferma »⁽⁹⁴⁾.

(92) P. COLLETTA, *Storia del reame di Napoli*, Losanna, Baudry, 1837, p. 302. Ma si veda anche, a p. 305, il riferimento al rapporto tra la strategia politica di Metternich e la politica di repressione del regime borbonico: « Andarono in Austria prigionieri tre già deputati, Poerio, Pepe, Borrelli, tre generali, Colletta, Pedrinelli, Arcovito, là confinati in lontane città: Gratz, Brünn e Praga. Il principe Metternich accertò che i rigori di Napoli erano ignoti al governo d'Austria, mentre il governo napoletano dicevano ch'erano voluti da' ministri dell'Austria. Si palleggiavano la vergogna di opere inique; ma coll'andar degli anni e col ripetere il fallo istesso, gli uni e gli altri glorificavansi di quelle ingiustizie, chiamandole senno di governo ».

(93) « Voi che leggeste piangendo le atrocità dell'Austria, di principe straniero all'Italia, verso i poveri Lombardi incarcerati nello Spielberg, ascoltate ora quelle di re Ferdinando I delle due Sicilie [...]. All'arrivo degli austriaci in Napoli, per ordine del re furono incarcerati sessanta uffiziali accusati di avere preso parte nella rivoluzione, de' quali 34 furono condannati a morte da giudici corrotti, dopo un processo pieno d'irregolarità [...]. Il generale Frimont [...] disse che l'imperatore suo padrone pensava essere migliore il martoriare senza sangue i colpevoli di Maestà [...]. Morelli e Silvati, a tenore della condanna, morirono sul patibolo [...]. Agli altri 32 ecco la magnanima grazia che accordò il re. Decretò che in luogo della pena di morte soffrissero anni trenta di ferri nel bagno dell'isola di Santo Stefano » (G. PEPE, *Memorie del generale Guglielmo Pepe intorno alla sua vita e ai recenti casi d'Italia scritte da lui medesimo*, vol. II, Parigi, Baudry 1847, pp. 166-167).

(94) Ivi. Il ragionamento prosegue con una breve illustrazione delle condizioni di detenzione: « Ivi il bagno è un grande edificio da contenere mille e cinquecento forzati; di forma ovale, di grandezza due volte il teatro San Carlo in Napoli; ha quattro piani, compreso il pianterreno, ciascuno con 32 camerotti. Vi si entra per mezzo di due ponti

Se queste devastanti esperienze carcerarie, caratterizzate anch'esse dagli stenti e dall'arbitrio, sono restate ai margini dell'ottica con cui in questo scritto si è proceduto a una disamina del concetto di nemico nell'età della Restaurazione è perché, stanti le politiche di stampo apertamente repressivo, antiliberal e dispotico perseguite in questi Stati, non sarebbe stato possibile rintracciarvi un'attiva sperimentazione di forme di mediazione tra le necessità della libertà dei cittadini e quelle della stabilità dei governi. Proprio nelle province amministrare dall'impero d'Austria è stato invece possibile misurare lo iato esistente tra il richiamo ad una visione politica realistica ed improntata al senso del limite e della moderazione — così come essa era stata enunciata dal principe Metternich sia negli atti ufficiali del suo governo che nel suo epistolario privato — e gli effettivi contenuti della repressione di un dissenso confinato lontano dai luoghi della politica e della vita civile. Rinunciando a qualsiasi pretesa di documentare archivisticamente la legittimità delle opposte pretese circa la legalità dei processi e delle carcerazioni, ci si è qui soffermati piuttosto sulla percezione che ne ebbero i protagonisti e sulla strategia — pubblicistica e non — che i rappresentanti delle due opposte fazioni — uomini di potere e carbonari — implementarono negli anni immediatamente successivi al Congresso di Vienna. Ne è emersa la diversa efficacia di due forme di rappresentazione della realtà e della politica che hanno, nel corso degli anni, manifestato un impatto differenziato sulla società e sulla cultura: l'iniziale successo della linea direttiva proposta dal governo austriaco fece spazio, nella

levatoi. Nel centro esiste una cappella disposta in modo che l'altare, in cui si dice la Messa nei giorni di festa, rimane visibile a ciascun camerotto, e così trovavansi separati tra di loro, e, per colmo di umiliazione, in compagnia esclusiva de' servi di pena; e come se tanto obbrobrio non bastasse, ogni ufficiale aveva per consorte di catena un forzato [...]. Si distribuivano a ogni ufficiale o galeotto, in una sudicia scodella di legno, trentadue fave bollite e condite con pochissimo olio cattivo [...]. Dormivano sul pavimento, senza paglia e senza tavolato, con una coperta tessuta di peli d'asino. Si dava loro un berretto della medesima specie, un paio di braconi, una camiciola a maniche di pelo oltremodo ordinario, un paio di ciavatte e finalmente due camicie di canovaccio [...]. Ogni sabato visitavansi i covigli, e se mai si trovava un libro, era come la scoperta di una mina prossima a scoppiare » (pp. 167-168). Sul problema del rapporto tra libertà e controllo nel modello panispettico elaborato da Bentham e realizzato, tra l'altro, proprio nel carcere di Santo Stefano cfr. F. RIMOLI e G. M. SALERNO, *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Roma, Carocci, 2006.

seconda metà del secolo, alla affermazione di una dirompente propaganda risorgimentale, che alimenta oggi, in controtendenza con il fervore della campagna di proselitismo di cui si fece portatrice, una storiografia più attenta alla valutazione degli atti e dei documenti d'archivio.

Sul piano della storia delle idee bisognerà tuttavia cercare di trovare un collegamento tra il piano dei fatti e quello della propaganda e dell'ideologia. Da questo confronto emerge l'impossibilità di dar credito alla pretesa avanzata dal fronte conservatore della Restaurazione, secondo la quale essa improntò la sua azione di governo unicamente a criteri di moderazione, esclusivamente orientati alla difesa dei principi di legalità e di legittimità, senza cedimenti vendicativi sul piano della repressione del dissenso e senza eccessi punitivi nella gestione della figura del nemico dell'ordine costituito. L'origine di questa impossibilità è probabilmente da rintracciarsi nell'assenza di una elaborazione di un quadro sufficientemente composito di figure concettuali non rispondenti in pieno né alle connotazioni dell'amico — compagno di fede, sostenitore, seguace — né a quelle del nemico, oppositore antagonista e ostile. Nell'impossibilità di costruire immagini intermedie tra quelle della incondizionata fedeltà allo Stato e quella della non riassorbibile inimicizia, negli Stati asburgici i prigionieri politici vennero considerati i naturali destinatari di un regime di detenzione particolarmente rigoroso, in cui confluivano forme di afflizione fisica e di pressione spirituale ⁽⁹⁵⁾. Sudditi devoti e tacitamente obbedienti oppure nemici dunque, senza opzioni intermedie disponibili per la scelta: questa

⁽⁹⁵⁾ Si vedano a proposito del regime carcerario particolarmente oppressivo imposto dalle autorità austriache ai condannati per alto tradimento le osservazioni di F. CONFALONIERI, *Memorie*, cit., pp. 227-228: « Chè se prigionieri di Stato siam noi: perchè le catene, perchè l'assise dello schiavo di pena, perchè l'esposizione alla berlina, perchè la morte à civili diritti, perchè l'infamia del nome, perchè la privazione d'ogni lettura, d'ogni occupazione, d'ogni soccorso proprio od altrui, e perfìn della fossa e de' suffragi del Cristiano. Non ha ella la vindice giustizia sovrana abbastanza di pene e di torture dalla legge fornite, per punire un delitto di pensiero [...]? Che abbia mestieri d'accumulare due diverse specie di pene sul capo di pochi infelici già abbastanza schiacciati da una sola? Tutto ciò che havvi di avvilente, d'obbrobrioso, d'affligente il corpo per lo schiavo di pena, pel ladrone, per l'assassino, con tutto ciò che di più industrementemente si è saputo immaginare a macerazione dell'animo e della mente del prigioniero di Stato vuolsi con noi tremendamente riunito e conspirante a struggerci nel segreto, od a

l'unica alternativa disponibile ai cittadini dell'impero austriaco durante il regno dell'imperatore Francesco I.

Le modalità della lotta al nemico interno, così come descritte nelle pagine degli avversari di quelle forme rigide di autorità, non vennero, nel lungo periodo, recepite come forme legittime dell'azione politica. Egualmente insoddisfacenti esse si rivelarono anche sul piano dell'efficacia, perché, lungi dal raggiungere in forme stabili e durevoli l'obiettivo di restaurare l'ordine, palesarono piuttosto l'illiberalità di un regime oppressivo e dispotico, contro il quale i sopravvissuti al carcere erigevano un monumento politico ed ideologico che ne salvaguardava la dignità personale nel mentre stesso che forniva un'accurata visualizzazione dell'inumanità che li aveva mortificati nel corpo ma si era invano ingegnata per poterne piegare davvero lo spirito. Consapevole delle implicazioni politico-culturali della campagna di stampa antiasburgica, Metternich vi colse il segno della fragilità dei risultati della sua politica di restaurazione dell'ordine, che pretendeva di fare dell'avversario politico un nemico e di riassorbirne il dissenso con un'opera di vigilanza e repressione ma si prestava in alcuni casi a alimentare l'ambizione di ottenere ravvedimenti e conversioni o, più precisamente, secondo l'intendimento attribuito all'intolleranza religiosa dell'Imperatore Francesco I piuttosto che alla realistica laicità del principe Metternich, di riallineare all'ortodossia — spirituale e politica — i condannati di reati politici, ponendo così fine a quel « delirio del pensiero » che sfociava nel più odioso e imperdonabile dei delitti ⁽⁹⁶⁾.

scatenarci dopo molt'anni, miserando ed esemplare spettacolo di già uomini un tempo, allor di tutte fisiche ed intellettuali facoltà evirati ».

(96) Per una rappresentazione della percezione che di questo atteggiamento ebbero i condannati, o che essi vollero comunque pubblicamente delineare, si veda la ricostruzione proposta da Andryane del suo colloquio con il prelado Stefano Paulowich, sospettato di tradire il segreto del confessionale per riferire all'imperatore attorno alla disposizione di spirito e di pensiero dei condannati reclusi nello Spielberg: « [...] non mi sono mai lagnato con voi, signor abate, dei rigori di una prigionia dove tutto è patimento e privazione. Non vi ho mai fatto cenno degli abiti che ci coprono appena e ci lasciano esposti più della metà dell'anno al freddo mortale di questo clima; non vi ho mai mostrato come le mie pesanti catene mi ammaccano le gambe e la mia grossolana calzatura mi scortica i piedi. Non vi ho mai detto che il nostro cibo è ributtante, e che ogni giorno soffro la fame; no, signor abate, non vi ho mai parlato di tutte queste miserie fino a tanto che abbiamo conservato i nostri libri, e oggi stesso avrei continuato a tacere

8. *Il carceriere Schiller, il Doktor Pannwitz, il Kapo Alex.*

Giunto allo Spielberg e consegnato al Soprintendente, dopo aver salutato nei termini della più viva cordialità il Commissario imperiale, Pellico venne condotto insieme a Maroncelli « in un corridoio sotterraneo, dove ci s'apersero due tenebrose stanze non contigue » (97). In « quell'orrido antro », come egli lo descrisse, Pellico conobbe il capo carceriere Schiller.

Reiteratamente ricordata nelle memorie dei prigionieri dello Spielberg, la figura di Schiller si impone emblematicamente all'attenzione come espressione di una modalità dirigistica e centralizzatrice della gestione del potere, in cui il peso dell'autorità e della burocrazia si esercita attraverso forme rigide e codificate di pressione fisica e psicologica. Escludendo, in atto di devozione all'Imperatore, ogni possibilità di deroga allo spirito — e alla lettera — dei regolamenti carcerari, Schiller chiarisce fin dall'inizio i termini della sua relazione con i prigionieri e ne esplicita il radicamento in un senso dello Stato e delle istituzioni che offre una duplice garanzia: fornisce da un lato adeguate assicurazioni contro l'arbitrarietà nell'esercizio del potere di sorveglianza e tende, dall'altro, ad escludere la possibilità che un afflato di compassione e di misericordia possa tradursi in altrettanto arbitrari — sebbene caritatevoli — cedimenti all'urgenza delle passioni dei sentimenti individuali. « Io sono cattivo — dichiara Schiller in occasione del suo primo incontro con Silvio Pellico, cercando di mettere sin dall'inizio in chiaro i termini del loro reciproco rapporto —; mi fecero prestare un giuramento, a cui non mancherò mai. Sono obbligato a trattare tutti i prigionieri, senza riguardo alla loro condizione, senza indulgenza, senza conces-

se le vostre parole non mi avessero messo in timore di qualche nuova disgrazia ». La risposta del prelo sarebbe stata la seguente: « non è il corpo che Sua Maestà vuol punire, sibbene lo spirito. Dio, voi ben lo sapete, condannò alle tenebre eterne gli angeli orgogliosi che nei loro sacrileghi pensieri osarono di dubitare della sua potenza e alzarono un empio sguardo sullo splendore del suo trono... Nulla di più giusto dunque che i legittimi sovrani, immagini di Dio sulla terra, infliggano i più tremendi castighi contro quegli insensati che si sono resi colpevoli del delitto di lesa maestà; poiché questo delitto è il più odioso, il più imperdonabile di tutti; e giacché non si commette che nel delirio del pensiero, di lì appunto bisogna assalire il male » (A. ANDRYANE, *Memorie d'un prigioniero di Stato allo Spielberg*, cit., p. 180).

(97) S. PELLICO, *Le mie prigioni*, cit., capo LVII, p. 202.

sione d'abusi, e tanto più i prigionieri di Stato. L'Imperatore sa quello che fa; io debbo obbedirgli » (98).

L'espressione di un rigido sentimento del dovere e di un inconfutabile rispetto dell'autorità non costituirono tuttavia un ostacolo affinché Schiller, così come i carcerieri che successivamente lo sostituirono in questo ruolo, potessero stabilire una qualche forma di rapporto con i loro interlocutori prigionieri, alimentando in essi, in forme rese forse morbose dall'esperienza della prigionia, sentimenti di riconoscenza e di gratitudine. « Schiller, Kral e Kubitzky, ma in particolar modo i due primi — scriveva Silvio Pellico ne *Le mie prigioni* — ci avevano assistiti nelle nostre malattie come un padre ed un fratello avrebbero potuto fare » ed aggiungeva poi, con una precisazione in cui si percepisce una maggiore veridicità, che « incapaci di mancare al loro dovere, sapeano eseguirlo senza durezza di cuore » (99). La loro visione del mondo, pur con la sua valenza dispotica e oppressiva, non era costruita attorno a valori che potessero alimentare la nichilistica tentazione di cancellare l'umanità stessa delle vittime e, conseguentemente, dei loro carcerieri. Le parole pronunciate da Primo Levi per rappresentare le modalità del suo incontro con le autorità del regime nazista in un campo di concentramento nella prima metà del Novecento non avrebbero mai potuto essere utilizzate per descrivere le condizioni di vita nelle prigioni dello Spielberg nel secolo precedente. Mai Pellico, Maroncelli o Andryane avrebbero potuto commentare l'incontro con i loro carcerieri esprimendo, come Primo Levi, l'assoluta incomunicabilità di due inviccinabili alterità. A differenza di quello del Doktor Pannwitz, il modo di guardare il mondo di Schiller non espresse mai distacco o estraneità e mai avrebbe potuto pertanto essere descritto, nelle modalità esperite invece nell'esperienza del campo di concentramento, come uno « sguardo, scambiato come attraverso la parete di vetro di un acquario tra due esseri che abitano mezzi diversi » (100).

(98) Ivi, capo LIX, p. 205.

(99) Ivi, capo LXXXI, p. 253.

(100) P. LEVI, *Se questo è un uomo* (1958), Torino, Einaudi, 1989, p. 95. Il tema vi viene così sviluppato: « Da quel giorno, io ho pensato al Doktor Pannwitz molte volte e in molti modi. Mi sono domandato quale fosse il suo intimo funzionamento di uomo; come riempisse il suo tempo, all'infuori della Polimerizzazione e della coscienza indo-germanica; soprattutto, quando io sono stato di nuovo un uomo libero, ho desiderato di

Se il rapporto instaurato tra vittime e carcerieri nei campi dei regimi totalitari del Ventesimo secolo non esprimeva alcuna forma di comunicazione tra esseri dotati di una comune umanità, diversamente stavano le cose nella fortezza dello Spielberg, dove la devozione alla causa dell'ordine e della disciplina, benché rigida e indiscussa, non inibiva irrimediabilmente, pur nella differenza delle posizioni e dei ruoli, l'espressione della compassione e la comprensione della sofferenza. Nelle carceri austriache del Diciannovesimo secolo non trovavano domicilio figure come quella del Doktor Pannwitz, o dell'« innocente brutto Alex », che senza « odio e senza scherno » — ma tanto più gravemente proprio per la sconcertante inumanità di quest'assenza — si netta metodicamente la mano, « il palmo e il dorso », sulla spalla del prigioniero, esplicitando così, più che con qualsiasi parola, il vuoto di rappresentazione dell'alterità che accompagna un gesto che, nella sua più intima essenza, costituisce una negazione dell'essere umano. Non più uomo ma semplice mezzo, strumento di ripulitura, attrezzo per la rimozione di una imbrattatura ⁽¹⁰¹⁾, il prigioniero del Kapo Alex viene ricondotto alla Bude come fosse un « esemplare zoologico » di una specie differente.

Al contrario di queste figure dell'incubo totalitario del Ventesimo secolo, il carceriere Schiller, uomo d'arme di differente formazione politico-ideologica e di tutt'altra provenienza culturale, riesce a cogliere nei condannati per reati politici affidati alla sua custodia una comune e sofferente umanità. Riducendo attraverso questo sguardo, in cui trova dimora il sentimento della compassione, la misura della estraneità che lo separa dai prigionieri di Stato, egli può

incontrarlo ancora, e non già per vendetta, ma solo per una mia curiosità dell'anima umana. Perché quello sguardo non corse fra due uomini; e se io sapessi spiegare a fondo la natura di quello sguardo, scambiato come attraverso la parete di vetro di un acquario tra due esseri che abitano mezzi diversi, avrei anche spiegato l'essenza della grande follia della terza Germania ».

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. P. LEVI, *Se questo è un uomo*, cit., p. 97: « Per rientrare nella Bude, bisogna attraversare uno spiazzo ingombro di travi e di tralicci metallici accatastati. Il cavo d'acciaio di un argano taglia la strada, Alex lo afferra per scavalcarlo. Donnerwetter, ecco si guarda la mano nera di grasso viscido. Frattanto io l'ho raggiunto: senza odio e senza scherno, Alex strofina la mano sulla mia spalla, il palmo e il dorso, per nettarla e sarebbe assai stupito, l'innocente brutto Alex, se qualcuno gli dicesse che alla stregua di questo suo atto io oggi lo giudico, lui e Pannwitz e gli innumerevoli che furono come lui, grandi e piccoli, in Auschwitz e ovunque ».

dichiararsi devoto alle leggi dell'Impero e, ligio ai regolamenti disciplinari carcerari, trovare ancor sempre il modo di esprimere, con gesti e parole, la comune umanità di vittime e carcerieri. Può pertanto dichiarare, secondo quanto viene narrato nelle memorie di Silvio Pellico: « Sarò ferreo ne' miei doveri, ma il cuore... il cuore è pieno di rammarico di non poter sollevare gl'infelici » (102).

Sotto l'aspetto della possibilità di trovare l'essere umano nella figura di ogni Altro, di capirne « il suo intimo funzionamento di uomo » e di formulare giudizi suscettibili di correzioni e ripensamento (103), così come anche, necessariamente, sotto l'aspetto della capacità di considerare irrilevante una parte delle differenze esistenti tra individui appartenenti ad una stessa specie umana, il mondo del carceriere Schiller e del principe Metternich (104) — del militare di estrazione contadina e, all'altro capo della scala sociale, del nobile e potente Cancelliere —, si rivela come abissalmente distante da quello del Doktor Pannwitz e del Kapo Alex.

(102) S. PELLICO, *Le mie prigioni*, cit., p. 206. Questo atteggiamento compassionevole di Schiller è confermato anche dalle testimonianze fornite nelle Addizioni di Maroncelli e nelle memorie di Andryane. Cfr. A. ANDRYANE, *Memorie d'un prigioniero di Stato*, cit., p. 11 ss.

(103) Si veda in proposito il racconto con il quale, al capo LVIII de *Le mie prigioni*, Silvio Pellico, spiega le ragioni del suo ripensamento sul conto di Schiller, evidenziando l'esistenza di canali di comunicazione tra vittime e carcerieri che ne rendevano possibile forme reciproche — sebbene non libere e paritarie — di conoscenza: « Oh, come gli uomini sono ingiusti, giudicando dall'apparenza, e secondo le loro superbe prevenzioni! Colui ch'io m'immaginava agitasse allegramente le chiavi, per farmi sentire la sua trista podestà, colui ch'io ripeteva impudente per lunga consuetudine d'incrudelire, volgea pensieri di compassione, e certamente non parlava a quel modo, con accento burbero, se non per nascondere questo sentimento. Avrebbe voluto nascondere, a fine di non parer debole, e per timore ch'io ne fossi indegno; ma nello stesso tempo supponendo che forse io era più infelice che iniquo, avrebbe desiderato palesarmelo » (p. 203).

(104) Si confronti il racconto dell'insopportabile grado di estraneazione tra simili descritto dai sopravvissuti alle detenzioni nei campi del Ventesimo secolo, con quello dell'incontro tra Metternich e Confalonieri, costruito attorno ad una condivisa appartenenza sociale e culturale, di cui alla nota 15 di questo mio contributo. Il colloquio si concluse, secondo la ricostruzione offertane da Confalonieri, nel seguente modo: Dopo aver a lungo conversato, Metternich « guardò quindi l'orologio, mostròsi sorpreso che fossero già le undici ore passate, disse di essere aspettato ad un ballo e si congedò con quell'amabile urbanità che avea sempre presieduto a tutto il colloquio » (F. CONFALONIERI, *Memorie*, cit., p. 183).

Cionondimeno, nonostante ogni non minimizzabile differenza con esperienze di prigionia successive e a questo contesto assolutamente non riconducibili, il trattamento riservato al nemico interno dalle pubbliche autorità dell'impero austriaco presenta caratteristiche che, lungi dal poter essere iscritte nel registro del limite e della moderazione, portano il segno dell' intemperanza e dell'eccesso. Scarsamente coerente con le premesse secondo le quali era stata posta in essere e lungi dal rappresentare una privazione della libertà correlata da una funzione tecnica di correzione, secondo l'impostazione conferita al dibattito penale nel corso del Settecento ⁽¹⁰⁵⁾, la detenzione dei prigionieri politici nelle carceri austriache si concretizzò in un penoso percorso di mortificazione morale e corporale che aveva finalità afflittive e dissuasive piuttosto che rieducative.

Ad un bilancio complessivo dunque la strategia della repressione ha, negli Stati austriaci della prima Restaurazione, mancato il suo bersaglio. Senza riuscire ad espungere il dissenso attraverso tecniche di criminalizzazione della eterodossia politica, essa non ha potuto neppure assorbire, al suo interno, espressioni moderate di scontento, recuperando, laddove possibile, consenso e dedizione. Il solo successo di cui resta traccia nella memorialistica del tempo sembra indirizzarsi alle forme di sottomissione — fisica piuttosto che morale — di un avversario che, dopo l'esperienza del carcere e le indelebili tracce che ne rimangono, resta a testimoniare una non riconciliabile inimicizia. Ne portano testimonianza, tra le altre, certe pagine indirizzate da Pellico ad alcuni compagni di sventura, le cui raffrontabili vicende di vita li rendevano capaci di cogliere le incancellabili implicazioni racchiuse in esperienze esistenziali connotate dalla sofferenza e dall'umiliazione: « la tua seconda lettera mi fece gran piacer — egli scriveva al conte Arrivabene —, ma per noi, così famigliarizzati coll'afflizione, il piacere è sempre mescolato a qualche sentimento doloroso » ⁽¹⁰⁶⁾.

Il principale obiettivo raggiunto dalla trasformazione in nemico

⁽¹⁰⁵⁾ A proposito della prigione, come detenzione che comprende sia la privazione della libertà che la trasformazione tecnica degli individui, cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, Einaudi, 1993, p. 251 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Lettera di Pellico a Giovanni Arrivabene del 14 febbraio 1839, in G. ARRIVABENE, *Intorno ad un'epoca della mia vita*, cit., p. 131.

dell'antagonista fu dunque un risultato che, senza riuscire mai a convertire a idee politiche diverse, neutralizzava l'avversario attraverso una maglia di invalidante condizionamento fisico e psicologico, che, nel piegarne la volontà, ne usurava le energie e ne comprometteva la possibilità di una vita piena e soddisfacente. Lungo questo percorso, che non provocava né ripensamenti né ravvedimenti, si esponeva allo sguardo dei contemporanei il « miserando ed esemplare spettacolo di uomini » pavidi e irrisolti, privi di vigore e di assertività, per sempre piagati da penose esperienze di vita, che anche quando vennero relegate nella sfera del ricordo, nel restare indelebilmente parte del loro vissuto, ne fecero individui non più interamente recuperabili, uomini per sempre e senza scampo — come ebbe modo di affermare Felice Confalonieri — « di tutte fisiche ed intellettuali facoltà evirati » ⁽¹⁰⁷⁾.

Se Pellico, a molti anni ormai di distanza dall'esperienza del carcere, poteva — con una rassegnazione che non conosceva più alcun *pathos* — dichiarare all'amico Giovanni Arrivabene che il suo percorso esistenziale procedeva con una costanza e una regolarità segnate costantemente dall'esperienza della sofferenza — « intanto vivo, e non mi manca una certa disinvoltura e pace nel patire » ⁽¹⁰⁸⁾ — la sua storia personale si rivelava evidentemente come irrimediabilmente compromessa da una ferita le cui implicazioni psicologiche ed esistenziali non cancellavano i segni di una afflizione che era anche fisica e corporale.

Il corpo dei condannati, con le sue incurabili sofferenze, restava dunque a testimoniare, finché in vita, il fallimento di una politica che, senza riuscire a riassorbire né — come si propose di fare — ad espungere ogni velleità di dissenso sociale dalle menti dei sudditi, ne aveva invece esacerbato la volontà di resistenza e fornito nuovo alimento politico e ideologico. La strategia della moderazione teorizzata da Metternich e dal suo governo brillantemente applicata in ambito internazionale, non aveva potuto dunque, sul piano della politica interna, avviare un processo di mediazione tra posizioni politicamente differenziate né avviare, a posteriori, un processo di riconciliazione. Lo stolido attestarsi su una posizione di invariata

⁽¹⁰⁷⁾ F. CONFALONIERI, *Memorie*, cit., p. 228.

⁽¹⁰⁸⁾ Lettera di Pellico Giovanni Arrivabene, 4 marzo 1844, in G. ARRIVABENE, *Intorno ad un'epoca della mia vita*, cit., p. 134.

reiterazione di stereotipati *cliché* concettuali, tutti concorrenti — secondo quanto asserito dalle autorità dello Stato — alla realizzazione di principi di ordine, legalità e legittimità, non poteva, alla fine, fare nulla contro la potenza dei fatti che emergeva nella corposa memorialistica del carcere, costantemente arricchita da rettificazioni e contributi, che concorrevano tutti a farne un collegiale monumento alla memoria ⁽¹⁰⁹⁾. Contraddicendo ogni affermazione relativa alla legittimità dell'ordine istituito o alla magnanimità dell'Imperatore Francesco I, le strade delle province austriache della penisola italiana erano percorse da uomini piegati nel corpo — sebbene forse non del tutto mortificati nello spirito — dalla penosa esperienza di una lunga e dura prigionia, che ne rendeva incerto l'incedere e difficoltosa la padronanza sull'ambiente circostante.

La semplice adesione alla Carboneria, senza che intervenissero aggravanti o azioni criminose, aveva potuto trasformare un uomo, una volta scontata la pena, in un « languido cadavere ambulante », in « un vermiciattolo mezzo fracassato » — secondo le immagini da Pellico stesso utilizzate per rappresentare se stesso nella corrispondenza con gli amici ⁽¹¹⁰⁾ — afflitto da una zoppia che gli derivava dal lungo uso dei ferri alle caviglie e da molteplici segni interiori di afflizione e di panico, che lo spingevano a camminare rasente ai muri o gli impedivano, per un senso irrefrenabile di vertigine, di scendere la scalinata della chiesa se non percorrendola al contrario, evitando di volgere lo sguardo verso il basso e provarne stordimento.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. C. KLOPP, *Sentences. The Memoirs and Letters of Italian Political Prisoners from Benvenuto Cellini to Aldo Moro*, University of Toronto Press, 1999, pp. 39-40: « The prison writing produced during the early Risorgimento was an unusually collective affair. Especially after the extraordinary success of Pellico's *Le mie Prigioni* of 1832, several additional accounts of confinement by Pellico's companions and others began to appear in Italy, France, and England [...], while some of those who wrote prison memoirs might have been trying to cash in on *Le mie Prigioni*'s commercial success, most of these prison authors seem to have been motivated as much by a desire to create an accurate and complete historical account of what had happened to them all ».

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. A. MOLA, *L'enigma Pellico*, in *Sentieri della libertà e della fratellanza ai tempi di Silvio Pellico*, cit., p. 209.

CARLOTTA LATINI

PROCESSARE IL NEMICO.
CARBONERIA, DISSENSO POLITICO
E PENALE SPECIALE NELL'OTTOCENTO

Pellegrino Rossi, riflettendo sulla pratica delle commissioni speciali, così scriveva nel suo *Traité de droit pénal*: « L'idée de renvoyer devant une commission spéciale, nommée par le pouvoir exécutif, les accusés de crimes d'Etat, ferait dresser le cheveu sur la tête d'un Anglais. [...]. La Suisse elle-même n'a pas été entièrement à l'abri du fléau des commissions spéciales et extraordinaires. Dans les pays libres aussi, la procédure criminelle n'a pas encore été débarrassée de toute pratique vexatoire » (1).

Le commissioni speciali erano per Rossi una pratica vessatoria, che avrebbe fatto drizzare i capelli sulla testa di un inglese, e delle

(1) P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1850, t. I, p. 53. Sul pensiero giuridico-politico di Pellegrino Rossi, cfr. M. SBRICCOLI, *Il diritto come mediazione. Note sul pensiero giuridico-politico di Pellegrino Rossi*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Macerata in onore di Attilio Moroni*, Milano, Giuffrè, 1982, vol. III, pp. 1625-1644; ID., *Pellegrino Rossi et la science juridique*, in *Des libertés et des peines, Actes du Colloque Pellegrino Rossi*, Genève, Georg, 1980, pp. 183 e ss.; ID., *Recensione a Des libertés et des Peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi*, in « Quaderni fiorentini », 10, 1981, pp. 243-251. Cfr. anche, *Per la patria comune. Rapporto della Commissione della Dieta ai ventidue Cantoni sul progetto d'Atto federale da essa deliberato a Lucerna il 15 dicembre 1832*, a cura di L. Lacché, Manduria-Bari-Roma, Lacaïta, 1997; A. DUFOR, *Rossi, historien et /ou philosophe de l'histoire*, in *Un liberale europeo: Pellegrino Rossi (1787-1848)*, Atti della giornata di studio, Macerata, 20 novembre 1998, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 1-37; A. KELLER, *Libéralisme et démocratie dans la pensée politique de Pellegrino Rossi et d'Antoine-Elysée Cherbuliez*, in *Un liberale europeo: Pellegrino Rossi*, cit., pp. 39-64; L. LACCHÈ, *Tra politica e diritto, ovvero Rossi e la monarchia di luglio*, in *Un liberale europeo: Pellegrino Rossi*, cit., pp. 69-108; ID., « All'antica sua patria ». *Pellegrino Rossi e Sismonde de Sismondi: relazioni intellettuali fra Ginevra e la Toscana*, Atti del convegno di Pescia, 13-15 aprile 2000, Firenze, Olschki, 2001.

quali la procedura criminale di un paese libero si sarebbe dovuta sbarazzare senza esitazioni. Tuttavia, a ben vedere, tali vessazioni continuarono lungo tutto l'Ottocento connotando di specialità i processi penali per i crimini contro lo stato e per i delitti politici in generale. I delitti contro lo stato, in molti casi assimilabili al *crimen-laese* ⁽²⁾, richiedevano infatti una sanzione che si collocava all'apice della scala penale ma anche una procedura speciale che si distinguesse da quella legale, ordinaria.

Si trattava di un processo di avvicinamento e infine di sovrapposizione tra il delitto politico (inteso come sovversione o mutamento politico dell'ordine costituito, ribellione, adesione a società segrete ecc.) e quello di lesa maestà con la conseguenza di un aggravamento del trattamento processuale dell'imputato, che era sottoposto a procedura sommaria ⁽³⁾.

Alla particolare gravità del crimine, che metteva in dubbio la sicurezza interna e l'ordine costituito, sembrava dovesse corrispondere un abbassamento delle garanzie processuali. Così, se il congiurato o il dissidente rappresentavano politicamente il nemico ⁽⁴⁾ da

⁽²⁾ Per cui cfr. M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 266 e ss.

⁽³⁾ Si pensi, per fare un esempio, agli interventi normativi degli anni Venti per il Ducato di Modena, volti alla repressione dei moti carbonari: cfr. A. MARTINI, *Il codice criminale estense del 1855*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, Cedam, 1993, p. 307; C.E. TAVILLA, *Il diritto penale nel ducato di Modena. Il codice criminale del 1855: premesse, modelli, problemi*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2, 2007, pp. 313-336, spc. p. 317: « a partire dagli anni Venti, il diritto penale verrà progressivamente e profondamente inciso da una legislazione di tipo "emergenziale" pensata per rispondere ai moti insurrezionali scoppiati in Italia e nel ducato estense con un generalizzato inasprimento delle pene e una significativa limitazione della difesa degli imputati ».

⁽⁴⁾ Per le differenze, nel pensiero di Gunter Jacobs, tra "diritto penale del nemico" e "diritto penale del cittadino", specie in rapporto a un notevole abbassamento delle garanzie per il penale del nemico, cfr. P. MARCHETTI, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona, Cattedrale, 2008, spc. pp. 12-19. Per le categorie schmittiane di amico-nemico, cfr. C. SCHMITT, *Sulla relazione intercorrente fra i concetti di guerra e di nemico* (1938), in *Le categorie del 'politico'*, *Saggi di teoria politica*, trad. it. a cura di P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 194-196; J-PH. FELDAMN, *Principe ami-ennemi et catallaxie. Carl Schmitt, le libéralisme et la guerre*, in « Droits », 46, 2007, pp. 67-95.

annientare, il processo con cui arrivare ad una condanna doveva ridurre al minimo la tutela dell'imputato.

Tradizionalmente si riteneva che la pratica del ricorso alle commissioni speciali miste o a composizione esclusivamente di militari fosse stata portata in Italia durante le campagne napoleoniche (5). Una volta adottata sarebbe stata fatta propria dagli ordinamenti giuridici preunitari e adeguata da ciascuno di essi alla propria esperienza e tradizione giuridica.

In realtà, la prassi processuale italiana anche in età precedente e cioè in pieno *ius commune*, era stata caratterizzata, com'è noto, dal ricorso a misure straordinarie per i *crimina atrociora*, a tribunali speciali (6).

Quando si parla di commissioni speciali o miste — o speciali straordinarie, ma il contenuto della specialità si specificava volta per volta e non sempre era nettamente distinguibile dai concetti di eccezionalità e straordinarietà — si alludeva a commissioni composte da giudici *ad hoc*, solitamente laici e militari, che venivano costituite per una sola o più cause dello stesso genere con competenza relativamente ai delitti di particolare gravità i cui autori erano dunque sottratti alla giurisdizione ordinaria, o anche, da un certo punto in poi, a quello che verrà chiamato giudice naturale precostituito per legge. Normalmente di nomina governativa o regia, tali commissioni erano una vera e propria *longa manus* dell'esecutivo e in definitiva dei sovrani, che le brandivano come un'arma contro gli oppositori politici considerati i nemici per eccellenza: esse si caratterizzavano per processi rapidi, sommari, ispirati alla giustizia militare, con un notevole abbassamento delle garanzie per l'accusato. In

(5) A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu' à nos jours* (Paris, 1882), Frankfurt am Main, Sauer & Auvermann, 1969, pp. 466 e ss.

(6) L. LACCHÈ, « *Ordo non servatus* ». *Anomalie processuali, giustizia militare e « specialia » in Antico regime*, in « Studi storici », 2, 1988, pp. 361-384, spc. p. 370: « I reati politici e certi reati "comuni" [...] sono accomunati dall'apertura del sistema penale a pratiche specializzate. Il giudizio *ad horas* e la giustizia militare (*ad modum belli*) acquistano sempre una qualche valenza "politica". [...] L'abbreviazione dei termini, il venir meno di alcune solennità, l'abolizione dell'appello, la semplificazione del regime probatorio non sono che alcuni dei caratteri prevalenti dell'*ex abrupto* da cui fu poi mutuato il procedimento *ad modum belli* ».

altri casi si faceva ricorso direttamente a corti marziali, anche queste portate dai francesi in Italia, che con la loro celerità e speditezza, garantivano processi sommari e giustizia istantanea. Sperimentata sulla pelle dei rei di lesa maestà, eretici, banditi, *latrones*, e poi dei briganti, questo tipo di giustizia si avviava a stabilizzarsi negli ordinamenti giuridici in età preunitaria per la repressione del dissenso politico e a divenire lo strumento d'elezione per consentire alla Restaurazione di consolidarsi e ai sovrani della Penisola di restare in sella, peraltro non senza difficoltà, praticamente fino all'Unità. È così possibile distinguere due fasi nella repressione dei delitti politici: una prima in cui i progetti di indipendenza non erano ancora ben delineati e i cospiratori venivano puniti di solito col ricorso a commissioni speciali (dette anche straordinarie) o miste. Una seconda fase invece in cui alle commissioni speciali o miste si affiancava o si sostituiva la giustizia militare: a questa si faceva ricorso come risposta ad uno stato di pericolo per l'ordine pubblico, cui si dava voce con una dichiarazione di stato d'assedio. Lo stato d'assedio, come conseguenza di una guerra 'interna' ma anche esterna, rappresentava quasi sempre il presupposto per l'applicazione della giustizia penale militare anche ai civili rei di delitti politici e cioè a partire all'incirca dal 1848 (7) in avanti in specie nelle zone d'Italia ad influenza austriaca. Per quanto concerne la prima fase, occorre precisare che le società segrete italiane coltivarono l'idea di riforme costituzionali, idea che veniva solitamente associata al progetto di indipendenza della penisola o di parte di essa e ne costituiva il presupposto. La struttura organizzativa e il simbolismo (8) della

(7) Per l'analisi di questa fase mi permetto di rinviare a C. LATINI, *Un ordine penale più civile. Penale comune e giustizia militare nei secoli XIX-XX*, in corso di pubblicazione.

(8) La "madre" delle società segrete in Italia era la Massoneria da cui nacquero, per filiazione, le altre sette. La Carboneria, in particolare, da Napoli si estendeva in alcune province dello Stato pontificio e in particolar modo nelle Marche. La setta dei guelfi dalle Legazioni si estendeva alla Lombardia. La setta degli Adelfi si strutturava e radicava in Piemonte. Seguivano la setta degli Adelfi, in Piemonte e dei Fratelli seguaci protettori repubblicani e infine quella della Spilla nera (*Epingles noire*) che dalla Francia ramificava in Italia. Alla varietà dei nomi sembra però che corrispondesse tutto sommato un identico fine e cioè quello dell'instaurazione in Italia o di una Repubblica indipendente o di una monarchia costituzionale. Cfr. D. SPADONI, *La cospirazione di Macerata del 1817 ossia il primo tentativo patriottico italiano dopo la Restaurazione*, Macerata, Stab. Tip. Mancini, 1895.

carboneria e delle sette in generale appaiono complessi come anche i riti e la gerarchia e i legami, con la massoneria. In Italia si individuavano inoltre sette cattoliche, sette di stampo patriottico-liberale e sette a matrice egualitaria ⁽⁹⁾.

La repressione delle cospirazioni era stata segnata dall'esperienza napoleonica in Italia e la pratica delle cosiddette corti straordinarie si era in special modo consolidata durante il Regno di Murat ⁽¹⁰⁾. Anche per la Repubblica Cisalpina si ebbe l'esperienza

⁽⁹⁾ S.J. WOOLF, *Rivoluzionari e moderati (1789-1814), razionalizzazione e conservazione sociale (1800-1814)*, in *Storia d'Italia. Dal primo settecento all'Unità*, Torino, Einaudi, 1973, vol. 3, p. 231; M. MERIGGI, *Il Regno Lombardo-Veneto*, in *Storia d'Italia*, diretta da G. Galasso, Torino, Utet, 1987, vol. XVIII, t. 2, pp. 316-318, 350-365; A. VANNUCCI, *I Carbonari del 1821 nel Lombardo-veneto*, Milano, Bernardoni, 1869; C. CANTU, *Il Conciliatore e i Carbonari*, Milano, Treves, 1878; G. BANDINI, *Carboneria e guelfismo nei costituiti dei carbonari del Polesine*, Roma, Tip. dell'unione cooperativa editrice, 1906; *Memorie sulle società segrete dell'Italia meridionale e specialmente sui carbonari*, Roma, Soc. ed. Dante Alighieri, 1904; R. SORIGA, *Le società segrete e i moti del 1820 a Napoli*, Roma, Arti grafiche U. Pinnaro, 1921 [Estratto da « Rassegna storica del Risorgimento », 1921]; A. LUZIO, *La Massoneria e il Risorgimento italiano: saggio storico-critico*, Bologna, Forni, 1925; G. LETI, *Carboneria e massoneria nel Risorgimento italiano. Saggio di critica storica*, Genova, Libreria editrice Moderna, 1925; N. BIANCHI, *Processo di cospiratori carbonari nell'Alta Marca*, Roma, Società nazionale per la storia del Risorgimento italiano, 1929; *La liberazione d'Italia nell'opera della massoneria*, a cura di A.A. Mola, Atti del Convegno di Torino, 24-25 settembre 1988, Foggia, Bastogi, 1990.

⁽¹⁰⁾ Cfr., ad es., gli atti del Governo provvisorio nelle Marche contro i cospiratori: decreto del 21 marzo 1808, art. 3 del decreto 11 luglio 1809 e 3 aprile 1811, art. 4; in genere, dopo sentenze frequentemente favorevoli agli imputati, questi venivano però sottoposti a misure di polizia per espressa disposizione delle Corti speciali straordinarie. ASM, *Governo provvisorio*, Dipartimento del Musone, Corte di giustizia sedente in Macerata, Cospirazioni contro il governo, Sentenze Gioacchino Napoleone Re delle due Sicilie, Sentenza data a Macerata il 24 dicembre 1814, 1813-1815, Tit. 5, rubr. 2, fasc. n. 495. Su Gioacchino Murat, cfr. almeno, P. ROGER, *Le prince Murat e la franc-maçonnerie à propos de la question romaine*, Paris, Aumont, 1861; D. SPADONI, *La conversione italiana del Murat*, Milano, Dante Alighieri, 1930; P. COLLETTA, *La campagna d'Italia di Gioacchino Murat*, a cura di C. Zaghi, Torino, Utet, 1982, p. XVII, dove si sottolinea che vi furono alcuni contatti con gli organizzatori della congiura del 1814: « Dai rapporti della polizia e dalle confessioni rese alla magistratura austriaca dai capi della congiura [...] la figura di Murat appariva l'elemento catalizzatore del movimento indipendentistico [...]. Non c'è a dire il vero la prova di una sua diretta o indiretta responsabilità nella congiura, a parte certi contatti ed intrighi con patrioti condotti alle sue spalle da alcuni generali [...] »; *Gioacchino Murat*, a cura di A. Scirocco, Napoli, De Rosa, 1994, vol. I; P. D'AMICO, *Il re Gioacchino Murat*, Vibo Valentia, Monteleone, 2002. Per la specificità del

delle corti speciali o militari, abolite dalla regia cesarea Reggenza del Governo Provvisorio il 5 maggio 1814. A partire dalla legge del 16 termidoro anno V (3 agosto 1797) e fino al 1814 « continuano infatti a esistere, nell'Italia cisalpina e napoleonica, strutture giudiziarie speciali, talora affiancate a quelle ordinarie, più spesso coincidenti con queste nella composizione, incaricate di reprimere tanto i reati di maggiore impatto sociale quanto i reati che oggi sarebbero definiti di natura politica, senza peraltro operare, nella maggior parte dei casi, una precisa distinzione tra i due profili » ⁽¹¹⁾. L'avvocato milanese Mantegazza era stato presidente, dal 1801, del tribunale speciale contro i nemici dell'ordine pubblico per la Romagna e in quella sede era stato « chiamato ad applicare la "sommarissima" procedura di carattere militare prevista dalla "terribile legge" del 16 termidoro anno VI, in base alla quale anche "gli atti più indifferenti o di privata censura erano stati quasi delitti di lesa nazione denunciati" » ⁽¹²⁾.

Dopo la Restaurazione, si svolsero alcuni processi che sono apparsi particolarmente significativi, sul piano della specialità della repressione dei delitti politici, quale quello della congiura bresciano-milaneese del 1814 e altri processi celebri dello Stato pontificio per cui erano state ritenute competenti commissioni speciali miste e non, negli anni Venti.

Con la crisi, la fine del Regno italico e la rivolta milanese, nel

patriottismo italiano 'delle origini' , cfr. A. CAVANNA, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 674-675: « Insomma, in Italia non furono esportati i mezzi per l'avvio di una rivoluzione, ma i prodotti politico-concettuali conclusivi di una rivoluzione considerata come già compiuta per tutti dalla Francia. E ciò poteva riscuotere non solo il consenso della maggioranza degli intellettuali italiani, imbevuta di un liberalismo decisamente moderato, ma anche quello dei "patrioti", inclini in genere a ripudiare il Terrore ».

⁽¹¹⁾ E. DEZZA, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, in *Id.*, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 192-195; *Id.*, *Un critico milanese della codificazione penale napoleonica. Pietro Mantegazza e le Osservazioni sulla legislazione del cessato Regno d'Italia (1814)*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, cit., 1996, p. 949.

⁽¹²⁾ *Ivi*, pp. 948-952.

giugno del 1814 il Lombardo-Veneto veniva sottoposto all'impero d'Austria. Nell'inverno del 1814 prendeva forma quel tentativo di rivolta o congiura bresciano-milanese che aveva per progetto l'occupazione della fortezza di Peschiera per consentire il rifornimento di armi dei congiurati e infine la marcia su Milano. La cosiddetta congiura bresciano-milanese per l'indipendenza d'Italia o meglio dell'Alta Italia prese corpo da una situazione di sbandamento di ex-ufficiali dell'esercito napoleonico ⁽¹³⁾ che erano poi transitati al servizio di quello austriaco. Questa è la ragione per la quale la congiura è solitamente considerata una ricaduta della fine del Regno d'Italia e non è stata vista come un vero e proprio caso di congiura

(13) Sul clima di disperazione che maturò con l'aggregazione della Lombardia all'Austria, cfr. F. DELLA PERUTA, *Esercito e società nell'Italia napoleonica*, Milano, Angeli, 1988, p. 417, il quale ricorda le allusioni di Ugo FOSCOLO a progetti di congiura nella *Lettera apologetica*, in *Prose politiche e apologetiche (1817-1827)*, parte 2^a, a cura di G. Gambarin, Firenze, Le Monnier, 1964, p. 187; per l'esame del sistema processuale e l'uso delle corti speciali a Milano prima e dopo la caduta del regime napoleonico, cfr. E. DEZZA, *Il codice di procedura Penale del Regno italiano (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova, Cedam, 1983, pp. 49 e 52, 56-57 e pp. 375 e 307. Durante la prima Cisalpina, dopo la proroga delle preesistenti strutture giudiziarie fino all'instaurazione dei tribunali costituzionali, dato l'aumento del banditismo, il 16 termidoro (3 agosto) si ebbe la Legge provvisoria per la procedura contro i ladri e i malviventi e la Legge contro gli inimici dell'ordine pubblico; la prima legge applicava sostanzialmente la procedura stataria prevista dalla Norma interinale per la Lombardia austriaca. Successivamente, visto che le misure prese non parevano sufficienti, si applicavano nuove norme eccezionali. E così « il 27 termidoro vengono pubblicate ben tre leggi provvisorie rispettivamente “per la riforma dei tribunali”, sulla “formazione d'una commissione militare per giudicare gli assassini e malviventi” e “Per le colonne mobili” [...] ». Con i testi normativi del 27 termidoro si incaricava una commissione militare di giudicare con rito direttissimo gli accusati di omicidio e aggressione, detenuti e non ancora processati e tutti coloro che avessero commesso tali reati in futuro; Come ricorda E. DEZZA, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, in *Saggi di Storia del diritto penale moderno*, Milano, Led, 1992, p. 171, a proposito delle innovazioni in età napoleonica per i dipartimenti italiani dell'Impero, « l'unica rilevante differenza rispetto al modello transalpino è costituita dalla sospensione [...] dell'istituto della giuria popolare, sospensione decretata dal Senatoconsulto del 18 ottobre 1802 e confermata dai successivi Senatoconsulti del 3 agosto 1804, 27 settembre 1806 e 11 settembre 1808. In seguito a tali provvedimenti le corti d'assise vengono ordinariamente sostituite... da apposite corti criminali straordinarie (che in età napoleonica appaiono, per così dire, tutt'altro che straordinarie »; Id., *Appunti sulla legislazione penale*, cit., p. 207; Id., *Un critico milanese della codificazione penale napoleonica. Pietro Mantegazza e le Osservazioni sulla legislazione criminale del cessato regno d'Italia (1814)*, cit., pp. 947-953.

o cospirazione per l'indipendenza. A capo della rivolta vi erano i colonnelli Silvio Moretti e Gian Paolo Olini e vi erano stati dei contatti anche con Murat che stava, nel febbraio del 1815, per cominciare la sua guerra per l'indipendenza italiana. Nella congiura contro il governo austriaco furono coinvolti anche alcuni civili: fu innanzi tutto nominata una Commissione speciale mista cioè composta da giudici laici e militari per lo svolgimento dell'istruttoria, comune sia ai congiurati civili che militari. Dopo di che il processo fu diviso in due tronconi: fu nominata una commissione per giudicare gli imputati civili ed un'altra, militare, per quelli appartenenti all'esercito che dovevano essere giudicati secondo il rito inquisitorio austriaco. Gli imputati erano accusati di aver ordito una congiura con la complicità di alcuni elementi della massoneria, allo scopo di conservare il Regno italico sia pure sotto la protezione della monarchia austriaca ⁽¹⁴⁾ e con la previsione di un progetto costituzionale. Nella congiura troviamo coinvolto Romagnosi sulla base delle dichiarazioni dell'ex colonnello Gasparinetti le cui osservazioni non trovarono però un riscontro nelle confessioni degli altri cospiratori e dunque le accuse furono lasciate cadere.

Dopo la scoperta della congiura, il Commissario plenipotenziario Bellegarde aveva incaricato, come si è detto, una Commissione speciale di occuparsi del processo informativo: si trattava di una commissione mista di inchiesta che avrebbe dovuto svolgere tutta la fase cosiddetta di informazione con una competenza per così dire, *ratione materiae*. Bellegarde tuttavia, sul finire dell'inchiesta, si rivolgeva all'Imperatore per sapere come procedere ulteriormente nella causa. Si rendeva necessaria, egli ricordava, una certa sveltezza nei giudizi e nell'irrogazione delle pene, perché un « castigo prontamente inflitto è più esemplare perché più recente è nel pubblico la memoria del delitto » ⁽¹⁵⁾. Per gli imputati civili, non poteva applicarsi il codice austriaco del 1803 visto che tale codice sarebbe

⁽¹⁴⁾ P. RONDINI, « *Ius gladii et aggratiandi* ». *La legislazione e la giurisdizione penale militare nel Regno Lombardo-Veneto*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa. Atti del Convegno Internazionale*, Pavia, 11-12 ottobre 2002, a cura di P. Caroni, E. Dezza, Padova, Cedam, 2006, p. 290.

⁽¹⁵⁾ D. SPADONI, *Milano e la congiura militare nel 1814 per l'indipendenza italiana. I giudizi di Mantova e la sorte dei congiurati*, Modena, Società tipografica modenese, 1937, p. 6.

entrato in vigore nel Regno Lombardo-Veneto solo dal 1° gennaio 1816 ⁽¹⁶⁾. Doveva perciò applicarsi il Codice di Procedura penale per il Regno d'Italia e cioè il cosiddetto Codice Romagnosi ⁽¹⁷⁾ e il

⁽¹⁶⁾ Il Codice dei delitti e delle gravi trasgressioni politiche entrava in vigore in Lombardia il 1° gennaio 1816 e conteneva sia norme di diritto penale sostanziale che processuale, introducendo un processo di tipo inquisitorio: come ricordato da S. TSCHIGG, *La formazione del codice penale austriaco del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, Ristampa anastatica, a cura di S. Vinciguerra, Padova, Cedam, 2001, p. LXVI, l'Austria, uscita vittoriosamente dalle guerre napoleoniche, al Congresso di Vienna ottenne il ristabilimento dello *status quo* recuperando i territori perduti, eccetto alcuni di essi. La Lombardia e il Veneto vennero annessi all'Austria, ma l'entrata in vigore del Codice penale austriaco del 1803 veniva rimandata varie volte. M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire. La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 189 e ss.; S. VINCIGUERRA, *Idee liberali per irrobustire l'assolutismo politico: il codice penale austriaco del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, cit., p. IX; M.A. CATTANEO, *Il codice penale austriaco tra illuminismo e reazione*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, cit., p. XXXIX; E. DEZZA, *L'impossibile conciliazione. Processo penale, assolutismo e garantismo nel codice asburgico del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, cit., p. CLX. Non si deve dimenticare che il suddetto codice accoglieva la nota bipartizione tra delitti e trasgressioni di polizia (*mala in se, mala quia prohibita*), queste ultime rimesse alla cosiddetta magistratura politica; cfr. sul punto A. CADOPPI, *Il « modello » rivale del code pénal. Le « forme piuttosto didattiche » del codice penale universale austriaco del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, cit., pp. CVII-CXVI. La seconda parte, sezione I, prevedeva infatti un capo V intitolato *Delle gravi trasgressioni di polizia contro la sicurezza del comun vincolo dello Stato, e la pubblica tranquillità*, condannando espressamente la partecipazione alle società segrete (§§ 37 e ss.), mentre il delitto di alto tradimento era collocato nella prima sezione, tra i delitti. Cfr. anche A. CAVANNA, *Ragioni del diritto e ragioni del potere nel codice penale austriaco del 1803*, in *Cunabula iuris. Studi storico-giuridici per Gerardo Brogini*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 101-144.

⁽¹⁷⁾ Tale codice, nel suo assetto definitivo, prevedeva al libro terzo intitolato *Di alcuni speciali giudizi*, tit. IX, una sez. III intitolata *Dei giudizi di competenza risguardanti le corti o i tribunali speciali*. Tra le norme non si trova uno specifico riferimento al tipo di composizione di tali corti o tribunali speciali, né veniva tipizzato il rito tenendo conto della specialità di tali giudici. Gli artt. 741-746 ruotavano infatti intorno all'obbligatorietà del preliminare giudizio di competenza, contro cui l'accusato poteva ricorrere in Cassazione con le forme prescritte dal codice per i giudizi ordinari. Il ricorso non aveva effetto sospensivo né rispetto all'istruzione né al giudizio, ma solo nei confronti dell'esecuzione. Su tale codice, cfr. E. DEZZA, *Il codice di procedura penale del Regno italico*, cit., *passim*; ID., *Il modello nascosto. Tradizione inquisitoria e riferimenti napoleonici nel Regolamento organico e di procedura criminale del 5 novembre 1831*, in *I Regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato pontificio (1832)*, Ristampa anastatica, Torino, Cedam, pp. XCIV-XCV, dove vengono ricordate le riflessioni su tale

codice penale francese nella traduzione realizzata per il Regno. Scriveva Bellegarde che « secondo la procedura criminale del cessato governo italiano, tuttora vigente in Lombardia, essendo i rei principali (Latuada e Rasori) persone non militari, dovrebbero tutti gli imputati esser sottoposti ai tribunali ordinari criminali. Ma come sperare, in processo di tanta importanza, la necessaria imparzialità da' giudici, de' quali la maggior parte, se non colla macchinazione, col desiderio almeno era complice dello stesso folle progetto d'indipendenza italiana? » (18). Ciò che si voleva era evitare l'applicazione della procedura prescritta dal Codice Romagnosi riconosciuta come troppo, per così dire, garantistica (19).

Secondo Bellegarde sarebbe stato sommamente opportuno fare come « faceva il governo italiano in simili casi, soprattutto quando era fra i colpevoli qualche militare, chiamandola *commissione speciale* e includendovi sempre anche qualche militare ». Bellegarde constatava come il ricorso alle commissioni speciali o miste per la repressione dei delitti politici fosse una pratica italiana: nel Regno d'Italia le corti di giustizia ordinarie erano state erette in corti speciali con decreto promulgato il 21 marzo 1808 (20). Bellegarde suggeriva inoltre al Barone Hager e indirettamente all'Imperatore, alcuni nomi di giudici che avrebbero potuto far parte della commis-

codice e sulla sua utilizzazione almeno in qualità di modello di K.J.A. MITTERMAIER, *Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni (1845)*, Modena, Zanichelli, 1851, p. 131. Cfr., anche L. NUZZO, *Bibliographie der Werke Karl Josef Anton Mittermaiers*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2004.

(18) D. SPADONI, *Milano e la congiura militare nel 1814 per l'indipendenza italiana*, cit., p. 6.

(19) Ivi, p. 7; cfr anche F. LEMMI, *La restaurazione austriaca a Milano nel 1814, con appendice tratta dagli archivi di Vienna*, Londra-Milano-Bologna, Zanichelli, Doc. LXX, pp. 486-491. E. DEZZA, *Un critico milanese della codificazione penale napoleonica. Pietro Mantegazza e le Osservazioni sulla legislazione del cessato Regno d'Italia (1814)*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, cit, pp. 909-977; E. DEZZA, *Il Codice di procedura penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova, Cedam, 1983; *Le fonti del codice di procedura penale del Regno Italico*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 1985.

(20) Osserva E. DEZZA, *Un critico milanese della codificazione penale napoleonica. Pietro Mantegazza e le Osservazioni sulla legislazione criminale del cessato regno d'Italia (1814)*, cit., p. 949, che « Queste corti speciali, composte dagli stessi giudici incaricati di amministrare la giustizia ordinaria, hanno il compito di perseguire i reati di ribellione armata, contrabbando armato, falsa moneta e assassinio ».

sione in questione, cui conveniva sempre, a suo avviso, aggiungere tre militari di cui uno di grado assai elevato da nominare presidente della commissione speciale. Invece di una sola commissione mista per tutti gli imputati, poi fu nominata una commissione straordinaria per gli inquisiti laici mentre i militari furono rimessi ad una corte marziale, sulla base dello *ius gladii ac aggratiandi*. In base poi all'Imperiale decreto del 21 marzo 1808 (artt. 16-18) sulla procedura e sul giudizio delle Commissioni speciali (indicate dall'art. 107 del regolamento organico della giustizia civile e punitiva), l'istruzione doveva essere sommaria e il giudizio definitivo doveva essere inappellabile sul merito. Sua Maestà aveva tuttavia disposto che la sentenza da pronunciarsi dalla Commissione speciale dovesse, prima di essere pubblicata, sottoposta alla sua Potestà onde far sì che la sorte dei detenuti trovasse « un alleviamento nella di lui Bontà » (21). Occorre aggiungere, infine, che le condanne a morte furono tutte commutate in pene più lievi, anche nel caso dei militari.

A proposito di questi ultimi, è interessante notare come la corte marziale facesse riferimento alle norme prescritte dalla *Constitutio criminalis Theresiana*, art. 67, che irrogava la pena di morte nonché la confisca dei beni per l'alto tradimento e dunque prescriveva pene più severe rispetto alla Giuseppina che si limitava in questi casi alla sola condanna a morte, alla norma penale militare del 3 luglio 1790 che comminava insieme alla condanna a morte la confisca dei beni per l'alto tradimento. Quindi veniva citata la Patente del 2 gennaio 1795 §1, 2, 3, dove si definiva reo di alto tradimento colui che: *a*) avesse leso la sicurezza personale del capo supremo dello stato; *b*) colui che avesse compiuto attività rivolta a una violenta trasformazione della costituzione dello stato; e ciò poteva accadere sia pubblicamente sia in società segrete, sia da singoli e senz'armi, sia in forma associativa ed armata. Si faceva anche riferimento all'art. 5 dello statuto di guerra del 1808 per il quale « Chiunque venga giudicato colpevole di alto tradimento sarà punito con l'impiccagione, sia in tempo di pace che di guerra ». Il cosiddetto processo *statario* (22) era, nella sostanza, un processo speciale: il codice del

(21) D. SPADONI, *Milano e la congiura militare nel 1814 per l'indipendenza italiana*, cit., p. 135.

(22) Cfr., su tale processo, le osservazioni di P. PITTARO, *Giustizia criminale e*

1803 al § 500 lo definiva *straordinario* e lo disciplinava, ma la sua genesi poteva ravvisarsi in ambito militare proprio per i casi di cospirazione, alto tradimento, ecc. « Con il “giudizio statario” ci muoviamo ovviamente in uno spazio che ha a che fare più con il mondo della politica intesa in senso lato che con la quotidiana amministrazione della giustizia penale. Ed è del resto facile individuare una quasi perfetta corrispondenza tra le scelte effettuate dal legislatore asburgico in questa materia ed i ben noti provvedimenti che costellano l'Europa rivoluzionaria e napoleonica di corti speciali e straordinarie » (23).

L'alto tradimento e l'attentato alla sicurezza dello stato erano crimini complessi: nelle carte costituzionali francesi del 1814 e del 1830, ad es., erano rimessi per il giudizio alla Camera dei Pari, insieme peraltro ai fatti relativi alla responsabilità ministeriale, mentre in Inghilterra la Camera alta disponeva di una giurisdizione penale in appello, ma aveva competenza anche a giudicare gli individui formalmente accusati di fronte ad essa dalla Camera dei comuni. L'alto tradimento, che sarà poi previsto anche dallo Statuto albertino all'art. 36 (24), era dunque una figura giuridica dalle molte facce, e così come elaborata e raffinata in seno al diritto penale militare (25) passava al diritto penale comune e ciò si rende soprat-

ragion di Stato, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, cit., pp. CLII-CLIII: « Enorme la deterrenza di tale istituto. Il capitanato del circolo deve fissare il giudizio statuario [...] nominare per la formazione del giudizio cinque persone versate nell'ufficio di giudice criminale [...] ordinare all'autorità militare di mettere a disposizione la truppa opportuna per garantire il giudizio [...] erigendo sul momento un patibolo [...] se si ottiene la prova legale del delitto, la sentenza è pronunciata, pubblicata senza indugio [...] e eseguita ». Erano esclusi il ricorso e la supplica al sovrano per ottenere la grazia.

(23) E. DEZZA, *L'impossibile conciliazione*, cit., p. CLXXVI.

(24) Art. 36: « Il senato è costituito in Alta corte di giustizia con decreto del re per giudicare dei crimini di alto tradimento, e di attentato alla sicurezza dello stato e per giudicare i ministri accusati dalla camera dei deputati. In questi casi il senato non è capo politico. Esso non può occuparsi se non degli affari giudiziari, per cui fu convocato sotto pena di nullità ». Ai sensi dell'art. 47 « la Camera dei deputati ha il diritto di accusare i ministri del re e di tradurli dinanzi all'alta corte di giustizia ».

(25) La fattispecie dell'alto tradimento è presente in diversi codici penali militari preunitari; si vedano ad es., *Regio editto penale militare del 27 agosto 1822*, Torino, Nella stamperia reale, cap. III, § 144: « Ogni cospirazione di militari tendente a fare insorgere l'armata, o qualsivoglia parte di essa contro il regnante, la real famiglia, o la sovrana autorità in qualunque modo, verrà considerata come delitto d'alto tradimento militare.

tutto evidente in occasione della repressione dei moti carbonari, mazziniani e risorgimentali. Non si deve dimenticare, ad es., che in Piemonte in occasione dei moti mazziniani si utilizzerà proprio la fattispecie di alto tradimento militare per configurare il delitto di ribellione o cospirazione commesso in quell'occasione, impiegando dunque la disciplina dell'Editto penale militare del 1822 contro gli autori civili di tali crimini.

In seguito ai moti degli anni Venti vi furono nuovi processi e condanne. Giandomenico Romagnosi fu coinvolto nel famoso processo Pellico-Maroncelli insieme al Professore Pavese Adeodato Ressi ⁽²⁶⁾. In questa ipotesi si applicava *in toto* il codice austriaco del 1803 e dopo i fatti del 1820-1821, Francesco I istituiva il 29 aprile del 1822 due nuovi tribunali speciali, e cioè la Commissione di prima e di seconda istanza con sede a Milano, mentre il Senato Lombardo-Veneto di Verona fungeva da terza istanza ⁽²⁷⁾. Tale riforma veniva applicata nei suddetti processi tenuto conto che il codice austriaco non aveva espressamente accolto il principio di

Gli autori, o complici di tale delitto, e coloro che, essendone informati, avranno tralasciato di denunciarlo, o d'impedirlo potendo, saranno condannati a morte ignominiosa»; su questo articolo e sulla sua applicazione anche ai civili con una relativa imputabilità per alto tradimento di questi ultimi, cfr. G.S. PENE VIDARI, *Nota sul crimen laesae maiestatis, i moti mazziniani e la codificazione albertina*, in «Quaderni fiorentini», 36, 2007, t. I, pp. 399 e ss.; v. anche *Regolamento di giustizia criminale e disciplinale militare*, Roma, nella Tipografia della Rev. Camera apostolica, 1842, libro I, sez. I, tit. I, § 21: «È tradimento quando in materia di servizio militare, dolosamente si giova o procura di giovare, immediatamente o mediatamente, ai nemici interni o esterni, manifesti o occulti del governo pontificio, o della pubblica sicurezza o tranquillità, ovvero se ne suscitano o si procura di suscitare di nuovi».

⁽²⁶⁾ Per la ricostruzione dei profili giuridici più significativi del processo cfr., A.A. CASSI, *Negare l'evidenza e aver salva la vita. Codice penale e tribunali speciali nei processi contro la carboneria bresciana*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa. Atti del Convegno Internazionale*, Pavia, 11-12 ottobre 2002, a cura di P. Caroni, E. Dezza, Padova, Cedam, 2006, p. 330. Per la partecipazione di Romagnosi alla cospirazione cfr., F. PATETTA, *Introduzione* a G.D. ROMAGNOSI, *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa. La scienza delle costituzioni*, a cura di G. Astuti, Roma, Reale Accademia d'Italia, 1937, pp. CXIII-CXI; P. SERGI, *Le "Basi del governo permanente" secondo Romagnosi*, in «Rivista internazionale di filosofia politica e sociale "Il Romagnosi"», I, 1935, pp. 412 e ss.; L. CABOARA, *La filosofia politica di Romagnosi*, Roma-Gubbio, Istituto di filosofia del diritto, 1936.

⁽²⁷⁾ A.A. CASSI, *Negare l'evidenza e aver salva la vita. Codice penale e tribunali speciali nei processi contro la carboneria bresciana*, cit., p. 329.

irretroattività della legge penale. Com'è stato opportunamente segnalato, a partire dal 1848 in poi fino al 1854, e cioè nel periodo in cui restò in vigore lo stato d'assedio proclamato durante la prima guerra di indipendenza, la legge marziale fu estesa anche ai civili per i casi di delitti pericolosi per la sicurezza dello Stato (28).

Punto di partenza è indubbiamente un dato: il disagio di una parte consistente della classe dirigente del Paese, disagio che viene avvertito in maniera pressoché uniforme in tutta la Penisola, nonostante la frammentazione politica. Sono per lo più gli ex funzionari napoleonici e gli ex militari dell'esercito napoleonico ma anche alcuni nobili, proprietari, a sentirsi defraudati di ruoli e cariche e a riunirsi nelle cosiddette vendite carbonare o sette che assunsero una dimensione e un assetto multiformi. Il messaggio forte che originava dalle rivoluzioni carbonare, e poi risorgimentali era propriamente quello della trasformazione dell'ordine monarchico di stampo assolutistico in monarchie costituzionali. E il modello, anzi il mito fu quello della costituzione di Cadice del 1812. Indubbiamente, la costituzione di Cadice alimentava i propositi di insurrezione della carboneria in Italia (29). Furono soprattutto il Regno delle Sicilie e il Piemonte a risentire di tale influenza, ma indirettamente anche i moti degli anni Venti in Romagna furono una ricaduta, quasi in risonanza, dell'esperienza napoletana e piemontese e delle rivendicazioni legate alla costituzione spagnola. La costituzione di Cadice era modellata su quella francese del 1791, conosciuta e apprezzata nell'ambiente illuministico spagnolo di quegli anni (30). La costituzione gaditana riconosceva la religione cattolica esplicitamente come religione della nazione spagnola in perpetuo (cap. II, art. 12),

(28) P. RONDINI, «*Ius gladii et aggratiandi*». *La legislazione e la giurisdizione penale militare nel Regno Lombardo-Veneto*, cit., p. 289, nt. 9.

(29) P. COLOMBO, *Costituzione come ideologia. Le rivoluzioni italiane del 1820-21 e la costituzione di Cadice*, in J.M. Portillo Valdés, *La nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, Manduria-Bari-Roma, Lacaíta, 1998, p. 133. Sulla "lunga vita" di questa costituzione, applicata in alcune zone dell'America latina intorno al 1841, nonostante in Spagna fosse stata sostituita nel 1837 e in Italia, dove era stata impiegata con degli adattamenti, avesse cessato di essere norma di stato nel 1821, cfr. B. CLAVERO, *Emisferi di cittadinanza*, in «*Storica*», 37, 2007, pp. 7-50.

(30) M.S. CORCIULO, *La costituzione di Cadice e le rivoluzioni italiane del 1820-21*, in «*Le Carte e la Storia*», 2, 2000, p. 19.

realizzava un'opzione monarchica che sembrava in quel momento imprescindibile: essa diveniva così il simbolo del *levantamiento nacional*, e collocava la Nazione al centro di sé, una « Nazione in armi » che assumeva un ruolo prevalente rispetto all'individuo, ai suoi diritti e alle sue libertà ⁽³¹⁾. Rispetto al passato, negli anni Venti dell'Ottocento la costituzione non rappresenta dunque più l'esito del movimento rivoluzionario, il suo 'cascame', ma ne costituisce invece l'antefatto: quasi in una sorta di inversione dei termini, la « costituzione come ideologia » è destinata a precedere la rivoluzione e a divenirne l'a priori inteso come giusto di per sé e dunque, forse si può dire, come ideale *Konstitution* in senso schmittianamente inteso ⁽³²⁾.

Come pare probabile, anche i moti romagnoli di quegli anni furono una conseguenza del trionfo della costituzione spagnola ⁽³³⁾, proclamata dagli insorti napoletani nel luglio del 1820 e da quelli del 10 marzo del 1821 di Alessandria e che giunsero fino a Torino ⁽³⁴⁾: tali rivolte avevano lasciato sperare anche i carbonari delle Romagne. Qui, era stato inizialmente Monsignor Tiberio Pacca, delegato per Ravenna e Forlì, subito dopo il ritorno di queste terre alla chiesa, a istituire una commissione mista per giudicare sommariamente e inappellabilmente i delitti politici.

La condanna delle sette occulte e segrete era poi stata una sorta di tradizione per i pontefici, a partire da Clemente XII, Benedetto

⁽³¹⁾ L. SCUCCIMARRA, *L'invenzione della politica. José Maria Portillo Valdés e la cultura costituzionale di Cadice*, in J.M. Portillo Valdés, *La nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, cit., p. LVI.

⁽³²⁾ P. COLOMBO, *Costituzione come ideologia. Le rivoluzioni italiane del 1820-21 e la costituzione di Cadice*, cit., p. 154.

⁽³³⁾ M.S. CORCIULO, *La costituzione di Cadice e le rivoluzioni italiane del 1820-21*, cit., pp. 18-29; S. MANNONI, *L'unificazione italiana e l'accentramento napoleonico*, in « Le Carte e la Storia », 2, 2000, pp. 30-37; A. SCIROCCO, *Parlamento e opinione pubblica a Napoli nel 1820-21: l' "adattamento" della costituzione*, in « Clio », XXVI, 4, 1990, pp. 569 e ss.; M.A. BENEDETTO, *Aspetti del movimento per la costituzione in Piemonte durante il Risorgimento*, Torino, Giappichelli, 1951; C. GHISALBERTI, *Costituzionalismo e classi sociali nel Risorgimento in Modelli costituzionali e Stato risorgimentale*, Roma, Carucci, 1987, pp. 19 e ss.

⁽³⁴⁾ A. AQUARONE, *Introduzione a Costituzione del Regno di Sardegna (1821), Costituzione politica spagnola*, in *Le costituzioni italiane*, a cura di A. Aquarone, M. D'Addio, G. Negri, Milano, Edizioni di Comunità, 1958, p. 510.

XIV, e Pio VII. Il primo, Clemente XII, aveva colpito con la costituzione *In Eminentissimi* del 27 aprile 1738 la setta chiamata *de' liberi Muratori* o *des françs Maçons*; tale costituzione, considerandoli oppositori della chiesa cattolica, elargiva scomuniche agli aderenti. Pio VII aveva condannato la setta dei Carbonari con la costituzione *Ecclesiam a Jesu Christo* del 13 settembre 1821. Il 13 marzo 1825, a distanza di soli 4 anni dal suo predecessore, Leone XII si vedeva costretto a ritornare sull'argomento, dato il dilagare delle sette e soprattutto l'affermarsi della Carboneria. Questa era oggetto di severa condanna sia perché ritenuta contraria al credo cattolico sia perché considerata pericolosa per lo Stato della chiesa. Contro i carbonari occorre usare la stessa severità che si era a suo tempo adoprata per gli eretici: occorre insomma estirparli⁽³⁵⁾. Era stato infatti così sancito nella costituzione *In eminentissimi* nel 1738 da Clemente XII che ricordava come per reprimere i settari si dovesse far ricorso agli stessi strumenti inquisitori a suo tempo impiegati contro gli eretici.

Il modello processuale si forgiava dunque, almeno per lo Stato pontificio, sul processo inquisitorio-inquisitoriale⁽³⁶⁾ messo a punto dalla chiesa cattolica nella repressione della devianza religiosa: se ne prendevano però solo alcuni tratti salienti, quali la segretezza, la forte compressione delle garanzie dell'imputato, i premi offerti ai delatori, come la possibilità che restassero ignoti i loro nomi, in termini di premialità tipica dei sistemi di antico regime. L'applicazione dei metodi e l'esperienza della giustizia militare avevano però lasciato un segno indelebile: ecco perché si faceva ricorso alle

(35) LEONE XII, *Quo graviora mala*, in *Litterae apostolicae quibus sectae occultae et clandestinae damnantur*, Romae, Ex typographia Reverendae Camerae Apostolicae, 1827, 13 marzo 1825, p. 5. Sul tipo di processo affermatosi in relazione alla repressione dell'eresia, anche per la bibliografia, mi permetto di riviare a C. LATINI, Voce *Diritto canonico-Inquisizione*, in *Dizionario storico dell'Inquisizione*, diretto da A. Prosperi con la collaborazione di V. Lavenia e di J. Tedeschi, Edizioni della Normale, Pisa, 2009, vol. I, pp. 484-490, in corso di stampa.

(36) A proposito del Regolamento organico e di procedura criminale del 1831, ha parlato di un modello inquisitorio romano-canonico specialmente in merito alla fase istruttoria di tale processo, E. DEZZA, *Il modello nascosto. Tradizione inquisitoria e riferimenti napoleonici nel Regolamento organico e di procedura criminale del 5 novembre 1831*, cit., pp. XCVIII-XCIX, il quale ha anche individuato un secondo modello, "nascosto", e cioè il Codice Romagnosi.

commissioni speciali e nei momenti più difficili si utilizzavano quelle miste, coinvolgendo i militari. La presenza di militari nelle commissioni speciali, anche quando non si fosse dovuto giudicare un militare ma un civile, garantiva celerità, sommarietà, abbassamento delle garanzie per l'imputato ed esemplarità, specie nella fase di irrogazione della pena corporale o di sangue.

Dopo le cospirazioni del 1815-17, la carboneria rimase, nei territori dello Stato pontificio, piuttosto attiva. Il 1° ottobre 1821 si annunciava la nomina di una commissione che doveva non solo istruire la causa ma anche giudicare l'attività criminosa, a carattere principalmente politico, svolta da alcuni individui della zona di Ravenna e Forlì. Si trattava del famoso processo Rivarola che prendeva il nome dal cardinale Agostino Rivarola, legato della città di Bologna (37). Le indagini furono affidate a giudici esclusivamente laici ma la commissione speciale era dotata di poteri eccezionali: in particolare si poteva procedere anche contro le persone ecclesiastiche, regolari e in generale privilegiate e anche fuori dalle due Legazioni di Forlì e Bologna, contro laici e militari, senza distinzioni. La commissione incaricata di istruire la causa doveva soprattutto indagare sulle opinioni politiche degli accusati e sul loro proposito di rovesciare i governi e sulla loro eventuale adesione alla carboneria. Accanto alla volontà di estirpare la carboneria, tuttavia, si collocava anche un interesse generico a non esacerbare gli animi. Già Consalvi aveva manifestato l'opportunità di moderare gli effetti più deleteri della Restaurazione: essendo gli usi, le idee, tutto cambiato in questi luoghi, occorreva agire con cautela (38). A sostegno delle proprie

(37) Subito dopo la Restaurazione, Rivarola veniva inviato a Roma per preparare il ritorno del pontefice: il cardinale, con editto del 13 maggio 1814 prescriveva l'abolizione dell'intera legislazione francese. Dopo una prima fase dominata dalla volontà di annientare il passato ordinamento francese e ripristinare il sistema di antico regime, si faceva strada a Roma la necessità di « recepire lo spirito e alcuni istituti dell'ordinamento napoleonico »; il Rivarola, appartenente al gruppo degli Zelanti, era dunque più che un conservatore; cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Riforme giudiziarie e Restaurazione nello Stato pontificio (1814-1817)*, in *Roma fra la Restaurazione e l'elezione di Pio IX. Amministrazione, economia, società e cultura*, Roma-Freiburg-Wien, Herder, 1997, pp. 56-57.

(38) G. SANTONCINI, *Sovranità e giustizia nella restaurazione pontificia. La riforma dell'amministrazione della giustizia criminale nei lavori preparatori del motu proprio del 1816*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 9: « Le Romagne e le Marche erano state terre

preoccupazioni Consalvi aveva scritto infatti a suo tempo: « Aggiungasi a tali riflessi delle abitudini tutte cambiate di quelle Provincie, ed alli interessi particolari la corruzione e la depravazione dei costumi, le idee rivoluzionarie, la febbre del tempo, cioè la voglia di un Governo costituzionale, che disgraziatamente guadagna terreno ogni giorno di più » (39). Proprio il fatto che tra i cospiratori-carbonari vi fossero sovente i notabili di un luogo o per usare un'altra espressione, i galantuomini, i proprietari terrieri, denotava una tendenza in atto e cioè esprimeva le difficoltà delle istituzioni ecclesiastiche di convivere col notabilato laico e di orientare una sfuggente opinione pubblica (40).

Il reato per cui venivano condannati gli imputati del processo Rivarola era quello di cospirazione contro lo Stato, e cioè di sovversivismo a sfondo liberal-costituzionale. E il 31 agosto del 1825 il cardinale Agostino Rivarola condannava a varie pene (41), da quella di morte fino all'interdizione dai pubblici uffici e al precetto politico morale di primo o di secondo ordine (42), circa 513 persone di cui solo trenta furono assolte per difetto di prove e tenuità degli indizi,

riottose a ritornare sotto il 'paterno' dominio del pontefice. Se Consalvi era riuscito a contenere e ad allontanare le pretese di protettorato austriaco su di esse, era, però, ben consapevole che doveva tessere in un altro ordito la vocazione autonomistica che veniva da più parti di quei territori. Per l'intanto esortava prelati e delegati apostolici inviati in quelle province dopo la 'seconda' recupera ad essere tolleranti ».

(39) I. RINIERI, *Corrispondenza Consalvi Pacca durante il Congresso di Vienna*, Torino, Ute, 1903, Vienna, 12 giugno 1815, pp. 712 e ss. Su Consalvi cfr., A. ROVERI, s.v., in *Dizionario Biografico degli italiani*, Roma, Treccani, 1983, vol. 28, pp. 33-44.

(40) F. DELLA PERUTA, *Il mondo latomistico della restaurazione*, in *La nascita della nazione. La carboneria. Intrecci veneti, nazionali e internazionali*, a cura di G. Berti, F. Della Peruta, Atti del XXVI Convegno di Studi Storici, Rovigo, Crespino, Fratta Polesine, 8-9- 10 novembre 2002, Rovigo, Minelliana, 2004, pp. 9 e ss. Cfr., in generale, sull'opinione pubblica, *Opinione pubblica. Storia politica costituzione dal XVII al XX secolo*, numero monografico del *Giornale di Storia costituzionale*, 6, 2003, a cura di L. Lacché; *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao, L. Lacché, C. Storti, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 35.

(41) Il testo della sentenza è interamente pubblicato in appendice al libro di M. PERLINI, *I processi politici del Cardinal Rivarola*, Mantova, Mondovi, 1910, pp. 193 e ss.

(42) Il precetto politico di primo grado obbligava colui che lo subiva a non uscire dalla città in cui abitava, a rientrare in certi orari prestabiliti e a presentarsi periodicamente ad un ispettore di polizia. Più miti erano le prescrizioni per il caso del precetto politico di secondo grado.

pur se riconosciuti gravemente sospetti di aver favorito alcuni membri della cospirazione. Tutti e trenta risultavano allontanati dallo stato pontificio con le misure del 10 luglio 1821. Primo tra tutti, condannato a morte per alto tradimento, il conte Giacomo Laderchi di Faenza, già viceprefetto del passato regime italico, reo confesso che aveva poi tentato di ritrattare invano. Rivarola — che, con questo processo, accanto alla fama di reazionario otteneva l'odio dei romagnoli, tanto da essere oggetto di un attentato nel 1826 — pronunciava la sentenza in nome della Commissione speciale ed era stato da papa Leone XII munito di un breve speciale a lui straordinariamente delegato. Nella sentenza il cardinale ripercorreva le fasi più salienti del processo, si riferiva a fatti verificatisi tra il 1821 e il 1822 a Ravenna, Faenza, Forlì, Bologna. La congiura non era giunta a consumarsi e cioè non era arrivata a produrre il risultato della 'rivoluzione': tuttavia era pervenuta, come dirà la sentenza, al suo risultato più prossimo, essendo stato progettato un piano di rivolta che prevedeva al proprio interno una serie di azioni dimostrative, come alcuni omicidi proditori commessi « o in odio di parte o per fatto dei settari ».

Il 'maxi-processo', che si concluse all'incirca un anno dopo la costituzione della speciale commissione, anche se gli esami erano cominciati già nel 1821 con i primi arresti per misure politiche, portò innanzi tutto a sette condanne a morte degli accusati di alto tradimento. Seguiva la condanna di altre sei persone al carcere perpetuo per essere convinti settari e gravati di complicità nel delitto di congiura. Rivarola, con questa sentenza, decapitava la classe dirigente dell'Emilia. Dopo la conclusione del processo Rivarola e le sentenze capitali, e significativamente nello stesso giorno in cui si leggevano le condanne, lo stesso Rivarola concedeva grazie e commutazioni di pene ai condannati e infine si concedeva una generale amnistia ⁽⁴³⁾. Alto tradimento era l'espressione usata nella sentenza per definire il reato più grave che era stato consumato. La notte del 23 luglio 1826 a Ravenna, un attentato diretto al cardinal Rivarola riapriva la questione delle cospirazioni: il cardinale uscirà miracolosamente indenne, ma morirà al suo posto Don Ignazio Muti cano-

⁽⁴³⁾ M. ROSTI, voce *Rivarola (Processo)*, in *Dizionario del Risorgimento nazionale. Dalle origini a Roma capitale. Fatti e persone*, Milano, Vallardi, 1931, vol. I, p. 883.

nico della città di Ravenna. Verrà allora costituita il 22 agosto 1826 da Leone XII la Commissione speciale per le quattro legazioni conosciuta anche col nome di Commissione Invernizzi-Ruvineti e Monsignor Filippo Invernizzi, avvocato del Fisco e della Reverenda Camera apostolica, ne fu nominato presidente. La Composizione della commissione questa volta era mista: vi erano laici, ovviamente ecclesiastici, e militari. Se il presidente era infatti un monsignore, primo tra i giudici e considerato un dirigente al fianco di Invernizzi era il colonnello dei carabinieri Ruvineti, uomo conosciuto a Ravenna come brutale e autoritario ⁽⁴⁴⁾. Facevano poi parte della Commissione Luigi Mattioli Benvenuti, giudice del tribunale criminale della delegazione di Macerata, e giudice fiscale della delegazione di Macerata, Fermo ecc., e Filippo Francesco Carli, giudice del tribunale di appello di Bologna. Ad accentuare la *territo* che produceva la stessa composizione della commissione, si aggiungeva la presenza di alcuni missionari, che accompagnavano la commissione e che pare svolgessero opera di conversione delle Romagne, insieme agli esecutori di giustizia, cioè Bugatti e il boia mastro Titta.

Tra le prime sentenze della famosa Commissione Invernizzi troviamo quella del 5 luglio 1827 in cui si condannava Pasquale Santi di Cesena detto Dublino, pescivendolo e carbonaro, a dieci anni di galera per l'omicidio « per spirito di partito » di Mariano Pierini carabiniere e « esploratore di polizia », ucciso in seguito alle ferite riportate in una rissa l'8 febbraio 1821. L'autore del crimine non veniva condannato a morte come sarebbe stato prescritto dalla Costituzione di Clemente XII, *In supremo iustitiae solio*, ma, come si è visto, alla galera, dalla Speciale Commissione, perché gli indizi non erano sufficienti per « condurre a quel grado di piena convinzione » della colpevolezza necessario ai sensi del Chirografo benedettino del 2 gennaio 1743 ⁽⁴⁵⁾. E la sentenza veniva pronunciata invocando il nome di Dio, e « moderando con equitativo arbitrio l'enunciata sanzione penale », cioè la pena capitale. La scelta di non condannare

⁽⁴⁴⁾ Pare, come ricorda G. LETI, *Carboneria e massoneria nel Risorgimento italiano*, Genova, Libreria editrice Moderna, 1925, p. 170, che a Ravenna circolasse un gioco di parole satirico e al contempo dal sapore di un avvertimento, per cui « o Ruvineti ruina Ravenna, o Ravenna ruina Ruvineti ».

⁽⁴⁵⁾ *Commissione speciale per le quattro legazioni e per la delegazione d'urbino e Pesaro sedente in Faenza*. Sessione del 5 luglio 1827, Sentenza.

a morte l'imputato è qui il frutto di una serie complessa di valutazioni: il citato principio di « piena convinzione » sembra non completamente identificabile col principio dell'intimo convincimento del giudice. La sentenza infatti era l'esito della ponderazione e all'applicazione di un *arbitrium iudicis* ⁽⁴⁶⁾ temperato dall'*aequitas*, elementi che richiamavano il passato sistema di *Ancien Régime*.

La commissione Invernizzi usava fare ricorso a strumenti come la spontanea o rinuncia che consisteva nella confessione di un soggetto aderente ad una setta, il quale dichiarava di avere avuto torto nell'avversare il governo e prestava il giuramento di non congiurare più. Naturalmente la spontanea, oltre ad evitare di processare e custodire in carcere svariate persone, consentiva, con la promessa dell'impunità, di ottenere delazioni, il che tendeva naturalmente ad indebolire le sette.

Successivamente, si ebbe la sentenza del 26 aprile 1828 data dalla Commissione Invernizzi: si condannavano diverse persone a morte e altre alla galera, e solo alcuni al precetto di primo o di secondo grado, mettendo insieme due fatti, il tentato omicidio del Rivarola e gli omicidi del Conte Domenico Matteucci, direttore provinciale di polizia a Ravenna, la sera del 5 aprile 1824 e quello dell'ebreo Mosé Forti di Lugo la sera del 15 marzo 1827. Si trattava della sentenza con cui si condannavano gli attentatori alla vita di Agostino Rivarola, miracolosamente sfuggito all'agguato in cui perdeva la vita il canonico che lo accompagnava, ma scampato anche ai precedenti tentativi di ucciderlo con pane avvelenato: tra gli imputati vi era infatti anche un fornaio, che si occupava personalmente di fornire il pane all'odiato cardinale. Accusati e condannati a morte furono Luigi Zanoli, calzolaio, Angelo Ortolani, ministro del forno pubblico, Gaetano Montanari, barbiere, tutti di Ravenna, per aver tentato di uccidere Rivarola e aver ucciso invece il suo accompagnatore, Don Muti; insieme a loro, condannati sempre all'ultimo supplizio, troviamo Gaetano Rambelli e Abramo Isacco Forti, detto Marchino. Rambelli, che di mestiere faceva il cappellaio a Ravenna, era membro di una società segreta ed era stato accusato di aver ucciso con la complicità di Angelo Ortolani il Conte Domenico

⁽⁴⁶⁾ M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

Matteucci, Direttore provinciale di Polizia, il 5 aprile 1824. Luigi Zanolì e Gaetano Montanari si sarebbero poi macchiati dell'omicidio, la sera del 15 marzo 1827 di Mosè Forti, su mandato di Abramo Isacco Forti. I condannati a morte furono tutti giustiziati a Ravenna il 13 maggio 1828: questa volta, non vi furono né grazie, né mitigazioni delle pene. Dei tre fatti, e cioè il tentato omicidio del Cardinale Rivarola, come conseguenza del rigore con cui aveva represso i carbonari e gli altri settari nel celebre e omonimo processo, l'omicidio di Domenico Matteucci, « in odio di ufficio e per spirito di partito », e l'omicidio dell'ebreo Abramo Forti, solo i primi due appaiono collegati tra di loro e riconducibili a progetti carbonari: il terzo omicidio non sembra fosse stato consumato per ragioni politiche, ma probabilmente veniva sussunto nell'ambito della competenza della Commissione speciale Invernizzi per il solo fatto che gli autori materiali erano Luigi Zanolì e Gaetano Montanari, ritenuti settari.

Dopo un lungo periodo di impiego delle commissioni speciali, con il Regolamento organico e di procedura criminale del 5 novembre 1831, i delitti di lesa maestà, cospirazione, sedizione ed attentati alla pubblica sicurezza, tutti considerati come collocati sullo stesso piano sotto il profilo dell'allarme sociale che generavano, vennero ritenuti di competenza del Tribunale della Sacra Consulta ⁽⁴⁷⁾ (art. 556), competenza che però veniva soppressa nel marzo del 1848 con

⁽⁴⁷⁾ Il 20 febbraio 1832 veniva però istituito un Tribunale straordinario temporaneo per giudicare i reati politici. Cfr. sul punto, A. SORBELLI, *Libro dei compromessi politici nella rivoluzione del 1831-32*, Roma, Vittoriano, 1935, p. IX, N. CONTIGIANI, *Il processo penale pontificio tra ancoraggi inquisitori e spettro riformista (1831-1858)*, in « Rivista di storia del diritto italiano », LXXX, 2007, p. 198. Il Tribunale della Sacra Consulta si componeva del Cardinale Prefetto, dei Prelati ponenti e del Segretario e si divideva in due turni o sezioni che decidevano in appello le cause giudicate dai tribunali di Roma e sulle condanne a pene capitali pronunciate dai tribunali di Perugia, Rieti, Viterbo, Civitavecchia, Frosinone, Orvieto, Benevento, e giudicava le questioni di competenza insorte tra tali tribunali. La Consulta, come tribunale supremo era competente per i delitti di lesa maestà e contro la sicurezza dello Stato, per le questioni di competenza tra i tribunali di province non dipendenti da un unico tribunale di appello, e per le istanze di annullamento presentate dai condannati a pena capitale rese o in secondo grado dai tribunali di appello o rese dall'altra sezione della Consulta. Cfr. V. LA MANTIA, *Storia della legislazione italiana. Roma e Stato romano*, Torino, Bocca, 1884, p. 614.

la concessione dello Statuto ⁽⁴⁸⁾ e il divieto di cui all'art. 4 di istituire Tribunali o commissioni straordinarie e dopo un intervento normativo di tipo chiarificatore col quale si stabiliva che erano « del pari cessate al Tribunale della S. Consulta le attribuzioni al medesimo accordate dal tit. X, art. 555 e ss. del regolamento di Procedura criminale del 5 novembre 1831, in ordine ai delitti politici » ⁽⁴⁹⁾. Il Tribunale veniva poi soppresso dal Governo repubblicano insediandosi a Roma il 9 febbraio 1849, mentre dal marzo del 1850 tornava ad operare nel pieno delle sue funzioni. Nel decennio 1860-70 il Tribunale della S. Consulta era oggetto di varie polemiche e di una campagna di stampa piuttosto aggressiva, finché cessava di funzionare il 20 settembre 1870. Ciò che è importante evidenziare è che tale tribunale, per i delitti politici, assumeva la veste di tribunale straordinario a carattere « spiccatamente politico » ⁽⁵⁰⁾.

Il modello per la giustizia punitiva in relazione ai delitti politici restava dunque quello della giustizia militare, sommaria, spedita nelle forme, con tratti però legati al processo inquisitorio-inquisitoriale. Il modello processuale si forgiava dunque, almeno per lo Stato pontificio, sul processo inquisitorio-inquisitoriale ⁽⁵¹⁾ messo a punto dalla chiesa cattolica nella repressione della devianza religiosa: se ne prendevano però solo alcuni tratti salienti, come la segretezza, l'abbassamento delle garanzie dell'imputato, le garanzie offerte per

(48) A. ARA, *Lo Statuto fondamentale dello Stato della Chiesa (14 marzo 1848). Contributo ad uno studio delle idee costituzionali nello Stato pontificio nel periodo delle riforme di Pio IX*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 34-35; v. anche A. AQUARONE, *Introduzione a Statuto fondamentale del Governo temporale degli Stati della chiesa*, in *Le costituzioni italiane*, a cura di A. Aquarone, M. D'Addio, G. Negri, cit., pp. 597-598.

(49) Il progetto di legge « sull'abolizione dei tribunali e Commissioni straordinarie » ottenne il voto favorevole del Consiglio di Stato nella tornata del 7 luglio 1848, presieduta dal ministro di Grazia e giustizia, Prof. Pasquale de Rossi, fu poi discusso e approvato nelle sedute del 14 agosto del Consiglio dei deputati, 20 novembre e 2 dicembre dell'Alto Consiglio. Cfr., ASR, *Archivio politico costituzionale*, busta 29, fasc. 213; M. SBRICCOLI, *Giuseppe Giuliani. La vicenda di un penalista moderato nell'Italia del XIX secolo*, in « Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Macerata », V, 2000-2002, p. 11.

(50) N. DEL RE, *La curia romana. Lineamenti storico-giuridici*, Roma, Edizioni di storia e di letteratura, 1970, p. 350.

(51) Sul processo penale pontificio dopo la riforma di Gregorio XVI, cfr., N. CONTIGIANI, *Il processo penale pontificio tra ancoraggi inquisitori e spettro riformista (1831-1858)*, cit., pp. 189-314.

i delatori anche in termini di premialità tipica dei sistemi di antico regime. L'applicazione dei metodi e l'esperienza della giustizia militare avevano però lasciato un segno indelebile: ecco perché si faceva ricorso alle commissioni speciali e nei momenti più difficili si utilizzavano quelle miste. La presenza di militari nelle commissioni speciali, anche quando non si dovesse giudicare un militare ma un civile, garantiva celerità, sommarietà, abbassamento delle garanzie per l'imputato ed esemplarità, specie nella fase di irrogazione della pena corporale o di sangue.

La classe dirigente della penisola dagli anni Venti in poi era destinata a conoscere e a saggiare le luci e le ombre dell'incontro tra valori diversi e del prodotto di quell'incontro: la sicurezza dello Stato, l'ordine pubblico e le libertà individuali. In questo senso, il diritto e il processo penale in complesso riflettevano, nelle legislazioni degli stati italiani preunitari, le ambiguità e le contraddizioni delle carte costituzionali sperate o ottriate ⁽⁵²⁾: mentre con una mano, si riconoscevano infatti valori e libertà *naturalmente* appartenenti all'individuo, con l'altra, si consentiva la loro sospensione in momenti di speciale gravità, come era previsto nella stessa costituzione gaditana. Mentre il principio di unicità della giurisdizione, recepito negli ordinamenti giuridici di quegli anni, trovava alla fine riconoscimento nelle costituzioni italiane preunitarie, questo principio veniva smentito, col mantenimento di fori speciali, quale quello degli ecclesiastici e dei militari strutturati nella forma del *privilegium fori*. Lo stesso si potrebbe dire per il principio-cardine del giudice naturale che si andava affermando sia sul piano della legislazione penale sia sul piano costituzionale, e nonostante ciò si ammetteva la sottrazione di alcune persone ree di delitti di speciali atrocità a tale giudice e le si rimetteva a corti speciali istituite *ad hoc* e talvolta

(52) Sulle costituzioni italiane, la loro elaborazione e riforma, a partire dalle cosiddette costituzioni giacobine, cfr. *Prefazione a Le costituzioni italiane*, a cura di A. Aquarone, M. D'Addio, G. Negri, cit., pp. V-XVI. Specie con le rivolte nel 1820 a Napoli e nel 1821 in Piemonte, si manifestava quanto fosse vivo nella classe dirigente italiana il problema delle riforme costituzionali. In questo caso, si fece ricorso alla costituzione gaditana che non aveva nulla in comune con esperienza italiana, ma che pure esprimeva un momento fondamentale perché, anche se formalmente concessa in varie aree della penisola, essa rappresentava l'affermazione della volontà dei patrioti piemontesi e napoletani.

anche *ex post*, cioè create dopo la commissione del delitto. In questo senso, è possibile rilevare che si trattava prevalentemente di soluzioni solo in apparenza eccezionali e temporanee, quali le commissioni speciali, che avevano però la tendenza a consolidarsi nell'esperienza della repressione del dissenso politico nella penisola italiana e a radicarsi oltre modo. A conferma di ciò, è opportuno ricordare come l'uso degli stati d'assedio e della giustizia militare per la repressione del dissenso politico nell'Italia unita, saranno la 'variabile-costante' ricorrente durante la seconda metà dell'Ottocento⁽⁵³⁾.

(53) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge diritto giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, p. 487; ID., *Dissenso politico e diritto penale* in «Quaderni fiorentini», 2, 1973, p. 639; L. VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in «Rivista di storia contemporanea», 1976, 4, pp. 481-524; F. COLAO, *Le ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986; ID., *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da «delitto fittizio» a «nemico dello Stato»*, Milano, Giuffrè, 1986; C. FIORE, *Il controllo della criminalità organizzata nello Stato liberale: strumenti legislativi e atteggiamenti della cultura giuridica*, in «Studi storici», 29, 1989, pp. 421-436, C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 7 e ss.; F. COLAO, «*Il problema del reato politico*» e «*la cosiddetta autonomia del giuridico*». Rileggendo Mario Sbriccoli, in *Penale giustizia potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, Eum, 2007, p. 273. Sul punto mi permetto di rinviare, anche su un piano bibliografico, a C. LATINI, *Un ordine penale più civile*, cit., *passim* e ID., *La sentenza 'dei giornalisti'. Repressione del dissenso e uso dei tribunali penali militari durante lo stato d'assedio nel 1898*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio: una riflessione interdisciplinare*. Atti del convegno, Teramo, 4 maggio 2006, a cura di P. Marchetti, Napoli, Esi, 2007, pp. 243-277.

GIAMPIETRO BERTI

LA SOVVERSIONE ANARCHICA IN ITALIA
E LA RISPOSTA GIUDIZIARIA DELLO STATO (1874-1900)

È noto che lo Stato liberale nato dal Risorgimento soffrì fino all'avvento del fascismo di un deficit di legittimità a fronte delle grandi masse popolari rappresentate dai cattolici e dal movimento socialista. All'interno di quest'ultimo la componente anarchica costituì di gran lunga la parte più radicale nell'opposizione alla monarchia e al ceto borghese. Nelle pagine che seguono è affrontato il problema del rifiuto del nuovo potere alla luce della contrapposizione fra Stato e anarchia. L'arco cronologico preso in esame riguarda il periodo più eclatante di tale conflitto, ovvero gli anni che vanno dalla diffusione dell'anarchismo in Italia alla 'crisi di fine secolo'.

Intorno al 1874 la consistenza numerica dell'internazionalismo italiano risultava essere di 26.704 aderenti distribuiti in 129 sezioni (ma altre fonti fanno salire il numero a 32.450). La rete delle sezioni, dei nuclei e degli isolati corrispondenti era particolarmente fitta nell'Italia centrale e centrosettentrionale ⁽¹⁾. Sotto il profilo della composizione sociale gli internazionalisti erano in gran parte muratori, imbianchini, barrocciai, meccanici, fabbri, tipografi, calzolai, sarti, barbieri, fornaciai, maniscalchi, arrotini, scalpellini, vetturali, sellai, cocchieri, scritturali, facchini. In altri termini, erano autentici lavoratori che esercitavano mestieri rispondenti alle condizioni economiche di quel tempo ⁽²⁾. Il carattere anarchico dell'internaziona-

⁽¹⁾ F. DELLA PERUTA, *La consistenza numerica dell'Internazionale in Italia*, in « Movimento operaio », I-II (1949-50), pp. 104-108.

⁽²⁾ P.C. MASINI, *La Prima Internazionale in Italia. Problemi di una revisione storiografica*, in *Il movimento operaio e socialista. Bilancio storiografico e problemi storici* (Atti del convegno promosso da « Mondo Operaio » per il 70° del Partito socialista italiano, Firenze 18-20 gennaio 1963), Milano 1965, p. 99.

lismo trova la sua clamorosa espressione nei moti insurrezionali del 1874 e del 1877. Sebbene diversi, essi hanno un fondamentale tratto comune consistente nell'*esplicita intenzione insurrezionale* data dall'insopprimibile spinta chiliastica dell'insorgere *qui e subito*. Non c'è dubbio, tuttavia, che a spingere gli internazionalisti nella determinazione della scelta insurrezionale vi sia stata anche la particolare congiuntura storica che vide in Italia, tra la fine del 1873 e gli inizi del 1874, la punta più alta per tutto il decennio delle proteste e degli scioperi contro il rincaro dei viveri, i bassi salari e le condizioni disumane dei lavoratori. Il governo italiano conosceva i propositi degli internazionalisti, le loro trame e i loro maneggi. La polizia seguiva e controllava tutte le mosse dei cospiratori. Informazioni riservate davano per certo che i preparativi rivoluzionari andavano intensificandosi in varie parti d'Italia, specialmente nelle Marche, in Umbria, nelle Romagne, in Campania. Un'apprensione particolare era conseguente alla notizia delle possibili intese, a livello nazionale, fra internazionalisti, repubblicani e democratici avanzati.

Gli internazionalisti decisero di dare inizio alle ostilità contro lo Stato italiano, fissando per l'8 agosto 1874, a Bologna, l'epicentro della rivolta. Nel capoluogo emiliano furono spediti per ferrovia 254 fucili militari e 9 revolver. Il piano prevedeva che alcune bande armate provenienti da varie parti della Romagna entrassero in città, assaltassero l'arsenale e la prigione — liberando tutti i carcerati — e occupassero i punti strategici più importanti, tra cui il municipio e la prefettura ⁽³⁾. Ma il governo, già il 5 agosto, con una drammatica cattura, aveva fatto arrestare Costa ⁽⁴⁾, vale a dire il cervello della cospirazione e ciò scompaginò alquanto le fila degli insorti. Nella notte tra l'8 e il 9, un gruppo di 150 uomini, capeggiati da Antonio Cornacchia, partì ugualmente da Imola con lo scopo di unirsi ad altri rivoltosi che stavano in attesa ai Prati di Caprara e a San Michele in Bosco. Giunti però nei pressi di Castel San Pietro, gli imolesi vennero accerchiati dalla forza pubblica e parte di loro arrestati, mentre gli altri si davano alla fuga. A loro volta i convenuti ai Prati di Caprara e a San Michele in Bosco, dopo aver atteso invano la

⁽³⁾ A. COSTA, *Bagliori di socialismo. Ricordi storici*, Bologna 1910, p. 16.

⁽⁴⁾ L. LIPPARINI, *Andrea Costa rivoluzionario*, Milano 1977, pp. 63-64.

colonna di Imola, decisero di disperdersi. L'insurrezione era fallita ancor prima di nascere.

Anche in altre parti d'Italia il governo riuscì a stroncare con arresti preventivi ogni possibilità di rivolta. Così a Firenze e a Livorno nei giorni 8, 9 e 10 agosto la polizia procedette alla cattura di molti internazionalisti e repubblicani (a Firenze il piano insurrezionale prevedeva barricate, l'assalto al Palazzo Vecchio, alla prefettura, alla questura e alla Banca nazionale) ⁽⁵⁾. A Roma il progetto di impadronirsi delle armi conservate nel deposito del 10° reggimento bersaglieri non andò in porto, mentre in Sicilia non successe assolutamente nulla ⁽⁶⁾. Il Comitato per la rivoluzione sociale aveva cercato di approntare un'organizzazione logistica contemplante la lotta armata e a questo proposito l'attenzione era stata concentrata soprattutto sulla Puglia. Da Napoli, con destinazione Taranto, furono spedite il 30 luglio da Errico Malatesta e da Tommaso Schettino per via ferroviaria cinque casse di armi contenenti 100 fucili ⁽⁷⁾. Le armi furono poi inviate a Molfetta e qui ritirate il 2 agosto. Il piano insurrezionale prevedeva il concentramento di un centinaio di rivoltosi in un luogo prestabilito del territorio; essi avrebbero dovuto guadagnare la campagna, cercando di far insorgere i contadini nello scontro militare con le forze dell'ordine. Acceso il fuoco in Puglia, sarebbero seguiti altri moti insurrezionali in Sicilia e in Calabria.

La notizia della fallita insurrezione bolognese scompaginò alquanto i piani insurrezionali, nel senso che molti congiurati, presi dalla paura, si ritirarono all'ultimo momento. Malatesta infatti, e pochi altri rivoluzionari (sei in tutto!), fin dall'8 agosto avevano cominciato a battere la campagna cercando di far insorgere i contadini, ma questi, visto il numero esiguo dei rivoltosi, si erano dimostrati molto indecisi. Alla fine, dopo una breve scaramuccia a

⁽⁵⁾ E. CONTI, *Le origini del socialismo a Firenze (1860-1880)*, Roma 1950, pp. 178-183; P.C. MASINI, *Storia degli anarchici italiani da Bakunin a Malatesta (1862-1892)*, Milano 1969, p. 88.

⁽⁶⁾ G. CERRITO, *Radicalismo e socialismo in Sicilia (1860-1882)*, Messina-Firenze 1958; A. ROMANO, *Storia del movimento socialista in Italia, II, L'egemonia borghese e la rivolta libertaria 1871-1882*, Bari 1966, pp. 427-429.

⁽⁷⁾ Archivio di Stato di Trani, *Fondo Corte di Assise. Processi contro internazionalisti*, B. 23-25; Archivio di Stato di Napoli, *Gabinetto di Prefettura (1874)*, f. 159 (il questore al prefetto, Napoli 5 agosto 1874).

fuoco con le forze dell'ordine, i ribelli — dato lo sfavorevole rapporto di forze — erano stati costretti ad abbandonare la partita ⁽⁸⁾.

La repressione governativa seguita ai moti ridusse notevolmente le file dell'internazionalismo italiano perché, in attesa di giudizio, finirono nei vari penitenziari della penisola circa seicento aderenti.

Il primo dibattimento si svolse a Roma dal 4 all'8 maggio 1875 e si concluse con pesanti condanne per i 10 imputati (fino a dieci anni di carcere), che però vennero in gran parte annullate e attenuate nei successivi giudizi di appello. Il secondo ebbe luogo a Firenze e durò due mesi, dal 30 giugno al 30 agosto, con grande clamore dell'opinione pubblica. In questo caso i 43 imputati furono quasi tutti assolti ⁽⁹⁾. Altri procedimenti giudiziari si celebrarono, in concomitanza o subito dopo, a Livorno, a Massa Carrara e a Perugia, conclusisi quasi sempre con assoluzioni o miti condanne ⁽¹⁰⁾. Per la cospirazione pugliese, siciliana e calabrese si istruirono tre diversi procedimenti. Il primo a Trani, con 36 imputati, il secondo a Catanzaro con 7 imputati e il terzo a Girgenti con altri 7 imputati, poi unificati in un unico processo presso la Corte di Appello di Trani, la quale il 18 maggio assolse gli imputati calabresi e siciliani. Quelli pugliesi furono giudicati tra l'1 e il 5 agosto dalla Corte d'Assise della stessa città e anch'essi furono assolti ⁽¹¹⁾. La giuria era composta dai proprietari terrieri del luogo che, stando alle testimonianze dei contemporanei, si recarono addirittura a stringerela mano agli imputati. La sentenza fu accolta con grande simpatia da parte della popolazione. L'assoluzione fu interpretata dagli internazionalisti come una manifestazione della loro forza e della pari debolezza

⁽⁸⁾ F. SARRI, *L'Internazionale innanzi alla sezione di accusa di Trani*, s.l. [1975], p. 21; [F]. Lambert VALBOIS- [N]. COVELLI, *La cospirazione del 1874 in Molfetta innanzi alla sezione d'accusa (Ragioni in difesa di Errico Malatesta e Vincenzo Pappagallo imputati di cospirazione, maggio 1875)*, Barletta 1875.

⁽⁹⁾ A. BOTTERO, *Dibattimenti nel processo per cospirazione e internazionalismo innanzi alle Assisi di Firenze*, Roma 1875.

⁽¹⁰⁾ R. ZANGHERI, *Storia del socialismo italiano*, I, *Dalla rivoluzione francese a Andrea Costa*, Torino 1993, pp. 435-441.

⁽¹¹⁾ Cfr. G. BOVIO, *Difesa per Biagetto Catervo, Giovanni Palanca, Pietro Rende e altri imputati del reato di cospirazione art. 156 C.P. alla Sezione d'Accusa della Corte di Appello di Trani*, Trani 1875; G. TREVISANI, *Il processo di Trani contro gli internazionalisti*, in « Movimento operaio », VIII (1956), p. 640.

governativa. L'ultimo e più importante processo fu quello di Bologna, apertosi il 15 marzo 1876, mandò assolti i 79 imputati ⁽¹²⁾.

Al moto insurrezionale del 1874 seguì, tre anni più tardi, quello del 1877 rappresentato dalla vicenda della banda del Matese. Il Matese fu scelto dagli internazionalisti perché forniva le condizioni ottimali per scatenare la guerra per bande, vale a dire la possibilità di dar vita a quella concezione tattico-strategica che si alimentava dell'idea di una guerriglia attivata da piccoli nuclei. Lo scopo dell'azione consisteva nell'accendere una serie di fuochi insurrezionali, in grado di destabilizzare l'assetto del potere, coinvolgendo le masse in modo da costringerle a pensare e ad agire direttamente da sole. Secondo i loro piani, la banda avrebbe dovuto essere composta da un centinaio di uomini, per metà internazionalisti provenienti da varie parti d'Italia, e per l'altra metà da popolani reclutati sul luogo. Se le cose avessero preso la piega giusta, il gruppo sarebbe stato alimentato in seguito da ulteriori contingenti (gli insorti prevedevano di tenere la campagna per parecchi mesi). In realtà la banda sarà composta alla fine solo da ventisei membri perché il governo, perfettamente al corrente dell'impresa, riuscì a ridurre, con arresti preventivi, molte possibilità d'azione. I principali protagonisti furono Errico Malatesta, Carlo Cafiero e Pietro Cesare Ceccarelli.

Guadagnata precipitosamente la montagna il 5 aprile 1877, la banda prese la direzione verso nord. Dopo essere riusciti a ripararsi nelle due notti seguenti in due diverse masserie, la mattina dell'8 aprile, domenica, gli internazionalisti giunsero a Letino costeggiando il lago, situato al centro del massiccio. Il paese, posto ad oltre mille metri di altitudine, non era ancora stato occupato dalla forza pubblica. Ecco dunque gli insorti entrare dietro una grande bandiera rosso-nera dispiegata al vento. Si dirigono verso il municipio, dove si sta svolgendo una seduta del consiglio comunale riunitosi per decidere la destinazione di alcune vecchie armi arrugginite, da fuoco e da taglio, sequestrate ai bracconieri e ai ladri di legna. Il problema

(12) G. CENERI, *Difesa proferita per Andrea Costa nelle udienze 18 e 19 maggio 1876 del processo degli internazionalisti alle Assise di Bologna*, Bologna 1876; G. BARBANTI, *Difese proferite per Costa Andrea e Matteuzzi Vincenzo*, Bologna 1876; A. VENTURINI, *Assise di Bologna. Processo degli internazionalisti alle Assise di Bologna*, Bologna 1876; A. COSTA, *Parole ai giurati della Corte di Assise di Bologna nell'udienza del 16 giugno 1876*, Bologna 1876.

è risolto perché le armi vengono requisite dalla banda che ne tiene alcune per sé, mentre le altre sono distribuite alla popolazione. Medesima sorte subiscono i fucili della guardia nazionale ⁽¹³⁾. Segue poi un'azione di forte valenza simbolica che vuole essere una rottura traumatica dell'immaginario gerarchico: il ritratto del re viene fatto a pezzi e la monarchia è dichiarata decaduta. Sono gettate dalla finestra le carte dell'archivio comunale contenente i titoli di proprietà e tutti questi documenti vengono dati alle fiamme sotto gli occhi attoniti dei presenti. A completare l'azione vi è poi la distruzione dell'odiato contatore del macinato ⁽¹⁴⁾.

Usciti da Letino, gli internazionalisti puntano sul paese di Gallo, giungendo alle due del pomeriggio. Anche qui si ripetono alla lettera le stesse scene di Letino. Lasciato il paese di Gallo, gli insorti tentano di raggiungere qualche altro centro abitato, ma non è possibile perché nel frattempo le forze dell'ordine hanno iniziato un vasto accerchiamento. Il governo, a questo proposito, non ha lesinato i mezzi: sono dodicimila i soldati impiegati — tra fanti e bersaglieri — al comando del generale De Sauget. Una vera e propria operazione antiguerriglia. La banda passa i giorni 9 e 10 a cercare di rompere l'assedio. Guada il Volturno nel tentativo di portarsi in Ciociaria o in Abruzzo Citeriore. L'operazione non riesce. Si tenta allora di valicare lo stesso Matese per sconfinare nel Molise. Ma a causa del freddo e della neve, anche questa possibilità svanisce. Gli internazionalisti, allo stremo delle forze, riescono a rifugiarsi in una masseria, ed è qui, l'11 aprile, che vengono catturati da un reparto di bersaglieri. Si arrendono senza colpo ferire. L'avventura è finita ⁽¹⁵⁾.

La repressione governativa non diede scampo all'Internazionale italiana. Nelle settimane successive alla cattura dei rivoltosi furono sciolti circoli, gruppi, federazioni. Seguirono centinaia di ammonizioni, arresti e condanne al domicilio coatto in varie parti d'Italia. Se l'opinione pubblica benestante fu sostanzialmente dalla parte del

⁽¹³⁾ P.C. MASINI, *Gli internazionalisti. La banda del Matese (1876-1878)*, Milano 1958, p. 92.

⁽¹⁴⁾ S. DI CORATO, *Magistratura, anarchici e governo. La vicenda della banda del Matese*, in « Rivista di storia contemporanea » XIII (1984), p. 338.

⁽¹⁵⁾ MASINI, *Gli internazionalisti. La banda del Matese*, cit., pp. 97-102.

governo, l'opposizione si divise tra chi condannò l'episodio e chi non nascose la sua simpatia. Anche il movimento socialista internazionale registrò delle divisioni. La stampa socialdemocratica tedesca e francese di ispirazione marxista non risparmiò insulti e ironie contro gli insorti.

I componenti della banda del Matese, accusati di attentato alla sicurezza dello Stato, di ribellione, di oltraggi e di violenze contro i depositari dell'autorità e della forza pubblica, di ferite volontarie contro le persone e, infine, di omicidio volontario, rischiavano l'ergastolo o la pena capitale. Il ministro degli Interni Nicotera, deciso inizialmente a far processare gli internazionalisti in via sommaria dai tribunali di guerra, mutò parere per l'intercessione della figlia di Carlo Pisacane (Nicotera era stato compagno d'armi dello stesso Pisacane nella spedizione di Sapri). Alla fine di dicembre del 1877, essi vennero rinviati davanti alla Corte d'Assise di Santa Maria Capua Vetere con l'imputazione di reato di cospirazione, volta a cambiare violentemente la forma di governo e di ferite volontarie verso due carabinieri. Però, in seguito alla morte di Vittorio Emanuele II (9 gennaio 1878), il figlio Umberto I promulgava un'amnistia con la quale erano automaticamente estinte molte imputazioni, ad esclusione del doppio ferimento dei gendarmi (16). Questa decisione stravolgeva la natura delle accuse perché, estinguendo i reati di carattere politico, lasciava in piedi quelli riguardanti il ferimento dei militi; ferimento che ora veniva considerato di per se stesso, prescindendo dalle motivazioni politiche che l'avevano generato; per conseguenza gli internazionalisti venivano assimilati ai delinquenti comuni (17).

A metà aprile del 1878 i detenuti furono trasferiti nelle carceri giudiziarie di Benevento in quanto il reato più grave (il ferimento dei due carabinieri) era stato commesso a San Lupo. Spettava pertanto alla Corte d'Assise del capoluogo di provincia istruire il processo. Il dibattimento, che si svolse dal 14 al 25 agosto, si apriva in un momento particolarmente drammatico della vita politica italiana e internazionale. Il populista russo Kravcinskij il 4 agosto uccideva a

(16) MASINI, *Gli internazionalisti. La banda del Matese*, cit., pp. 107-109.

(17) DI CORATO, *Magistratura, anarchici e governo. La vicenda della banda del Matese*, cit., pp. 363-365.

Pietroburgo il generale Nikolaj Mezencov, capo del terzo dipartimento di polizia e principale responsabile di sanguinose repressioni. Due settimane più tardi l'anarchico tedesco Maximilian Höedel, autore di un tentativo andato a vuoto di uccidere Guglielmo I (11 maggio), affrontava la morte nel cortile della prigione cellulare di Moabit. Appena due giorni dopo, il 18 agosto, in Italia, ad Arcidosso, cadeva sotto il piombo dei carabinieri il mistico comunista cristiano Davide Lazzaretti. Insieme a lui lasciavano la vita tre contadini, altri cinquanta venivano feriti e altrettanti arrestati e processati. Il processo, insomma, si apriva in un clima poco favorevole agli accusati.

Gli internazionalisti ritennero di non rispondere alle domande riguardanti i reati di sangue, se questi non venivano contemplati all'interno dell'accusa generale relativa alla natura politica del moto. Si accese a questo proposito un alterco tra lo stesso Malatesta e il procuratore del re Forni. Alle argomentazioni di Forni, in verità poco apprezzate dallo stesso governo⁽¹⁸⁾, seguì la replica della difesa che ebbe buon gioco nel dimostrare l'inconsistenza delle prove adottate relativamente al processo in atto. Tra i difensori spiccava il giovanissimo avvocato Francesco Saverio Merlino, la cui arringa si delineò come una totale adesione alle ragioni degli imputati; un'identificazione che era stata ancora più esplicita nel *pamphlet* pubblicato a Napoli qualche settimana prima del processo⁽¹⁹⁾.

Dopo un acceso dibattito, che impegnò accusa e difesa in repliche e controrepliche, la domenica mattina del 25 agosto la giuria si raccolse in camera di consiglio per deliberare. Essa doveva rispondere a vari quesiti, fra cui due fondamentali: se gli imputati erano colpevoli o innocenti della morte del carabiniere, e se, in caso di colpevolezza, tale reato era assorbibile in quello politico dell'insurrezione, già precedentemente amnistiato. I giurati, avendo risposto in modo negativo alla prima questione (la morte del carabiniere fu attribuita a « causa sopravvenuta ») conclusero per l'assoluzione

(18) DI CORATO, *Magistratura, anarchici e governo. La vicenda della banda del Matese*, cit., p. 371. Sull'atteggiamento del governo cfr. pure R. CANOSA-A. SANTUOSSO, *Magistrati, anarchici e socialisti alla fine dell'Ottocento in Italia*, Milano 1981, p. 22.

(19) F.S. MERLINO, *A proposito del processo di Benevento. Bozzetto della quistione sociale*, Napoli 1878, p. 3.

generale. La sentenza, che rifletteva l'orientamento liberale del governo Cairoli-Zanardelli (la volontà di non inasprire la lotta politica e sociale ⁽²⁰⁾), fu dovuta anche all'inconsistenza delle accuse, troppo sbilanciate in senso politico. In tutti i casi essa sancì un successo per il movimento internazionalista. L'inviato de « Il Corriere del Mattino » commentava così l'impatto dell'assoluzione presso l'opinione pubblica: « un processo di questi per provincia e il governo si sarebbe ucciso con le proprie mani » ⁽²¹⁾.

Questa liberalità governativa, condizionata dal retaggio risorgimentale, doveva finire però qualche mese dopo a causa del primo tentativo di assassinare Umberto I. E con ciò seguiva una svolta decisiva nel conflitto fra Stato e anarchia, nel senso che era definitivamente abbandonata, da parte del governo, ogni indulgenza verso i rivoltosi. Il 17 novembre Giovanni Passannante, a Napoli, attentava, senza riuscirvi, alla vita del re ⁽²²⁾. Il giorno seguente a Firenze, come in altre città italiane, fu organizzata una pubblica dimostrazione per esprimere l'attaccamento della cittadinanza alla dinastia. Mentre la manifestazione era in corso, una bomba fu lanciata in mezzo al corteo, provocando la morte di quattro persone e il ferimento di molte altre. Furono ritenuti — a torto — responsabili dell'atto alcuni internazionalisti ⁽²³⁾ e in tutta Italia centinaia di aderenti vennero tratti in arresto. Due giorni più tardi, un altro ordigno scoppiava a Pisa — questa volta senza spargimento di sangue — in occasione di un'altra dimostrazione monarchica ⁽²⁴⁾.

Tra la fine del 1878 e gli inizi del 1879, pertanto, il governo aumentava la stretta repressiva verso gli internazionalisti, equiparandoli e denunciandoli ovunque come malfattori, cioè come delinquenti comuni. Si trattava di far passare l'Internazionale come

⁽²⁰⁾ DI CORATO, *Magistratura, anarchici e governo. La vicenda della banda del Matese*, cit., p. 372.

⁽²¹⁾ MASINI, *Gli internazionalisti. La Banda del Matese*, cit., p. 127.

⁽²²⁾ Cfr. *L'attentato al re. Poche parole di un solitario*, Napoli 1878; G. PORCARO, *Processo di un anarchico a Napoli nel 1878*, Napoli 1975; U. PESCI, *Il re martire. La vita e il regno di Umberto I. Date, aneddoti, ricordi*, Bologna 1901.

⁽²³⁾ F. PEZZI, *Un errore giudiziario. Ovvero un po' di storia sulla bomba di via Nazionale*, Firenze 1882.

⁽²⁴⁾ F. BERTOLUCCI, *Anarchismo e lotte sociali a Pisa 1871-1901. Dalla nascita dell'Internazionale alla Camera del Lavoro*, Pisa 1988, pp. 96-103.

un'immensa associazione di delinquenti al pari di mafiosi, camorristi, contrabbandieri, colpiti dall'articolo 426 del codice penale, secondo cui « ogni associazione di malfattori in numero non inferiore di cinque, all'oggetto di delinquere contro le persone o le proprietà, costituisce per se stessa un reato contro la pubblica tranquillità ».

Sulla base di queste direttive vi furono centinaia di arresti in varie parti d'Italia a cui seguirono numerosi processi: oltre a quello contro Passanante, condannato all'ergastolo ⁽²⁵⁾, se ne svolsero altri a Firenze, Ancona, Genova, Massa, Bologna, Modena, Perugia, Pisa ⁽²⁶⁾. Poiché molte accuse erano pretestuose, gran parte dei dibattimenti processuali mandarono assolti gli accusati. Nel capoluogo toscano vennero imprigionati i maggiori esponenti dell'internazionalismo fiorentino: Francesco e Luisa Pezzi, Francesco Natta, Giovacchino Niccheri, Oreste Falleri, Dante Marzoli, oltre alla giovanissima Anna Kuliscioff, coinvolta suo malgrado senza alcuna colpa ⁽²⁷⁾. Rinviati a giudizio, essi furono tutti assolti per l'inconsistenza delle accuse. Il processo per la bomba di Pisa del 20 novembre 1878 si svolse alla Corte d'Assise di Siena in soli tre giorni — dal 12 al 14 marzo 1879 — e sbrigativamente l'imputato Pirro Orsolini venne condannato a 19 anni di lavori forzati, senza la minima prova a suo carico, con una riunione di giuria durata appena venti minuti ⁽²⁸⁾. A Genova nei giorni 10 e 11 giugno si aprì il processo contro Emilio Covelli, Gaetano Grassi e altri tre componenti e collaboratori della commissione di corrispondenza della Federazione italiana. Ma la sentenza non rispose alle aspettative del pubblico ministero che aveva chiesto diciotto mesi di carcere per ciascun imputato. Il pubblico ministero ricorrerà in appello e solo il 16 marzo 1880 la Corte d'Appello condannerà gli imputati — tutti

⁽²⁵⁾ L. TARANTINI, *In difesa di Giovanni Passanante accusato di tentato regicidio. Discorso pronunziato nel dì 7 marzo 1879 innanzi alla Corte di Assise di Napoli*, Napoli 1879.

⁽²⁶⁾ MASINI, *Storia degli anarchici italiani da Bakunin a Malatesta*, cit., pp. 132-137.

⁽²⁷⁾ MASINI, *Storia degli anarchici italiani da Bakunin a Malatesta*, cit., pp. 132-137.

⁽²⁸⁾ *Processo contro Pirro Orsolini per la bomba lanciata in Pisa la sera del 20 novembre 1878*, Pisa 1878.

latitanti, salvo uno — a dieci mesi di carcere (29). Contemporaneamente al processo di Genova, vi fu anche quello alla Corte d'Assise di Massa, dal 10 al 15 luglio 1879: i dodici internazionalisti carrarini, in gran parte cavatori, vennero assolti (30). Seguì il processo contro un gruppo di diciotto internazionalisti imolesi, molti dei quali giovanissimi, conclusosi a Bologna il 7 settembre 1879 con varie condanne a pene detentive di quattordici imputati e con l'assoluzione degli altri quattro. Dal 15 al 20 settembre si celebrò alla Corte d'Assise di Modena il processo contro Arturo Ceretti e altri internazionalisti emiliani: anche questi assolti. Prosciolti pure ad Ancona undici internazionalisti di Jesi che avevano fatto sei mesi di carcere preventivo per aver lanciato grida sediziose il 18 marzo 1879, anniversario della Comune di Parigi (31). E assolti, infine, a Forlì, altri venticinque internazionalisti romagnoli (32). Naturalmente il processo più importante fu quello che si svolse a Firenze, dal 20 maggio al 5 giugno 1879, per la bomba di via Nazionale. La Corte di Assise, senza alcuna prova, condannò all'ergastolo Cesare Battacchi, a 20 anni di Giuseppe Scarlatti e Agenore Natta, a 19 anni Corsi, Aurelio Vanini, Natale Nencioni e Natale Conti.

Un ultimo contraccollo di questa azione, tesa a squalificare gli anarchici come malfattori, avvenne a Roma quattro anni più tardi in un processo che mise in luce l'impossibilità di una risoluzione politico-giuridica in grado di contemplare, in qualche modo, le ragioni dello Stato e quelle dell'anarchia. I capi di imputazioni contro Errico Malatesta, Saverio Merlino, Edoardo Rambaldoni, Domenico Pavani, Luigi Trabalza, Italo Venenzi, Camillo Pernier, Antonio Bianconi, erano di cospirazione contro la sicurezza dello Stato, di aver tentato di preparare uno sbarco di armati organizzato in Egitto, di aver promosso manifestazioni sediziose, incitando alla devastazione, alla strage, al saccheggio, allo sterminio dei benestanti

(29) G. PERILLO, *Internazionale e Società affratellate nel Genovesato dal 1870 al 1880*, « *Movimento operaio e socialista in Liguria* », luglio-agosto 1959.

(30) A. BERNIERI, *Cento anni di storia sociale a Carrara (1815-1921)*, Milano 1961, pp. 128-129.

(31) E. SANTARELLI, *Le Marche dall'unità al fascismo*, Roma 1964, p. 82-83.

(32) G. CENERI, *Gli internazionalisti e l'art. 426 del Codice penale. Difesa al Tribunale di Forlì*, Bologna 1979, p. 29; *Processo degli internazionalisti discusso avanti il Tribunale civile e correzionale di Forlì*, Forlì, 1979.

e dei proprietari e, nell'anniversario della Comune, di avere affisso manifesti sovversivi inalberando anche bandiere rosse in alcuni punti della città, tra cui il Campidoglio. L'accusa di cospirazione contro la sicurezza dello Stato comportava il dibattimento in Corte d'Assise dove i giurati, come era avvenuto altre volte, avrebbero potuto pronunciarsi per un verdetto assolutorio; per tale motivo fu in seguito modificata in quello di « associazione di malfattori », di competenza dei tribunali di primo grado. La prima serviva a giustificare la detenzione preventiva e la lunga istruttoria, ma non dava garanzie sufficienti di condanna; la seconda permetteva di rinviare gli accusati al tribunale correzionale, dove la pena era meno grave, però sicura ⁽³³⁾.

Era evidente che il governo intendeva perseguire gli anarchici ad ogni costo; le imputazioni, infatti, risultavano inconsistenti dal punto di vista giuridico, specialmente nel caso di Malatesta, lontano dall'Italia da quattro anni. Ciò emerge con chiarezza dal suo interrogatorio, avvenuto il 24 agosto, nel quale egli ebbe modo di dimostrare la sua estraneità all'attività svoltasi negli anni immediatamente precedenti ⁽³⁴⁾. A questo proposito lui e Merlino avevano pensato di delegittimare i giudici, rifiutando di farsi difendere dagli avvocati. Naturalmente la difficoltà dell'accusa di stabilire la natura giuridica del reato, se evidenziava la precisa volontà politica di neutralizzare l'azione internazionalista, nulla toglieva alla sostanza storico-politica dell'imputazione che, al di là di alcune esagerazioni o falsità poliziesche, coglieva nel segno laddove individuava il ricorrente disegno insurrezionalista degli anarchici, sempre proteso a preparare una rivolta armata ⁽³⁵⁾. Comunque sia Malatesta che Merlino contestarono la 'manipolazione' politica del procedimento penale. Merlino, in modo particolare, scrisse direttamente alcune fierissime lettere a Depretis e al presidente del tribunale, dove con

⁽³³⁾ MASINI, *Storia degli anarchici italiani da Bakunin a Malatesta*, cit., pp. 210-211, 214-215.

⁽³⁴⁾ Archivio di Stato di Roma (d'ora in poi ASR), *Tribunale civile e correzionale. Processi penali 1884. Processo n. 29969*, B. 4156, vol. I, ff. 692-704.

⁽³⁵⁾ Archivio Centrale dello Stato (d'ora in poi ACS), *Ministero di Grazia e Giustizia. Direzione generale degli Affari Penali, delle Grazie e del Casellario. Miscellanea*, B. 75, ff. non numerati; ASR, *Tribunale civile e correzionale. Processi penali 1884. Processo n. 29969*, B. 4156, vol. I, documento n. 31 e vol. II, documento n. 717.

acutezza denunciava la strumentalità dell'accusa, formulata soltanto perché essa contemplava il carcere preventivo; nello stesso tempo prevedeva che il reato sarebbe stato cambiato in quello di « associazione di malfattori ». Anche Malatesta, poco prima della scarcerazione, inviò una lettera di protesta al presidente del tribunale ⁽³⁶⁾.

Nel documento redatto e firmato assieme agli altri imputati, e reso pubblico alla stampa all'indomani della loro scarcerazione, vennero affermati gli stessi concetti: « dopo essere stati detenuti per ben otto mesi sotto l'imputazione di cospirazione contro lo Stato, siamo stati messi in libertà provvisoria [...] unica colpa nell'essere soci nell'orrendo crimine di socialismo. In Italia il regno della legalità è finito [...] la giustizia ha fatto ormai pubblico e solenne divorzio dalla morale. Ebbene preso atto di ciò, noi non ci doliamo punto del trattamento che ci viene fatto. Non ci doliamo di essere accomunati ai malfattori, ne' quali riconosciamo altrettante vittime della società attuale. Ed in onta alle persecuzioni, cui siamo fatti segno, affermiamo il nostro proposito di tenere alta la bandiera del socialismo » ⁽³⁷⁾.

La linea di difesa attuata dagli anarchici durante il dibattimento, svoltosi tra la fine di gennaio e i primi di febbraio 1884, è riassunta dalla dichiarazione di Merlino ai giudici. Egli ritorna sul tema dei malfattori, respingendo l'equazione politica e non giuridica dell'accusa, mentre, contemporaneamente, rivendica il valore etico del rivoluzionarismo. Nella sua dichiarazione afferma: « la teorica fondamentale della requisitoria è rivoluzionari, dunque malfattori. A questa io contrappongo l'altra: rivoluzionari, dunque non malfattori. Il rivoluzionario sacrifica se medesimo al benessere generale, il malfattore immola il bene altrui al proprio » ⁽³⁸⁾. Nell'acceso dibat-

⁽³⁶⁾ Si vedano le lettere di Merlino del 11 e 28 giugno e del 9 e 23 luglio e di Malatesta del 30 ottobre 1883, in ASR, *Tribunale civile e correzionale. Processi penali 1884. Processo n. 29969*, B. 4156, vol. I, documenti nn. 422-423, 999, f. 752.

⁽³⁷⁾ La dichiarazione, sottoscritta da Malatesta, Merlino, Pavani, Pernier, Ramboldoni e Tralbalza è del 14 novembre. Fu pubblicata ne « Il Fascio della democrazia » (Roma), 19 novembre 1883 e in « Le Révolté » (Genève), 24 novembre 1883.

⁽³⁸⁾ *Cronaca giudiziaria. Il processo degl'internazionalisti*, « Roma » (Napoli), 6 febbraio 1884, ora in F.S. MERLINO, *Concezione critica del socialismo libertario*, a cura di Aldo Venturini e Pier Carlo Masini, Firenze 1957, pp. 235-243.

tito con il Pubblico Ministero dichiara: « noi non vogliamo la rivoluzione per la rivoluzione, noi non siamo sanguinari [...]. Ma voi, dice il Pubblico Ministero, volete far ricorso alla violenza; come se le rivoluzioni si potessero fare con la chitarra e il mandolino! » (39).

Come si vede, è questo un ragionamento che assegna *a-priori* un valore positivo alla volontà politica della trasformazione sociale, pretendendo che essa costituisca di per sé anche un diritto più alto e autorevole di quello esistente; un diritto, addirittura, violato dalla pervicace e perfida resistenza della borghesia, che non sa e non vuole rinunciare ai suoi averi e privilegi. In conclusione Merlino, in nome di un'idea morale trasfiguratasi ai suoi occhi in diritto metastorico, intende passar sopra al diritto esistente, qui riconosciuto come determinazione fittizia e mistificante rispetto ad un'univoca verità sociale.

Il tribunale riconobbe fondate alcune prove dell'accusa e condannò Merlino a quattro anni di carcere, Malatesta e Pavani a tre anni, Bianconi a due anni e mezzo, gli altri a pene varie. Tutti ricorsero in appello e ottennero la libertà provvisoria. La sentenza venne però confermata in gran parte dalla Corte d'Appello di Roma, la quale, dopo due rinvii — 6 giugno e il 13 settembre 1884 — ridusse, il 30 dicembre, le pene ma non le annullò. Nel frattempo gli imputati erano fuggiti dall'Italia (40).

Un'ulteriore fase del conflitto fra Stato e anarchia è rappresentata dagli anni Novanta: gli anni del Primo maggio, degli attentati a sovrani e capi di governo in alcuni Stati d'Europa, dei Fasci siciliani, dei moti del pane, della "crisi di fine secolo" e dell'emblematica conclusione di questo decennio con l'assassinio di Umberto I per opera di Gaetano Bresci.

La manifestazione del Primo maggio, ideata per onorare la memoria dei cinque anarchici impiccati a Chicago l'11 novembre 1887, fu riproposta come ricorrenza annuale nei vari congressi operai e socialisti internazionali. In Italia, nel 1891, essa diede l'occasione per un ennesimo tentativo insurrezionale. A Firenze

(39) *Cronaca giudiziaria. Il processo degl'internazionalisti*, « Roma » (Napoli), 6 febbraio 1884; « Il Messaggero », 29 e 30 gennaio, 1, 2 e 3 febbraio 1884.

(40) ACS, *Ministero di Grazia e Giustizia. Direzione generale degli Affari Penali, delle Grazie e del Casellario. Miscellanea*, B. 75, fogli non numerati.

venne organizzato per il Primo maggio un comizio in piazza Savonarola dai rappresentanti di venti associazioni popolari e per iniziativa del circolo radicale "Giordano Bruno". Vi furono degli incidenti con le forze dell'ordine che portarono all'arresto di alcuni militanti, tra cui Luisa Pezzi, Cesare Marchi, Dante Palai, Faustino Torrino, Pietro Vasai, Guerrando Barsanti e Enrico Braccini. Seguirono vari processi per istigazione a delinquere, oltraggio alla pubblica sicurezza e violenze a privati cittadini, con condanne a pene varianti fino a quattro anni di carcere. Molti di questi anarchici furono poi mandati al domicilio coatto ⁽⁴¹⁾. Altre importanti manifestazioni della giornata del Primo maggio si svolsero a Bologna, Ancona, Forlì, Messina, Savona, Mantova, Verona, Parma, Modena e Pisa, tutte con grande seguito di centinaia e qualche volta di migliaia di persone. Ovunque, però, esse ebbero esito giudiziario perché seguirono arresti, processi e condanne per decine di anni di galera ⁽⁴²⁾.

Nella giornata del Primo maggio a Roma la lotta fra Stato e anarchia si risolse in tragedia. Convennero nella piazza S. Croce in Gerusalemme circa 2.000 persone, quale rappresentanza delle forze più vive e partecipi del movimento operaio della città e del circondario. Quasi subito si accesero gli scontri con la polizia: « qualche raro colpo di arma da fuoco da parte dei dimostranti: i più attaccavano con chiodi, mattoni, pietre, coltelli casalinghi. La cavalleria attraversò più volte la piazza, falciando la folla a colpi di daga e a piattonate. Una guardia restò sul terreno all'inizio dei tumulti, decine di guardie rimasero ferite in seguito. Anche un dimostrante restò ucciso, centinaia furono i feriti fra i quali Amilcare Cipriani e il deputato [Salvatore] Barzilai » ⁽⁴³⁾.

Un centinaio degli arrestati vennero giudicati per direttissima dal pretore e condannati a piccole pene di carcere e di multa. Un secondo gruppo di cinquantuno imputati fu giudicato dal tribunale

⁽⁴¹⁾ Cfr. E. CIACCHI, *Da piazza Savonarola alle Murate. La verità sul Primo maggio a Firenze*, Firenze 1891.

⁽⁴²⁾ MASINI, *Storia degli anarchici italiani da Bakunin a Malatesta*, cit., pp. 258-265.

⁽⁴³⁾ MASINI, *Storia degli anarchici italiani da Bakunin a Malatesta*, cit., p. 259; cfr. pure E. SANTARELLI, *Il socialismo anarchico in Italia*, Milano 1959, pp. 80-82 e M. ANTONIOLI, *Vieni o Maggio. Aspetti del Primo Maggio in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 1988, pp. 117-119.

penale, a metà luglio, con pene per cento anni di carcere (44). Infine, dopo mesi di istruttoria, si arrivò a metà ottobre al procedimento contro il gruppo dei principali imputati: Cipriani, Calcagno, Palla ed altri. Fu un grande avvenimento giudiziario: sessantadue imputati, trentaquattro avvocati difensori, 125 testimoni d'accusa, 325 a difesa. Dopo pochi giorni il processo viene sospeso per riprendere il 18 febbraio dell'anno successivo. Il 25 marzo venne pronunciato il verdetto: Cipriani e Palla a due anni e otto mesi di reclusione, quarantacinque imputati da uno a due anni, qualcuno assolto. Cadde però, per tutti, l'imputazione di associazione di malfattori.

Tra la fine del 1893 e gli inizi del 1894 i Fasci siciliani presero una piega rivoluzionaria seguita da una feroce repressione attuata dalla polizia e dall'esercito che costò circa un centinaio di morti, senza contare i feriti (45). Nello stesso tempo in Lunigiana i cavatori di marmo scesero in sciopero per ottenere migliori condizioni salariali e per tentare di far abbassare le tasse e il prezzo del pane (46). Nei giorni 6 e 7 gennaio, e soprattutto dal 13 al 16 dello stesso mese, varie centinaia di dimostranti tentarono di avviare una sorta di guerriglia nei monti circostanti: assalirono alcuni caselli daziari, dopo essersi impadroniti delle armi in dotazione alle guardie e aver abbattuto i pali del telegrafo per isolare le forze dell'ordine. Dai vari centri, borghi e frazioni gravitanti su Carrara e su Massa si formarono delle bande, probabilmente con l'obiettivo di una loro simultanea discesa in pianura per spingere il popolo alla rivolta armata e avviare un'insurrezione generale (47). Il 16 gennaio vi fu uno scontro a fuoco alle porte di Carrara tra le colonne degli insorti e le truppe dell'esercito, affluite nel frattempo in massa su ordine

(44) Antonio LABRIOLA e Fredrich ENGELS, 31 luglio 1891, in *La corrispondenza di Marx ed Engels con italiani 1848-1895*, a cura di Giuseppe Del Bo, Milano 1964, p. 393.

(45) N. COLAJANNI, *In Sicilia. Gli avvenimenti e le cause*, Roma 1894, p. 166. S. Romano, *Storia dei Fasci siciliani*, Bari 1959, pp. 347-426; F. RENDA, *I Fasci siciliani 1892-1894*, Torino 1977, pp. 8-9.

(46) G. DE GREGORIO, *Gli anarchici nella vita politica di Carrara (1889-1894)*, I, *Quadro economico-sociale e lotte di partiti*, « Movimento operaio e socialista », XVII (1971), pp. 263-309; R. BERTOLUCCI, *Milleottocentonovantaquattro. Storia di una rivolta*, Carrara 1981, pp. 27-34.

(47) U. FEDELI, *Anarchismo a Carrara e nei paesi del marmo. Dall'Internazionale ai moti del '94*, Pisa 1994, pp. 81-106.

diretto di Crispi. Complessivamente i dimostranti ebbero una decina di morti e altrettanti feriti e con questa tragica conclusione il moto si spense ⁽⁴⁸⁾. Seguirono la proclamazione dello stato d'assedio, con l'invio di 3.000 soldati di truppa agli ordini del generale Nicola Heusch, la costituzione del tribunale di guerra, l'arresto in massa di centinaia di individui, di cui 680 denunciati e rinviati a giudizio. I processi condotti dal Tribunale di guerra furono 208, le condanne 464, le pene variarono da 1 a 30 anni di carcere: complessivamente furono comminati centinaia di anni di galera, spesso inaspriti dalla segregazione ⁽⁴⁹⁾. La condanna più clamorosa — 23 anni di carcere, poi ridotti a 7, seguiti infine dall'amnistia — fu per l'avvocato anarchico Luigi Molinari, considerato il maggior ispiratore della rivolta ⁽⁵⁰⁾.

Anche in altre parti d'Italia i moti del 1894 si conclusero con una serie di processi. Il 6 aprile alla Corte di Assise di Chieti si aprì il dibattimento contro Camillo di Sciullo, direttore de "Il Pensiero", che ebbe una condanna di 3 anni di carcere e 7 mesi di domicilio coatto in base alla legge n. 316 emanata dal governo Crispi ⁽⁵¹⁾. Dal 22 maggio all'8 giugno 1894 furono rinviati a giudizio dal tribunale di Genova un gruppo di trentacinque anarchici liguri e piemontesi, accusati sulla base dell'articolo 248 del codice penale. Processo

⁽⁴⁸⁾ R. MORI, *La lotta sociale in Lunigiana (1859-1904)*, Firenze 1958, pp. 192-203; G. BIANCO, *Rivoluzionarismo anarchico in Lunigiana nel 1894*, « Il movimento operaio e socialista in Liguria », VII (1961), pp. 335-352; G. VATTERONI, « *Abbasso i dazi, viva la Sicilia* ». *Storia dell'insurrezione carrarese del 1894*, Carrara 1993, pp. 11-50.

⁽⁴⁹⁾ « Il 5 febbraio sette imputati venivano condannati a 25 anni di reclusione ciascuno, il 9 febbraio quattro imputati a 18 anni. Il 17 febbraio Carlo Gattini è condannato a 25 anni, Pietro Gattini a 12, Giovanni Gattini a 4 ed altri a pene minori. Il conto cresce alla fine del mese. Il 26 febbraio sono inflitte pene per 61 anni, il 1 marzo per 58, il 3 marzo per 26 alla cosiddetta « banda di Ortonovo ». Dopo i 240 anni del 4 marzo, si sale per gradi ai 317 anni inflitti l'8 marzo alla « banda di Gragnana ». Seguono altri 128 anni il 9 marzo, 80 anni l'11, 137 anni il 12, 117 il 15, 78 anni il 20 e tre o quattro secoli nell'ultima decade del mese ». MASINI, *Storia degli anarchici italiani nell'epoca degli attentati*, cit., pp. 29-30.

⁽⁵⁰⁾ Archivio di Stato di Massa, *Processi. Tribunale militare di guerra, 1894, Processo Luigi Molinari*, B. 553, f. non numerato. Ma cfr. pure U. FEDELI, *Luigi Molinari e gli avvenimenti del gennaio 1894 a Carrara*, in « Movimento operaio », IV (1952), pp. 971-978.

⁽⁵¹⁾ F. PALOMBO, *Camillo di Sciullo anarchico e tipografo di Chieti*, Pescara 1996, specialmente pp. 34-44.

spettacolare che vide tra gli imputati, oltre a Luigi Galleani ed Eugenio Pellaco, anche il pittore Plinio Nomellini e tra i testimoni a discarico il pittore Telemaco Signorini. Il processo si concluse con pesanti condanne. Luigi Galleani venne condannato a tre anni di carcere (52).

Il carattere repressivo del governo crispino si manifestò definitivamente nell'estate-autunno 1894, con la promulgazione di tre leggi dirette alla repressione del movimento anarchico: la numero 314 sui reati commessi con materiali esplosivi, la numero 315 sulla istigazione a delinquere e sulla apologia di reato, commesse con il mezzo della stampa, la numero 316 sui provvedimenti eccezionali di pubblica sicurezza; essa contemplava inoltre l'estensione del domicilio coatto, gli arresti preventivi, il divieto di riunione se essa era diretta a sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali (53). Ciò permise allo statista siciliano di inviare subito 560 anarchici al domicilio coatto (Lipari, Ustica, Favignana, Lampedusa, Ventotene, Pantelleria, Ponza), rastrellandoli da tutte le parti d'Italia (54). Il 22 settembre lo stesso Crispi decretò lo scioglimento di tutte le associazioni anarchiche, socialiste e operaie. Nei tre anni immediatamente seguenti la misura del domicilio coatto permetterà al governo di inviare nelle isole il fior fiore dell'anarchismo italiano: Luigi Galleani, Luigi Fabbri, Giovanni Gavilli, Luigi Molinari, Pasquale Binazzi, Camillo di Sciuolo, Luigi Damiani, Emidio Recchioni, Eugenio Pellaco, Virgilio Mazzoni, Adelmo Smorti, Ettore Sottovia, Cesare Agostinelli, Galileo Palla, Roberto D'Angiò, Aristide Ceccarelli per ricordarne solo alcuni (55). Dal 1894 al 1896 in Italia non uscirà alcun giornale anarchico, nemmeno un numero unico.

(52) U. FEDELI, *Luigi Galleani. Quarant'anni di lotte rivoluzionarie (1891-1931)*, Cesena 1956, pp. 79-92.

(53) I testi delle tre leggi sono riportati integralmente in E. SERNICOLI, *L'anarchia e gli anarchici. Studio storico e politico*, II, *Fisiologia degli anarchici. Le nuove leggi e i rimedi*, Milano 1894, pp. 263-268.

(54) A. BOLDETTI, *La repressione in Italia: il caso del 1894*, in «Rivista di storia contemporanea», VI (1977), p. 509.

(55) Sui coatti anarchici si vedano i ricordi di E. CROCE, *Nel domicilio coatto. Noterelle di un relegato*, Lipari 1900; A. BOSCHI, *Ricordi del domicilio coatto*, Torino 1954; P. CALCAGNO, *Verso l'esilio. Memorie di un anarchico confinato in Valsesia alla fine dell'Ottocento*, Vercelli 1976.

Il 18 giugno 1896 il falegname Paolo Lega, anarchico romagnolo, spara due colpi di revolver contro Francesco Crispi, senza colpirlo. Il processo si svolge il 19 luglio e Lega viene condannato a vent'anni di carcere. Il 22 aprile 1897 il fabbroferraio romano Pietro Acciarito tenta di pugnalarlo a Roma Umberto I mentre questi si recava in carrozza all'ippodromo delle Capannelle. Acciarito, che non riuscì nemmeno a sfiorare il sovrano, venne catturato e condannato all'ergastolo, previa la pena di sette anni di segregazione cellulare (sarebbe morto nel manicomio criminale di Montelupo nel 1943) ⁽⁵⁶⁾. La sua vicenda giudiziaria innesta il caso di Romeo Frezzi, alimentando ulteriormente la tensione tra anarchici, magistratura, governo e polizia. Frezzi infatti, accusato a torto di complicità con Acciarito, fu ucciso dalla polizia durante un pesante interrogatorio in questura. La stessa polizia cercò poi di coinvolgere altri anarchici, tentando di accreditare l'idea di un complotto contro il re, dopo aver spinto Acciarito ad accusare ingiustamente alcuni suoi compagni di fede. Durante il processo contro questi ultimi emerse però la verità e gli accusati furono tutti assolti ⁽⁵⁷⁾.

La 'crisi di fine secolo' ha il suo epilogo con i moti del pane ad Ancona e, soprattutto, a Milano. Il 16 gennaio 1898 nel capoluogo marchigiano una folla si raduna nella piazza del Comune e lancia sassi verso il palazzo del municipio. La protesta si allarga con tentativi di assalto ai simboli del potere: il tribunale, il quotidiano locale "L'Ordine", la Curia vescovile. Seguono poi l'incendio e il saccheggio, fuori porta, della casa di campagna di un commerciante di grano ⁽⁵⁸⁾. Anche nel circondario i tumulti assumono toni da *jacquerie*. Vengono dati pieni poteri al generale Baldissera e nei giorni seguenti la città vive in una situazione di panico per la paura di nuove sommosse popolari.

⁽⁵⁶⁾ MASINI, *Storia degli anarchici italiani nell'epoca degli attentati*, cit., pp. 107-110.

⁽⁵⁷⁾ A. COLETTI, *Anarchici e questori*, Padova 1971, pp. 51-78; M. FELISATTI, *Un delitto della polizia? Morte dell'anarchico Romeo Frezzi*, Milano 1975; M. SANTOLONI-N. MARCUCCI, *Gli ingranaggi del potere. Il caso dell'anarchico Acciarito attentatore di Umberto I*, Roma 1981.

⁽⁵⁸⁾ S. ANSELMINI, *Ancona e provincia nella crisi di fine secolo: i moti per il carovita*, in « Quaderni storici per le Marche », n. 11 (maggio-agosto 1969), pp. 264-5.

Nei tre mesi seguenti la protesta contro il caro-pane si allargherà a tutte le Marche: vi saranno denunce ed arresti che sfoceranno (soltanto presso il tribunale penale di Ancona) in 38 procedimenti giudiziari con 243 imputati ⁽⁵⁹⁾. Contemporaneamente le sommosse investiranno anche varie parti del Centro e del Sud d'Italia, dalla Toscana alla Puglia, dall'Emilia Romagna all'Abruzzo, dalla Sicilia alla Campania, seguite sempre dal saccheggio di forni, mulini e magazzini di grano, assalto e incendio di case private, municipi e uffici pubblici, specialmente tribunali, esattoria fondiaria, intendenza di finanza, dipartimenti del registro. È una *jacquerie* dagli aspetti insurrezionali che toccherà anche le campagne laziali, sarde, piemontesi, venete e lombarde ⁽⁶⁰⁾. Infine a Milano tra venerdì 6 maggio e lunedì 9 maggio si consuma una delle più sanguinose agitazioni popolari della storia dell'Italia liberale con il mitragliamento di decine, per non dire centinaia di persone: una strage di popolo dalle dimensioni impressionanti ⁽⁶¹⁾.

Due settimane prima dei tragici fatti milanesi si era nel frattempo concluso ad Ancona il dibattimento contro Malatesta, Adelmo Smorti, Rodolfo Felicioli, Alfredo Panfichi, Italo Bellavigna, Ciro Bersaglia, Tito Baiocchi, Antonio Petrosini, Alessandro Cerusici, accusati di essere stati ispiratori delle manifestazioni dei mesi precedenti. Il processo era centrato sull'accusa, per tutti, di associazione a delinquere (in base all'articolo 248 del codice penale che equiparava gli anarchici ai 'malfattori'), e per Malatesta anche quella di aver istigato alla disobbedienza della legge e all'odio fra le classi. Questi, mentre da un lato ammetteva le sue intenzioni rivoluzionarie, dall'altro pretendeva che lo Stato (che egli avrebbe voluto

⁽⁵⁹⁾ E. SANTARELLI, *L'azione di Errico Malatesta e i moti del 1898 ad Ancona*, in « Movimento operaio » VI (1954), p. 265.

⁽⁶⁰⁾ Per tutto questo cfr. COLAJANNI, *L'Italia nel 1898. Tumulti e reazione*, Milano 1898, pp. 23-24.

⁽⁶¹⁾ « Prescindendo dalle cifre ufficiali di 80 morti e 450 feriti [...] si può ritenere di non essere lontani dalla realtà calcolando alcune centinaia di civili uccisi [...] e un migliaio di feriti [tra cui] bambini di 3, 9, 12 anni ammazzati in casa o cannoneggiati per aver fischiato i soldati, donne, vecchi [...] freddati nell'atto di chiudere porte e finestre e, tra i feriti, un numero altissimo di persone colpite nel petto o nella testa con evidente intenzioni di uccidere ». Per contro, le forze dell'ordine ebbero due morti e ventidue feriti. U. LEVRA, *Il colpo di Stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia 1896-1900*, Milano 1975, p. 115.

abbattere) gli garantisce, comunque, la libertà prevista dalle leggi vigenti: « vengo a reclamare la protezione della legge, domandando giustizia a uomini le cui funzioni io non riconosco perché non riconosco la legge, credendo [...] che essa non è fatta efficacemente, se non quando è stata consacrata dal costume, cioè quando è inutile [...]. Ma fino a che la legge esiste, bisogna che sia eguale per tutti; fino a che tribunali vi sono, bisogna che si elevino al di sopra delle basse passioni politiche, affinché non divengano strumento di polizia » (62).

È inutile sottolineare che Malatesta aveva ragione nell'accusare la polizia e la magistratura di una particolare animosità politica nei suoi confronti: si trattava, evidentemente, di un'imputazione senza veri fondamenti di prova. Gran parte del dibattito si svolse pertanto intorno a questa dialettica: la difesa cercava di minimizzare il ruolo degli anarchici durante i moti del pane, mentre l'accusa tendeva a enfatizzarlo. La giuria non accolse la richiesta del Pubblico Ministero che aveva chiesto tre anni di carcere per Malatesta e poco meno per gli altri imputati. I giurati, anzi, ebbero modo di sottolineare che da quando Malatesta era arrivato ad Ancona « non erano stati più commessi attentati alle persone, alla proprietà e alla incolumità pubblica » (63). Venne perciò respinta l'equiparazione fra anarchici e malfattori. La sentenza, pertanto, fu mite: Malatesta venne condannato a sette mesi di detenzione e a 150 lire di multa, mentre quasi tutti gli altri suoi compagni a sei mesi e a 120 lire di multa.

La 'crisi di fine secolo' ha il suo epilogo il 29 luglio 1900 quando l'anarchico Gaetano Bresci uccide a Monza il re Umberto I (64). Durante il processo, svoltosi a Milano un mese dopo, affermò che la

(62) *Una pagina di storia del partito socialista-anarchico. Il processo Malatesta e compagni innanzi al Tribunale Penale di Ancona e i recenti processi di Ancona e Castalferretti per le bombe ammaestrate*, Castellamare Adriatico 1908, p. 88; cfr. pure MASINI, *Storia degli anarchici italiani nell'epoca degli attentati*, cit., pp. 100-105.

(63) Archivio di Stato di Ancona, *Sentenze penali*, 1898, vol. I, n. 206.

(64) A. PETACCO, *L'anarchico che venne dall'America. Storia di Gaetano Bresci e del complotto per uccidere Umberto I*, Milano 2000, pp. 35-55; R. GREMMO, *Gli anarchici che uccisero Umberto I. Gaetano Bresci, il « Biondino » e i tessitori biellesi di Paterson*, Biella 2000, pp. 109-124; G. GALZERANO, *Gaetano Bresci. Vita, attentato, processo, carcere e morte dell'anarchico che giustiziò Umberto I*, Casalvelino Scalo 2001, pp. 129-143.

sua volontà era stata quella di colpire il re quale responsabile dei massacri avvenuti negli anni precedenti ⁽⁶⁵⁾. La difesa, assunta da Saverio Merlino e dal penalista milanese Luigi Martelli — dopo la rinuncia di Filippo Turati, che aveva visitato in carcere l'imputato e che gli suggerì il nome dello stesso Merlino quale suo naturale difensore ⁽⁶⁶⁾ —, non riuscì a sottrarlo al massimo della pena: il regicida fu condannato all'ergastolo, con sette anni di segregazione cellulare ⁽⁶⁷⁾.

A parte lo scontato arresto di qualche centinaio di anarchici (presto peraltro rilasciati), la chiusura di alcune loro sedi, e sporadici episodi di esaltazione del gesto — con conseguenti processi per apologia di reato —, non vi fu una rappresaglia di massa ⁽⁶⁸⁾; insomma, non si assistette, in generale, a contraccolpi rilevanti per l'ordine pubblico, né avvenne la temuta — e da alcuni sollecitata — inversione reazionaria del governo. L'attentato, invece, 'razionalizzò' il sistema politico italiano, dato che, come è noto, pochi mesi più tardi Zanardelli e Giolitti vennero chiamati a sostituire il ministero Saracco.

Il regicidio pose fine non solo all'ultimo convulso quadriennio degli anni Novanta, ma, in un certo senso, a tutta l'epoca seguita all'unificazione perché esaltò simbolicamente la frattura fra popolo e Stato quale espressione suprema della fragile legittimità del potere monarchico scaturito dal Risorgimento. Non c'è dubbio che nella storia italiana l'uccisione di Umberto I costituì uno spartiacque decisivo tra un'età liberale priva di una reale partecipazione popolare e un'età liberale tesa a cercare tale partecipazione per rendere meno precario l'assetto politico e istituzionale vigente. A sua volta nella storia dell'anarchismo italiano il regicidio sancì la fine di un'epoca: quella degli attentati.

⁽⁶⁵⁾ PETACCO, *L'anarchico che venne dall'America*, cit., pp. 74-76; GALZERANO, *Gaetano Bresci*, cit., pp. 276-278.

⁽⁶⁶⁾ Archivio di Stato di Milano, *Procedimento penale contro Bresci Gaetano ed altri, relativo al delitto di regicidio in danno di Umberto I di Savoia*.

⁽⁶⁷⁾ Sulla difesa di Merlino cfr. F.S. MERLINO, *La difesa di Gaetano Bresci alla Corte d'Assise di Milano*, Paterson 1917.

⁽⁶⁸⁾ MASINI, *Storia degli anarchici italiani nell'epoca degli attentati*, cit., p. 162. Una minuziosa documentazione della reazione governativa e poliziesca all'indomani dell'attentato è fornita ora da GALZERANO, *Gaetano Bresci*, cit., pp. 427-536.

GIOVANNA PROCACCI

LA LIMITAZIONE DEI DIRITTI DI LIBERTÀ
NELLO STATO LIBERALE:
IL PIANO DI DIFESA (1904-1935),
L'INTERNAMENTO DEI CITTADINI NEMICI E
LA LOTTA AI « NEMICI INTERNI » (1915-1918)

Nelle pagine che seguono ci soffermeremo su due aspetti del rapporto tra potere civile e potere militare riguardo alla limitazione dei diritti di libertà. Analizzeremo in primo luogo i termini di un « piano di difesa nazionale », che prevedeva il passaggio dei poteri alle autorità militari e che, ideato nel 1904 dopo lo sciopero generale, fu richiamato in varie occasioni fino al 1935, quando fu deciso di abolirne il contesto e di addirittura sopprimere col fuoco le carte che ne avevano contraddistinto l'esistenza (1).

Ci soffermeremo in secondo luogo sugli anni della prima guerra mondiale, delineando prima le principali norme di eccezione e ripercorrendo poi i termini dell'applicazione della misura dell'internamento dei civili appartenenti in prevalenza a paesi nemici (2). Questa capillare azione di prevenzione e repressione si accentuò nell'ultimo anno di guerra, privilegiando i cittadini italiani: la campagna contro i « nemici interni » — termine con il quale vennero

(1) Il presente studio si base sulle carte conservate presso l'Archivio centrale dello Stato, Ministero dell'Interno, Direzione generale della Pubblica sicurezza, Divisione Affari generali e Riservati, cat. Massime [da ora: ACS, Massime]. Per un accenno al piano di difesa, rinvio al mio GIOVANNA PROCACCI, *Osservazioni sulla continuità della legislazione sull'ordine pubblico tra fine Ottocento, prima guerra mondiale e fascismo*, in *Militarizzazione e nazionalizzazione nella storia d'Italia*, a cura di P. Del Negro, N. Labanca e A. Staderini, Milano, Unicopli, 2006, pp. 83-96.

(2) Questa seconda parte riprenderà in larga parte temi da me già affrontati in precedenti saggi, cui farò riferimento in nota.

individuati non solo quanti si erano dichiarati contrari alla guerra, come i socialisti, ma anche coloro il cui comportamento si riteneva non consono al patto di solidarietà patriottica imposto dopo Caporetto, i cosiddetti « disfattisti » — assunse aspetti di vera e propria persecuzione politica ⁽³⁾.

Il piano di difesa del 1904.

Allo stato d'assedio, non previsto dallo statuto, ma richiamato in base allo stato di necessità, si fece ampio ricorso prima e dopo l'Unità, e la misura segnò drammaticamente gli anni della reazione di fine secolo ⁽⁴⁾. Si trattava di « un quasi stato di guerra — si precisava in una relazione del ministero della Giustizia del 1917 —, che può essere ordinato per tutto il territorio del Regno, o per una parte soltanto e che non differisce sostanzialmente, nelle sue conseguenze pratiche, dal vero e proprio stato di guerra »; il governo aveva facoltà di dichiararlo « quando speciali contingenze politiche e di ordine pubblico o pubbliche calamità consiglino ad esigere dalla popolazione il massimo ordine e la più stretta disciplina (moti interni, epidemie gravi, terremoti ecc.) ». Allo stato d'assedio si sarebbe potuto ricorrere — proseguiva la relazione — anche in tempo di guerra, « evidentemente in quei territori dello Stato non compresi

⁽³⁾ « La 'propaganda disfattista' e il 'disfattismo' sono termini di cui l'uso — per designare il complesso delle tendenze, degli atti e dei tentativi di diffusione di sentimenti antibellici — penetrò nel linguaggio comune e si generalizzò verso la seconda metà del 1917 e specialmente dopo il disastro dell'Ottobre »: Relazione della Commissione d'inchiesta. *Dall'Isonzo al Piave (24 ottobre-9 novembre 1917)*, II, *Le cause e le responsabilità degli avvenimenti*, Roma, Stabilimento poligrafico per l'amministrazione della guerra, 1919, p. 473.

⁽⁴⁾ Prima dell'Unità erano stati dichiarati stati d'assedio a Genova nel 1849, a Sassari e a Tempio nel 1952. In seguito furono dichiarati in Sicilia e nelle province meridionali nel 1862, a Palermo nel 1866; nel 1894 in tutta la Sicilia; nel 1898 nelle province di Milano, Firenze, Livorno e Napoli; nel 1908 a Messina e Reggio Calabria: G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958, p. 252. Sul dibattito che si svolse tra i contemporanei sulla legittimità dell'assedio 'politico', e sullo stato di necessità che lo legittimava: C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 121-128; EAD, *Il governo legislatore. Espansione dei poteri dell'esecutivo e uso della delega legislativa in tempo di guerra*, in *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra, in Europa tra XVI e XX secolo*, a cura di F. Benigno e L. Scuccimarra, Roma, Viella, 2007, pp. 197-219.

nella zona di guerra », come era già avvenuto durante la guerra del 1859 (5).

Nonostante la gravità della situazione, non si fece ricorso allo stato d'assedio in occasione dello sciopero generale del 1904. Il motivo si deve presumibilmente attribuire alla volontà di Giolitti di sottrarsi alle polemiche che erano esplose in ambito giuridico e politico riguardo ai poteri concessi alle autorità militari durante gli stati d'assedio del 1894 e del 1898, alle fucilazioni sommarie e agli eccidi che ne erano derivati, e all'operato dei tribunali militari, che avevano inflitto centinaia di anni di carcere (6). Giolitti preferì sempre, come è noto, conferire ampi poteri al prefetto, in base alle leggi di p.s. e alle leggi provinciali e comunali, ricorrendo all'impiego dell'esercito per azioni materiali di repressione, in particolare nel meridione, senza tuttavia cedere il potere prefettizio alle autorità militari (7).

Il conferimento di poteri ai prefetti non impedì tuttavia che Giolitti, in veste di presidente del Consiglio e ministro dell'Interno,

(5) Relazione del 13 settembre 1917, in Archivio centrale dello Stato, *Ministero di Grazia e Giustizia, Direzione Generale Affari Penali*, [da ora ACS, GG] b. 126, f. 127.

(6) Nello stato d'assedio i generali — in veste di regi commissari — subentravano ai prefetti in tutte le loro attribuzioni civili, e potevano promulgare bandi. I reati di carattere politico, quelli di stampa, quelli relativi al porto, la detenzione e l'uso di armi, insieme a quelli specificatamente indicati nei bandi dei comandanti militari, venivano sottratti alla giurisdizione ordinaria e devoluti ai tribunali militari, che giudicavano secondo la procedura penale militare e senza grado di appello: L. VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in « Rivista di storia contemporanea », 1976, 4, pp. 481-524; ID., *La giustizia militare*, in *Le istituzioni militari e l'ordinamento costituzionale*, Roma, Editori Riuniti, 1974, p. 144; G. MOTZO, *Le situazioni di emergenza e di grave necessità pubblica*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, Venezia, Neri Pozza, 1967, pp. 567-578. Per il dibattito: F. CORDOVA, *Democrazia e repressione nell'Italia di fine secolo*, Roma, Bulzoni, 1983, pp. 21 ss.; U. LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia*, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 258-299, 311-403.

(7) F. FIORENTINO, *Ordine pubblico nell'età giolittiana*, Roma, Carecas, 1978, p. 26 e *passim*. Un altro mezzo per combattere le agitazioni fu quello della militarizzazione — che faceva scattare, in caso di sciopero, reati quali la diserzione o l'abbandono di posto, giudicati dai tribunali militari — e che fu effettuata nel 1902 nei confronti dei ferrovieri che minacciavano lo sciopero, ma non nel 1904, data la scarsa partecipazione di questi allo sciopero generale: G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura 1870-1922*, Bari, Laterza, 1969, pp. 134 ss.

predisponesse, insieme al ministero della Guerra e a quello della Marina, un « Piano di difesa » che potesse essere applicato nei momenti di emergenza, in base al quale i poteri stessi sarebbero passati in parte o in totale alle autorità militari. Il progetto venne elaborato nei giorni immediatamente successivi alla fine dello sciopero generale ⁽⁸⁾ che, iniziato l'11 settembre 1904, si era concluso solo il 22, e aveva coinvolto tutte le principali città industriali del Centro-Nord, compresa la stessa capitale, e varie località del Mezzogiorno.

Lo shock prodotto nell'opinione pubblica era stato enorme. Ma nonostante le pressioni della destra — fatta entrare da Giolitti nel governo nel 1903 —, Giolitti aveva deciso di non proclamare lo stato d'assedio, anche se le forze militari territoriali erano state messe all'erta, erano stati effettuati vari spostamenti di truppe e di guardie di pubblica sicurezza verso Milano, centro nevralgico dello sciopero, e in alcune casi — come a Genova e a Napoli — erano state inviate navi da guerra e reggimenti di cavalleria.

Giolitti sosterrà nel 1922, scrivendo le sue memorie, di aver agito convinto che « quel movimento fosse di carattere effimero, e mancasse di base » ⁽⁹⁾. È però lecito supporre che il suo comportamento fosse stato al contrario determinato dalla previsione che l'uso della forza avrebbe potuto scatenare una reazione popolare incontenibile ⁽¹⁰⁾. Decise comunque di inviare ai prefetti, in veste di

⁽⁸⁾ Lo sciopero fu generato dagli eccidi del 4 settembre a Buggerru, in provincia di Cagliari, dove rimasero uccisi tre minatori e una ventina restarono feriti, e del 14 settembre a Castelluzzo, in provincia di Trapani, dove la forza pubblica sparò su una folla di contadini che protestavano per lo scioglimento di una riunione e l'arresto di un socialista, producendo due morti e una decina di feriti.

⁽⁹⁾ G. GIOLITTI, *Memorie della mia vita*, Milano, Garzanti, 1967, p. 145.

⁽¹⁰⁾ Dopo che Pelloux aveva svolto in Senato il 5 dicembre 1904 un'interpellanza « sui disordini di settembre », e aveva criticato l'atteggiamento di Giolitti, il deputato Valli aveva scritto il 6 dicembre a Giolitti per manifestargli la piena adesione al suo operato: « Allora — precisava — un solo morto, come conseguenza dell'esaltazione morbosa di alcune città (Milano per es.) per intervento della forza pubblica avrebbe prodotto — *ineluttabilmente* — la rivoluzione, con conseguenze incalcolabili, da tutti i punti di vista [...]. Insomma, come nel settembre — ritorno affettuosamente a dirle che Lei ha avuto, non una ma *mille* volte ragione di fare quello che ha fatto »: *Dalle carte di Giovanni Giolitti. Quarant'anni di politica italiana, Documenti inediti, Dieci anni al potere, II, 1901-1909*, a cura di Giampiero Carocci, Milano, Feltrinelli, 1962, pp. 370 ss.

ministro dell'Interno, una circolare telegrafica, « osservando — scriverà nelle memorie — che trattandosi di una agitazione che non aveva alcuna ragione né in una grande questione economica né in una grande questione nazionale, non poteva avere che una brevissima durata, e che quindi lo considerassero [sic] con calma e senza soverchie preoccupazioni. Tale mio convincimento reiterai nei dispacci con cui informavo il re giorno per giorno dello svolgersi degli avvenimenti » (11). In realtà la situazione era apparsa in più casi assai critica: così a Milano, a Genova, a Napoli, a Venezia, dove il prefetto si dimostrò incapace di controllare la situazione, e fu perciò destituito da Giolitti (12). Lo sciopero generale, nonostante la sua eccezionale durata ed estensione, non aveva dato però vita a incidenti drammatici: sebbene vi fossero stati degli scontri e in più località i prefetti avessero fatto ricorso all'esercito e alle cariche di cavalleria, i morti erano stati solo tre (a Milano, Torino e Genova (13)). La strada scelta da Giolitti era risultata dunque vincente; tuttavia era

Sui timori di tentativi rivoluzionari da parte di Giolitti v. anche J. DUNNAGE, *Istituzioni e ordine pubblico nell'Italia giolittiana. Le forze di polizia in provincia di Bologna*, in « Italia contemporanea », 1989, n. 177, pp. 13 s.; ID., *The Italian Police and the Rise of Fascism. A Case Study of the Province of Bologna, 1897-1925*, Westport, Connecticut-London, Praeger Publishers, 1997, pp. 39-65.

(11) GIOLITTI, *Memorie della mia vita*, cit., p. 145. Il telegramma ai prefetti fu riassunto alla Camera il 13 dicembre 1904 e poi letto l'8 aprile 1911 (*Dalle carte di Giovanni Giolitti*, cit., p. 361). Contemporaneamente Giolitti aveva fatto approvare in Consiglio dei ministri la chiamata di due classi e il provvedimento di militarizzazione dei ferrovieri che però, come abbiamo già ricordato, non mise in atto. In dicembre Giolitti presentò alla Camera un disegno di legge per l'incremento sia delle guardie che dei carabinieri (ciascuno di 3.000 unità).

(12) Sull'andamento dello sciopero, sulla sua estensione e sugli scontri: Giuliano PROCACCI, *La lotta di classe in Italia agli inizi del secolo XX*, Roma, Editori Riuniti, 1970, pp. 382-424.

(13) A Genova il 19 settembre la direzione dell'ordine pubblico era passata nelle mani del generale Del Magno, comandante della piazza: si era così dato vita a quello che è stato definito un « piccolo stato d'assedio », ovvero il trasferimento mediante decreto governativo della direzione della polizia all'autorità militare, senza però che questa avesse la potestà di istituire tribunali militari straordinari e di sospendere le garanzie costituzionali: Violante, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, cit., pp. 482 ss.

anche apparso evidente che il governo si era trovato in difficoltà per difetto di agenti disponibili ⁽¹⁴⁾.

Giolitti decise quindi di approntare, di concerto con i due ministeri della Guerra e della Marina, un « Piano di difesa », « allo scopo di garantire la tranquillità pubblica e dei pubblici servizi » ⁽¹⁵⁾. Nel primo carteggio con il ministro della Marina, con quello della Guerra e con il comandante dei carabinieri, Giolitti precisò che il piano aveva una duplice finalità: sia di difesa dell'ordine pubblico, sia del regolare svolgimento dei trasporti, del vetto-vagliamento, dell'illuminazione, « in occasione di scioperi generali, o di altre manifestazioni collettive e tumultuarie della massa operaia, specialmente nei grandi centri » ⁽¹⁶⁾.

In seguito a uno scambio di vedute con il ministro della Guerra, l'attenzione si focalizzò però esclusivamente sul piano attinente l'ordine pubblico, per predisporre il quale il 18 ottobre il ministro della Guerra inviava una circolare ai comandanti di Corpo d'Armata affinché, in accordo con le autorità prefettizie, compilassero localmente un progetto per l'impiego delle truppe, tenendo inizialmente conto delle forze disponibili nel presidio e successivamente di quelle che sarebbero potute affluire ⁽¹⁷⁾. Il riferimento era alle milizie territoriali, di cui nel 1899 era stata stilata l'Appendice al Regolamento, in vista del servizio di pubblica sicurezza ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ « La mia linea di condotta — preciserà Giolitti nelle sue Memorie — fu, insomma, che lo Stato fosse preparato a qualunque evento, senza però ostentare prematuramente la sua forza, *che doveva essere usata solamente quando apparisse veramente necessario*, il che non avvenne »: G. Giolitti, *Memorie della mia vita*, cit., p. 146 [corsivo nostro].

⁽¹⁵⁾ « Concorso della forza militare della R. Marina per servizi di ordine pubblico », 30 settembre 1904, inviato al ministro della Marina, al Comando dei Carabinieri, al ministro della Guerra: ACS, Massime, b. 151.

⁽¹⁶⁾ 16 ottobre 1904, *ivi*.

⁽¹⁷⁾ Ministero della Guerra, 18 ottobre 1904 e 23 ottobre 1904, *ivi*. Una circolare con disposizioni analoghe venne inviata dal ministro dell'Interno ai prefetti il 30 ottobre: *ivi*.

⁽¹⁸⁾ « Appendice al Regolamento per il servizio territoriale. Impiego delle truppe in servizio di pubblica sicurezza » (r.d. 5.1.1899). L'Appendice, a firma del ministro della Guerra Di San Marzano e di quello dell'Interno Pelloux, non fu pubblicata, analogamente a quella del 1932 (Cfr. MOTZO, *Le situazioni di emergenza*, cit., p. 586). Copie dell'Appendice del 1899 sono conservate in ACS, Massime, b. 151 e b. 153. L'impiego

Dopo una serie di scambi epistolari, si giunse alla compilazione del testo definitivo, « riservatissimo », datato 7 dicembre 1904 (n. 1142) — di cui fu inviata copia circolare (n. 25312) ai comandanti di Corpo d'Armata e ai prefetti — che conteneva le « Prescrizioni per la tutela dell'ordine pubblico nei centri che rimanessero isolati dal potere centrale, compilato in accordo fra i Ministeri della guerra, della marina e dell'interno » (19). Il disposto poteva essere invocato, come verrà precisato anni più tardi, « in base allo stato di necessità che non ha legge » (20), e riguardava quindi l'ipotesi della sostituzione delle autorità militari alle civili. Infatti al capitolo III il documento recitava: « Allorquando l'autorità politica locale, rimasta isolata dal potere centrale e dai suoi superiori diretti, riconosce, sulla sua piena ed intera responsabilità per quanto riguarda il momento di tale decisione, che la situazione non può essere più dominata coi mezzi ordinari di governo, essa annunzia per iscritto alla superiore autorità militare locale di cedere a questa la direzione della tutela dell'ordine. Nei casi eccezionali, nei quali l'autorità politica venisse

delle truppe avveniva su richiesta dell'autorità politica (compreso il sindaco, laddove non vi fosse il delegato di p.s.) ed era previsto: « *a*) per tutela o ristabilire l'ordine pubblico minacciato o turbato; *b*) per soccorrere le popolazioni o le persone colpite o minacciate da grave sciagura per incendio, inondazione, terremoto ecc.; *c*) quando occorra rimediare o contrastare con lavoratori e materiali militari agli effetti di certi scioperi che possano minacciare la vita economica o materiale delle popolazioni ». Le richieste del punto *a*) e *b*) dovevano essere indirizzate al comandante del presidio o della divisione; le richieste del punto *c*), al ministero della Guerra tramite il ministro dell'Interno. Si precisava inoltre che le richieste al punto *a*) dovevano essere di massima accolte integralmente; quelle al punto *b*), dovevano essere accolte nella misura giudicata conveniente dall'autorità militare « *tenuto conto dei mezzi disponibili, dell'entità del bisogno e delle istruzioni o prescrizioni dell'autorità superiore* » (corsivo nostro: sarà questa precisazione che permetterà di rifiutare negli anni successivi l'invio di truppe, richieste dai prefetti). Al paragrafo 13, si raccomandava inoltre di evitare « per quanto possibile » che la truppa fosse messa a contatto coi tumultuanti, e, al paragrafo 20, di usare le armi « solo quando è necessario per ottenere l'intento », « riserbando l'uso del fuoco ai casi estremi ».

(19) Il testo delle Prescrizioni fu inviato il 7 dicembre 1904 dal ministero della Guerra ai comandanti di Corpo d'Armata e l'11 dicembre dal ministero dell'Interno ai prefetti, « affinché i signori Prefetti ne abbiano conoscenza e sieno in grado di procedere nel migliore accordo con le Autorità Militari nella eventualità che sia richiesto il concorso delle forze armate di terra e di mare nel mantenimento dell'ordine pubblico »: ACS, Massime, b. 151.

(20) Direttore generale di p.s. al presidente del Consiglio, 25 febbraio 1919: ivi.

a trovarsi isolata anche da quella militare locale, oppure essa risultasse per qualsiasi ragione nell'incapacità di svolgere la sua azione, l'autorità militare deve assumere di sua iniziativa, e sotto la sua intera responsabilità, la direzione della tutela dell'ordine ».

Le « Prescrizioni » proseguivano con l'indicare con precisione i « Poteri e doveri dell'Autorità militare » (ovvero: il servizio di p.s.; le facoltà prefettizie previste dalla legge di p.s. circa le riunioni, gli assembramenti, la distribuzione della stampa, i rimpatri; la censura telegrafica). Non erano previste interferenze nell'ambito della giustizia, come avveniva invece con lo stato d'assedio. Anche riguardo alle direttive di azione, dopo aver premesso che l'uso delle armi doveva essere limitato ai casi di estrema necessità, si precisava che l'autorità militare non doveva entrare nel merito dei conflitti tra capitale e lavoro, né in alcuna agitazione a carattere politico, e veniva esplicitamente sottolineato che l'autorità militare doveva astenersi « da qualsiasi ingerenza » nella vita cittadina ⁽²¹⁾.

Il piano di difesa dunque non riduceva il potere dei prefetti: anzi, al contrario, lo accresceva, nel momento in cui permetteva loro di ricorrere direttamente, senza passare per l'autorizzazione ministeriale, all'autorità militare. Il potere affidato ai militari era ampio, ma assai più ridotto riguardo a quello previsto nei casi di dichiarazione di stato d'assedio, per l'assenza di potere in ambito legislativo

(21) « Poteri e doveri dell'autorità militare. All'autorità militare, che abbia assunto la tutela dell'ordine in luogo e vece dell'autorità politica, sono devoluti, oltre alla naturale suprema autorità per l'impiego delle truppe e dei corpi armati locali, i seguenti poteri: a) la direzione del servizio di sicurezza pubblica; b) le facoltà dalla legge di pubblica sicurezza concesse alle autorità politiche e specialmente, per le riunioni, per le processioni, per le passeggiate, per le armi (art. 18), per gli spettacoli e trattenimenti pubblici, per gli esercizi pubblici (art. 56, 57, 58), per la affissione-distribuzione di stampati (art. 65), per i rimpatri (art. 85); c) la revisione dei telegrammi ». L'autorità militare doveva tenere presente che « l'interesse supremo è di circoscrivere e sopprimere [...] qualsiasi resistenza alle autorità costituite », in modo da restituire « al più presto e a qualunque costo » all'ordine e alla vita normale il territorio. Per raggiungere lo scopo, « *si dovrà limitare l'uso delle armi ai soli casi di estrema necessità, così da evitare od attenuare fino ai limiti del possibile le repressioni sanguinose* » [in corsivo nel testo]. « Ove la sommossa sia dovuta, od abbia essa poi offerta occasione, a conflitti fra capitale e lavoro, l'autorità militare deve astenersi dall'entrare in merito o dall'accettare d'intervenire con mediazioni od arbitraggi. Così pure, quando sia politica o di qualunque altro genere la agitazione, l'autorità militare deve rifiutare in proposito ogni comunicazione, la quale, se mai, dev'essere rivolta all'autorità politica ».

(l'emanazione di bandi) e in quello giudiziario. Ciò che distingueva il piano era però il suo possibile carattere di mobilitazione nazionale, non limitata a singole zone.

Il primo evento che spinse a ricordare ai prefetti l'esistenza del piano di difesa fu l'agitazione popolare del giugno 1914, nota come la « settimana rossa »: iniziata il 7 giugno ad Ancona — dove il 9 giugno le autorità civili cedettero il potere a quelle militari —, e diffusasi poi con carattere insurrezionale in molte città del Centro-Nord e del Sud (tra cui Roma), si era chiusa tra il 12 e il 14 giugno con il tragico risultato di 13 morti e molte decine di feriti. Salandra era stato violentemente attaccato alla Camera dalle sinistre, che lo avevano accusato di aver fatto uso di metodi novantotteschi, ma alla fine il 18 giugno gli era stata riconfermata la fiducia ⁽²²⁾. Tuttavia il 25 giugno 1914, ormai terminata l'agitazione, Salandra ricordò ai prefetti l'esistenza della circolare del 1904 sul piano di difesa ⁽²³⁾: in quei giorni i socialisti avevano deciso di attuare alla Camera l'ostruzionismo contro l'approvazione dei provvedimenti finanziari, che prevedevano l'aumento delle imposte dirette per finanziare le spese della guerra libica. Il richiamo di Salandra al piano di difesa rispondeva dunque probabilmente alla volontà di fronteggiare militarmente un'esperienza analoga a quella del 1900 — quando l'ostruzionismo aveva impedito l'approvazione delle leggi liberticide —, esperienza che avrebbe potuto produrre la ripresa delle agitazioni popolari. Ma una trattativa tra i maggiori parlamentari costituzionali (tra cui Sonnino e Orlando) e Treves e Turati permise di approvare fino al 30 giugno 1915 il bilancio e, con esso, l'operato di Salandra ⁽²⁴⁾, rendendo così inattuale il piano di difesa.

Un nuovo appello al piano di difesa riapparve quasi un anno più tardi, nei drammatici giorni precedenti l'intervento dell'Italia in guerra, segnati dalle agitazioni anti-belliche e dalla violenze interventiste. Già a partire dall'inizio di maggio, appena firmato in segreto il Patto di Londra, Salandra aveva disposto che nelle zone

⁽²²⁾ Sulla discussione in Parlamento e sulla stampa: L. LOTTI, *La settimana rossa*, Firenze, Le Monnier, 1965, pp. 165-189.

⁽²³⁾ ACS, Massime, b. 151.

⁽²⁴⁾ L. ALBERTINI, *Venti anni di vita politica*, p. I, vol. II, *L'esperienza democratica italiana dal 1898 al 1914*, Bologna, Zanichelli, 1951, pp. 305-312.

dove si potevano prevedere tumulti in caso di mobilitazione, venissero tenute all'erta le forze militari già stanziare; ma — come scriveva il ministro della Guerra, Zupelli, a Salandra, riguardo alla situazione di Bologna —, per far fronte alle improvvise esigenze di ordine pubblico « in caso di una eventuale mobilitazione occorrerà adottare disposizioni speciali, e cioè rimettere all'autorità militare l'incarico di tutelare l'ordine pubblico, ciò che dovrà farsi con maggiore energia e, se del caso, con la maggiore severità » (25). Il 13 maggio Salandra rassegnava le dimissioni; a questa notizia, le agitazioni interventiste erano dilagate nelle principali città italiane, raggiungendo punte estreme a Milano e a Roma. « Lo stato di cose è gravissimo — scriveva il salandrino Ferdinando Martini il 14 maggio —. La notizia delle dimissioni del ministero ha prodotto una grande impressione. Si minacciano gravissimi fatti [...]. Si grida per le vie 'Morte a Giolitti' » (26).

Il 14 maggio, alle 21, 30, veniva spedito da Salandra, in veste di ministro dell'Interno ancora in carica, un dispaccio telegrafico a tutti i prefetti, in cui si richiamava il piano di difesa del 1904 e si adombrava la possibilità di metterlo in atto: « Il Consiglio dei Ministri ha oggi deliberato che, ai termini della circolare 11 dicembre 1904, i Prefetti siano autorizzati, dove ne riconoscano la necessità, a trasmettere alla Autorità militare la direzione dei servizi di P.S. e la tutela dell'ordine pubblico. Con tale provvedimento, il Governo manifesta la sua risoluzione di servirsi con inflessibile fermezza di tutti i mezzi che le leggi consentono per il mantenimento dell'ordine pubblico » (27). Il timore principale era quello di un movimento insurrezionale — era vivo il ricordo della settimana rossa — istigato

(25) « Tutela dell'ordine pubblico in caso di una eventuale mobilitazione, in Bologna e provincia », 2 maggio 1915, in ACS, Massime, b. 151.

(26) F. MARTINI, *Diario 1914-1918*, a cura di G. De Rosa, Milano, Mondadori, 1966, pp. 419 s. Per le vicende che contraddistinsero il « maggio radioso », per la pressione esterna esercitata sul parlamento e sulle violenze degli interventisti: A. VENTRONE, *La seduzione totalitaria*, Roma, Donzelli, 2003, pp. 69-80.

(27) « Ma — proseguiva il telegramma — [il Consiglio] confida tuttavia che più e meglio valga il senso di vigile responsabilità del popolo italiano a rimuovere da sé il danno inestimabile che, in un momento come l'attuale, potrebbe determinare lo spettacolo della discordia civile e del violento disfrenarsi delle passioni politiche »: ACS, Massime, b. 152, f. 4.

dai movimenti interventisti, in particolare della sinistra repubblicana e sindacalista, come confermano anche alcuni dei dispacci di risposta dei prefetti (28).

Disordini e scontri tra pacifisti e interventisti si susseguirono nei giorni successivi in varie località, con morti e feriti e più di cento arrestati a Torino — dove era stato proclamato lo sciopero generale e dove il 17 maggio il prefetto passò i poteri di pubblica sicurezza al comandante militare, generale Sapelli —, a Palermo, a Genova, a Faenza (29). Ma il rifiuto delle dimissioni di Salandra da parte del re, l'accettazione del fatto compiuto da parte dei socialisti il 16 maggio e infine la fiducia a Salandra e l'approvazione del disegno di legge sui pieni poteri conferiti al governo impressero una svolta decisiva agli eventi.

Come vedremo in seguito, le legge che forniva al governo poteri eccezionali, i decreti — e segnatamente quello del 23 maggio 1915, n. 674, con la facoltà del governo di affidare zone del paese all'autorità militare e la prerogativa dei prefetti di adottare tutte le soluzioni che, in caso di urgenza, reputassero necessarie — permisero di evitare il ricorso allo stato d'assedio, nei confronti del quale — dopo le infauste esperienze della fine del secolo — opponeva resistenza la maggioranza delle forze politiche (30). Al piano di difesa

(28) Il prefetto di Parma aveva telegrafato a Salandra il 15 maggio: « Per ora condizioni ordine pubblico non richiedono misure eccezionali ed io spero che monito V. E. sarà compreso ed accolto. Epperò è indubitato che in tutte classi tutti partiti città recenti avvenimenti hanno suscitato vivissimo fermento manifestato fin qui con ordine serietà concordia animi. Ma questi caratteri svanirebbero quando cadesse definitivamente idea guerra. Allora partiti rivoluzionari avrebbero sopravvento e non posso nascondere che troverebbero alleati fra persone ritenute fin qui fedelissime istituzioni. Nella campagna invece si spera mantenimento neutralità salvo partecipare rivoluzione se anche scoppiasse, perché loro speranze furono esaudite » (ivi). Si ricorda che Parma era la roccaforte del sindacalismo rivoluzionario, favorevole all'intervento.

(29) Per gli eventi di Torino, si rinvia a P. SPRIANO, *Torino operaia nella grande guerra (1914-1918)*, Torino, Einaudi, 1960, pp. 106-113.

(30) L'unico passaggio della direzione dei servizi di p.s. dal prefetto a un commissario civile presso la prefettura (in base al decreto del 23 maggio 1915, n. 674, art. 2) avvenne a Milano, con l'affidamento dei poteri al marchese Giovanni Cassis, nel 1916 (« Relazione a Sua Eccellenza il Presidente del Consiglio » del direttore generale di P. S., 25 gennaio 1919: ACS, Massime, b. 151). Il potere fu invece trasmesso a Torino dal prefetto Verdinois nell'agosto del 1917 alle autorità militari. Sulla decisione, cui era contrario Orlando e favorevole Giardino: A. GATTI, *Caporetto. Dal diario di guerra*

si fece però riferimento più volte durante il conflitto, come più volte si fece ricorso a spostamenti di truppe nelle zone più calde. Si accrebbe inoltre notevolmente il numero delle zone dichiarate in stato di guerra, con conseguente passaggio dei poteri alle autorità militari, spesso non per motivi militari bensì di ordine pubblico (il caso eclatante fu la dichiarazione in zona di guerra delle province di Torino, Alessandria e Genova nell'autunno 1917).

Il 1916 fu caratterizzato da varie proteste sociali, sia nelle fabbriche che nelle campagne; ma fu soprattutto nella primavera del 1917 che la situazione dell'ordine pubblico divenne ovunque critica: tutti i prefetti trasmettevano quotidianamente notizie su agitazioni di donne nelle campagne, su sollevazioni cittadine per mancanza di generi alimentari, su scioperi nelle industrie, comprese quelle ausiliarie dove lavorava personale militarizzato. E anche nel versante politico, la notizia della rivoluzione avvenuta in febbraio (marzo) in Russia aveva mobilitato i socialisti e messo in allarme i movimenti patriottici ⁽³¹⁾.

In questa emergenza, il direttore generale della p.s., Vigliani, inviò il 20 di aprile 1917 un messaggio ai prefetti, richiamando la loro attenzione sulla circolare del 11 dicembre 1904, « riprodotta in quella del 25 giugno 1914 », affinché venisse riesaminato « il piano di difesa a suo tempo predisposto per aggiornarlo ed apportarvi tutte quelle varianti ed aggiunte che si ritenessero consigliabili ». Oltre a dare indicazioni su come dislocare le truppe, la circolare raccomandava di predisporre delle liste di proscrizione: « un elenco completo, con la precisa indicazione dell'abitazione, delle persone che per i precedenti e per l'ascendente tra le masse organizzate siano ritenute più pericolose nella eventualità di turbamenti dell'ordine pubblico, per essere in grado di far procedere prontamente al loro arresto, ove sorga il bisogno » ⁽³²⁾. Era l'inizio del passaggio da una

inedito (maggio-dicembre 1917), a cura di A. Monticone, Bologna, Il Mulino, 1964, pp. 432 ss; SPRIANO, *Torino operaia*, cit., pp. 239-254 (con l'elenco dei dirigenti socialisti arrestati e poi processati dal tribunale militare).

⁽³¹⁾ Giovanna PROCACCI, *Dalla rassegnazione alla rivolta. Mentalità e comportamenti popolari nella Grande guerra*, Roma, Bulzoni, 1999.

⁽³²⁾ Circolare ai prefetti, 20 aprile 1917, in ACS, Massime, b. 151. La circolare disponeva una diversa dislocazione delle truppe, previo accordo tra le autorità politiche e militari, in modo « di avere preventivamente sul posto, nei centri più facili ad essere

strategia impostata sul colloquio con l'opposizione socialista — fino ad allora tenacemente difesa da Orlando — ad una linea politica indirizzata alla repressione, come verrà poi attuata nell'ultimo anno di guerra.

L'accordo tra autorità politiche e militari territoriali avrebbe dovuto permettere di ovviare ai contrasti tra ministero dell'Interno e ministero della Guerra che — già palesi a partire dal 1916 e destinati a perpetuarsi in futuro — avevano come oggetto l'utilizzo di truppe, come previsto dal Regolamento al servizio territoriale e dalla relativa Appendice del 1899, nei casi di turbamento dell'ordine pubblico. Secondo il ministero dell'Interno le truppe risultavano infatti inadeguate in 39 province (in 30 invece la quantità delle truppe risultava sufficiente) ⁽³³⁾, ma il ministero della Guerra rifiutava di accrescerne il numero ⁽³⁴⁾.

turbati, una opportuna forza, della quale spesso la sola presenza varrà ad impedire disordini ». Il 4 di maggio, in seguito ai propositi di dichiarare a Milano lo sciopero generale, Turati, scrivendo alla Kuliscioff, temeva la dichiarazione dello stato d'assedio: F. TURATI-A. KULISCIOFF, *Carteggio*, IV, 1915-1918. *La Grande Guerra e la rivoluzione*, a cura di F. Pedone, Einaudi, Torino, 1977, p. 506.

⁽³³⁾ « Promemoria per S. E. il ministro, agosto 1917 », a firma del direttore generale della p.s. (ACS, Massime, b. 151). In un successivo promemoria, del 27 agosto, si faceva presente che era stato disposto l'arruolamento e l'aggregamento all'Arma dei Carabinieri di 12.000 ausiliari, sicché la forza complessiva, compresi quelli effettivi (41.909) e quelli richiamati (18.377) assommava a 72.286 unità (relazione del 29 agosto, ivi).

⁽³⁴⁾ « Pro-memoria per S. E. il ministro, settembre 1917 », ivi. Le resistenze da parte del ministero della Guerra ad impiegare truppe per il mantenimento dell'ordine pubblico erano legate, oltre al fabbisogno militare al fronte, anche ai compiti che dovevano svolgere le truppe. Era infatti accaduto che, in una agitazione in Valle Bisenzio (Prato) il 4 luglio 1917 un gruppo di scioperanti delle industrie laniere, in maggioranza donne, che non avevano ricevuto la paga settimanale, avessero preso a sassate un reparto del 17° Cavalleggeri e alcuni soldati che rimuovevano una barricata. Il ministro della Guerra, Giardino, che agiva su diretta sollecitazione del Comando supremo, aveva allora telegrafato il 5 luglio al ministero dell'Interno che « non si può assolutamente ammettere, a mio avviso, che in tempo di guerra reparti dell'esercito siano fatti segno ad offese concrete per parte di cittadini in sommossa, senza che le truppe abbiano non già l'autorizzazione ma l'ordine di reagire, e questo per ovvie ragioni che hanno relazione diretta non soltanto con il prestigio ma con lo spirito militare delle truppe medesime » (ivi). L'agitazione si era conclusa (38 donne erano state arrestate e condotte in carcere a Firenze), ma la polemica tra i due ministeri era proseguita, avendo Orlando l'8 luglio scritto a Giardino ricordandogli come « nella parte del territorio non compresa nella zona di guerra, vige la nota Appendice al Regolamento per il servizio territoriale », che

La rotta di Caporetto modificò i termini del contraddittorio, poiché, data la situazione militare che si trovò ad affrontare il ministero della Guerra, non era più possibile richiedere ulteriori truppe per il servizio di ordine pubblico ⁽³⁵⁾. Orlando inviò pertanto il 13 novembre una circolare ai prefetti, invitandoli, in caso di necessità, a stabilire accordi diretti con i comandi locali circa le forze occorrenti, «evitando di rivolgersi a questo ministero, che, nel momento attuale, non avrebbe modo di insistere efficacemente presso quello della Guerra», e raccomandandosi altresì di mantenere ogni richiesta «nei limiti minimi indispensabili» ⁽³⁶⁾. Contemporaneamente venne estesa a quasi tutto il Settentrione la dichiarazione di zona di guerra.

Durante il 1918, divenuto presidente del Consiglio Orlando, i rapporti con il nuovo capo di stato maggiore, Diaz, divennero più distesi. Prova ne fu la risposta conciliante, fornita dal ministro della

sarebbe decaduta nel momento in cui il territorio fosse divenuto zona di guerra e l'ordine pubblico fosse passato nelle mani dei militari; ma fino a quel momento l'azione della truppa si sarebbe dovuta svolgere «in conformità alle richieste degli ufficiali di P. S.». Il contrasto si era ulteriormente aggravato dopo che a Napoli, il 17 luglio, alcuni bersaglieri avevano sparato contro operai del cantiere navale Pattison, producendo vari feriti (uno morirà alcuni giorni dopo). Poiché gli operai erano militarizzati, la questione passò alla competenza del generale Dallolio, capo della Mobilitazione industriale; ma l'episodio spinse a rivedere i termini della questione che, in seguito all'irrigidimento di Giardino («per parte mia approvo senza restrizione la reazione [delle truppe a Napoli] ed anzi [sono] nel dubbio che essa sia stata tardiva od insufficiente»), fu portata in Consiglio dei ministri. La decisione finale fu che, in base al paragrafo 13 dell'Appendice al Regolamento al servizio territoriale, si doveva evitare che la truppa fosse messa a contatto con gli scioperanti in cordoni di difesa, venendo tale compito affidato ai carabinieri o ad altri agenti di p. s.; ma, si precisava in una circolare ai prefetti del 23 agosto, ciò non significava che la truppa dovesse essere usata solo per una repressione violenta. Una circolare di Giardino del 27 agosto dava tuttavia un'interpretazione parzialmente diversa del divieto di usare la truppa in cordoni, aggiungendo che esso doveva avvenire «per quanto possibile», dovendosi prevedere il supporto delle truppe se i cordoni dei carabinieri venivano sopraffatti (tutto il carteggio è in ACS, Massime, b. 151 e b. 152, f. 1).

⁽³⁵⁾ Il 27 ottobre, nei giorni dell'invasione, Giardino aveva scritto ad Orlando che «necessità militari richiedono ritorno in zona di guerra delle due divisioni di cavalleria già disponibili in Piemonte e Lombardia per eventuali esigenze ordine pubblico»: ACS, Massime, b. 152, f. 5.

⁽³⁶⁾ Ivi. Con il d.lt. 10 febbraio 1918, n. 362 venne data facoltà di richiedere l'opera degli agenti comunali per gravi motivi di ordine pubblico.

Guerra, Zupelli, a un messaggio di Orlando del 14 agosto, dove questi lamentava l'emanazione di nuovi provvedimenti, in base ai quali sarebbero venuti meno i contingenti militari fissi presenti nelle varie città e sarebbe stato ridotto il numero dei carabinieri. « In sostanza con le nuove disposizioni impartite in materia — scriveva Orlando — viene soppressa la già scarsa ed inadeguata distribuzione della forza nel Regno per le necessità eventuali dell'ordine pubblico ». Il 3 settembre Zupelli rassicurava Orlando che « non si intendeva di addivenire a radicali rimaneggiamenti, con nuovi criteri, della dislocazione delle truppe [...]; ma solo di evitare nuove insistenze da parte delle autorità politiche per aumento di contingenti di truppe », né si intendeva diminuire il contingente dei carabinieri ⁽³⁷⁾.

I progetti relativi all'impiego della truppa vennero invece repentinamente rivisti al momento dell'armistizio, in previsione di « gravi perturbamenti » ⁽³⁸⁾: e, come già nel 1914 e nel 1917, si ricordò nuovamente ai prefetti l'esistenza del piano di difesa del dicembre 1904 ⁽³⁹⁾.

Dal novembre 1918 al gennaio 1919 non si registrarono episodi gravi, riguardanti l'ordine pubblico. Ma la situazione cambiò nel febbraio-marzo e soprattutto in aprile, proprio quando Orlando era assente dal paese per partecipare alla Conferenza di Parigi ⁽⁴⁰⁾, sia

⁽³⁷⁾ Lettera di Orlando del 14 agosto 1918, in ACS, Massime, b. 151. Resoconto del direttore generale di p.s. del settembre 1918, che riporta la lettera del ministero della Guerra del 3 settembre 1918, ivi.

⁽³⁸⁾ Orlando aveva mandato il 20 ottobre una circolare ai prefetti, chiedendo loro di vigilare su una possibile azione svolta dalla corrente socialista intransigente, riuscita vincitrice al congresso di Bologna. Si invitava a mantenere in efficienza tutti i servizi di informazione, di prendere contatti con quanti nel Partito socialista dissentissero da propositi di azione diretta e di fare affidamento sulle organizzazioni patriottiche (« Fascio nazionale, Associazione dei Mutilati etc. »), di grande aiuto — sottolineava — se la loro opera fosse coordinata con quella delle autorità, mentre « sarebbe assai pericoloso se essi passassero ad una propria azione diretta i cui pericoli sarebbero gravi »: ACS, Massime, b. 152, f. 3.

⁽³⁹⁾ Circolare ai prefetti del 3 novembre 1918, ivi.

⁽⁴⁰⁾ Orlando nominò come vicepresidente prima Giovanni Villa, e da marzo Gaspare Colosimo. Sulle misure riguardanti l'ordine pubblico prese da Orlando: A. FIORI, *Orlando, Colosimo e l'ordine pubblico nelle primavera del 1919*, in « Clio », gennaio-marzo 2004, n. 1, pp. 27-65.

per l'azione di propaganda in senso rivoluzionario della direzione del Partito socialista — che intendeva proclamare uno sciopero generale —, sia per l'attività svolta dalle associazioni interventiste.

Per far fronte ad eventuali disordini, non si poteva fare più ricorso alla normativa eccezionale del periodo bellico: oltre al decreto che aveva permesso ai prefetti di internare i civili indesiderati, di cui parleremo in seguito, era stato infatti abrogato il decreto 23 maggio 1915, n. 674, relativo ai provvedimenti straordinari di p.s. che, all'art. 2, prevedeva, come sappiamo, che il ministro dell'Interno decidesse il passaggio di poteri dall'autorità civile a quella militare. In mancanza di tale norma — aveva scritto Orlando in una circolare il 1 marzo 1919 — i prefetti avrebbero potuto però chiedere l'applicazione del « piano di difesa », rifacendosi alle « Istruzioni riservatissime » emanate dal ministero della Guerra, d'intesa con quello della Marina e dell'Interno, nel dicembre 1904. Per quanto riguardava invece una comune attività di vigilanza, i prefetti avrebbero potuto far riferimento, oltre alle norme di diritto comune, a quanto disposto dalla legge comunale e provinciale ⁽⁴¹⁾.

La situazione precipitò però in seguito alle manifestazioni patriottiche di Roma del 10 aprile e ai gravi incidenti avvenuti a Milano il 13 aprile, durante i quali furono feriti molti dimostranti: durante lo sciopero generale, che venne dichiarato di conseguenza, un gruppo di arditi, nazionalisti e fascisti — il 23 marzo erano stati fondati a Milano i Fasci di combattimento — usò le armi e uccise due dimostranti (mentre la forza pubblica non fece uso delle armi); subito dopo, il gruppo si recò alla sede dell'« Avanti! » e la incendiò. Seguirono degli scontri e il prefetto di Milano, in base alla legge comunale, fece eseguire centinaia di arresti. Non venne però deciso il passaggio dei poteri all'autorità militare, non avendolo Colosimo, vicepresidente del Consiglio, ritenuto necessario, confortato in ciò

(41) ACS, Massime, b. 152, f. 3. La legge comunale e provinciale permetteva di proibire qualsiasi comizio, corteo, assembramento o riunione in luogo pubblico, cui partecipassero più di 5 persone. In vista dello sciopero, fu discussa anche l'eventualità della militarizzazione dei ferrovieri non soggetti a vincolo militare, in base ad un progetto predisposto nel 1917 ed allora non sfociato in decreto (Direttore generale delle Ferrovie dello Stato a Colosimo, aprile 1919, in ACS, Massime, b. 151).

anche dall'opinione contraria alla proclamazione dello stato d'assedio che Orlando gli aveva manifestato da Parigi ⁽⁴²⁾.

A partire da maggio il paese venne paralizzato da una serie continua di scioperi, cui si affiancarono in giugno i tumulti annonari, che si estesero in larga parte dell'Italia centrale — in particolare in Toscana — e in Liguria ⁽⁴³⁾. Contemporaneamente, mentre il Partito socialista programava per luglio uno sciopero generale, che avrebbe dovuto avere riscontro sia in Francia che in Gran Bretagna, si diffondeva la voce di un tentativo di colpo di stato delle destre e dei militari, in vista di un governo capeggiato dal generale Giardino ⁽⁴⁴⁾. Così il 9 giugno Colosimo inviava ai prefetti una circolare in cui, richiamandosi a quella del 20 aprile 1917, riportava alla luce il « piano di difesa » del 1904. E contemporaneamente invitava i prefetti ad aggiornare, senza ritardo, « l'elenco delle persone più pericolose per la loro attività, per l'iniziativa di cui abbiano dato prova, per il seguito che hanno nelle masse, in modo che di ciascuno

⁽⁴²⁾ La comunicazione di Orlando a Colosimo è riprodotta in FIORI, *Orlando, Colosimo*, cit., pp. 55 (e pp. 42 -62 su tutto l'episodio). Orlando era rimasto però assai impressionato dai fatti di Milano, convinto come era da tempo che i pericoli maggiori per l'ordine pubblico potessero venire più dai gruppi patriottici — ai quali quindi si appellò al suo ritorno a Roma, dopo aver abbandonato la Conferenza della pace —, che da minacce di agitazioni rivoluzionarie, anche se nell'ultimo anno di guerra gli erano state segnalate delle trame di bolscevichi all'estero nei confronti dell'Italia. Come scriveva l'11 aprile a M. Petrozziello, capo di gabinetto della presidenza del Consiglio, dopo il fallimento dello sciopero generale a Roma del 2 aprile, « gli eventi di ieri sembrano dare ragione a quanto ho sempre pensato durante la guerra, e cioè che la reazione patriottica in Italia è ancora più forte di quella degli estremisti più o meno anarchici. Per virtù di sensazione assai più che di informazione, io ho pensato e penso tuttavia che un profondo sconvolgimento in Italia, almeno in un periodo prossimo, sia più da temere da una delusione patriottica che da qualsiasi altra ragione »: ivi, p. 40. La posizione di Orlando nei riguardi di quali fossero le forze politiche da cui bisognava guardarsi mutò però notevolmente avvicinandosi la decisione finale alla Conferenza per la pace, nel senso di maggiore accondiscendenza verso la destra, come poi risultò dalle inadeguate misure giudiziarie verso i responsabili delle devastazioni all'*Avanti!*: A. FIORI, *Polizia e ordine pubblico nel 1919*, in « Italia contemporanea », marzo 2006, n. 242, pp. 14-19.

⁽⁴³⁾ Sui moti annonari in Toscana: R. BIANCHI, *Bocci-Bocci. I tumulti annonari nella Toscana del 1919*, Firenze, Olschki, 2001, e più in generale sulle agitazioni del 1919: ID., *Pane, pace, terra: il 1919 in Italia*, Roma, Odradek, 2006.

⁽⁴⁴⁾ G. ROCHAT, *L'esercito italiano da Vittorio Veneto a Mussolini*, Bari, Laterza, 1967, pp. 49, 53. ss.; A. Fiori, *Ancora sull'ordine pubblico nel 1919*, « Clio », ottobre-dicembre 2005, n. 4, pp. 581-615.

si conosca il domicilio attuale », individuando anche i luoghi « che, in caso di disordini possano servire a convegni segreti di sovversivi » (45).

Il 19 giugno 1919 cadeva il governo Orlando e si formava il governo Nitti, che tra i primi punti del suo programma espose il proposito di procedere rapidamente con la smobilitazione. La smobilitazione rendeva però più difficile la concessione di truppe per servizi di ordine pubblico, di cui invece i prefetti — nella congerie sociale del dopoguerra — facevano richieste sempre più pressanti. A tali richieste, « assolutamente sproporzionate alle disponibilità e alle esigenze del momento », era impossibile dare soddisfazione — scriveva in settembre al presidente del Consiglio il ministro della Guerra, generale Albricci, non senza una nota di fastidio —. « Sta il fatto che i Sigg. Prefetti non sembrano convincersi di tali considerazioni pur così semplici e che ne consegue un impiego di truppe in servizio di ordine pubblico continuo e gravissimo che stanca moralmente e materialmente ufficiali e soldati [...]. E tutto ciò per motivi esclusivamente precauzionali, senza che ne segua, nella gran maggioranza dei casi, verun impiego dei reparti comandati » (46).

In questo frangente, poiché anche il Comando generale dell'arma dei carabinieri aveva negato la possibilità di spostamenti di forza, ed era d'altronde nota la persistente deficienza numerica dei funzionari di p.s. e delle Guardie di città (47), Nitti, sempre esor-

(45) Circolare del ministero dell'Interno, 9 giugno 1919, in ACS, Massime, b. 152, f. 3.

(46) Ministero della Guerra, 11 settembre 1919, in ACS, Massime, b. 153. Sui rapporti conflittuali tra autorità militari e civili e sul tendenziale disinteresse — o addirittura contrarietà — da parte dei militari ad occuparsi di questioni di ordine pubblico: N. Labanca, *Zona di guerra*, in *La Grande Guerra. Uomini e luoghi del '15-'18*, a cura di M. Isnenghi e D. Ceschin, Torino, UTET, 2008, pp. 606-619; v. anche D. Ceschin, *La diarchia imperfetta. Esercito e politica nella Grande Guerra*, in « Memoria e Ricerca », 2008, n. 28, pp. 41-54.

(47) « Appunto pel Gabinetto di S. E il ministro dell'Interno », del 3 giugno: ACS, Massime, b. 152, f. 6. Dati sulla forza disponibile per territorio vennero forniti dal nuovo ministro della Guerra Albricci il 12 settembre: il numero di truppe più alto risultava presente a Genova (10. 120), poi a Milano e a Torino (in ambedue 9. 500), seguito da Bari (8. 000) e da Firenze (5. 100). Gli altri contingenti, inferiori, riguardavano Alessandria, Verona, Bologna, Ancona, Roma, Napoli, Palermo, Cagliari (ACS, Massime, b. 153).

tando i prefetti alla massima vigilanza e alla formulazione di elenchi di persone che dovevano essere arrestate, assicurava che era in preparazione un piano di riforma ⁽⁴⁸⁾: piano che si tradusse nella creazione della Guardia regia ⁽⁴⁹⁾.

Urgeva inoltre una ridefinizione dei compiti delle forze civili e di quelle militari, in rapporto all'intensificarsi delle agitazioni nell'inverno 1919-1920, e al timore che di esse i promotori potessero « profittarne per i loro scopi rivoluzionari » ⁽⁵⁰⁾. A tale ridefinizione spingevano non solo le reiterate lagnanze del ministro della Guerra, ma altresì il timore che si fosse fatta strada tra le truppe la propaganda socialista ed anarchica ⁽⁵¹⁾, data la persistenza dei soldati in servizi di ordine pubblico, « esposti — come scriveva il capo di stato maggiore Badoglio il 2 aprile 1920, riferendo sulle 'Condizioni delle truppe del presidio di Milano in rapporto ai servizi di sicurezza e di ordine pubblico' — a contatti impuri, a tentativi di seduzione e, ciò che è più grave alle più svariate forme di corruzione morale e politica »; sicché la situazione aveva prodotto una « allarmante crisi disciplinare », determinata dal « sistematico frazionamento giornaliero delle truppe in servizi non militari, e che si compendia in un possibile disgregamento della loro compagine ». Era perciò essenziale, secondo Badoglio, « accelerare al massimo la costituzione di

⁽⁴⁸⁾ Circolari ai prefetti del 27 agosto 1919 (in ACS, Massime, b. 152, f. 3), e del 13 ottobre 1919 (ivi, b. 153).

⁽⁴⁹⁾ La Guardia regia, costituita con r. decreto n. 1790 il 2 ottobre 1919, aveva assorbito le preesistenti Guardie di città ed era un corpo alle dirette dipendenze del ministero dell'Interno. Nel giugno 1920 era composta da 25.000 uomini, assegnati in una ventina di centri principali. In quella data i Carabinieri erano 60.000, di cui solo 45.000 presenti nel paese (« Relazione del Direttore Generale Comm. Quaranta a S. E. il ministro », 14 giugno 1920, in ACS, Massime, b. 152, 5). Nel 1922 ne facevano parte 40.000 uomini. Fu abolita il 31 dicembre 1922, con r.d. n. 1680, dal governo Mussolini. Ad essa era stato affiancato nel 1919 il Corpo degli Agenti investigativi.

⁽⁵⁰⁾ Circolare ai prefetti del 28 dicembre 1919, in ACS, Massime, b. 153.

⁽⁵¹⁾ Così nella Relazione Quaranta cit. Segni di malcontento si erano manifestati anche tra gli agenti di p.s. e tra i carabinieri, che avevano addirittura progettato uno sciopero: Fiori, *Polizia e ordine pubblico nel 1919*, cit., pp. 7-13; J. DUNNAGE, *Ordinamenti amministrativi e prassi politica. Le forze di polizia a Bologna di fronte al fascismo*, in « Italia contemporanea », 1992, n. 186, p. 71. Sulla propaganda tra le truppe: G. ROCHAT, *Antimilitarismo ed esercito rosso nella stampa socialista e comunista del primo dopoguerra 1919-1925*, in Id, *L'esercito italiano in pace e in guerra*, Milano, R. A. R. A., 1991, pp. 144-177.

reparti di R. Guardia e di CC. RR. per far fronte alle attuali esigenze, divenute ormai normali, dell'ordine pubblico, e non ricorrendo poi all'Esercito se non nei casi di assoluta ed estrema necessità» (52).

Così nell'aprile del 1920 — negli stessi giorni in cui veniva varato il nuovo ordinamento dell'esercito, che ne riduceva le forze alle dimensioni di prima della guerra (53) —, in una riunione presso il ministero dell'Interno, Nitti e il ministro della Guerra, Bonomi, stabilirono che, «in via di massima, l'impiego delle truppe in servizio di o.p. non sarebbe stato richiesto come semplice misura preventiva, ma a rinforzo delle R.Guardie e dei CC.RR. ogni qual volta venisse dimostrato in atto che questi ultimi elementi non fossero sufficienti a fronteggiare la situazione» (54). Venne pertanto formulata dai due ministeri una circolare (n. 3630, del 14 aprile 1920), nella quale, rivedendosi i termini dell'Appendice al Servizio territoriale, venivano distribuiti i compiti di tutela tra le forze, in modo che ai reparti dell'esercito — «armati all'occorrenza di mitragliatrici» — fosse esclusivamente riservato il presidio di ambasciate e consolati, di depositi di armi, di stabilimenti di pena, di banche e di impianti industriali che provvedevano a servizi di prima necessità (acqua, gas, luce, trasporti, magazzini di viveri). Il compito di «contenere e di affrontare le folle in tumulto ed in generale dei servizi di ordine pubblico nelle strade e nelle piazze» veniva attribuito invece ai carabinieri e alla Guardia regia, ambedue dipendenti, per quanto riguardava l'ordine pubblico, dal ministero dell'Interno. Solo eccezionalmente, in caso di «estese sommosse», e nel caso che fossero rimaste truppe disponibili, queste sarebbero potute essere impiegate per i compiti precedenti (55). Circa l'utilizzo delle armi da

(52) Capo di stato maggiore dell'esercito al presidente del Consiglio, e per conoscenza al ministro della Guerra, 2 aprile 1920, in ACS, Massime, b. 153.

(53) ROCHAT, *L'esercito italiano da Vittorio Veneto*, cit., pp. 164 ss, 239 ss. Il regolamento, varato il 20 aprile 1920, rimase in vigore fino al 1923.

(54) Così il riassunto che ne fa il ministro delle Guerra, scrivendo al Presidente del Consiglio, il 3 giugno 1921: ACS, Massime, b. 153.

(55) Circolare riservatissima del 14 aprile 1920, a firma del ministro della Guerra Bonomi e del ministro dell'Interno Nitti, ivi. Ulteriori specificazioni sulle funzioni di competenza dell'esercito furono impartite da Bonomi ai comandi il 21 aprile, insieme alla precisazione che, oltre che su indicazione del ministero, le disposizioni potevano essere adottate anche d'iniziativa dei singoli comandi, in stretto e continuo collegamento

parte dei carabinieri e della Guardia regia di cui era stato fatto uso in recenti conflitti, Nitti — non negandone l'impiego, invitava a limitarlo a quando « improvvisa aggressione persone armate o prevalenti numero renda necessaria difesa contro pericolo certo, grave ed imminente » e solo in quanto fosse ordinato dai superiori, « rammentando — precisava il giorno successivo in una seconda circolare telegrafica ai prefetti —, che repressione deve essere proporzionata e che uso armi deve essere ordinato soltanto di fronte violenze di cui gravità ne giustifichi evidente immediata necessità » (56).

Le nuove direttive imponevano una modifica dei piani precedenti, sia dell'Appendice al Regolamento sul servizio territoriale — come scriveva Bonomi ai comandi il 10 maggio —, sia del piano di difesa del dicembre 1904; e, a tale proposito, il ministero della Guerra aveva invitato i corpi d'Armata a formulare proposte (57). Il piano di difesa al momento non venne tuttavia modificato. E fu richiamato in vita — all'inizio di settembre insieme alla circolare Nitti-Bonomi del 14 aprile — in occasione delle agitazioni operaie all'inizio di settembre, che portarono all'occupazione delle fabbriche. In quella occasione il ministro della Guerra, Lanza, inviò una circolare ai comandi di Corpo d'Armata affinché, data la situazione che « può repentinamente assumere carattere eccezionale gravità », le autorità militari disponessero che si potesse fare assegnamento su

con le autorità politiche, allorché la situazione lo rendesse a loro giudizio indispensabile e mancasse la possibilità di un'autorizzazione preventiva del ministero (ivi).

(56) Telegrammi ai prefetti del 6 e del 7 aprile 1920, in ACS, Massime, b. 152, f. 3.

(57) Ministero della Guerra, 21 aprile 1920, ivi. Mentre alcuni comandi non avevano proposto modifiche, alcuni invece avevano avanzato richieste di maggiori poteri repressivi: così il Comando di Bologna richiedeva che fosse stabilita anche la censura sulla stampa e che si applicasse senz'altro lo stato d'assedio (che prevedeva l'istituzione dei tribunali militari). A favore di tribunali militari straordinari si esprimeva il Comando di Ancona, insieme a « porre bene in evidenza i criteri cui l'attuale Governo vuole informare l'azione repressiva e cioè: massima energia per soffocare sino dall'inizio qualunque moto, ed, ove occorra, impiego risoluto delle armi in special modo quando per l'esiguità della forza questa potrebbe essere facilmente sopraffatta e disarmata ». Da parte sua, il Comando di Milano proponeva che all'atto di assunzione di poteri da parte dei militari, venissero sciolte tutte le amministrazioni comunali socialiste e nominati dei commissari straordinari.

tutte le truppe esistenti nei territori, in concorso con quelle a disposizione delle autorità politiche ⁽⁵⁸⁾.

Le dispute circa l'uso delle forze militari per servizi di ordine pubblico proseguirono nei mesi successivi, mesi segnati dagli attacchi squadristici e dalla risposta socialista: i prefetti seguitavano infatti a richiedere interventi di truppe che i comandi cercavano di non effettuare. In effetti, come comunicava nel gennaio del 1921 il ministro della Guerra Bonomi a Giolitti, presidente del Consiglio e ministro dell'Interno, le truppe disponibili erano scarse, poiché molte classi erano state congedate e non si poteva ancora fare assegnamento sulle nuove leve nate all'inizio del secolo ⁽⁵⁹⁾. Fu in parte proprio questa situazione di insufficienza numerica che contribuì in varie località a coinvolgere in compiti di ordine pubblico gruppi di civili, lungo una traiettoria che sarebbe sfociata nel finanziamento privato dello squadristo e nella compiacenza degli istituti pubblici verso di esso ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁸⁾ I progetti della circolare del 14 aprile dovevano quindi essere rivisti nel senso di « aumentare quanto più possibile entità truppe disponibili », data « gravità attuale momento » (ACS, Massime, b. 153).

⁽⁵⁹⁾ Così Bonomi, il 14 gennaio 1921 (ACS, Massime, b. 152, f. 3). Ma erano presenti anche altri motivi, attinenti al prestigio e il decoro dell'esercito: come scriveva il comandante del Corpo d'Armata al prefetto di Milano il 26 maggio 1920, l'impiego delle truppe in servizi di p. s. aveva portato alla formazione di « branchi caotici di uomini male equipaggiati, male educati, disavvezzi alla voce dei propri ufficiali, male adatti a dominare se stessi in difficili situazioni e far cauto e misurato impiego delle armi » (ACS, Massime, 153). In termini analoghi si sarebbe espresso il generale Di Giorgio, ministro della Guerra, nel febbraio del 1925: « Lo spettacolo di reparti affollanti, per intiere giornate, cortili di pubblici edifici e bivaccanti in ozio disagevole e deleterio in attesa di eventi che non si verificheranno, doveva essere, secondo le disposizioni vigenti, come ormai definitivamente sorpassato. Le cose sono giunte a tal punto che sembra rendersi necessario ed urgente richiamare in vigore l'applicazione delle disposizioni contenute nella circolare del 14 aprile 1920 secondo la quale l'Esercito, solo in via eccezionale, doveva essere impiegato per servizi di ordine pubblico nelle strade e nelle piazze »: ministro della Guerra a ministro dell'Interno, 4 febbraio 1925, ACS, Massime, b. 153. È possibile che queste lagnanze influissero sulla formazione il 2 aprile 1925 del Corpo degli Agenti di p.s. (r.d. n. 383).

⁽⁶⁰⁾ Secondo Dunnage, « il ricorso ad elementi esterni per rafforzare gli organici e mantenere l'ordine (ovvero per controllare i movimenti rivoluzionari di sinistra) era parte integrante della tradizione italiana della tutela dell'ordine pubblico »; ed infatti l'uso di civili era già stato sperimentato in precedenza nella zona del bolognese nel 1909 e nel 1915 per ordine del questore, e in più zone durante la settimana rossa; anche Nitti

Nel luglio del 1921 cadeva il ministero Giolitti, e lo sostituiva Bonomi. Questi aveva convenuto sull'opportunità di evitare che le truppe fossero impiegate in servizio di ordine pubblico, e aveva promesso al ministro della Guerra l'incremento degli organici dei carabinieri e della guardie regie, ma aveva anche precisato che « le attuali condizioni dell'ordine pubblico sono però veramente eccezionali, e tali da non consentire pel momento alcuna variante in senso restrittivo » (61).

Giunto al governo Facta nel febbraio del 1922, erano proseguite le richieste di truppe in base alla circolare Nitti-Bonomi, e i relativi rifiuti. Coticché nell'estate del 1922 Soleri, nuovo ministro della Guerra, si era deciso ad inviare una circolare ai comandi affinché fosse data « una interpretazione larga alla circolare del 14 aprile », nel senso di fornire l'aiuto richiesto (62). La circolare veniva spedita nei giorni in cui Mussolini stava organizzando la marcia su Roma, e di lì a poco la situazione sarebbe precipitata. La soluzione prospettata fu, come è noto, quella dello stato d'assedio, che avrebbe fornito poteri assai più vasti ai generali comandanti di quelli previsti sia dalla circolare Nitti-Bonomi che dal piano di difesa, permettendo anche un controllo maggiore sulle truppe, molte delle quali simpatizzavano con gli squadristi.

Rifiutata dal re l'ipotesi dello stato d'assedio e formatosi il governo Mussolini, il clima cambiò rapidamente. Il 31 dicembre 1922 il governo Mussolini abolì la Guardia regia — alcuni esponenti

nel maggio del 1920, durante lo sciopero dei ferrovieri, aveva disposto che comitati di cittadini potessero sostituire gli scioperanti: DUNNAGE, *Ordinamenti amministrativi*, cit., pp. 77 e 73-78 *passim*. Nella citata risposta di vari comandi al ministero della Guerra (21 aprile 1920, ACS, Massime, b. 152, f. 3) alcuni avevano avanzato proposte a favore dell'uso di civili: il Comando di Ancona proponeva di prendere « accordi con i cittadini del partito dell'ordine per la formazione di pattuglie in sussidio all'autorità militare »; e di « autorizzare le autorità militari ad accettare l'opera di tutti gli ufficiali in congedo dimoranti nel territorio che volontariamente si offrono in ausilio ai reparti dell'Esercito ». Analoga proposta era provenuta dal Comando di Roma: « richiamare in casi eccezionali e se necessario, una aliquota di militari in congedo dai distretti del territorio di giurisdizione, nonché di incorporare nei reggimenti e nei servizi cittadini che volontariamente si prestino per la tutela dell'ordine o per assicurare il funzionamento dei pubblici servizi ».

(61) Lettera del 22 luglio 1921, in ACS, Massime, b. 153.

(62) Circolare del ministro della Guerra del 23 agosto 1922, ivi.

della quale (12.000 graduati e 108 ufficiali) confluirono in un ruolo a parte dei carabinieri — e contemporaneamente creò la Milizia volontaria per la sicurezza nazionale, anch'essa adibita a compiti di ordine pubblico. Contemporaneamente venne rafforzato il ruolo del prefetto.

Un nuovo appello al piano di difesa — che dopo il settembre 1920 non era stato più richiamato — si registrò non casualmente nel luglio del 1924, durante la crisi successiva al delitto Matteotti, dopo che il 27 giugno l'opposizione aveva presentato la mozione in cui chiedeva lo scioglimento della Milizia. In un telegramma ai prefetti del 6 luglio 1924 Federzoni, in qualità di ministro dell'Interno, li avvertì che « intensificarsi attività sovversiva rende necessario siano predisposti mezzi tutela ordine pubblico », e richiamò pertanto le istruzioni contenute nella circolare 20 aprile 1917 — citata da Federzoni in luogo del piano originale del 1904 che la circolare ricalcava, probabilmente perché vi era il riferimento al periodo bellico e forse anche perché prevedeva liste di proscrizione —, pregando di « curare immediata revisione piano di difesa aggiornandolo in base attuale disponibilità forza pubblica di accordo Autorità militari alle quali ministero Guerra comunica in pari tempo opportune istruzioni ». E di propria mano scrisse in calce: « Analoghe intese sarà opportuno prendere coi comandi locali milizia », aggiunta che chiariva la volontà di fare della Milizia un corpo istituzionalizzato ⁽⁶³⁾. In un telegramma del giorno successivo, Federzoni ordinava che, in caso di necessità, venissero attuate misure limitatrici, « non esclusa chiusura negozi armi munizioni, esercizi pubblici in genere e sedi circoli associazioni sovversive » ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶³⁾ Con r.d. 4 agosto 1924, n. 1292, la MVSN entrò infatti a far parte delle forze armate, con dipendenza dal ministero della Guerra, dall'esercito e dalla Marina. Sul processo di progressiva equiparazione della Milizia all'esercito: A. AQUARONE, *La milizia volontaria nello stato fascista*, in *Il regime fascista*, a cura di A. Aquarone e M. Vernassa, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 105 s.

⁽⁶⁴⁾ Telegrammi del 6 e 7 luglio, in ACS, Massime, b. 151. Tra le varie risposte dei prefetti, è degna di nota quella del prefetto di Milano, Nasalli, che faceva presente che gli ultimi ordini sospendevano la circolare « a firma ministri Nitti Bonomi » — che, ricordiamo, limitava l'azione delle forze armate alla difesa delle sedi ufficiali —, « la quale contraddice formalmente numeri 2 e 5 appendice al regolamento servizio territoriale » che prevedevano che la truppa poteva essere usata per contrastare gli scioperi (n.

I decreti restrittivi delle libertà emanati nei giorni successivi resero inattuale la messa in azione del piano di difesa. Del quale si decise di attuare comunque una revisione, poiché le norme da esso previste « per la loro remota origine (1904), non sono più in relazione colle esigenze dei tempi », come scriveva il ministro della Guerra ai ministri dell'Interno e della Marina, proponendo a tale scopo una commissione congiunta ⁽⁶⁵⁾.

La commissione, incaricata di dar vita a nuove « Prescrizioni per la tutela dell'ordine pubblico », in sostituzione di quelle del 1904, fu nominata nel 1925 ⁽⁶⁶⁾. Ma i tempi ormai erano cambiati. Il rapporto tra forze armate e fascismo, da iniziale appoggio, si era trasformato in osmosi dei ruoli, attraverso la concentrazione dei ministeri militari nelle mani di Mussolini e la riorganizzazione degli Alti comandi dell'aprile-maggio 1925 ⁽⁶⁷⁾. Il t. u. della legge di p. s. del 1926, la legge del 25 novembre 1926, n. 2008, circa i « Provvedimenti per la difesa dello Stato », seguiti dal codice Rocco e dal testo unico di p.s. del 1931 — che prevede lo « stato di pericolo pubblico », ovvero uno stato d'assedio instaurabile dai prefetti, e soprattutto lo « stato di guerra per motivi di ordine pubblico » con il quale il ministro dell'Interno o gli stessi prefetti potevano affidare alle autorità militari tutti i poteri riguardanti l'ordine pubblico, nonché la competenza a giudicare i reati contro la personalità dello Stato — avevano reso obsolete le precedenti norme di emergenza. « Gli strumenti ottocenteschi dell'assedio politico gestito dai militari, dello stato di guerra interna, lo stesso impiego della truppa in servizio di ordine

2) e l'impiego di cavalleria e artiglieria (n. 5). « Mi permetto anzi interessare Vostra Eccellenza — terminava il prefetto — perché quella Circolare che distrugge un regolamento ed è contraria allo spirito pratico ed al principio di responsabilità venga senz'altro abolita »: ACS, Massime, b. 151.

⁽⁶⁵⁾ 3 agosto 1924 (ivi). Erano i giorni in cui in cui si tenne il consiglio nazionale del PNF, durante il quale, il 4 agosto, fu nominata la cosiddetta commissione dei « quindici » (poi detta dei « Soloni »), incaricata di studiare la riforma costituzionale, presieduta da Gentile, e di cui fecero parte Arturo Rocco e Santi Romano. Sull'opera della Commissione: A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 53-60.

⁽⁶⁶⁾ Vedi ministero della Guerra, 8 marzo 1927, in ACS, Massime, b. 151.

⁽⁶⁷⁾ G. ROCHAT, *Mussolini e le forze armate*, in *Il regime fascista*, cit., p. 114 ss.; v. anche ID., *Il ruolo delle forze armate nel regime fascista*, in ID., *L'esercito italiano in pace e in guerra*, cit., pp. 205 ss.

pubblico, finirono col rendersi superflui » (68), e, con essi, a maggior ragione, il piano di difesa del 1904, nel quale non era contemplata la devoluzione dei reati alla giurisdizione militare.

Cosicché nel 1933, dopo che erano stati ridefiniti i rapporti tra il regime e le forze armate con il nuovo Regolamento per il servizio territoriale (69), proveniva da parte del ministero della Guerra la richiesta al ministero dell'Interno di abolire le norme previste della circolare del 7 dicembre 1904, distruggendo anche materialmente i vecchi progetti (70).

Al momento non se ne fece nulla — in calce alla lettera era stato scritto: « Presi gli ordini da S.E. il Capo del Governo: rispondere che per ora non sembra il caso ». Ma, in seguito a richieste, da parte dei comandi territoriali, circa l'uso da fare del piano, nell'aprile del 1935 il ministero dell'Interno, « in considerazione dell'ambiente spirituale in cui vive oggi la Nazione » decideva di accogliere la nuova proposta del ministro della Guerra, del gennaio di quell'anno: e cioè di « distruggere, senza sostituzione » il piano di difesa del 1904, insieme ai progetti di militarizzazione del personale ferroviario compilati nel 1920 (71).

(68) MOTZO, *Le situazioni di emergenza*, cit. p. 585; Id., *Assedio*, cit. pp. 256 ss. Sulla debole resistenza dei liberali alla normativa del 1925-26: AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 99-102.

(69) L'Appendice al nuovo Regolamento per il servizio territoriale dell'esercito del 1932 prevedeva che, diversamente dall'Appendice del 1899, il mantenimento dell'ordine pubblico spettasse in via normale alle forze di polizia (Arma dei carabinieri e Corpo degli agenti di p. s.) e alla MVSN, e che solo se queste forze si fossero dimostrate insufficienti si poteva far ricorso alle altre forze armate: MOTZO, *Le situazioni di emergenza*, cit., pp. 586 ss.

(70) Tanto più che — soggiungeva il ministero — l'Appendice al Regolamento del servizio territoriale prevedeva la compilazione di un progetto per la tutela e la restaurazione dell'ordine pubblico da parte dei comandi dei presidi più importanti, d'accordo con le autorità di p. s. e con quelle della Marina e dell'Aeronautica, progetto di cui comunque — si teneva a precisare — « data l'attuale situazione politica e la rinnovata organizzazione statale, non è da prevedere la sopra accennata eventualità »: ministero della Guerra, 31.1.1933, « Disposizioni e progetti per la tutela dell'ordine pubblico », in ACS, Massime, b. 151.

(71) Lettera del ministro della Guerra del 15 gennaio 1935 e circolare ai prefetti e al questore di Roma del ministro dell'Interno, Senise, del 12 aprile 1935, in ACS, Massime, b. 151. L'autorizzazione del ministero dell'Interno era necessaria — scriveva il ministro della Guerra — perché i progetti « non possono essere distrutti per dispo-

I documenti relativi al piano di difesa del 1904 vennero così distrutti, mediante fuoco ⁽⁷²⁾, dalle varie prefettura e dai diversi comandi militari. Nel 1938, la legge di guerra dell'8 luglio (approvata con r.d. n. 1415) ripropose l'istituzione di uno « stato di guerra interno », anche se lo Stato italiano non fosse stato in guerra con un altro Stato. In quel caso veniva però instaurato un regime di assedio, con l'assunzione dei poteri civili da parte un comandante supremo ⁽⁷³⁾.

L'internamento di civili e la campagna contro il « disfattismo ».

Se il piano di difesa del 1904, nell'intento di salvaguardare l'ordine pubblico, ledeva i diritti di libertà dell'intera comunità, una serie di dettami legislativi, emanati nel periodo della guerra 1915-1918, impressero una drastica limitazione ai diritti sia individuali che collettivi. In seguito alla dichiarazione di guerra nel maggio del 1915, i diritti di libertà subirono in Italia una drastica limitazione. Le norme che segnarono la svolta furono principalmente la legge sui provvedimenti relativi alla difesa economica e militare dello Stato, emanata due mesi prima dell'entrata in guerra (21 marzo 1915, n. 273); la legge che attribuì « poteri straordinari » al governo (22 maggio del 1915, n. 671); e il decreto riguardante i provvedimenti straordinari in materia di pubblica sicurezza (r.d. 23 maggio 1915, n. 674).

La legge del marzo del 1915, prevista contro lo spionaggio, assicurava al governo il potere di emanare decreti su alcune materie (tra cui il soggiorno degli stranieri) e limitava la libertà di stampa e di comunicazione di « notizie concernenti la forza, la preparazione o

zione emanata da questo ministero, giacché *documenti segreti*, regolarmente assunti in carico e compilati in conseguenza di richiesta pervenuta dall'autorità di pubblica sicurezza ». Con successiva disposizione, si autorizzò anche la distruzione senza sostituzione dei progetti di militarizzazione del personale postelegrafico (ministero della Guerra, 14 giugno 1935, *ivi*). Il progetto di militarizzazione dei ferrovieri del 1920 era stato elaborato in seguito allo sciopero della categoria del gennaio di quell'anno, durante il quale in alcune zone le autorità militari erano state direttamente coinvolte nei servizi di ordine pubblico.

⁽⁷²⁾ Così il prefetto di Pisa, 4 luglio 1935, *ivi*.

⁽⁷³⁾ MOTZO, *Le situazioni di emergenza*, cit., p. 587.

la difesa militare dello Stato»; i trasgressori venivano colpiti da « sanzioni interessanti il servizio di polizia militare, più larghe e più sicure — come ebbe ad esprimersi nell'aprile del 1922 il Servizio informazioni dello Stato maggiore dell'esercito — di quelle contenute nei codici penali comune e militare » (74). Due mesi dopo, alla vigilia dell'entrata in guerra, la legge del 22 maggio del 1915 attribuì al governo il potere di emanare decreti in tutte le materie attinenti la difesa dello Stato, l'ordine pubblico e l'economia nazionale (75). In virtù di tale potere, il giorno successivo il governo emanò il r.

(74) Ministero della Guerra, Stato Maggiore dell'Esercito. Servizio di polizia militare. « Riservatissimo », aprile 1922, in ACS, *Massime*, b. 50, f. 28. Come ha scritto Mario Sbriccoli, la legge del 21. 3. 1915 costituì « uno degli ultimi episodi pre-fascisti di uso apertamente politico del diritto penale »: M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 1973, 2, p. 608. Sui caratteri del decreto, elaborato da Orlando, e sull'animata discussione in Parlamento: C. LATINI, *Governare l'emergenza*, cit., pp. 58-87, che nota che si trattava di una vera e propria legge di delegazione di pieni poteri, i cui termini, a differenza della legge del 22 maggio, non cessarono con la fine della guerra. La legge fu giudicata da Arturo Labriola « un'enormità giuridica » che avrebbe condotto ad una « germanizzazione della società »: A. LABRIOLA, *Tendenze pericolose (corrispondenza parlamentare)*, in « Roma », 16. 3. 1915, cit. da A. FIORI, *Il filtro deformante. La censura sulla stampa durante la prima guerra mondiale*, Roma, Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, 2001, pp. 64 s. (e pp. 56-65 sulla discussione della legge). Per le riflessioni della dottrina: G. G. RUBBIANI, *La notizia soggetta a divieto di pubblicazione*, in « La scuola positiva », 1915, pp. 904 ss. (che riporta e commenta il dibattito in parlamento); A. SANTORO, *La difesa economica dello Stato*, ivi, p. 305; per un apprezzamento: A. CORDOVA, *I provvedimenti relativi alla difesa militare dello Stato nella legge 11.3.1915 n. 273*, in « Cassaz. unica », XXVI, p. 833.

(75) La legge fu elaborata da Orlando, Sonnino e Ferdinando Martini e così recitava: « Il governo del Re ha facoltà in caso di guerra e durante la guerra medesima di emanare disposizioni aventi valore di legge per quanto sia richiesto dalla difesa dello Stato, dalla tutela dell'ordine pubblico e da urgenti e straordinari bisogni dell'economia nazionale. Restano ferme le disposizioni di cui agli art. 243 e 251 del Codice penale per l'esercito ». La legge autorizzava il governo ad « ordinare le spese necessari e provvedere con mezzi straordinari ai bisogni del Tesoro ». La legge sui poteri straordinari decadde il 3 settembre 1919. Sui pieni poteri e sullo stato di eccezione, si rinvia a Latini, *Governare l'emergenza*, cit., pp. 87-93, 107-105 e *passim*. Sul giudizio dei contemporanei: T. TITTONI, *I rapporti tra il Parlamento e il governo durante la guerra*, in « Nuova antologia », 1° febbraio 1918 (poi in opuscolo: Roma, 1918); L. DE FEO, *Il parlamento e la guerra*, Roma, Industria tip. Romana, 1920 (serie di saggi che l'A. non riuscì a far pubblicare durante la guerra); G. ARANGIO RUIZ, *Leggi ed eventi costituzionali del periodo bellico e postbellico*, Modena, Tip. Modenese, 1925, pp. 4 ss., 20 ss.

decreto 23 maggio 1915, n. 674, che, aggravando i già severi disposti della legge di p.s. del 1889 e delle disposizioni « antianarchiche » del 1894 (76), fornì all'esecutivo tutti gli strumenti per attuare una drastica limitazione dei diritti civili. Il decreto prevedeva infatti che il ministro dell'Interno potesse affidare l'esercizio di poteri straordinari di p.s. in qualunque parte del territorio a comandanti militari o a commissari civili (art. 2); e che il prefetto, il comandante militare o il commissario civile avessero il potere di prendere autonomamente — riferendone al ministro dell'Interno — qualsiasi provvedimento « che credano indispensabile per la tutela dell'ordine pubblico » nelle materie contemplate nella legge o nel regolamento di pubblica sicurezza, con la sola condizione dell'essere giustificato da urgenza (art. 11) (77). Era dunque previsto l'ampliamento della giurisdizione militare per motivi di pubblica sicurezza, e veniva attribuito ai prefetti un potere pressoché illimitato in materia di ordine pubblico — come sottolineò lo stesso Orlando in una circolare ai prefetti (« l'articolo 11 del Regio Decreto 23 maggio

(76) Si trattava della legge 19 luglio 1894, n. 314, che indicava il numero delle persone (tre) sufficienti a costituire un'associazione a delinquere; della legge 19 luglio 1894, n. 315, che aumentava le pene per i reati di istigazione a delinquere e apologia di reato commessi a mezzo stampa; della legge 19 luglio 1894, n. 316, che vietava le associazioni dirette a sovvertire gli ordinamenti sociali. Le leggi erano ancora applicate: P. PAGANI, *Il reato di cui all'art. 2 della legge 19 luglio 1894, n. 315 nella dottrina e nella giurisprudenza*, in « Scuola positiva, 1915, pp. 61-71.

(77) Il decreto dava facoltà ai prefetti di negare il permesso di riunioni pubbliche, anche se private, essendo ritenute pubbliche « anche le riunioni indette per invito in forma privata, quando per il luogo designato, per il numero delle persone invitate, per lo scopo della riunione o il tema da svolgersi nella conferenza è da escludere il carattere privato della riunione »; per i contravventori era previsto l'arresto (art. 3); i prefetti potevano inoltre decidere lo scioglimento di associazioni, « nel caso di perturbamento dell'ordine pubblico o di grave pericolo per esso », perquisendo i locali e sequestrando le carte (art. 4), proibire opere teatrali e cinematografiche e revocare le licenze (art. 6), decidere la chiusura o la sospensione di esercizi pubblici. Come vedremo, un decreto del 6 marzo 1918 (n. 305) ampliarà ulteriormente i poteri dei prefetti, concedendo loro anche di decidere l'internamento di civili. Sul decreto 23 maggio e sulla vastità degli interventi: A. BERNAU, *I provvedimenti di indole penale per le necessità di guerra*, in « Rivista di diritto e procedura penale », 1915, pp. 385-394; P. PAGANI, *Provvedimenti straordinari in materia di Pubblica Sicurezza (r. decreto 23 maggio 1915)*, ivi, 1915, pp. 539-557; G. SABATINI, *Sulla natura dei provvedimenti di urgenza per la tutela dell'ordine pubblico a norma dell'art. 11 Decreto-legge 23 maggio 1915*, in « Scuola positiva », 1916, pp. 380-384. Il decreto fu abrogato con d. l. 28 febbraio 1919, n. 253.

1915, n. 674, nella sua ampiezza illimitata, consente ai Prefetti qualsiasi provvedimento eccezionale, con la sola condizione che abbia ad essere giustificato da un'impellente necessità d'ordine pubblico » (78)). La vastità di azione concessa dal decreto poteva paragonarsi — come ebbe a scrivere il direttore generale di p.s. nell'immediato dopoguerra — alle « facoltà derivanti all'autorità dalla dichiarazione dello stato d'assedio » (79). E agli effetti positivi del decreto, e alla sua perdurante efficacia si faceva ancora riferimento nel 1925, al momento di predisporre la nuova legge di pubblica sicurezza: le disposizioni del decreto, « atte a rafforzare il principio di autorità » — si scriveva nel febbraio di quell'anno — « corrisponderebbero in massima e all'unisono alla novella concezione che lo spirito del Governo Nazionale vuol infondere giustamente nei cittadini sul valore effettivo dei poteri dello Stato e sul senso di disciplina a cui devono educarsi le popolazioni » (80).

La legge del 22 maggio dei pieni poteri, congiuntamente al decreto del 23 maggio e al piano di difesa del 1904 evitarono dunque

(78) La circolare « riservatissima » del febbraio 1917, è riprodotta in Fiori, *Il filtro deformante*, cit., pp. 516-21.

(79) « Cessato lo stato di guerra — proseguiva il direttore generale, in risposta a un quesito del presidente del Consiglio — non sembra sia più il caso di mantenere, in via di prevenzione generica, la permanente minaccia di misure gravi, che toccano una delle libertà fondamentali quale è quella di associazione, potendovi all'occorrenza supplirvi con singoli provvedimenti, giustificati, nel caso, dalle impellenti necessità dell'avvenuto perturbamento dell'ordine ». Questi provvedimenti — concludeva la relazione — si potevano emanare « sempre con Decreto speciale, in base ai poteri straordinari conferiti al Governo del Re e tuttora in vigore, dalla legge 22 maggio 1915 sopra citata »: « Relazione a Sua Eccellenza il Presidente del Consiglio. R. D. 23 maggio 1915 n. 674. Circa provvedimenti straordinari di pubblica sicurezza », 25 febbraio 1919: ACS, Massime, b. 151.

(80) L'autore della relazione, non firmata, diretta al direttore generale di p. s. in data 16 marzo 1925, dichiarava di essere stato l'autore, insieme all'ispettore generale dell'Amministrazione civile Caruso, del decreto del 23 maggio; è identificabile con l'ex questore ed esponente di rilievo della polizia scientifica Emilio Saracini, direttore della rivista giuridica « Il Magistrato dell'ordine ». La relazione consigliava anche norme che imponessero « condizioni nell'esercizio di determinate attività », norme « per disciplinare l'opera dei portieri, custodi, guardiani di stabili », e invitava soprattutto a ripristinare « il servizio di anagrafe-statistica presso gli uffici di P.S. servizio di una incommensurabile utilità specialmente ai fini della polizia investigativa »: Archivio centrale dello Stato, *Ministero dell'Interno, Divisione Polizia*, b. 1.

all'Italia, al momento dell'entrata in guerra, la dichiarazione di stato d'assedio, alla quale erano ricorsi invece alcuni dei paesi belligeranti.

Decreti successivi, emanati sempre nei primi giorni dopo l'intervento, perfezionarono la legislazione riguardante la limitazione dei diritti, affiancando alla sospensione delle libertà di riunione e di associazione, prevista dal decreto del 23 maggio, anche quelle di stampa e di comunicazione telegrafica ⁽⁸¹⁾. Infine un decreto luogotenenziale del 20 giugno (n. 885) colpì la diffusione di notizie — riguardanti la difesa militare, l'ordine pubblico, l'economia nazionale e altri fattori di pubblico interesse — diverse da quelle fornite ufficialmente, prevedendo l'arresto immediato dei presunti colpevoli ⁽⁸²⁾; e un bando del Comando supremo del 28 luglio 1915 contemplò gravi sanzioni per i privati che in zona di guerra spedissero o ricevessero corrispondenza che fornisse notizie circa la difesa militare o la disciplina, lo stato sanitario e la preparazione delle truppe ⁽⁸³⁾.

⁽⁸¹⁾ La circolazione di notizie « concernenti la sicurezza dello Stato » furono oggetto, oltre che della legge 21 marzo 1915 sulla difesa economica e militare dello Stato, del r. d. 28 marzo 1915, n. 313, dei r. decreti 23 maggio 1915, n. 675, e n. 689 (censura postale), dei d.l. 27 giugno 1915 n. 986, d.l. 8 luglio 1915, n. 1029, d.l. 23 dicembre 1915, n. 1801 e 1 maggio 1916, n. 498; in particolare riguardavano la censura sulla stampa i decreti del 23 maggio e del 8 luglio: un d.l. del 18 novembre 1918 (n. 1709) ne ridusse notevolmente la portata. Sull'applicazione della censura sulla stampa, si rinvia al fondamentale volume di FIORI, *Il filtro deformante*, cit.

⁽⁸²⁾ Il d.l. del 20 giugno 1915 concerneva la diffusione di notizie sulla difesa dello Stato o sulle operazioni militari « diverse da quelle portate a conoscenza del pubblico dal Governo o dagli Alti comandi » (detenzione sino a sei mesi o multa da 100 a 1.000 lire; con aggravante della pena se vi era il fine di turbare la pubblica tranquillità o di danneggiare pubblici interessi: reclusione da due mesi a due anni, multa da 500 fino a tremila lire); se venivano comunicate « notizie non conformi a verità » su ordine pubblico, economia nazionale o altri fatti di pubblico interesse, per le quali « possa essere turbata la tranquillità pubblica o danneggiati pubblici interessi » si era puniti con la detenzione fino a sei mesi e la multa da 100 a 1.000 lire; se però esisteva anche il fine di nuocere la pena era aumentata da due mesi a due anni e da 500 a 3.000 lire. La genericità del dettato e l'interpretazione estensiva delle corti determinarono un amplissimo numero di condanne.

⁽⁸³⁾ Le sanzioni erano indicate dalla legge 21 marzo 1915, n. 273 e dal Codice penale dell'esercito; se le corrispondenze contenevano « espressioni anche generiche di denigrazione delle operazioni di guerra, di disprezzo e di vilipendio per l'esercito, per l'Amministrazione e i corpi militari », erano applicabili le pene di cui all'art. 178 del c. p. e. Lo stesso bando riprendeva i termini del decreto del 20 giugno sulle « false

Nel proseguo del conflitto furono emanati altri decreti restrittivi; in particolare un decreto del 4 ottobre 1917 (n. 1561) contro il « disfattismo », aggravò le già gravi limitazioni, dando il via a una pressoché totale libertà di procedere nei confronti del dissenso (o del semplice malcontento) ⁽⁸⁴⁾.

Contemporaneamente all'azione dell'esecutivo, si svolse la ancor più pesante attività repressiva in ambito civile attuata dalle autorità militari, sia nelle zone di guerra, previste dall'art. 246 del codice penale militare — zone che si estesero notevolmente durante il conflitto al di là dei territori di confine o militarmente strategici previsti all'inizio, fino a comprendere dopo Caporetto quasi tutta l'Italia settentrionale ⁽⁸⁵⁾ — sia nei confronti di specifiche categorie

notizie », precisando che in zona di guerra la cognizione di tutti i reati previsti era dei tribunali di guerra. Sulla censura postale in zona di guerra, regolata dal bando del Comando Supremo del 28 luglio 1915: F. PEZZELLA, *La corrispondenza delittuosa dalla zona di guerra*, in « Rivista penale », 1918, pp. 133-140. Mi permetto di rinviare a proposito anche a Giovanna PROCACCI, *Soldati e prigionieri italiani nella Grande Guerra. Con una raccolta di lettere inedite*, Roma, Editori Riuniti, 1993 (2^a ediz. Torino, Bollati Boringhieri, 2000), pp. 10-18. Un altro decreto fortemente lesivo delle libertà individuali fu quello che attribuì « a persone che ne siano espressamente incaricate dal governo del re » il potere di attuare la censura postale, di missive ovunque dirette (d. lt. 6.6.1918, n. 835). Precedentemente la censura era infatti attuata da ufficiali (o da funzionari civili espressamente delegati) e riguardava le missive da e per le zone di guerra.

⁽⁸⁴⁾ Il decreto recitava: « Chiunque con qualsiasi mezzo commette o istiga a commettere un fatto, che può deprimere lo spirito pubblico o altrimenti diminuire la resistenza del paese o recar pregiudizio agl'interessi connessi con la guerra e con la situazione interna od internazionale dello Stato, quando tal fatto non costituisca altro reato previsto e represso dalla legge, sarà punito con la reclusione sino a cinque anni e con la multa sino a lire cinquemila. Nei casi di maggiore gravità la reclusione potrà estendersi fino a dieci anni e la multa fino a lire diecimila. Non è mai applicabile la sospensione condizionale prevista dagli articoli 423 e 424 del codice di procedura penale ».

⁽⁸⁵⁾ I territori venivano dichiarati in stato di guerra con decreto reale. In caso estremo — come quello di invasione nemica —, in base all'art. 246 e 247 del codice penale per l'esercito potevano essere dichiarati tali anche con semplice ordinanza del comandante del Corpo d'Armata territoriale, divisione, piazzaforte. Le zone di guerra riguardarono inizialmente i territori di frontiera e le piazzaforti marittime, i comuni costieri e le isole dell'Adriatico, le province di Sondrio, Brescia, Verona, Vicenza, Belluno, Udine, Venezia, Treviso, Padova, Mantova, Ferrara, Bologna, Ravenna e Forlì; si aggiunsero nel luglio 1915 e nell'ottobre 1916 le province di Cremona, Piacenza,

di lavoratori, come i ferrovieri e la classe operaia degli stabilimenti ausiliari, che vennero militarizzati e soggetti pertanto alla giurisdizione militare ⁽⁸⁶⁾. Nelle zone di guerra, nelle quali le forze militari esercitavano autorità politica e amministrativa, in virtù dell'art. 251 del codice penale militare e del n. 39 del Servizio in guerra il comandante militare poteva emanare bandi (detti anche ordinanze) in deroga alle norme dello Stato (ed alcuni tribunali stabilirono che avevano valore di legge anche le circolari) ⁽⁸⁷⁾. Come scriverà Orlando, in una provincia soggetta alla giurisdizione militare « la sfera dell'autorità civile si riduce sino ad un punto da poter arrivare persino all'annullamento » ⁽⁸⁸⁾. I tribunali militari avevano inoltre giurisdizione in tutto il territorio nazionale, oltre che sui reati commessi da militari e su alcuni reati specifici (spionaggio, saccheggio ecc.) o previsti per il tempo di guerra dagli artt. 545, 546 e 547 del codice penale militare, anche sui reati effettuati da civili in azione congiunta con militari (e nelle fabbriche lavoravano molti operai militari). Molti comportamenti in tempo di pace non soggetti a sanzione, o comunque di competenza dei tribunali civili, vennero pertanto soggetti alla giustizia penale militare.

La congerie di nuove norme — molte legate all'improvvisazione e non di raro contraddittorie tra di loro ⁽⁸⁹⁾ — condusse spesso a sentenze contrastanti. Così come spesso si trovarono in contrappo-

Rovigo. Nel settembre 1917 quelle di Messina e Reggio Calabria e (per diretta richiesta del generale Dallolio, capo della Mobilitazione industriale) le province di Alessandria, Genova, Torino (decreto del 16 settembre 1917, n. 1483); dopo Caporetto furono dichiarate zona di guerra, con decreto 1.12.1917, n. 1925, la maggior parte delle province del Nord.

⁽⁸⁶⁾ Sull'estensione della giurisdizione militare rinvio ai miei studi, in particolare a Giovanna PROCACCI, *La società come una caserma. La svolta repressiva degli anni di guerra*, in « Contemporanea », settembre 2005, n. 3, pp. 423-445.

⁽⁸⁷⁾ Sui caratteri dell'attività legislativa dell'autorità militare: F. P. GABRIELI, *La legge penale nel tempo e nello spazio*, in « Giustizia penale », 1918, pp. 1-19; ID., *Natura e limiti del potere legislativo demandato all'autorità militare durante la guerra*, ivi, 1919, pp. 458-462.

⁽⁸⁸⁾ Orlando a Agostino D'Adamo, segretario generale degli Affari civili presso il Comando supremo, 6 agosto 1917, in ACS, Massime, b. 151.

⁽⁸⁹⁾ V. SCIALOJA, *I problemi dello Stato italiano dopo la guerra*, Bologna, Zanichelli, 1918, pp. 278 s.; v. anche, sull'enorme quantità di norme emanate, F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, in « Rivista di diritto commerciale », 1919, pp. 682 ss.

sizione le autorità locali di p.s. e i comandi territoriali. Il dissidio riguardò, come è noto, anche i vertici: fino alla sostituzione di Diaz a Cadorna, furono infatti numerose le occasioni di divergenza, se non addirittura di scontro, tra le massime autorità civili e il Comando supremo.

Nelle pagine che seguono intendiamo soffermarci su quelle norme eccezionali (decreti e bandi militari) che regolarono l'internamento di cittadini nemici e di italiani « pericolosi », e sui già citati decreti luogotenenziali 20 giugno 1915, n. 885, e 4 settembre 1917, n. 1561.

L'azione contro gli stranieri nemici — e specificamente il loro internamento in campi o in località vigilate — fu prassi comune a tutti i paesi belligeranti, come misura di sorveglianza contro lo spionaggio. A differenza di quanto previsto per i prigionieri, non esisteva una legislazione internazionale che prendesse in considerazione il problema dei civili, e degli internati in particolare (l'internamento di stranieri non era stato più adottato in Europa dai tempi delle guerre napoleoniche). Esisteva solo una generica raccomandazione, espressa dalla convenzione dell'Aia del 1899, che vincolava i contraenti al rispetto « dei principi dei diritti delle genti, quali risultano dagli usi vigenti fra gli Stati civili, dalle leggi dell'umanità e dalle esigenze della coscienza pubblica »: formulazione molto vaga, che non impedì, soprattutto nei territori occupati, che fossero attuati deportazioni e massacri ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁹⁰⁾ Sul trattamento degli internati nei territori occupati: B. BIANCHI, *I civili: vittime innocenti o bersagli legittimi?*, in *La violenza contro la popolazione civile nella Grande Guerra. Deportati, profughi, internati*, a cura di B. Bianchi, Milano, Edizioni Unicopli, 2006, pp. 61 ss. e (e 13-82 *passim* sull'internamento in generale); EAD., *Cittadini stranieri di nazionalità nemica. Internamenti, espropri, espulsioni (1914-1920). Bibliografia*, in « DEP. Deportate, esuli, profughe. Rivista telematica di studi sulla memoria femminile », III, 2006, 5, pp. 323-58 (<http://www.unive.it/dep/>); J. HORNE, *Atrocità e malversazioni contro i civili*, in *La prima guerra mondiale*, a cura di S. Audoin-Rouzeau e J. J. Becker, ediz. ital. a cura di A. Gibelli, I, Torino, Einaudi, 2007, pp. 327-338; A. BECKER, *Le occupazioni*, ivi, pp. 376-389. La proposta di redigere una normativa a proposito degli stranieri nemici era stata respinta nel 1907 all'Aia. Cosicché, come riferì la Croce rossa internazionale, nel 1921 a Ginevra, « Dès les premiers jours de la guerre, la chasse au civil de l'ennemi a été tragique [...] [ils furent] assimilés d'une heure à l'autre à des criminels, conduits dans des camps de concentration ou dans les dépôts plus au moins organisés »: A. BECKER, *Oubliés de la grande guerre. Humanitaire*

In mancanza di una normativa internazionale, ogni paese seguì norme specifiche, che tuttavia risultarono in larga misura comuni: dall'espulsione dei cittadini stranieri nemici che non fossero in età di richiamo al fronte, alla restrizione della loro mobilità, alla privazione dei diritti di disporre dei propri beni e di mantenere la nazionalità acquisita, alla possibilità di essere internati in campi appositamente creati o nelle isole (come in Gran Bretagna l'isola di Mann) ⁽⁹¹⁾. Gli eventuali reati di spionaggio vennero affidati ai tribunali militari, mentre gli internamenti furono sottratti al giudizio della magistratura. E in tutti i paesi si ricorse alla prassi dell'internamento anche per allontanare cittadini « indesiderati ».

I provvedimenti iniziali furono accompagnati da una forte mobilitazione dell'opinione pubblica, sia dall'alto — i governi avevano interesse a sollecitare la cittadinanza intorno a parole d'ordine unificanti, quali lotta ad un nemico insidioso, fosse straniero o autoctono — sia dal basso, attraverso l'azione svolta da associazioni private. Dato il carattere escatologico della propaganda a favore della guerra promossa dalle democrazie occidentali — guerra come crociata contro il pericolo della vittoria dell'autoritarismo, solidarietà nazionale come atto di fede —, non stupisce che fosse proprio in Inghilterra e in Francia (come successivamente negli Stati Uniti) che la campagna contro spie e traditori raggiunse i caratteri di una vera e propria psicosi xenofoba ⁽⁹²⁾.

et culture de la guerre. Populations occupées, déportés civils, prisonniers de guerre, Paris, Editions Noësis, 1998, pp. 231-237; S. KARAGIANNIS, *Convenzioni internazionali e diritto bellico*, in *La prima guerra mondiale*, I, cit., pp. 63-75. Nel 1917, di fronte alle condizioni spesso drammatiche dei circa 400.000 internati civili, la Croce rossa internazionale decise di uscire dalla sua posizione di neutralità e di adoperarsi, insieme al Vaticano, per ottenere scambi e liberazione di internati: A. BECKER-S. AUDOIN-ROUZEAU, *La violenza, la crociata, il lutto. La Grande Guerra e la storia del Novecento*, Torino, Einaudi, 2002, pp. 59-68. Alla Conferenza di Ginevra del 1929 le potenze si impegnarono a elaborare un progetto circa l'internamento di civili in caso di guerra; ma poiché il progetto non fu elaborato, allo scoppio della seconda guerra mondiale i civili nemici si trovarono alla balia dei governi: C. S. CAPOGRECO, *I campi del duce. L'internamento civile nell'Italia fascista (1914-1943)*, Torino, Einaudi, 2004, pp. 36 ss.

⁽⁹¹⁾ E. CAPUZZO, *Appunti sulla legislazione di guerra nei due conflitti mondiali*, in « Clio », aprile-giugno 1998, n. 2, pp. 230 ss.

⁽⁹²⁾ In Inghilterra, la campagna contro gli stranieri, accompagnata da agitazioni antitedesche e da centinaia di arresti, si sviluppò fino dai primi giorni del conflitto. In

L'Italia non presentò particolari singolarità nella legislazione contro lo spionaggio e nei provvedimenti presi nei confronti dei

base all'« Alien Restriction Act » del giorno immediatamente successivo all'entrata in guerra, con il quale il governo decretò che tutti i tedeschi e gli austriaci non naturalizzati venissero internati in campi, risultarono già alla fine di settembre internate 13. 000 persone, cui si aggiunsero in seguito numerose donne e bambini, categorie inizialmente escluse dall'internamento (nel gennaio del 1917 furono però rimpatriati 7. 000 adulti di età superiore ai 45 anni). Successive norme (in particolare, il « Defence of the Realm Consolidation Act » (« D. o. R. A ») del 27 novembre 1914, abolito solo nel 1927) autorizzarono i processi dei ritenuti colpevoli di spionaggio presso i tribunali militari (Bianchi, *I civili*, cit., p. 59; G. BAVENDAMM, *Il nemico in casa*, in *La prima guerra mondiale*, cit., II, pp. 208 s.; C. Latini cita il caso di un tedesco naturalizzato inglese, Zadig, sospettato di spionaggio, che venne internato senza esser stato sottoposto a giudizio: LATINI, *Governare l'emergenza*, cit., p. 140). Ancora più intensa la campagna antitedesca in suolo francese, orchestrata con note di estrema violenza dai nazionalisti dell'« Action française », ed accolta con forte partecipazione dall'opinione pubblica, memore dell'umiliazione inferta alla repubblica dalla Prussia nel 1870 e sconvolta dalla parziale occupazione da parte del nemico dei propri territori a nord della Marna. Allo scoppio della guerra i numerosi cittadini tedeschi dovettero lasciare il paese nel giro di poche ore (successivamente fu concesso il rimpatrio a uomini in età non militare e a donne e bambini); quanti erano restati nel paese vennero inviati in campi di internamento, che compresero in complesso 60.000 persone, di cui però ben 20.000 erano cittadini francesi considerati « devianti pericolosi », liberati poi nel 1916, ad eccezione dei mendicanti, degli indesiderabili, delle prostitute. L'isteria xenofoba si trasformò poi, nell'ultimo anno di guerra, in una vera e propria caccia ai sospetti traditori: venne processato (insieme al suo complice Philippe Cavallini) e giustiziato Paul Marie Bolo, detto Bolo Pascià (per aver tentato di influire su un giornale con finanziamenti tedeschi), nel 1917 viene costretto alle dimissioni e poi condannato a 5 anni di interdizione dal Senato, costituitosi in Alta Corte, il ministro dell'Interno Louis Malvy, nel 1918 viene arrestato Joseph Cailloux, ex presidente del consiglio, con accuse di disfattismo e di intesa con il nemico: J.-C. FARCY, *Les camps de concentration français de la première guerre mondiale (1914-1920)*, Paris, Anthropos, 1995, pp. 10 ss., 33 ss., 63 ss., 126 ss.; J. J. BECKER-S. BERNSTEIN, *Nouvelle histoire de la France contemporaine*, 12, *Victoire et frustrations 1914-1929*, Paris, Editions du Seuil, 1990, pp. 119-121. Se ancora più violenta fu la campagna orchestrata contro gli stranieri in USA (con la formazione di corpi di volontari che attuavano accertamenti e con episodi di linciaggio morale e materiale), assai meno vistosa e coinvolgente fu invece la politica contro gli stranieri nemici attuata in Germania, dove inizialmente vennero internate solo le persone sospette, le proprietà furono solo eccezionalmente soggette a sequestro e non fu negato il diritto di difesa presso i tribunali. A partire dalla primavera del 1917, la diffusione di notizie su possibili sabotaggi produsse però una stretta repressiva, che condusse all'approvazione di procedure più rapide presso i tribunali militari, e all'estensione dell'internamento:

cittadini nemici. Quello che contraddistinse il nostro paese fu invece una precoce campagna contro il « nemico interno » nazionale, termine con cui fin dalle giornate dell'aggressione interventista al parlamento nel maggio 1915 vennero qualificati i neutralisti giolittiani e soprattutto i socialisti, che in Italia — a differenza di quanto era avvenuto negli altri paesi belligeranti — avevano dichiarato di essere contrari all'intervento in guerra. Pertanto, in linea con la posizione politica autoritaria di Salandra, l'azione di prevenzione e repressione contro il dissenso interno fu nel nostro paese più ampia e rigidamente applicata che nelle altre potenze occidentali, con punte di durezza normativa paragonabili a quelle messe in atto dall'impero austriaco ⁽⁹³⁾. L'obiettivo fu raggiunto grazie anche al vasto ruolo ricoperto in Italia in ambito civile dalle autorità militari e, conseguentemente, all'applicazione assai estesa della giustizia militare ⁽⁹⁴⁾.

A differenza della Francia e dell'Inghilterra l'Italia non possedeva un'organizzazione governativa di controspionaggio ⁽⁹⁵⁾. Du-

si calcola che gli internati fossero circa 100.000. Anche in Austria, dove furono installati 80 campi (con 200.000 internati), l'accusa di tradimento, rivolta soprattutto ad esponenti delle minoranze etniche, condusse a numerose esecuzioni capitali: BAVENDAMM, *Il nemico in casa*, cit., pp. 210-212; BIANCHI, *I civili*, cit., pp. 60-66.

⁽⁹³⁾ J. W. KUPRIAN, *Warfare, Welfare: società, politica e militarizzazione in Austria*, in *Una trincea chiamata Dolomiti*, Udine, Gaspari, 2003, pp. 57-66; sulla giustizia militare: O. UEHEREGGER, *La giurisdizione militare in Tirolo durante la prima guerra mondiale*, Trento, Società di studi trentini di scienze storiche, 2004. Per una sintesi e un confronto circa i diritti civili nei vari paesi europei durante la prima guerra mondiale: Giovanna PROCACCI, *La démocratie face à la guerre: les états d'exception en Europe pendant la Grande Guerre*, in F. ROUSSEAU, B. SCHMIDT (dir.), *Les dérapages de la guerre du XVI siècle à nos jours*, Hamburg, Dobu Verlag, 2009.

⁽⁹⁴⁾ Sul tema, rinvio a Giovanna PROCACCI, *La giustizia militare e la società civile nel primo conflitto mondiale*, in *Fonti e problemi per la storia della giustizia militare*, a cura di N. Labanca e P. Rivello, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 187-215; per il giudizio dei contemporanei sulla militarizzazione della giustizia penale: E. FLORIAN, *La giustizia penale dei « pieni poteri »*, in « Rivista di diritto e procedura penale », 1918, 1, pp. 161-172.

⁽⁹⁵⁾ Salandra, convinto della breve durata del conflitto, si era limitato a raccomandare nel novembre 1914 ai prefetti di vigilare sugli stranieri sospetti (« sedicenti disertori, commercianti, giornalisti, guide, corrieri privati, studiosi, touristes »): A. FIORI, *Il controspionaggio 'civile'. Dalla neutralità alla creazione dell'Ufficio centrale d'investigazione 1914-1916*, in « Italia contemporanea », giugno 2007, n. 247, p. 200. Fu impiantato

rante la neutralità, la vigilanza venne pertanto attuata in modo casuale, in base a segnalazioni (spesso anonime), di cui si fecero vistosamente promotori alcuni organi di stampa — come il « Corriere della sera » di Albertini — e gruppi interventisti — nazionalisti, repubblicani, socialisti riformisti — che, soprattutto a partire dal gennaio del 1915, orchestrarono una vivace campagna contro il nemico esterno ed interno, auto-attribuendosi un ruolo parallelo a quello dello Stato nell'azione di denuncia ⁽⁹⁶⁾. Queste espressioni e queste iniziative si ripresenteranno con altrettanta e ancor maggiore intensità nel 1918, delineando in modo netto la vocazione di tali

nel 1914 un primo schedario dei soggetti sospettati di spionaggio, in base agli elenchi forniti dalle prefetture all'Ufficio riservato di p. s.: G. TOSATTI, *Gli internati civili nella documentazione dell'Archivio Centrale dello Stato*, in *Una storia di tutti. Prigionieri, internati, deportati italiani nella seconda guerra mondiale*, Milano, Franco Angeli, 1989, pp. 35-40); M. GIANNETTO, « *Conoscenza e controllo* »: *la faticosa elaborazione dell'istituto di polizia politica*, in « *Giornale di storia contemporanea* », 2002,1, pp. 50-57. Esisteva però un servizio informazioni dell'esercito, e un analogo servizio della Marina. In Inghilterra funzionava invece già prima della guerra un efficiente servizio di spionaggio e di controspionaggio civile, facente capo all'« *Intelligence Service* » (1908), mentre la Francia poteva contare su un ufficio dipendente dal ministero della Guerra, il Deuxième Bureau. Sul servizio informazioni del Comando supremo: GIOVANNA PROCACCI, *Soldati e prigionieri italiani*, cit., pp. 23-27.

⁽⁹⁶⁾ FIORI, *Il controspionaggio 'civile'*, cit., pp. 201-109. Così, ad esempio, il 22 maggio 1915 un Comitato centrale d'azione interventista (divenuto poi Comitato di difesa interna), che comprendeva tutte le correnti dell'interventismo, invitò i cittadini romani a costituire un organo di vigilanza onde « impedire, sventare e combattere con ogni mezzo ed energicamente le insidiose mene di nemici e mestatori », costituendo — diceva il programma — una « specie di polizia civile, intesa a raccogliere e riferire le notizie tendenziose, a vigilare i faziosi e i sospetti, a cooperare, occorrendo, con l'autorità contro lo spionaggio »: A. STADERINI, *Combattenti senza divisa. Roma nella Grande Guerra*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 140 s. Analogamente, sempre in maggio, la nota associazione Trento e Trieste aveva auspicato un'attività spionistica di massa parallela a quella dello Stato e la costituzione di campi di concentramento: A. VENTRONE, *La seduzione totalitaria. Guerra, modernità, violenza politica (1914-1918)*, Roma, Donzelli, 2003, pp. 84 ss.; A. ROCCUCCI, *Roma, capitale del nazionalismo (1908-1923)*, Roma, Archivio Guido Izzi, 2001, pp. 181-202, 273-292. Dopo le infiammate dichiarazioni all'inizio del conflitto, una nuova andata d'isteria xenofoba, antitedesca in particolare, fu orchestrata dagli esponenti delle correnti interventiste per spingere il governo alla dichiarazione di guerra alla Germania — su incitamento e finanziamenti dei siderurgici — e per ottenere la rappresentanza nel governo (ciò che avvenne nel governo Boselli, formatosi il 19 giugno del 1916). Le associazioni avevano invocato misure estreme contro i nemici: campi di internamento, fucilazione delle spie, sequestro dei beni.

gruppi ad assumere un ruolo alternativo a quello dello Stato nella rappresentanza politica della volontà popolare.

Nel novembre del 1916 fu infine dato vita a un organismo di polizia civile, l'Ufficio centrale di investigazione, dipendente direttamente dal ministero dell'Interno, che affiancò il servizio informazione militare nell'opera di spionaggio e controspionaggio in Italia e all'estero, ma la cui opera fu assai più vasta di quella riguardante la vigilanza sugli stranieri, poiché, basandosi su una fitta rete di fiduciari, riuscì a infiltrarsi in tutte le organizzazioni cittadine, sia « sovversive » socialiste e pacifiste, sia « eversive » interventiste. Come è stato notato, l'UCI costituì il primo nucleo di quell'organismo di polizia politica su cui si sarebbe più tardi sviluppata l'OVRA ⁽⁹⁷⁾.

Le prime sanzioni contro lo spionaggio e altri provvedimenti di divieto di esportazione di merci furono inserite nella legge sulla difesa economica e militare dello Stato del 21 marzo del 1915 (art. 11). Il 2 maggio 1915 un decreto (d.l. n. 634, prorogato dal successivo d.l. 23 12 1915, n. 1824), autorizzò i prefetti a vietare il soggiorno a cittadini nemici in determinate località ⁽⁹⁸⁾.

Con l'entrata in guerra e con la soggezione all'autorità militare non solo dei territori occupati, ma anche delle zone di guerra, la facoltà di espellere e internare cittadini nemici e italiani « indesiderati » passò interamente ai comandi militari, in base al codice penale militare (art. 249), al Servizio di guerra e a un'ordinanza del capo di stato maggiore del 17 giugno 1915 ⁽⁹⁹⁾. L'allontanamento dei civili

⁽⁹⁷⁾ Sul processo di elaborazione degli istituti di polizia politica, sulla nascita dell'Ufficio centrale di investigazione, voluto da Orlando, e sul suo diretto rapporto con l'Ovra: G. TOSATTI, *La repressione del dissenso politico tra l'età liberale e il fascismo. L'organizzazione della polizia*, in « Studi storici », 1997, 1, pp. 232-37; GIANNETTO, « *Conoscenza e controllo* », cit., pp. 57-80.

⁽⁹⁸⁾ FIORI, *Il controspionaggio 'civile'*, cit., pp. 204 s. Seguirono i decreti luogotenenziali del 23 luglio 1916, n. 895, del 6 marzo 1918, n. 305 e dell'11 agosto 1918, n. 1285, con limitazioni non solo sul soggiorno degli stranieri, ma anche degli stessi cittadini (restrizioni sull'ingresso e l'uscita dal regno e divieto di risiedere in determinate località). Sulla legislazione su tradimento e spionaggio: LATINI, *Una giustizia 'd'eccezione'. Specialità della giurisdizione militare e sua estensione durante la Prima guerra mondiale*, in « DEP », 5-6, 2006, pp. 67-85.

⁽⁹⁹⁾ I comandi dovevano seguire le direttive del Segretariato generale per gli Affari civili, organo istituito il 29 maggio 1915 per sovrintendere all'amministrazione

dai territori in stato di guerra avveniva attraverso un atto amministrativo di polizia, aveva effetto immediato, poteva essere attuato senza preavviso e senza che fossero indicati i motivi del provvedimento. Spettava poi ai prefetti decidere i luoghi dell'internamento ⁽¹⁰⁰⁾.

Furono soggetti all'internamento i cittadini nemici delle zone occupate dall'Italia, i cittadini italiani « sospetti » abitanti nei territori di frontiera, e i cittadini italiani « indesiderabili » residenti nelle zone di guerra della penisola. Il provvedimento fu applicato inizialmente soprattutto ai primi — sotto l'accusa di attività anti-italiane o sovversive e con la motivazione di costituire un pericolo per la sicurezza nazionale e per l'ordine pubblico — e ai cittadini italiani che vivevano nelle retrovie e nelle zone esterne alle retrovie, sospettati di essere pericolosi o ostili alla guerra italiana (i cosiddetti « austriacanti »). Con il progredire del conflitto, mentre si ridusse il numero degli internati provenienti dai paesi occupati o dalla zona delle operazioni, aumentò progressivamente l'allontanamento dalle zone di guerraper motivi politici, raggiungendo il culmine nell'ultimo anno del conflitto.

Poiché la misura era sottratta al giudizio della magistratura, il ricorso all'internamento permise alle autorità militari nelle zone di guerra di agire contro tutti coloro nei confronti dei quali non sussistevano sufficienti motivi per un invio a giudizio presso i tribunali militari, per procedere contro cittadini che erano stati processati e assolti, o che avevano scontato una pena giudicata troppo lieve. Il presupposto per decidere l'internamento era quello del « sospetto » di colpevolezza, che prescindeva dall'accertamento

civile nelle zone occupate e diretto per tutto il periodo della guerra da un alto funzionario del ministero dell'Interno, Agostino D'Adamo, rigidamente sottoposto gerarchicamente al Comando supremo, ma con funzioni di mediazione tra questo e il governo: A. STADERINI, *L'amministrazione italiana nei territori occupati: il Segretariato Generale Affari Civili*, in *Una trincea chiamata Dolomiti*, cit., pp. 138-45.

⁽¹⁰⁰⁾ Sull'internamento in Italia, sulla legislazione a riguardo e sui conflitti di competenza tra autorità civile e militari rinvio a Giovanna PROCACCI, *L'internamento di civili in Italia durante la prima guerra mondiale. Normativa e conflitti di competenza*, in « DEP », 5-6, 2006, pp. 33-66 (poi in Istituto Romano per la storia d'Italia dal fascismo alla Resistenza, *Annale 2007*, Milano, Franco Angeli, 2007, pp. 60-101).

di qualsiasi reato ⁽¹⁰¹⁾. Non essendo previsto un atto giudiziario, non si poteva ricorrere in appello: l'unica possibilità per le vittime era dunque, come nei tempi remoti, la supplica.

Nelle prime settimane di guerra vennero effettuate vere e proprie retate nelle zone occupate e nei territori italiani di confine, dietro l'accusa di svolgere attività antiitaliane o di austriacantismo. In una comunicazione a Cadorna del 9 dicembre 1915, Salandra scriveva che il numero « si avvicina ai 47 mila, mentre è già stato preannunciato da codesto Segretario Generale per gli Affari civili il prossimo internamento di circa altre quattromila persone » ⁽¹⁰²⁾. Non era necessario che sussistessero motivi specifici di sospetto: bastava che le persone fossero ritenute « capaci » di esercitare lo spionaggio, o dimostrassero anche semplicemente indifferenza verso il nuovo Stato ⁽¹⁰³⁾.

In seguito alle denunce in Parlamento — soprattutto da parte

⁽¹⁰¹⁾ La fattispecie del « sospetto », prevista dal codice del 1865, ma sparita da quello del 1889, era stata inserita nella legge di pubblica sicurezza del 1889: G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 223-29, 242-55; sulla pratica del principio del « sospetto » nella legislazione dello stato liberale: L. MARTONE, *Introduzione e La difesa dell'ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di L. Martone, Napoli, Istituto Universitario Orientale, 1996, pp. XII-XV, 169-90. Orlando, in veste di ministro della Giustizia e dei Culti nel ministero Salandra, sostenne che il principio del sospetto « ripugna alla giustizia astratta, ma è reso inevitabile dalla necessità di guerra » (ACS, Comando supremo, Segretariato generale per gli Affari Civili, b. 743 [da ora: ACS, Ac]).

⁽¹⁰²⁾ ACS, AC, b. 233. È possibile tuttavia che, riferendosi Salandra ai problemi dell'assistenza, la cifra comprendesse anche un certo numero di profughi.

⁽¹⁰³⁾ S. e G. MILOCCO, *Fratelli d'Italia'. Gli internamenti degli Italiani nelle 'Terre liberate' durante la Grande Guerra*, Udine, Gaspari, 2002, pp. 75-90, 149-156, 157-75, per un'ampia casistica sui motivi di internamento nelle zone occupate; E. ELLERO, *Autorità militare italiana e popolazione civile nell'Udinese (maggio 1915-ottobre 1917). Sfollamenti coatti ed internamenti*, in « Storia contemporanea in Friuli », 1998, n. 29, pp. 9-107; F. CECCOTTI, *Internamenti di civili durante la prima guerra mondiale. Friuli austriaco, Istria e Trieste*, in « Un esilio che non ha pari ». 1914-1918. *Profughi, internati ed Emigrati di Trieste, dell'Isontino e dell'Istria*, a cura di F. Ceccotti, Gorizia, Libreria Editrice Goriziana, 2001, pp. 71-97. Tra gli internati molte erano le donne, sia perché occupanti posti di rilievo e considerate perciò capaci di propaganda ostile — maestre, ostesse, albergatrici, levatrici —, sia perché profughe incapaci di sostenersi, ammalate o prostitute: M. ERMACORA, *Le donne internate in Italia durante la Grande Guerra. Esperienze, scrittura e memorie*, in « DEP », 7, 2007, pp. 1-32.

dei deputati socialisti e di Turati in particolare —, si usò maggiore cautela, ma non cessarono tuttavia gli abusi: tra quelli più evidenti avere un cognome tedesco o aver sposato un trentino o un triestino, essere stati domestici di cittadini austriaci, possedere una « non buona moralità ». Del provvedimento le autorità militari si servirono infatti per attuare una generalizzata e rapida « pulizia » di ordine sociale, nei confronti di dirigenti di cooperative, segretari di circoli, militanti socialisti ⁽¹⁰⁴⁾. Questi ultimi furono i maggiormente colpiti dal provvedimento di internamento, sebbene le autorità militari preferissero che venissero arrestati e condannati piuttosto che internati ⁽¹⁰⁵⁾; ma subirono il procedimento anche numerosi parroci, rei di essersi espressi nelle omelie a favore della pace, e cittadini sospettati di incerti sentimenti patriottici ⁽¹⁰⁶⁾. Anche se non è noto,

⁽¹⁰⁴⁾ Ad esempio, fu internato un operaio che rifiutava di sottoscrivere il prestito di guerra. L'internamento colpiva spesso gli scioperanti: dopo che, in seguito ad una serie di agitazioni dei metalmeccanici a Sestri Ponente, la Liguria fu dichiarata zona di guerra, si procedette a massicci internamenti, tra i quali quello di Ildebrando Giovannetti, segretario della camera del lavoro di Sestri, di Sebastiano Parodi, vicesegretario della camera del lavoro di Voltri, di Pietro Frediani, capo della commissione esecutiva della camera del Lavoro di Sestri Ponente e di vari operai: Comando di Corpo d'Armata di Genova, 22 febbraio 1918: ACS, AC, 742.

⁽¹⁰⁵⁾ D. CESCHIN, *Confino di guerra. Gli internati civili tra disfattismo, persecuzione e repressione*, in *La Grande Guerra. Uomini e luoghi del '15-18*, I, a cura di M. Isnenghi e D. Ceschin, Torino, UTET, 2008, pp. 216-228.

⁽¹⁰⁶⁾ Se si sfoglia un elenco di internati, si legge che l'internamento era stato provocato da « tiepidi sentimenti nazionali », « propaganda deprimente lo spirito pubblico e la resistenza interna », « perché ritenuto pericoloso per le sue idee sovversive e contrarie alla guerra », « perché socialista antimilitarista », per « opera continua di demoralizzazione fra i numerosi operai », per « tendenze disfattiste », « perché la voce pubblica lo designava di sentimenti ostili alla guerra », « in quanto ritenuto capace di qualunque cattiva azione »; oppure, molto laconicamente, « per sospetti », o perché « la sua presenza era ritenuta inopportuna » (Massime, b. 50, f. 28). Ma venne internata a Firenze anche la moglie di Mussolini, Ida Delsler, che, secondo il resoconto di un fiduciario, aveva affermato che stava per mettersi in contatto con il direttore della « Stampa » (Frassati, giolittiano) per rivelazioni circa i rapporti del marito con potenze straniere, sostenendo che « che il marito per sbarazzarsi di lei ricorreva alla Questura ». « La moglie di Mussolini — proseguiva la relazione — dichiara che suo marito le ha truffato 80 mila corone e che ora l'ha abbandonata con un bambino »: lettera di Enrico Meledandri, spia, al console d'Italia a Lugano: Archivio centrale dello Stato, Ministero dell'Interno, *Casellario politico centrale*, s. v. Enrico Meledandri (ringrazio G. Padulo per questa segnalazione).

allo stato delle ricerche, il numero degli internati politici, certamente essi furono numerosi (centinaia e centinaia, aveva denunciato Turati già nel marzo 1916).

Dopo l'invio in centri di smistamento (Novara e Firenze) i civili venivano inviati nei luoghi di internamento prescelti dai prefetti. Diversamente dalle altre potenze belligeranti, in Italia non furono costituiti campi di concentramento per civili, dal momento che esistevano campi naturali, le isole. I cittadini austro-ungarici maschi dai 18 ai 60 anni furono obbligati a risiedere in Sardegna, mentre i loro famigliari potevano seguire gli internati nell'isola oppure abitare in un altro luogo della penisola, escluse le zone di guerra; su richiesta, poteva essere loro concesso di tornare in patria ⁽¹⁰⁷⁾. Se si trattava invece di cittadini italiani, i luoghi di internamento, oltre alla Sardegna, furono Ventotene, Ponza, Ustica, Favignana, Lipari, Lampedusa o centri cittadini periferici, soprattutto dell'Italia meridionale. Il soggiorno obbligato riguardava comunque solo alcune categorie: gli indigenti o i « politici ». Se gli allontanati potevano provvedere al proprio mantenimento, dietro autorizzazione del prefetto potevano recarsi in qualsiasi parte del paese, dove avessero parenti o possibilità di lavoro, escluse le zone di guerra. I non abbienti, che ricevevano il sussidio di una lira dallo Stato italiano — cifra assolutamente insufficiente a permettere la sopravvivenza ⁽¹⁰⁸⁾

(107) I cittadini degli altri paesi nemici potevano soggiornare ovunque, escluse le zone di guerra e dal luglio 1917 la Lombardia, la Liguria e il Piemonte. Vennero allontanati dalle zone di guerra anche i sudditi di paesi neutrali e di quelli alleati, mentre, per la mancanza di luoghi idonei, fu rifiutata da Salandra l'ipotesi di internare in isole o province lontane dalla zona di operazioni gli italiani rimpatriati dall'Austria e gli irredenti, salvo internare quelli sospetti. Il 18 gennaio 1918, un decreto luogotenenziale (n. 36) restrinse la libertà di movimento di tutti i cittadini nemici — compresi i familiari degli internati austro-ungarici —, che furono costretti, insieme alle loro famiglie, a risiedere nelle località indicate dai prefetti. Lo stesso decreto prevede anche la possibilità di sequestro dei beni dei sudditi e degli enti nemici, previo decreto prefettizio (i beni delle aziende commerciali erano già stati sottoposti a sequestro con un decreto del 8 agosto 1916, n. 961).

(108) L'assistenza agli internati fu in larga parte affidata ai comuni e le condizioni di vita furono particolarmente difficili nel Sud e nelle isole, data la difficoltà di trovare lavoro. I sussidi furono soppressi il 12 dicembre 1918, salvo essere poi reintegrati nel febbraio 1919 nei confronti di quanti non potevano rientrare in territori « zona di guerra »: ERMACORA, *Le donne internate*, cit., pp. 8, 31 s. Gli internati erano in genere

— dovevano invece risiedere nelle zone indicate dalle autorità di pubblica sicurezza. Invece i socialisti, coloro su cui ricadeva il sospetto di « sovversivismo » o comunque quanti facevano parte della categoria degli « indesiderati », vennero inviati in luoghi obbligati, in Sardegna — dove alla fine del conflitto risultarono internati 2.267 individui —, nelle altre isole e nelle località periferiche della penisola.

All'inizio del conflitto gli internati non provennero solo dalle zone di guerra. Nei primi mesi, infatti, interpretando erroneamente l'estensione dei loro poteri in base al decreto 23 maggio 1915, anche i prefetti avevano approfittato delle nuove presunte facoltà per allontanare dalle città non solo vagabondi, prostitute e persone « di dubbia moralità » o che conducevano « vita equivoca e immorale », ma anche e soprattutto per espellere numerosi militanti: anarchici, membri di circoli giovanili socialisti, amministratori comunali, esponenti sindacali, operai ribelli. Successivamente, in seguito a una circolare del ministero dell'Interno che precisava che gli internamenti erano di esclusiva spettanza delle autorità militari, a partire dall'inizio del 1916 fino al marzo del 1918 — quando, come vedremo, i prefetti ottennero nuovamente i poteri di allontanare ed internare — furono solo i comandi a poter decidere gli internamenti, riservando però sempre ai prefetti la facoltà di stabilire le località.

Nella seconda metà del 1916 — in una situazione politica mutata rispetto all'inizio della guerra, contrassegnata da una campagna sempre più pressante da parte dei gruppi interventisti e di Cadorna a favore di una più estesa repressione all'interno del paese (« Questi regimi parlamentari — aveva scritto il comandante supremo all'aiutante del re, generale Brusati, nel febbraio del 1916 — intesi alla moda latina, son fatti per corrompere il paese in pace e portarlo alla perdizione in guerra » ⁽¹⁰⁹⁾) —, divennero insistenti le richieste del Comando supremo affinché fosse possibile l'allontanamento dei sospetti in tutto il territorio nazionale, sia attraverso un

malvisti dalle popolazioni autoctone, come peraltro i profughi: D. CESCHIN, *Gli esuli di Caporetto. I profughi in Italia durante la Grande Guerra*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁽¹⁰⁹⁾ M. MERIGGI, *Militari e istituzioni politiche nell'età giolittiana*, in « Clio », 1987, n. 1, cit. in N. LABANCA, *L'istituzione militare in Italia. Politica e società*, Milano, Unicopli, 2002, p. 75.

ampliamento delle zone di guerra, sia mediante l'attribuzione di maggiori poteri ai prefetti ⁽¹¹⁰⁾. Orlando aveva al momento resistito, in quanto — come aveva scritto in novembre al ministro della Guerra, generale Morrone, — i provvedimenti eccezionali richiesti « avrebbero ripercussione non favorevole nel Paese », poiché riguardavano « materia che investe fondamentali garanzie statutarie dei cittadini » e avrebbero finito per stabilire « una specie di domicilio obbligatorio » ⁽¹¹¹⁾. Ma nel 1918, dopo la svolta intransigente che impresse alla sua politica, oltre ad estendere la zona di guerra, autorizzò i prefetti ad attuare gli internamenti: un decreto luogotenenziale del 6 marzo del 1918 (n. 305), attribuì infatti anche ad essi la facoltà di espellere dai territori non dichiarati zona di guerra i cittadini sospetti e di internarli, anticipando una pratica che il fascismo avrebbe poi perfezionato con il confino ⁽¹¹²⁾.

Per individuare l'azione di eventuali spie e « nemici interni », Orlando aveva nel frattempo deciso di aumentare l'azione di vigilanza: nel luglio del 1916, poco dopo il suo insediamento come ministro dell'Interno nel governo Boselli, aveva impartito delle disposizioni ai prefetti circa la repressione dello spionaggio, spronando a raccogliere le « confidenze necessarie », e promettendo contemporaneamente di stanziare somme cospicue onde favorire l'azione di fiduciari stipendiati ⁽¹¹³⁾. Era il primo passo per la

⁽¹¹⁰⁾ In particolare era intervenuto con insistenza nel dicembre 1916 il generale G. Garruccio, capo dell'Ufficio informazioni del Comando supremo, perché fosse emanato un provvedimento che permettesse di colpire « quelle persone sul cui conto i gravi sospetti non risultino sufficientemente corredati da prove », estendendo fuori della zona di guerra « le stesse misure di precauzione stabilite per i cittadini che risiedono in quelle zone »: ACS, Massime, b. 43, f. 13. Sull'intervento di Garruccio v. anche FIORI, *Il controspionaggio 'civile'*, cit., pp. 211-213.

⁽¹¹¹⁾ Lettere del 12 e 24 novembre 1916, in ACS, Massime, b. 43, f. 13.

⁽¹¹²⁾ Il decreto del 6 marzo riprendeva i termini del domicilio coatto politico previsto dalla legge del 19 luglio 1894, n. 316. Orlando era stato spinto a prendere la decisione anche per le pressioni di vari prefetti. Ad esempio il prefetto di Milano Olgiati, scrivendo il 20 dicembre 1917 al comandante di Corpo d'Armata, aveva sostenuto che il dettato dell'art. 11 del decreto 23 maggio 1915, pur estendendo le facoltà dei prefetti nei casi di urgenza, non aveva permesso ai prefetti di allontanare « quegli individui da essi ritenuti pericolosi per l'ordine pubblico »; l'autorità politica si trovava quindi disarmata contro i « nemici interni »: Prefetto di Milano, 20 dicembre 1917: ACS, AC, b. 743.

⁽¹¹³⁾ FIORI, *Il controspionaggio 'civile'*, cit., pp. 210 ss.

costituzione dell'Ufficio centrale di investigazione, di cui abbiamo già ricordato l'esistenza. E che l'opera dei fiduciari non dovesse essere limitata ad indagare solo sullo spionaggio fu confermato da una circolare ai prefetti del 1917 in cui il ministro dell'Interno ricordava loro la facoltà di « disporre *qualunque provvedimento eccezionale* se giustificato da impellenti necessità di ordine pubblico », invitandoli a valersi di denunce « ben di frequente spontanee o disinteressate di privati cittadini » (114). Il 6 giugno 1917 una successiva circolare raccomandava di dare energiche disposizioni per scoprire e denunciare i propalatori di notizie false, promettendo « adeguate ricompense pecuniarie a tutti coloro che si distinguono per zelo ed efficacia di risultati » (115).

La circolare si riferiva al già ricordato decreto del 20 giugno 1915, n. 885, che puniva appunto la propalazione di notizie false, o semplicemente « diverse » da quelle comunicate dal governo e dai comandi, capaci di « creare turbamento », reato per il quale era previsto l'arresto immediato (art. 4) (116). Non era essenziale che, nel propagarle, la persona fosse consapevole della falsità: come sentenziò in seguito la Cassazione, non era necessario che sussistesse il dolo, né che la notizia fosse falsa o che avesse prodotto turba-

(114) Circolare febbraio 1917, in ACS, *Carte Orlando*, sc. 66, f. « Affari diversi » [corsivo nel testo]. Il riferimento era all'art. 11 del decreto del 23 maggio 1915, n. 674, richiamato da Orlando anche nel gennaio 1917 al verificarsi di manifestazioni pacifiste nella provincia di Alessandria, quando aveva consigliato il prefetto a farvi ricorso in vista di un'eventuale espulsione e internamento degli agitatori, sostenendo che « può certamente dubitarsi che questo articolo autorizzi l'internamento di cittadini in momenti ordinari e tranquilli, ma nello stato di indiscutibile turbamento dell'ordine pubblico che si verifica in cotesta provincia, io ritengo fermamente che si versi nell'ipotesi di suddetto articolo »; e soggiungeva il giorno successivo: « Avverto inoltre che l'articolo stesso può autorizzarla ad ulteriori eventuali provvedimenti di rigore anche di diversa natura qualora la situazione avesse ad aggravarsi, il che speriamo non sia »: 13 e 14 gennaio 1917, in ACS, Massime, b. 43, f. 13.

(115) Archivio centrale dello Stato, *Ministero dell'Interno, Direzione generale di Pubblica Sicurezza, Divisione Affari Generali e Riservati, cat. A5G, Conflagrazione Europea, 1914-1918* [da ora ACS, A5G], b. 67, f. 128.

(116) L'effettuazione dell'arresto immediato venne ricordata ai prefetti da Orlando in una circolare del 15 dicembre 1916 (ACS, A5G, b. 128, 1). Sugli effetti del decreto: U. Anichini, *Diffusione di notizia durante la guerra (Decr. Luogot. 20 giugno 1915, n. 885)*, in « Rivista di diritto e procedura penale », 1915, 1, pp. 693-695.

mento ⁽¹¹⁷⁾. Applicando il decreto — ripreso nelle zone di guerra dal bando del Comando supremo del 28 luglio 1915 — furono denunciati e incarcerati cittadini che avevano descritto ai vicini lettere inviate dai congiunti dal fronte, che avevano espresso pubblicamente la loro opinione sull'andamento del conflitto — come un malcapitato che aveva affermato in treno « la nostra guerra va male » e che « era meglio non fossimo intervenuti in guerra » —, o che avevano consolato i vicini — come un prete che aveva confortato un padre, il cui figlio al fronte era stato dichiarato disperso, dicendogli di aver saputo che durante un'offensiva erano stati fatti dei prigionieri e che il figlio si trovava probabilmente tra essi (15 giorni di detenzione e 200 lire di multa ⁽¹¹⁸⁾) —, o che avevano canticchiato strofe irriverenti — a Bologna, il 12 luglio 1917, un facchino che ripeteva la nota cantilena « Il general Cadorna mangia le bistecche e i poveri soldati mangiano le castagne secche », venne condannato a 16 giorni di carcere; ma dopo l'emanazione del decreto 4 ottobre 1917, n. 1561, lo stesso reato verrà punito dalla Corte d'Assise di Livorno con sei mesi di reclusione ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Sul contenuto del decreto v. nota 82 *supra*. Sul dibattito circa le sentenze della Cassazione (sentenze del del 1 febbraio 1916, del 31 ottobre 1916 e del 3 luglio 1917) rinvio a Giovanna PROCACCI, *La giustizia militare*, cit. e a EAD., *La società come una caserma*, cit.; v. il dibattito riportato su « Cassazione unica », 1917 (col. 865), e « Giustizia penale », 1918 (col. 1135) tra U. Fantinelli, che sosteneva che non occorresse la conoscenza della falsità delle notizie e G. Faà, convinto del contrario, e su « Scuola positiva », 1916, pp. 862 s.

⁽¹¹⁸⁾ Pena confermata in Cassazione, non essendo stato considerato necessario il dolo: 12 dicembre 1916, in « Rivista di diritto e procedura penale », 1917, 2, pp. 8 s.

⁽¹¹⁹⁾ Ampia casistica in ACS, A5G, bb. 166, 167 e in ACS, GG, b. 123. Le manifestazioni collettive di dissenso — solitamente di donne nelle campagne o nei piccoli centri — erano invece oggetto del decreto del 23 maggio 1915 sui provvedimenti straordinari di p. s. — ed erano punite molto severamente anche dai tribunali ordinari (in base ad una sentenza della Cassazione del luglio 1916, non era necessario indagare il motivo dell'assembramento); tra i tanti episodi, citiamo una manifestazione di donne nel Pistoiese nel luglio del 1917, per la quale furono comminate fino a due anni di reclusione e 500 lire di multa in base al decreto del 23 maggio 1915 (si ricorda che il sussidio giornaliero era di 60 centesimi e che un chilo di pane costava a Milano 56 centesimi). A Sora nel luglio 1917 alcune mogli di richiamati che rifiutarono il sussidio (« vogliamo la pace ») vennero condannate a pene da 1 a 6 mesi di carcere, e da 125 a 500 lire). In provincia di Benevento, le partecipanti ad una manifestazione per mancanza di pane vennero condannate a pene da 27 giorni a 3 mesi di carcere (resoconti in ACS, Gg, b.

Nell'autunno del 1917 un altro decreto imprese una svolta nell'ambito della repressione. Dopo l'insurrezione torinese dell'agosto del 1917 Orlando fu infatti spinto dalla pressione dell'interventismo e delle correnti della destra salandrina e nazionalista a licenziare il suo direttore generale di p.s., Vigliani, e il suo segretario, C. Corradini — accusati di essere troppo accondiscendenti con i socialisti —, ad estendere le zone di guerra a Piemonte, Lombardia e Liguria, e a emanare il 4 ottobre 1917 il famigerato decreto contro il « disfattismo » (decreto luogotenenziale n. 1561, detto Sacchi dal nome del guardasigilli): come già ricordato, il decreto prevedeva pene drastiche (reclusione fino a 10 anni, multe fino a 10.000 lire), anche per le più futili manifestazioni di disappunto o di pessimismo: il legislatore voleva infatti una norma « che comprendesse ogni fatto nocivo agli interessi nazionali, anche se commesso per leggerezza e per vanità », basato quindi su un « dolo indeterminato » ⁽¹²⁰⁾. Un successivo decreto luogotenenziale del 10 dicembre (n. 1964) aggravò le condizioni, stabilendo che gli accusati sarebbero stati sottoposti alla giurisdizione militare se avessero agito in concorso con militari, o se avessero compiuto « delitti contro la libertà di lavoro » a danno di stabilimenti militari e ausiliari, in base agli artt. 165 e 166 del codice penale ⁽¹²¹⁾. Quest'ultima norma mirava a colpire sia eventuali scioperanti di fabbriche militarizzate, sia i manifestanti di fronte alle fabbriche, in particolare i gruppi di donne che, provenienti dalle campagne, incitavano le operaie a scioperare — fenomeno assai frequente a partire dal 1917; in questi casi si poteva incorrere anche nell'aggravante dell'« istigazione a delinquere », con forte aumento delle pene.

Nell'ultimo anno di guerra, in un clima politico caratterizzato anche nel resto d'Europa da una decisa svolta a destra e dall'accentuazione ideologica ed emotiva del rapporto dicotomico tra « pa-

126, f. 127). Ulteriori decreti (d. luogotenenziale 27 agosto 1916 n. 1147, e d. luogotenenziale 4 aprile 1918 n. 486) limitarono la possibilità per i cittadini di circolare all'interno del territorio nazionale e imposero il passaporto per l'interno, il cui rilascio fu affidato alla discrezionalità dei prefetti.

⁽¹²⁰⁾ T. CANGINI, *Il decreto luogotenenziale 4 ottobre 1917*, in « Rivista penale », marzo-aprile 1918, pp. 280-84; per il testo del decreto vedi nota 84 *supra*.

⁽¹²¹⁾ Commenti su questo decreto in « Scuola positiva », 1917, pp. 836 s. e di C. ZAPPULLI, in « Rivista penale », 1918, pp. 466 s.

trioti » e « disfattisti » — non va dimenticato che sarà questa temperie ad ispirare a Schmitt la contrapposizione ‘noi-loro’ —, l’Italia subì un processo di profonda involuzione antidemocratica ⁽¹²²⁾. Dopo Caporetto l’azione di propaganda contro i « nemici esterni ed interni » assunse l’aspetto di una vera e propria caccia alle streghe: i comitati interventisti (e giornali come « Il popolo d’Italia » o l’« Idea nazionale ») fornirono a sindaci e prefetti elenchi di cittadini « sospetti » e di tedeschi residenti a Roma — con conseguenti problemi con il Vaticano, perché spesso costoro erano membri di comunità religiose —, incitando i privati cittadini ad adoperarsi a favore della delazione ⁽¹²³⁾. Di fronte a tale temperie psicologica e soprattutto in seguito alla formazione all’interno dello schieramento parlamentare di un blocco di destra composto da tutto lo schieramento conservatore e nazionalista — il Fascio parlamentare di difesa nazionale —, intenzionato ad impedire qualsiasi « unione sacra » con giolittiani e socialisti turatiani e ad agire al contrario nel senso di una più vigorosa repressione nei confronti di queste forze, Orlando si convinse ad abbracciare la linea dell’intransigenza e ad adire alle richieste di una drastica repressione del dissenso.

Mentre anche la propaganda ufficiale — che dopo Caporetto ricevette un forte impulso —, insisteva sui motivi dell’unità sacra del paese e sulla necessità di individuare e sconfiggere i « nemici interni », i prefetti si adoperarono affinché fosse messa a tacere ogni dissidenza, attraverso l’applicazione capillare dei decreti eccezionali e in particolare di quello contro il disfattismo. Orlando chiese infatti al ministro della Giustizia Sacchi di vigilare affinché la norma che portava il suo nome venisse applicata con rigore esemplare; ed

⁽¹²²⁾ Sul clima psicologico dopo Caporetto e sulla psicosi contro il « nemico interno » mi permetto di rinviare a Giovanna PROCACCI, *Aspetti della mentalità collettiva dopo Caporetto*, in *La Grande Guerra. Esperienza, memoria, immagini*, a cura di D. Leoni e C. Zadra, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 261-290

⁽¹²³⁾ Così ad esempio, nel febbraio il Fascio romano votò una mozione che sanciva l’obbligo della delazione, nel luglio sempre a Roma si formarono dei nuclei di « volontari dell’ordine » e, secondo l’UCI, accesi repubblicani romani avrebbero dato vita a delle « legioni » con l’« obiettivo dell’eliminazione fisica » dei giolittiani e dei socialisti: STADERINI, *Combattenti senza divisa*, cit., pp. 177-85; VENTRONE, *La seduzione totalitaria*, cit., pp. 211-255.

ottenne assicurazioni a proposito. Il numero dei processi contro la dissidenza crebbe quindi vistosamente: come riferì il direttore generale di pubblica sicurezza, in base ai decreti dal settembre 1917 al 10 marzo 1918 erano passati dai tribunali ordinari 800 processi, e dalla seconda decade di marzo ad ottobre il numero era salito a 1.858 processi. E, precisava il direttore generale, la cifra era sicuramente molto inferiore alla realtà, perché non tutti i prefetti avevano comunicato le cifre ⁽¹²⁴⁾.

I decreti colpirono i militanti di maggior rilievo dell'ala sinistra del partito socialista, che vennero incarcerati ⁽¹²⁵⁾. Ma ciò che colpisce della situazione italiana, rispetto a quanto avveniva nello stesso periodo negli altri paesi belligeranti, non è tanto la persecuzione nei confronti dei principali esponenti politici — si pensi ai processi Malvy e Cailloux in Francia, paese nel quale peraltro i socialisti per una buona parte del conflitto avevano aderito, a differenza dell'Italia, all'*union sacrée* —, che poteva essere in parte giustificata dall'emergere politico nel 1917 della corrente socialista rivoluzionaria, quanto la volontà di annullare ogni forma di opinione che in qualche modo esprimesse sconforto o pessimismo. Un esame della giurisprudenza ci dimostra che i motivi delle denunce erano futili, che le accuse erano generiche e non di rado costruite ad arte e che riguardarono sia la gente comune, sia esponenti della borghe-

⁽¹²⁴⁾ Giovanna PROCACCI, « *Condizioni dello spirito pubblico nel Regno* »: *i rapporti del Direttore generale di Pubblica Sicurezza nel 1918*, in *Di fronte alla Grande Guerra. Militari e civili tra coercizione e rivolta*, a cura di P. Giovannini, Ancona, Il lavoro editoriale, 1997, pp. 177-247.

⁽¹²⁵⁾ Nei confronti dei dirigenti socialisti, oltre ai decreti eccezionali, venne applicato l'art. 74 del c. p. (tradimento indiretto o colposo, che non prevedeva la necessità del dolo: definito dalla dottrina « una norma in bianco quando mancava la possibilità di colpire altrimenti »): in agosto vennero condannati a vari anni di carcere per i fatti di Torino Serrati, Barberis, Rabezana, Pianezza, Zaverio, Maria Giudice; per la stampa e la diffusione dei manifesti di Zimmerwal, fu inflitta una condanna di sei anni di carcere a Toscano, segretario della Federazione giovanile socialista, di 5 anni a Sardelli, segretario della Lega Tranvieri, di 5 anni a Marinozzi, della federazione giovanile e ad alcuni tipografi. Vennero poi arrestati anche Bombacci, Lazzari e Serrati: L. AMBROSOLI, *Né aderire né sabotare*, Milano, Ed. Avanti!, 1961, pp. 270-276; *Autodifese di militanti operai e democratici italiani di fronte ai tribunali*, a cura di S. Merli, Milano Roma, Ed. Avanti!, 1958, pp. 130 ss.

sia considerati pericolosi per la loro influenza sulla popolazione: sacerdoti, farmacisti, medici, insegnanti ⁽¹²⁶⁾.

I decreti eccezionali e la pratica dell'internamento decadde con la fine del conflitto ⁽¹²⁷⁾, ma, a partire dai progetti e dalla legislazione contro il diritto di sciopero ⁽¹²⁸⁾, una serie di interventi legislativi recuperarono molte delle esperienze normative belliche ⁽¹²⁹⁾. Le « leggi fascistissime » perfezionarono le restrizioni dei diritti di stampa, di riunione e di associazione, previsti dal decreto del 23 maggio 1915; la legge del 25 novembre 1926, n. 2008, sui « provvedimenti per la difesa dello Stato », colpì il diritto di opinione e la diffusione delle « notizie, false, esagerate e tendenziose » sulle condizioni interne dello Stato — terminologia poi ripresa dal

⁽¹²⁶⁾ Per una serie di esempi, e per l'atteggiamento della magistratura, rinvio a Giovanna PROCACCI, *La società come una caserma*, cit.; v. anche L. PALONI, *Storie giudiziarie della Grande Guerra*, Arcireale-Roma, Bonanno, 2005. Per il reato di disfattismo a mezzo stampa venne, ad esempio, denunciato e arrestato un libraio in provincia di Parma, che aveva messo in commercio un libro di versi di Vincenzo Veroni « Nella luna », contenente « concetti deprimenti spirito pubblico » (Corte d'appello di Parma); e analogamente vennero denunciati due coniugi che avevano messo in vendita un libro di Guy de Maupassant, « Sull'acqua », contenente « frasi contro la guerra » (Procura di Trapani): ACS, GG, b. 139.

⁽¹²⁷⁾ Il 29 dicembre 1918 un decreto reale (n. 1981) pose fine, a partire dal 1 gennaio 1919, allo stato di guerra in gran parte delle province interne al regno e, conseguentemente, al potere delle autorità militari in ambito civile, compresa la facoltà di internare. La fine dell'internamento per i regnicoli e per gli irredenti (salvo, in quest'ultimo caso, un diverso giudizio del prefetti) venne formalmente dichiarata e comunicata ai prefetti il 19 gennaio (circolare del ministero dell'Interno, in ACS, Massime, b. 43, f. 13, sf. 4), ma solo nell'agosto del 1919, grazie all'intervento di Nitti, divenuto primo ministro, si giunse all'effettivo rimpatrio degli internati. Furono soprattutto i sacerdoti a essere rimpatriati più tardi, nonostante l'intervento del Vaticano.

⁽¹²⁸⁾ Per i quali vedi NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico*, cit., pp. 215-338.

⁽¹²⁹⁾ Giovanna PROCACCI, *Osservazioni sulla continuità della legislazione*, cit. Per i rapporti tra la legislazione crispina e quella fascista, si rinvia ai saggi contenuti in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, cit. Sulla continuità anche giurisprudenziale con il periodo bellico: C. FIORE, *Libertà di espressione politica e reati d'opinione*, in « Politica del diritto », 1970, p. 496, che nota come la giurisprudenza dell'epoca fascista risulti addirittura più moderata. Analogamente V. FAZIO e C. VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'Unità ad oggi*, in « Politica del diritto », 1972, n. 3-4, p. 545. Sulla continuità vedi anche M. CANALI, *Le spie del regime*, Bologna, Il Mulino, 2004.

codice Rocco —, ripristinando nel contenuto e nel lessico i termini del decreto del 20 giugno 1915. A loro volta i t.u. di p.s. del 1926 e 1931, istituendo il confino di polizia ⁽¹³⁰⁾ — che inviò i condannati negli stessi luoghi nei quali durante la guerra erano stati relegati gli internati — ripropose i principi dell'internamento attuato dai prefetti grazie al decreto del marzo 1918, confermandone il carattere di provvedimento amministrativo, e quindi l'applicabilità immediata, senza ricorso al tribunale, e la mancanza di una giustificazione ⁽¹³¹⁾.

Il paese, assuefatto alle limitazioni della libertà nel periodo bellico, non sembrò percepire la deriva nella quale stavano per essere travolti i diritti di cittadinanza. Repressione e mobilitazione culturale, agendo in concerto, avevano infatti ormai convinto l'opinione pubblica che, contro le insidie dei « nemici interni », l'interesse superiore dello Stato giustificasse, come durante il periodo bellico, il sacrificio delle regole della democrazia.

⁽¹³⁰⁾ Il confino fu regolato dagli articoli 184-193 del t.u. di p.s. del 6 novembre 1926 (r.d. n. 1848), confluito nella l. del 25 novembre 1926, n. 2008 e successivamente negli art. 180-189 del t.u. di p.s. del 18 giugno 1931 (r.d. n. 773). Già un « Piano di mobilitazione generale dell'organizzazione della nazione in guerra » del giugno 1925 aveva introdotto l'istituto dell'internamento per motivi di guerra dei civili sospettati di « intelligenza con il nemico » (TOSATTI, *Gli internati civili*, cit.).

⁽¹³¹⁾ Se ne perpetuarono anche le categorie: se l'internamento in periodo bellico era stato applicato come misura contro lo spionaggio nei confronti di civili stranieri e di cittadini di zone di frontiera, come misura di epurazione all'interno dei territori occupati, e come misura politica nei confronti di cittadini dissidenti, anche sotto il fascismo il confino si configurò sotto il triplice aspetto di internamento di stranieri nemici, ribelli sloveni e antifascisti italiani — cui si aggiunse successivamente l'internamento per motivi razziali. Nel 1938 la legge di guerra attribui al ministero dell'Interno la disciplina dell'internamento. Sull'internamento in periodo fascista: P. CARUCCI, *Confino, soggiorno obbligato, internamento: sviluppo della normativa*, in *I campi di concentramento in Italia. Dall'internamento alla deportazione (1940-1945)*, a cura di C. Di Sante, Milano, Franco Angeli, 2001, pp. 5-20.

FLORIANA COLAO

« HANNO PERDUTO IL DIRITTO DI ESSERE
ANCORA CONSIDERATI FIGLI D'ITALIA ».
I 'FUORUSCITI' NEL NOVECENTO

« Se è vero che l'Italia è stata un centro di legge e di sapere, come va che non ha sviluppato il mandato di habeas corpus, in modo che gli antifascisti possano essere scarcerati e possano subire un giusto processo » (1).

1. Da « figli di una stessa nazione » a « non più figli d'Italia ». — 2. Il « nemico interno » nella grande guerra. — 3. Le « due Italie » nel primo dopoguerra. — 4. L'amnistia del « fine nazionale ». — 5. « Dividere i buoni dai cattivi italiani »: la legge sui fuorusciti. — 6. La « perdita della cittadinanza, sanzione in senso non stretto ». — 7. « Sanzioni penali per reati di antifascismo ». — 8 « La legge fascistissima quasi dimenticata ».

1. *Da « figli di una stessa nazione » a « non più figli d'Italia ».*

Nella critica della « giustizia penale eccezionale » — varata nel 1894 da Francesco Crispi, che nel 1925 sarà celebrato da Alfredo Rocco come precursore di una « Italia forte e ordinata » (2) —

(1) Questa domanda fu rivolta nel 1927 a Gaetano Salvemini da un cittadino degli Stati Uniti in un *debate* sull'Italia sotto il fascismo; cfr. G. SALVEMINI, *Dai ricordi di un fuoruscito. 1922-1933*, a cura di M. Franzinelli, Torino, Bollati Boringhieri, 2002, p. 179. Sulla vicenda politica ed umana di Salvemini fuoruscito cfr. ora anche « *Non mollare* » (1925). *Con saggi di Gaetano Salvemini, Ernesto Rossi e Piero Calamandrei*, a cura di Mimmo Franzinelli, Torino, Bollati Boringhieri, 2005. Da ultimi anche per indicazioni bibliografiche su Salvemini cfr. G. RICUPERATI, N. D'ELIA in *Salveminiiana (1957-2007)*, in « *Rivista storica italiana* », CXX, 1/2008.

(2) A. ROCCO, *Sul disegno di legge « modificazione e aggiunte alla L. 13 Giugno 1912, n. 555 sulla cittadinanza »*, ora anche in *Id.*, *Discorsi parlamentari*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 239. Su Rocco da ultimi cfr. G. VASSALLI, *Passione politica di un uomo di legge*, *ivi*, pp. 13-68; M. SBRICCOLI, *Rocco, Alfredo*, in *Dizionario del fascismo*, a cura di

Emilio Brusa condannava la « reazione vendicativa contro i figli di una stessa nazione » (3). Federico Cammeo asseriva che nella « prevenzione e repressione dell'insurrezione interna, di regola inferiore per forza e coesione del governo costituito », i « cittadini » non dovevano essere privati delle garanzie statutarie (4). Nella lunga crisi di fine Ottocento la penalistica « civile » (5) e « costituzionale » (6) guardava ai protagonisti del dissenso politico, anche radicale, come a « figli di una stessa nazione », « parte della pacifica compagine dello Stato », cui riconoscere i « diritti dei cittadini », in questo caso la « giurisdizione » (7). Nel cuore del « duplice livello di legalità » era decisivo questo impegno dei giuristi (8), contributo alla « svolta liberale » del Novecento (9).

V. De Grazia e S. Luzzatto, II, Torino, Einaudi, 2003, p. 538; e la densa monografia di S. BATTENTE, *Alfredo Rocco. Dal nazionalismo al fascismo, 1907-1935*, Milano, Angeli, 2005.

(3) E. BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale ad occasione della presente dittatura militare*, in « Rivista penale », XX, 39, 1894, p. 464.

(4) F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in « Giurisprudenza italiana », I, 1898, parte IV, col. 370.

(5) Mario Sbriccoli conìò questa categoria negli anni settanta del Novecento: ID., *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento dal Programma di Carrara al Trattato di Manzini*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », II, 1973, p. 663; ID., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232.

(6) Sulla penalistica liberale « sub specie constitutionis » cfr. L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il « liberalismo giuridico »*. *Problemi e immagini della legalità in Francesco Carrara*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXVI, 2007, I, pp. 663-695.

(7) F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 370.

(8) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14, *Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, particolarmente pp. 485-493. Sia consentito di rinviare a F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra « giustizia penale eccezionale » e « repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale »*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXVI, 2007, I, pp. 697-742.

(9) Cfr. G. SABBATUCCI, *I socialisti e l'estrema sinistra nella svolta del secolo*, in *Alle origini dell'età giolittiana. La « svolta liberale » del governo Zanardelli-Giolitti 1901-1903*, a cura di R. Chiarini, Venezia, Marsilio, 2003, p. 62; M. SCAVINO, *La crisi di fine Ottocento e l'età giolittiana*, in *Le classi dirigenti nella storia d'Italia*, a cura di B. Bongiovanni e N. Tranfaglia, Roma, Laterza, 2006, pp. 51-104.

Anche di fronte alla « legislazione penale di guerra » la penalistica civile non esitava ad indicarne un *vulnus* cruciale: Vincenzo Manzini criticava il decreto sul « cosiddetto *disfattismo* », sottolineandone l'attitudine a relegare i « cittadini » nel ruolo dei « nemici interni [...] a prestarsi a sfoghi d'odio partigiano a seconda del pensiero [...] sarebbe stolto pretendere che tutti pensino ad uno stesso modo, sia pure in relazione alla guerra. Sarebbe parimente insensato supporre che il bene della patria sia onestamente concepibile in un solo modo »⁽¹⁰⁾.

D'altro canto, soprattutto di fronte all'autorappresentazione del partito socialista — che con la scelta neutralista nel 1914 « manca-
va il connubio con la nazione », per accostarsi all'« internazionalismo » e poi al « mito della rivoluzione bolscevica »⁽¹¹⁾ — giuristi come Alfredo Rocco, lo stesso Manzini, tra il 1920 e il 1922 Luigi Lucchini⁽¹²⁾, più a lungo Enrico Ferri⁽¹³⁾, Adolfo Zerbo-

(10) V. MANZINI, *La legislazione penale di guerra*, I, Torino, Utet, 1918, p. 197. Sull'importanza del Manzini « come Rocco e più di Rocco » nel far radicare l'indirizzo tecnico giuridico, per la Prolusione del 1900 e per il « monumentale » *Trattato di diritto penale*, che prendeva le mosse nel 1908, cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 94. Sul Manzini, segnatamente sul contributo al codice di procedura penale del 1930 cfr. M. SBRICCOLI, *Codificazione civile e penale*, cit., pp. 304-305; sul ruolo del tecnicismo giuridico del Manzini, diverso nell'Italia liberale da quello giocato nell'Italia fascista cfr. M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXVIII, 1999, vol. II, p. 848. Sull'« alquanto forcaiolo » Manzini processualista cfr. F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, Utet, 1986, p. 5. Cfr. ora anche A. BERARDI, *Manzini, Vincenzo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 69, Roma, Romagraf, 2007, pp. 290-292.

(11) Sui « socialisti e la nazione » cfr. E. GENTILE, *La grande Italia. Il mito della nazione nel 20 secolo*, Roma, Laterza, 2006, p. 143.

(12) Sugi scritti di Lucchini contro il socialismo militante nel biennio rosso cfr. M. SBRICCOLI, *Dissenso politico*, cit., p. 643. Una più ampia riconsiderazione del giurista in ID., *Il diritto penale liberale. La Rivista Penale di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XVI, 1987, pp. 105-183; anche per indicazioni cfr. ora G. FOCARDI, *Luigi Lucchini*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 66, Roma, Istituto enciclopedia italiana, 2006, pp. 299-301.

(13) Su Ferri cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 206; E. R. PAPA, *Enrico Ferri tra socialismo giuridico e riforme istituzionali*, in *Riforme e istituzioni fra Otto e Novecento*, a cura di Luigi Cavazuoli, Carlo G. Lacaïta, Manduria-Bari-Roma, Lacaïta,

glio ⁽¹⁴⁾, Silvio Longhi ⁽¹⁵⁾, avrebbero evocato una nuova dimensione costituzionale del diritto penale politico: dal pur sempre precario *favor rei*, dottrinale, codicistico, talora giurisprudenziale — che vedeva nel celebre « rifiuto » di Francesco Carrara una sorta di grande fondazione ⁽¹⁶⁾ — a diritto penale del nemico politico, che, in nome della sicurezza dello Stato e dell'ordine della società, colpiva « ciò che uno è, non ciò che uno fa » ⁽¹⁷⁾.

2002, pp. 151-160; G. SIRCANA, *Enrico Ferri*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 47, Roma, Istituto enciclopedia italiana, 2006, pp. 139-145.

⁽¹⁴⁾ Su Zerboglio, a suo tempo protagonista del socialismo giuridico, autore di una monografia sui *Delitti contro l'ordine pubblico, la fede pubblica e la pubblica incolumità*, cfr. M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, 1974-1975, I, p. 577; M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, *ivi*, II, *ad vocem*. Nel primo dopoguerra anche Zerboglio guarderà al fascismo come al movimento in grado di restaurare l'ordine nazionale. Nel 1952, nella Commemorazione alla Camera, Paolo Rossi avrebbe ricordato che Zerboglio si « appartò dalla politica, in sdegno silenzio, durante il regime fascista », per partecipare alla Resistenza ed approdare, dopo la Liberazione, al gruppo parlamentare dei Socialdemocratici; cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni*, 17 Aprile 1952, p. 36756.

⁽¹⁵⁾ Su Longhi, ritratto in camicia nera, cfr. *Studi in onore di Silvio Longhi*, Roma, s. n., 1935. Colloca il giurista nel novero dei « penalisti militanti, tutti, chi più chi meno tecnicisti, ma tutt'altro che apolitici e neutrali » M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., p. 848. Indicazioni anche in M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le « zone grigie » della legalità penale tra Otto e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36, I, 2007, p. 779.

⁽¹⁶⁾ Sul noto passaggio di Carrara su giustizia e politica M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 177-180; A. SCIUMÈ, « *Quando la politica entra dalla porta, la giustizia fugge impaurita dalla finestra* »: *giudici e sentimento della giustizia dall'Unità al primo Novecento*, in *Europäische und amerikanische Richterbilder*, Herausgegeben von André Gouron, Laurent Mayali, Antonio Padoa Schioppa, Frankfurt am Main, Klostermann, 1996, pp. 165-193.

⁽¹⁷⁾ Sul punto in generale, tra i suoi discussi scritti più recenti cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, pp. 5-28. Critiche in L. FERRAJOLI, *Il « diritto penale del nemico » e la dissoluzione del diritto penale*, in « *Questione giustizia* », XXVI, 2006, 4, *Verso un diritto penale del nemico?*, p. 804. Per una più ampia prospettiva storica cfr. E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI, II, 2007, pp. 1031-1082; P. MARCHETTI, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona, Cattedrale, 2008, p. 12.

L'« eccezione »⁽¹⁸⁾ e la guerra alimentavano la legislazione ed il discorso pubblico sullo « straniero interno »; dalla spedizione coloniale in Libia⁽¹⁹⁾ al primo conflitto mondiale, snodo decisivo di questo processo⁽²⁰⁾, il nemico non era rappresentato più come « *justus hostis* ma come criminale »⁽²¹⁾. Un cruciale racconto ideologico⁽²²⁾ sul dissenso minaccioso contenitore di anarchici, sociali-

(18) Su questi connotati del penale tra Otto e Novecento cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., p. 849; C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 95; U. ALLEGRETTI, *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale*, in *Storia d'Italia, Annali*, 12, *La criminalità*, cit., p. 746; L. MARTONE, *Le forme giuridiche dell'emergenza penale nelle scelte dei governi del Regno d'Italia*, in ID., *Aspetti del sistema penale liberale e fascista tra leggi speciali e garanzie processuali*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 3-27. Sulla « tensione tra legge ed eccezione » cfr. P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXVI, I, 2007, p. 14; più in generale G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer*, II, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

(19) Sul punto A. VENTRONE, *Il nemico interno. Immagine, parole e simboli della lotta politica nell'Italia del Novecento*, Roma, Donzelli, 2005, p. 3; N. LABANCA, *Guerre coloniali e guerre europee: il problema del nemico*, in *Le guerre del Novecento*, a cura di G. Gribaudi, Napoli-Roma, L'Ancora, 2007, pp. 49-56; *Un nodo: immagini e documenti sulla repressione coloniale in Libia*, a cura di N. Labanca, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 2002. Sui giuristi e la guerra di Libia cfr. G. CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, Milano, Giuffrè, 1984. Più in generale sul peso dell'espansione coloniale nella rappresentazione della « lotta contro i nemici interni ed esterni » ancor prima dell'impresa libica cfr. P. COSTA, *Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2001, III, *La civiltà liberale*, pp. 494, 502.

(20) M. ISNENGI, *Il disfattista. Lo straniero interno di massa nella Grande guerra*, in *Lo straniero interno*, a cura di Enrico Pozzi, Firenze, Ponte alle Grazie, 1993, pp. 145-157; A. VENTRONE, *Il nemico interno*, cit., p. 13; C. LATINI, *Una giustizia "d'eccezione". Specialità della giurisdizione militare e sua estensione durante la Prima guerra mondiale*, in *Dep. Deportate, esuli, profughe. Rivista telematica di studi sulla memoria femminile, I diritti negati per forza di legge. Schiavitù, internamento, detenzione*, a cura di B. Bianchi e A. Scartabellati, 2006, pp. 67-85; I. GUERRINI, *Obbligare e punire: la giustizia militare*, in *Gli Italiani in guerra: conflitti, identità, memorie dal Risorgimento ai giorni nostri*, III, I, *La grande guerra dall'intervento alla vittoria mutilata*, a cura di Mario Isnenghi e Daniele Ceschin, Torino, Utet, 2008, pp. 229-235.

(21) Sulla guerra moderna « azione penale nel senso del moderno diritto criminale » C. SCHMITT, *Der nomos der Erde in Völkerrecht des Ius publicum Europaeum*, Köln, Greven, 1950; trad. it. E. Castrucci, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello Ius publicum europaeum*, Milano, Adelphi, 1991, p. 138.

(22) Sull'importanza delle narrazioni dei nemici cfr. C. PAVONE, « *Comprendere il*

sti, e poi comunisti, tipizzati come indistinti delinquenti comuni perché *antinazionali*, era destinato a divenire alfabeto condiviso nella società; non a caso dal 1919 Mussolini aveva legato alla nazione le vaghe linee programmatiche del movimento poi Partito Nazionale fascista (23).

Pur nello slittamento della « ubiquitaria » (24) nazione a fazione, il fascismo pareva poter trovare diritto di cittadinanza politica come artefice della restaurazione nazionale dell'autorità dello Stato contro i partiti antinazionali e come collettore di « torrenti di vita nazionale » (25). Dopo che il movimento fascista ebbe annientato con la violenza politica non l'italiano di diversa ideologia, ma il « nemico interno », il regime ridisegnava i concetti di nazione e cittadinanza (26), che la legge 31 gennaio 1926 avrebbe negato agli « italiani antinazionali » (27).

Già nel disegno di legge del gennaio 1925, che autorizzava il governo a riformare il codice penale, Rocco proponeva di « studiare la possibilità di reprimere alcune forme delittuose non contemplate [...] specialmente alcune forme di tradimento improprio commesse

nemico » e varie altre cose. Colloquio su fascismo, guerra civile, guerre negli Sudi di Mario Isnenghi, in L'intellettuale militante. Scritti per Mario Isnenghi, Portogruaro, nuova dimensione, 2008, pp. 239-247.

(23) Sullo Statuto del PNF del 1921 cfr. anche per indicazioni E. GENTILE, *La grande Italia*, cit., p. 165.

(24) Sulla « ubiquitaria presenza » della nazione nel fascismo P. COSTA, *Lo « Stato totalitario »: un campo semantico nella pubblicistica del fascismo*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XVIII, 1999, p. 93.

(25) M. ISNENGI, *Italianissimo ed antiitaliano: il Duce*, in *Gli Italiani in guerra: conflitti, identità, memorie dal Risorgimento ai giorni nostri*, IV, I, *Il ventennio fascista. Dall'impresa di Fiume alla seconda guerra mondiale (1919-1940)*, a cura di Mario Isnenghi e Giulia Albanese, Torino, Utet, 2008, p. 232.

(26) In generale sulla « cittadinanza totalitaria » cfr. P. COSTA, *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa*, 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 213-368, ed una sintesi ID, *Cittadinanza*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 137.

(27) A. ROCCO, *Sul disegno di legge « modificazioni e aggiunte alla L. 13 Giugno 1912, n. 555 sulla cittadinanza »*, cit., p. 238. Sull'accusa rivolta agli antifascisti di congiura con « lo straniero » si sofferma L. DI NUCCI, *Lo Stato fascista e gli Italiani « antinazionali »*, in *Due nazioni. Legittimazione e delegittimazione nella storia dell'Italia contemporanea*, a cura di L. di Nucci, E. Galli Della Loggia, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 127-185.

sia in tempo di guerra che in tempo di pace » (28). Nel Maggio, in considerazione dell'« influenza dell'opinione pubblica internazionale sulla vita degli Stati », prospettava alla Camera una « pena » per la « triste pianta del fuoruscitismo [...] opera funesta che i pessimi italiani compiono a danno del proprio paese, vero e proprio tradimento ». La « battaglia d'ogni giorno », che l'Italia era chiamata a « combattere anche in tempo di pace in campo economico, politico, intellettuale per la sua affermazione nel mondo », non poteva ammettere « traditori » (29).

Il fuoruscitismo era dunque destinato ad entrare nel sistema penale tra i « reati di antifascismo » (30) e la legge sui fuorusciti era un passo significativo nel cammino verso la dissoluzione del principio di legalità (31). Certe pagine dei giuristi sulla « attività antinazionale » degli antifascisti, sorta di *crimen laesae maiestatis*, non avrebbero mostrato una grande distanza tra i penalisti alla « Manzini, pontefici del metodo tecnico-giuridico », poi preteso apolitico, e i « militanti alla Maggiore » (32).

Il disegno di legge contro i fuorusciti — presentato alla Camera il 18 novembre 1925 da Mussolini, di concerto con Federzoni, ministro dell'interno, e Rocco (33) — aveva un tono dimesso, modificazioni e aggiunte alla legge del 1912 sulla cittadinanza. Al di là della pretesa continuità, si stravolgeva il quadro normativo illu-

(28) *Disegno di legge presentato dal Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto nella seduta del 13 Gennaio 1925*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. I, Roma, Provveditorato Generale dello Stato Libreria, 1929, p. 21.

(29) *Discorso del ministro della giustizia*, ivi, p. 110.

(30) S. LONGHI, *Reati di antifascismo commessi all'estero*, in « *Rassegna Penale* », I, 1929, pp. 1-5.

(31) Su questa cifra del sistema penale politico fascista cfr. G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », XXXVI, 2007, II, p. 983. Una rassegna della legislazione fascista in G. NEPPI MODONA-M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia, Annali*, 12, *La criminalità*, cit., pp. 759-847; G. NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale*, in *Penale, giustizia, potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di Luigi Lacché, Carlotta Latini, Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Macerata, Eum, 2007, pp. 344-378.

(32) Sulla complessità della penalistica negli anni del fascismo cfr. le pagine memorabili di M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., pp. 817-850.

(33) *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati*, Legislatura XXVII, I Sessione, 1924-1925, *Documenti*, n. 623.

strato, a suo tempo, da Vittorio Scialoja, che aveva tenuto conto della volontà del cittadino di rinunciare alla cittadinanza ⁽³⁴⁾. Ora il governo colpiva unilateralmente l'emigrazione politica ed intellettuale, privando della cittadinanza e dei beni — sequestrati o confiscati in via amministrativa — i « cattivi cittadini », che all'estero mettevano in discussione la narrazione storica ed ideologica che il regime andava costruendo di sé con successo ⁽³⁵⁾.

Non a caso alcuni passaggi della Relazione della Commissione — presidente lo storico del diritto Pier Silverio Leicht — insistevano sulla propaganda del fascismo frutto della « guerra » e garante della « vittoria » ⁽³⁶⁾. La storia — il Risorgimento, la grande guerra — giocava infatti un ruolo decisivo nella costruzione di « uno tra i più fortunati neologismi coniat dal dittatore » ⁽³⁷⁾: gli « ex cittadini »,

⁽³⁴⁾ La legge 13 Giugno 1912 n. 555 in *Lex. Raccolta cronologica della legislazione italiana*, Torino, Utet, 1912, p. 404; sul tema cfr. F. DEGNI, *Cittadinanza*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1938, p. 191-194.

⁽³⁵⁾ G. ALBANESE, *Agli esordi della nuova storia: immagini, memorie, narrazioni delle due parti*, in *Gli Italiani in guerra*, cit., pp. 699-711; C. BALDOLI, *I conflitti degli italiani visti dall'estero. Governi, civili, esuli nelle società democratiche*, ivi, pp. 736-743; N. LABANCA, *Studiando la propaganda di guerra: temi e generazioni*, in *L'intellettuale militante*, cit., p. 175.

⁽³⁶⁾ Atti Parlamentari, *Camera dei Deputati*, Legislatura XXVII, I Sessione, 1924-1925, *Documenti*, n. 623 pp. 1-4. Su Leicht cfr. *Repertorio biografico dei senatori dell'Italia fascista*, a cura di Emilio Gentile ed Emilia Campochiaro, Napoli, Bibliopolis, III, p. 1391-1392.

⁽³⁷⁾ M. FRANZINELLI, *Introduzione*, in G. SALVEMINI, *Dai ricordi di un fuoruscito*, cit., p. VII. Tra « le idee e spigolature » di Mussolini cfr. i passi ove il Duce considerava che il termine « fuoruscito da usarsi in senso politico lo inventarono i socialisti, attribuendolo nel 1923 a coloro che uscirono dal partito per rappresentare l'animo rivoluzionario [...] diverso il senso con cui io qualifico, ripeto qualifico e non dequalifico, la militanza di un nemico personale »; cfr. *Taccuini Mussoliniani raccolti da Yvon De Begnac*, a cura di Francesco Perfetti, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 640. Sul fuoruscitismo antifascista cfr. tra gli altri V. MODIGLIANI, *Esilio*, Milano, Garzanti, 1946; più di recente cfr. S. COLARIZI, *Problemi storiografici del fuoruscitismo e sull'antifascismo socialista all'estero*, in *L'emigrazione socialista nella lotta contro il fascismo (1926-1939)*, Firenze, Sansoni, 1982, pp. 1-12. Sulla condizione dello scrittore esule I. BRODSKIJ, *Dall'esilio*, Milano, Adelphi, 1988, particolarmente p. 22. In generale cfr. E. TRAVERSO, *Riflessioni sull'esilio e le violenze del XX secolo*, in *Storia, verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, a cura di Marcello Flores, Milano, Mondadori, 2001, p. 77; *Fuorusciti*, in *Dizionario dei fascismi*, a cura di P. Milza, S. Bernstein, N. Tranfaglia, B. Mantelli, Milano, Bompiani, 2002, pp. 281-283; *Fuorusciti*, in *Dizionario del fascismo*, cit., I, pp. 566-568; M.

costretti a scegliere la via dell'esilio, ricevevano lo stigma di « fuorusciti », marchio d'infamia, che Gaetano Salvemini – indicato alla Camera come « capofila dei pessimi italiani »⁽³⁸⁾ — avrebbe rivendicato con orgoglio:

« Non facevo l'esule. L'esule persona sacra, l'esule sopito nella notte oscura con gli agnelli alla pastura, mi seccava a morte [...] neanche il termine rifugiato mi andava a fagiolo: esso faceva pensare a un derelitto [...] quando Turati dovè lasciare l'Italia [...] ci teneva a dirsi evaso [...] da quella grande prigione che era diventata l'Italia [...]. Io ho sempre preferito dirmi fuoruscito, facendo mio un termine che i fascisti usavano per obbrobrio: fuoruscito, cioè uscito fuori dal mio paese per continuare con i mezzi, di cui potevo disporre, la resistenza che mi era divenuta impossibile nel mio paese. Non soffrivo di nostalgia, vivevo sempre con lo Spirito in Italia »⁽³⁹⁾.

E ancora, in occasione della clemenza collettiva accordata dal regime in occasione del decennale, che revocava i provvedimenti del 1926:

« L'amnistia mi ridà la cittadinanza. Non ne ho bisogno. Io mi sono sempre sentito italiano. Mussolini non può né impedirmi né consentirmi di essere italiano. Può confiscare la mia proprietà, non la mia anima. Questa è stata sempre quella di un italiano »⁽⁴⁰⁾.

Era invece proprio questo il perno della rappresentazione antropologica dei fuorusciti, per Rocco « non più italiani nell'animo [che] non debbono esserlo più nelle leggi »⁽⁴¹⁾, che « avevano perso il diritto di essere ancora considerati figli d'Italia »⁽⁴²⁾. Il dibattito alla Camera non tipizzava contenuti generali e astratti della « lesa

PIGNOTTI, *Alcuni percorsi dell'antifascismo toscano: dal primo fuoruscitismo al consolidamento del regime*, in « Rassegna storica toscana », LII, 2/2007, pp. 207-240; R. CAMURRI, *In esilio*, in *Gli Italiani in guerra*, cit., pp. 578-591; E. TORTAROLO, *L'oggettività storica dell'esilio*, in *Università e accademie negli anni del fascismo e del nazismo*, a cura di Pier Giorgio Zunino, Firenze, Olschki, 2008, pp. 409-428.

⁽³⁸⁾ Atti Parlamentari, *Camera dei Deputati*, Legislatura XXVII, 1 Sessione, 1924-1925, *Discussioni*, pp. 4694-4695.

⁽³⁹⁾ G. SALVEMINI, *Dai ricordi di un fuoruscito*, cit. p. 70.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 136.

⁽⁴¹⁾ A. ROCCO, *Sul disegno di legge « modificazione e aggiunte alla L. 13 Giugno 1912, n. 555 sulla cittadinanza »*, cit., p. 239.

⁽⁴²⁾ Era l'onorevole Michelangelo Zimolo, pubblicista eletto in Veneto, a proclamare tra gli applausi della Camera che i fuorusciti avevano « perduto il diritto di essere ancora considerati i figli d'Italia »; cfr. Atti Parlamentari, *Camera dei Deputati*, Legisla-

nazione », che voleva incarnata dai destinatari di quella « dura legge », quasi *ad personam*. Non si parlava di reati ma degli antifascisti più in vista dell'Italia liberale come « nemici interni » e « traditori »: un collega a Firenze invitava il governo a « togliere dai piedi » Salvemini ⁽⁴³⁾; Rocco asseriva di tacere « per vergogna il nome del professore italiano », accusato di voler « punire l'Italia perché divenuta fascista » ⁽⁴⁴⁾; Gioacchino Volpe indicava l'essenza del fuoruscitismo nella lettera, tradotta da un giornale inglese, inviata dallo stesso Salvemini al Rettore:

« [...] la dittatura fascista ha ora completamente soppresso nel nostro paese quelle condizioni di libertà in assenza delle quali l'insegnamento della storia, come l'intendo io, perde ogni dignità, dato che cessa di essere strumento di libera e civile educazione, e deve essere degradato a servile adulazione del partito dominante » ⁽⁴⁵⁾.

Quel « tradimento » minacciava di « rendere vano il sacrificio di tutti i nostri combattenti lasciati sul campo » ⁽⁴⁶⁾; si evocavano « le tombe degli avi e le memorie della giovinezza a dire la parola che non ha ritorno, straniero »; esprimeva un sinistro precorrimiento di futuro il proclamato « sdegno della stirpe contro i rifiuti della razza italiana in ascesa » ⁽⁴⁷⁾.

tura XXVII, I Sessione, 1924-1925, *Discussioni*, p. 4680. Menziona Zimolo *Il Parlamento italiano, 1861-1988*, vol. XII, Roma, Nuova Cei, 1990, *ad vocem*.

⁽⁴³⁾ Così alla Camera il fascista Martelli, collega di Salvemini a Firenze; Atti Parlamentari, *Camera dei Deputati*, Legislatura XXVII, 1 Sessione, 1924-1925, *Discussioni*, p. 4695. Ricorda il collaudato sarcasmo dei fascisti su Salvemini « cosa che ti porta il pipistrello [...] che fa schifo » o su « Slavemini » — a stigmatizzarne l'opposizione all'espansionismo in Dalmazia — M. FRANZINELLI, *Introduzione*, cit., p. XX.

⁽⁴⁴⁾ A. ROCCO, *Sul disegno di legge « modificazione e aggiunte alla L. 13 Giugno 1912, n. 555 sulla cittadinanza »*, cit., p. 301.

⁽⁴⁵⁾ Atti Parlamentari, *Camera dei Deputati*, Legislatura XXVII, I Sessione, 1924-1925, *Discussioni*, p. 4693. Ne *La storia degli Italiani e dell'Italia* (1933), Milano, Treves, 1948, p. 289, Gioacchino Volpe avrebbe screditato i fuorusciti come infidi manovratori di francesi, inglesi e americani contro l'Italia, da qui *Dai Ricordi di un fuoruscito* di Salvemini. Sul Volpe, che dopo l'intervento alla Camera non « sentì nessun limite che dividesse la politica in quanto storia dalla storia in quanto fede fascista e viceversa », G. SALVEMINI, *Dai ricordi di un fuoruscito*, cit., pp. 32-33.

⁽⁴⁶⁾ Atti Parlamentari, *Camera dei Deputati*, Legislatura XXVII, I Sessione, *Discussioni*, p. 4695.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 4682.

L'ambigua metafora organicistica del liberale Soleri — che da un lato guardava agli antifascisti come a « cittadini », « figli della stessa Italia », dall'altro prendeva le distanze dai fuorusciti, dal momento che lo « spirito di partito » non doveva prevalere su quello della « Patria » (48) — era smontata dalla narrazione storica ed ideologica di Rocco, che negava identità nazionale a quei « pessimi italiani », eredi di chi, a suo tempo, aveva organizzato dall'estero il brigantaggio, tentato poi di far cadere Crispi, ed infine alimentato la « campagna straniera per togliere all'Italia il frutto di Vittorio Veneto ».

Costoro, per il guardasigilli, non erano gli « operai » — come aveva denunciato l'unica voce critica della legge « che toglieva la libertà al popolo », quella del comunista Iginio Borin (49) — ma « una piccola minoranza di politicanti inaciditi, gente perduta, detriti e naufraghi della borghesia italiana, pseudo intellettuali e avventurieri di ogni risma » (50). La Camera irrideva a Don Sturzo preteso Mazzini, De Ambris falso Garibaldi, additati all'opinione pubblica come « rinnegati » (51); il regime non si preoccupava di risolvere la contraddizione — « anti-italiani » in patria, privati di diritti, « sudditi » all'estero, « soggetti a vincoli » — colta da Salvemini nella lettera inviata al Senato accademico di Firenze nel dicembre 1925:

« finché noi, avversari del fascismo, viviamo in Italia, siamo privati di ogni diritto e costretti a tacere come “anti-italiani”; non appena siamo costretti a cercare all'estero la libertà e il lavoro che ci sono negati in patria, allora ridiventiamo subito italiani, e come tali soggetti a tutti i vincoli che pretende di imporre ai “sudditi” il Governo nazionale, primo fra tutti quello

(48) Ivi, p. 4694.

(49) Ivi, p. 4689. La Commemorazione alla Camera del deputato comunista Iginio Borin, eletto a Venezia nel 1924, che parlò contro la legge sui fuorusciti in nome della libertà, condannato da Tribunale speciale a 17 anni di reclusione, e poi al confino, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati*, 1954, p. 7365.

(50) A. ROCCO, *Sul disegno di legge « modificazione e aggiunte alla L. 13 Giugno 1912, n. 555 sulla cittadinanza »*, cit., p. 239.

(51) *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati*, Legislatura XXVII, I Sessione, 1924-1925, *Discussioni*, p. 4682. Sulla battaglia antifascista di Luigi Sturzo cfr. F. MALGERI, *Il fuoruscittismo popolare*, in *Storia del movimento cattolico in Italia*, Roma, Il Poligono, 1981, pp. 39-85.

di non far conoscere fuori d'Italia di che lagrime grondi e di che sangue il regime di assassinio impunitario che opprime l'Italia » (52).

La legge sui fuorusciti del gennaio 1926 apriva insomma in modo emblematico quell'anno, che, per Mussolini, doveva « cambiare la faccia fisica all'Italia e i connotati morali agli Italiani » (53); nel momento in cui il regime privava della cittadinanza i fuorusciti — « di diritto fuori della nazione » (54) — Rocco ne offriva una emblematica nozione totalitaria: i « rinnegati non più italiani nell'animo » non erano più « italiani nelle leggi » (55).

2. *Il « nemico interno » nella grande guerra.*

Nelle pagine memorabili di Marc Bloch la guerra era un immenso laboratorio di psicologia sociale ed un ambiente particolarmente favorevole alla costruzione di « false notizie » (56); anche il legislatore italiano era chiamato dal liberale Luigi Lucchini — che pure aveva salutato la « guerra di nazionalità e civiltà per uno Stato libero e forte » (57) — a dire la « verità »: « non si finisca a dire dell'Italia quanto si diceva e si continua a dire dell'Austria » (58).

Il conflitto era d'altro canto uno snodo della lunga crisi dello Stato liberale, della costruzione dell'immagine del nemico interno,

(52) La lettera di Salvemini è pubblicata anche in P. CALAMANDREI, *Il manganello, la cultura, la giustizia*, ora in « *Non mollare* » (1925), cit., p. 101. Più ampiamente sulla vicenda cfr. M. FRANZINELLI, *Introduzione*, cit., p. XIX.

(53) Mussolini scriveva per « Gerarchia » la più lucida esegesi delle leggi eccezionali: *Viatico per il 1926*, in *Opera omnia di Benito Mussolini*, a cura di E. e D. Susmel, XII, Firenze, La Fenice, 1955, pp. 66-67.

(54) Atti Parlamentari, *Camera dei Deputati*, Legislatura XXVII, Sessione 1924-25, *Documenti* n. 623, cit., p. 1.

(55) A. ROCCO, *Sul disegno di legge « modificazione e aggiunte alla L. 13 Giugno 1912, n. 555 sulla cittadinanza »*, cit., p. 239. Sottolinea questo aspetto della legge sui fuorusciti S. BATTENTE, *Alfredo Rocco*, cit., p. 452.

(56) M. BLOCH, *Souvenirs de guerre (1914-1915) e Réflexions d'un historienne sur les fausses nouvelles de la guerre*, Etienne Bloch, 2004; trad. it. *La guerra e le false notizie. Ricordi (1914-1915) e riflessioni (1921)*, Introduzione a cura di M. Aymard, Roma, Donzelli, 1994.

(57) *Cronaca. Guerra di nazionalità e di civiltà*, in « *Rivista Penale* », 81, 1915, p. 767.

(58) *Cronaca. Diffusione di notizie arbitrarie sulla guerra*, ivi, 82, 1915, p. 620.

della « divisione in due nazioni »⁽⁵⁹⁾; Vittorio Emanuele Orlando assegnava al *corpus* legislativo, varato nel Marzo 1915 in regime di pieni poteri, il ruolo di « formidabile lotta per l'esistenza contro il nemico », che, oltre al « campo internazionale », pareva minacciare anche quello nazionale. In particolare l'art. 4 del disegno di legge rimetteva al governo la determinazione delle notizie ritenute lesive per la difesa dello Stato, nella previsione di condotte « singolari e nuove », come la diffusione di « notizie false » o « diverse » da quelle propagandate dal governo o dagli alti comandi⁽⁶⁰⁾.

Alle critiche dell'opposizione socialista in Parlamento della legge « eccezionale » e « reazionaria », che pareva rinverdire i fasti dei provvedimenti crispini, Orlando rispondeva riproponendo i canoni liberali della separazione tra diritto e politica e tra partito e nazione, che in quel frangente mostravano i limiti del liberalismo politico e giuridico del guardasigilli. Orlando asseriva infatti che il « principio di libertà » si doveva « conciliare con quella forza che deve competere allo Stato per la difesa del suo territorio [...] a compimento dei proprio destini. Un popolo più libero non deve essere meno forte [...] meno idoneo a sostenere la formidabile lotta per l'esistenza in campo internazionale »⁽⁶¹⁾.

« Tradimento indiretto », « demoralizzazione », « aiuto indiretto al nemico » circolavano da tempo nel lessico del diritto penale militare⁽⁶²⁾, preludio a quel « plotone di esecuzione » cifra « rappresentativa »⁽⁶³⁾ del regime punitivo nell'esercito italiano durante

(59) G. SABBATUCCI, *La Grande Guerra come fattore di divisione: dalla frattura dell'intervento al dibattito storiografico recente*, in *Due nazioni*, cit., pp. 107-125.

(60) Testo della legge 25 Marzo 1915, n. 273 ed altri provvedimenti a complemento in V. MANZINI, *La legislazione penale di guerra*, cit., I, pp. 182-196.

(61) Cfr. la Relazione premessa al disegno di legge presentato alla Camera il 1 Marzo 1915, in V. E. ORLANDO, *Scritti vari di diritto e scienza politica*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 10. Su Orlando legislatore di guerra anche per indicazioni cfr. C. LATINI, *Governare l'emergenza*, cit., p. 65.

(62) P. VICO, *Diritto penale militare*, Milano, Società editrice libraria, 1917, p. 209.

(63) Alla fine degli anni sessanta del Novecento innovò la tradizione agiografica sul sacrificio e l'obbedienza dei soldati il gran libro di E. FORCELLA, A. MONTICONE, *Plotone d'esecuzione. I processi della prima guerra mondiale*, (1968), Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. LXVII-CI; sulla « rappresentatività delle sentenze » cfr. E. FORCELLA, *Prefazione, Apologia della paura*, ivi, p. XIII. Sulla giustizia penale durante la guerra cfr. almeno G. PROCACCI, *La legislazione repressiva e la sua applicazione*, in *Stato e classe*

la guerra. Le logiche di quella « giustizia » contro il nemico interno, praticata al fronte, irrompevano anche nel diritto comune già con un decreto del 23 Maggio 1915, teso ad incriminare generiche condotte a mezzo stampa contro i « supremi interessi nazionali », il « deprimere lo spirito pubblico », e, per la prima volta, « l'eccitamento urti tra i partiti politici pregiudizievole ai supremi interessi nazionali » (64).

Nel porre nel governo il baricentro del sistema costituzionale, esito della guerra gravido di futuro, anche una circolare dello stesso Orlando alla magistratura era esplicita nel raccomandare la difesa da « chi tenta di avvelenare le pure fonti della nostra forza e della nostra fede », nella consapevolezza della « influenza della diffusione di notizie di pubblico interesse durante la guerra sulla pubblica opinione, una delle maggiori forze ideali di cui si alimenta la fiducia e la resistenza di un popolo nel supremo cimento » (65).

I giuristi esprimevano perplessità sulla coerenza dei provvedimenti con l'impianto dello Statuto e dell'ordinamento giuridico liberale; Manzini, all'epoca avvocato generale del tribunale militare di Torino, era critico delle logiche del diritto penale del « nemico interno », applicato ai « fratelli », pur divisi da questo o quel « partito politico » (66). *Rivista Penale* stigmatizzava il « soffocamento di ogni più discreta e legittima discussione » (67); per Zerboglio la

operaia durante la prima guerra mondiale, a cura di G. Procacci, Milano, Angeli, 1983, pp. 41-59; G. PROCACCI, *La giustizia militare e la società civile nel primo conflitto mondiale*, in *Fonti e problemi per la storia della giustizia militare*, a cura di N. Labanca e P. P. Rivello, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 187-215. Sul tema della grande guerra in generale per tutti cfr. ora M. ISNENGI, *Il Mito della grande guerra* (1970), Bologna, Il Mulino, 2007; M. ISNENGI, G. ROCHAT, *La grande guerra, 1914-1918*, Bologna, Il Mulino, 2008.

(64) Il testo del R.d. 23 Maggio 1915, n. 675 in V. MANZINI, *La legislazione penale di guerra*, cit., p. 188-189.

(65) La Circolare di Orlando in V. MANZINI, *La legislazione penale di guerra*, cit., I, p. 191.

(66) Ivi, *Appendice*, p. 65.

(67) *Cronaca. Per la censura giornalistica*, in « Rivista penale », XLI, 82, 1915, p. 373; analogamente G. RUBBIANI, *La notizia soggetta a divieto di pubblicazione*, in « La Scuola Positiva », XXV, 1915, p. 904; A. BERNAU, *I provvedimenti di indole penale per le necessità di guerra*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », VI, 1915, I, p. 385; E. FLORIAN, *Lo stato di guerra e la legge penale*, ivi, p. 453; U. ANICHINI, *La diffusione di notizie durante la guerra*, ivi, p. 693.

« sanzione immediata », iscritta nella giustizia militare, rischiava di improntare anche quella ordinaria ⁽⁶⁸⁾. Di contro Arturo Rocco sceglieva le pagine de *L'Idée nazionale* per collocare il proselitismo socialista tra « le nuove forme dell'alto tradimento contro la nazione » ⁽⁶⁹⁾.

La repressione della propaganda del socialismo era stata tra i « caratteri originari e tratti permanenti » dello Stato liberale, che, pur col suo « autoritarismo repressivo » ⁽⁷⁰⁾, non aveva tematizzato una natura « antinazionale » di quell'ideologia, neanche nei periodi di più acuta crisi della legalità, come a fine Ottocento ⁽⁷¹⁾ o nelle « rivoluzioni annunciate » della Settimana rossa nel 1914 ⁽⁷²⁾. Più frequente era stata la scelta di ridurre la conflittualità politica e sociale a delinquenza comune ⁽⁷³⁾, per impedire il *favor rei* ⁽⁷⁴⁾.

Nel corso del conflitto i tribunali militari ed ordinari iniziavano a prospettare invece una propaganda socialista « rivoluzionaria » come « antinazionale »; ancor prima del famoso decreto Sacchi sul disfattismo si radicava l'identità tra socialismo e tradimento indiretto. Ad esempio una sentenza del tribunale militare di Roma il 23 Giugno 1917 condannava per « propaganda depressiva », dispiegata « anche senza l'intenzione di tradire », il responsabile di una « intensa campagna pacifista »; nella « guerra moderna » — si argomen-

⁽⁶⁸⁾ A. ZERBOGLIO, *Appunti sulla giustizia militare in tempo di guerra*, in « Rivista di diritto e procedura penale », VI, 1915, p. 453.

⁽⁶⁹⁾ A. ROCCO, *Le nuove forme dell'alto tradimento*, in « L'idea nazionale », 2-4-1916.

⁽⁷⁰⁾ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p. 533.

⁽⁷¹⁾ C. LATINI, *La sentenza « dei giornalisti ». Repressione del dissenso e uso dei tribunali penali militari*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio, Una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. Marchetti, Napoli, Esi, 2007, pp. 243-277.

⁽⁷²⁾ P. MARCHETTI, *Inchiesta penale e delitto politico. Il processo per i fatti della « Settimana rossa » ad Ancona*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio*, cit., pp. 150-207.

⁽⁷³⁾ Specie dopo la legislazione eccezionale del 1894 la giurisprudenza aveva negato la politicità dei reati commessi dagli anarchici; anche per indicazioni cfr. A. SCIUMÉ, *Garanzie legali e misure arbitrarie nell'Italia fin de siècle: i processi agli anarchici, ovvero dell'errore impossibile*, in *Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1998, pp. 233-256.

⁽⁷⁴⁾ Anche per indicazioni cfr. P. MARCHETTI, *Inchiesta penale e delitto politico*, cit., p. 152.

tava — l'« esercito non è più un'entità distinta dal paese » (75). Nello stesso senso un « comiziante » — processato per aver dichiarato di non voler « versare il sangue per la patria in armi », « contro il nemico tradizionale », ma per la « rivoluzione ormai prossima » — era condannato dal tribunale militare di Milano; la « propaganda sovversiva per ottenere la pace » era qualificata come « tradimento indiretto » (76).

L'incriminazione del « fatto, commesso od istigato, pregiudizievole all'interesse nazionale » era il perno del d.lgt. del 4 ottobre 1917, n. 1561, definito da Manzini « aberrante provvedimento legislativo importato col consueto nostro spirito pitecantropico dalla patria di Dreyfus » (77); Eugenio Florian sperava che quella « configurazione nuova » fosse « provvisoria », dal momento che « il patriottismo », che ispirava le norme, poteva « affievolire lo spirito di giustizia » (78).

Il cosiddetto decreto Sacchi pareva soprattutto dover ovviare al non luogo a procedere per il segretario del partito socialista, Costantino Lazzari, che aveva invitato i sindaci dei comuni socialisti a mobilitarsi per far cessare la guerra e criticato le accuse di Orlando circa la responsabilità dei socialisti nella disfatta di Caporetto. Le nuove norme consentivano invece una condanna a due anni e undici mesi di carcere per l'esponente socialista; il processo sollevava una certa eco nel paese, con il tribunale militare che contestava all'imputato di « aver augurato all'Italia una sorte uguale a quella della Russia », con Lazzari che esaltava la « magnifica la situazione dei lavoratori russi, non più obbligati a servire col loro sangue gli interessi dei capitalisti » (79).

Il « disfattismo », che in una circolare del guardasigilli Sacchi coincideva con la propaganda contro la guerra, era ricondotto al

(75) La sentenza in « La Scuola Positiva », XXVII, 1917, p. 596.

(76) Ivi, p. 694.

(77) V. MANZINI, *La legislazione penale di guerra*, *Appendice*, cit., p. 62. Il testo del decreto Sacchi, in ID., *La legislazione penale di guerra*, cit., I, p. 196.

(78) E. FLORIAN, *Del fatto commesso o istigato pregiudizievole all'interesse nazionale*, in « Rivista di diritto e procedura penale », X, 1918, p. 117.

(79) *Autodifese di militanti operai e democratici italiani*, a cura di S. Merli, Milano, Feltrinelli, 1958, p. 133.

concetto di « nemico interno » anche da *Rivista penale*, che richiamava un discorso del Re: « nell'ora più dolorosa [...] ogni viltà, ogni recriminazione è tradimento ». Anche se certi « fatti e manifestazioni » parevano non rientrare in nessuna ipotesi tassativamente espressa dalla legislazione, si dovevano comunque colpire tutte le condotte « pregiudizievoli all'interesse nazionale » (80).

L'accusa di « tradimento indiretto » colpiva i vertici del partito socialista a Torino per il sostegno alla rivolta, anche « non armata », dell'Agosto 1917; la sentenza prescindeva dall'accertamento del dolo specifico e della reale lesività della condotta, con una anticipazione della tutela (81). Anche Serrati era condannato per propaganda antimilitarista, e quindi antipatriottica (82); più in generale si radicava una giurisprudenza, confermata dalla Corte di Cassazione, che puniva qualsiasi manifestazione di propaganda politica antimilitarista come reato di pericolo presunto (83). Era Manzini a scrivere pagine acese anche contro la Suprema Corte, accusata di aver legittimato la scelta di punire la propaganda a prescindere dal dolo specifico di recare nocimento agli interessi nazionali; nel 1918 apostrofava come « maledetti coloro che qualificano come nemici interni i propri, i nostri fratelli, rei di appartenere o di non appartenere ad un determinato partito politico » (84).

Di lì a poco il r.d.l. 18 ottobre 1918 n. 1710 abrogava i decreti limitativi della libertà di stampa e il decreto Sacchi, con l'estinzione dell'azione penale; Manzini auspicava la fine della « nomorrea legislativa » e l'inizio di una « giustizia per riparare le deplorabili ma fatali conseguenze » della guerra contro i pretesi « nemici in-

(80) T. CANGINI, *Il decreto luogotenenziale 4 Ottobre 1917, n. 1561*, in « Rivista penale », 87, 1918, p. 87.

(81) S. CASELLI, *Torino e la grande guerra. Uno sguardo attraverso le sentenze del Tribunale militare*, in *Fonti e problemi*, cit., p. 222.

(82) *Autodifesa*, cit., p. 135, 138.

(83) Cfr. ad esempio il « Bollettino di Giurisprudenza penale », I, 1916, pp. 596, 662; sull'applicazione della legislazione di guerra da parte della magistratura cfr. E. FLORIAN, *Del fatto commesso*, cit., pp. 177 ss.; V. MANZINI, *La legislazione penale di guerra*, cit., pp. 197-198; E. FLORIAN, *La giustizia penale dei « pieni poteri »*, in « Rivista di diritto e procedura penale », X, 1918, p. 101.

(84) V. MANZINI, *La legislazione penale di guerra, Appendice*, cit., p. 65.

terni » (85). Nel 1920 l'operato dei tribunali militari era definito « la più grave iattura cui ci sottopose la guerra » (86).

Come avrebbe notato un attento osservatore della guerra, Walter Lippmann, il conflitto lasciava comunque una opinione pubblica preparata ad accettare da un lato le restrizioni della libertà di espressione, dall'altro la costruzione della verità ufficiale; tramontava il mito della stampa ottocentesca, che informava l'*élite* civile, ed iniziava ad emergere la coincidenza tra stampa e propaganda, funzionale ad una società di massa, destinata al totalitarismo (87). Non a caso le norme limitative della libertà di stampa, varate nel 1915, sarebbero state riprese dal decreto del 15 luglio 1923 — entrato in vigore dopo il delitto Matteotti — definito da Lucchini « consimile al decreto liberticida » di Pelloux (88).

Il 26 novembre 1918 Manzini scriveva una densa *Prefazione* all'*Appendice* alla *Legislazione penale di guerra*, che da un lato ripeteva le critiche dei provvedimenti bellici — la « nomorrea legislativa, che abbiamo avuto l'ingrato compito di raccogliere e annotare » (89) — dall'altro pareva approdare ad una nuova narrazione dei « nemici interni », in sintonia con l'ideario di Giovanni Gentile sulle « due Italie »: la « vecchia », con il liberalismo politico e i particolarismi disgreganti, la « nuova », forgiata dal sacrificio della guerra, che avrebbe trovato nel fascismo il costruttore della nazione (90).

(85) V. MANZINI, *La legislazione penale di guerra*, cit., I, p. 61.

(86) C. LOASSES, *Del reato comune e del reato militare nei decreti di amnistia*, in « Rivista Penale », XLVI, 1920, p. 174. Per la critica della giustizia militare cfr. anche E. FLORIAN, *La giustizia penale dei « pieni poteri »*, in « Rivista di diritto e procedura penale », XIX, 1918, p. 101; V. MANZINI, *La legislazione penale di guerra*, cit., pp. 191 ss.; « Liberalismo » nelle sfere della giustizia bellica, in « Rivista Penale », XLV, 1919, p. 94.

(87) W. LIPPMANN, *L'opinione pubblica* (1922), prefazione di N. Tranfaglia, Roma, Donzelli, 2000.

(88) *Stampa periodica*, in « Rivista Penale », 101, 1924, p. 181.

(89) V. MANZINI, *Prefazione*, in *La legislazione penale di guerra*, cit. *Appendice*, p. VII.

(90) G. GENTILE, *La filosofia della guerra* (1914), in Id., *Guerra e fede* (1919), ora in Id., *Opere complete*, a cura di H. Cavallera, Firenze, Ponte alle Grazie, 1989, vol. XLIII, p. 13; analogamente G. GENTILE, *Natale di vittoria* (1918) e *Dopo la vittoria* (1920), *ivi*, vol. XLVI, p. 40. Sulle rappresentazioni delle « due Italie » in Gentile cfr. P. COSTA, *Civitas*, cit. IV, p. 220.

Al piano antropologico del filosofo idealista Manzini preferiva il piano giuridico, a lui più congeniale, con la critica del parlamentarismo e di un ceto politico che pareva non poter dire più nulla al « popolo italiano ». La « guerra che chiamammo santa » — scriveva il « pontefice del metodo » ⁽⁹¹⁾ — aveva mostrato la distanza tra « il vero eroe, il popolo », ed « un governo che emana da un parlamento eletto coi sistemi giolittiani, con la burocrazia, universalmente riconosciuta come inetta, intrigante, accidiosa, tutt'altro che degni del popolo italiano ».

Per Manzini le istituzioni del vecchio Stato liberale ma anche i « disfattisti da marciapiede e da caffè », i « politici farisaici, l'affarismo, il settarismo, il disordine, la burocrazia, l'intrigo procacciante, l'ingiustizia trionfante » erano i « veri nemici interni » della nuova Italia, in un sinistro precorrimiento di futuro: « sono questi e soltanto questi, i veri nemici interni, che il popolo nostro, dopo l'immane lotta col nemico esterno, deve ora debellare e sterminare per sempre [...] questo esige la mostra diletteissima patria e questo dovrà avvenire per amore o per forza » ⁽⁹²⁾.

3. *Le « due Italie » nel primo dopoguerra.*

Nell'Italia del primo dopoguerra, « ancora in guerra con se stessa » ⁽⁹³⁾, in uno scontro politico interno paragonabile solo al dopo Unità o al periodo tra la Settimana rossa e l'intervento, anche i giuristi, tutt'altro che apolitici e neutrali, offrivano un contributo decisivo nella costruzione di un particolare discorso pubblico: il « socialismo militante » — dall'attività di propaganda e proselitismo all'amministrazione di diversi Comuni — continuava ad esser connotato dallo stigma affibbiato ai socialisti già durante la guerra, il nemico interno « antinazionale » ⁽⁹⁴⁾.

Quel marchio d'infamia — una disumanizzazione che sarebbe

⁽⁹¹⁾ M. SBRICCOLI, *Codificazione civile e penale*, cit., p. 305.

⁽⁹²⁾ V. MANZINI, *Prefazione*, in *La Legislazione penale di guerra*, *Appendice*, cit., p.

VIII.

⁽⁹³⁾ M. ISNENGI, *Apertura*, in *Gli Italiani in guerra*, p. 3.

⁽⁹⁴⁾ L. LUCCHINI, *Il socialismo militante in Italia è un delitto comune*, in « Rivista penale », XLIII, 95, 1922, p. 22.

sfociata nell'epiteto di « barbarie rossa », coniato dal volume presentato dai fascisti in Parlamento nel 1921 ⁽⁹⁵⁾ — pareva giustificato anche per la crescente autorappresentazione del partito socialista, fondata sul mito internazionalista e sovietico. Di contro il richiamo ossessivo di quel che Mussolini stesso avrebbe definito il « mito della Nazione » ⁽⁹⁶⁾ riusciva a ridurre l'utopia di un'internazionale socialista a nemico interno, tradimento, *antinazione*.

Questa grande narrazione storica ed ideologica diveniva alfabeto condiviso nell'opinione pubblica, soprattutto in quegli « anni antiitaliani 1919 e 1920 », che al giurista positivista Zerboglio — ora sedicente « rinnegato secondo la terminologia religiosa e politica », per aver per vent'anni « conosciuto e veduto il partito socialista » — parevano minacciare un « un esperimento bolscevico in Italia » ⁽⁹⁷⁾.

Pur ancorata al paradigma della responsabilità personale nel reato, anche in quello « collettivo », la penalistica guardava a scioperi, interruzioni di pubblici servizi, invasioni di terre, tumulti per il caro vita, assalto ai forni, come ad una indistinta « attività criminale », messa in atto dalle organizzazioni operaie e sindacali. A prescindere da specifici fatti di reato commessi si sollevava il problema della responsabilità penale delle organizzazioni di classe ⁽⁹⁸⁾; Eduardo Massari parlava di « stampa borghese e opinione pubblica » allarmate dai « movimenti collettivi » e dalle « perturbazioni della vita economica impunte » ⁽⁹⁹⁾.

La « evoluzione della criminalità sociale e politica » pareva rendere le norme del codice Zanardelli « abiti che non stanno più al

⁽⁹⁵⁾ Sulle pubblicazioni, ove fascisti e socialisti si accusavano a vicenda di aver dato vita alla guerra civile che sconvolgeva il paese cfr. G. ALBANESE, *Agli esordi della nuova storia*, cit., p. 701.

⁽⁹⁶⁾ Sul celebre Discorso di Napoli cfr. M. ISNENGI, *Italianissimo ed antiitaliano*, cit., pp. 232, 237.

⁽⁹⁷⁾ A. ZERBOGLIO, *Il fascismo. Dati, impressioni, appunti*, in R. MONDOLFO, *Per la comprensione storica del fascismo. Introduzione alla raccolta il fascismo e i partiti politici*, Bologna, Cappelli, 1922, p. 44.

⁽⁹⁸⁾ A. DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in « Rivista Penale », XLVI, 91, 1920, p. 201. Su De Marsico, anche per indicazioni, cfr. ora M. PIFFERI, *Difendere i confini*, cit., p. 794.

⁽⁹⁹⁾ E. MASSARI, *Politica e diritto penale*, in « Dizionario Penale », VIII, 1921, pp. 143, 162.

ragazzo che cresce » (100); le violenze delle guardie rosse durante l'occupazione delle fabbriche nel Settembre 1920 erano rappresentate da Pareto come minacciosi episodi del « contrasto tra il potere che tramonta e quello che sorge » (101).

Criticando Nitti, che si vantava di assicurare l'« ordine », la rivista fondata da Lombroso parlava di « bolscevichismo nostrano » (102); di « bolscevismo amnistiaioolo » scriveva Gennaro Escobedo, direttore di *Giustizia Penale* (103), per stigmatizzare il frequente ricorso all'amnistia per reati determinati da cause o da fini politici e sociali (104).

Nonostante un intervento del guardasigilli Luigi Fera, la « guerra » non sembrava dover far sorgere un imprecisato « nuovo diritto », ispirato alle ragioni « dei partiti che rappresentano le masse dei lavoratori », con la « democrazia » garante « del moto progressivo delle classi » (105). Le allusioni del governo ad un « diritto nuovo » per gestire il conflitto apparivano incomprensibili alla cultura del metodo tecnico-giuridico, che rappresentava la realtà di due Italie divise: una « metà dei cittadini disposti a diventare fascisti militanti per opporsi con forza ai tentativi di sopraffazione dell'altra metà composta di sovversivi e demagoghi di alto rango » (106).

Nel momento in cui il movimento fascista scatenava nel paese un clima di intimidazioni e violenze, con la formazione di corpi armati, il discorso giuridico su « socialisti e fascisti nel diritto

(100) G. ESCOBEDO, *Quale reato commetta il macchinista, il quale si rifiuti di far partire il treno se prima non discendano i carabinieri che viaggiano per motivi di servizio*, in « *Giustizia Penale* », VIII, 1922, col. 786,

(101) V. PARETO, *Appendice*, (1921), in *La trasformazione della democrazia*, a cura di M. Missiroli, Bologna, Cappelli, 1966, p. 140.

(102) *Documenti criminologici. Bolscevichismo nostrano*, in « *Archivio di antropologia criminale, psichiatria, medicina legale e scienze affini* », X, 1919, p. 250.

(103) G. ESCOBEDO, *Bolscevismo amnistiaioolo*, in « *Giustizia Penale* », VI, 1920, p. 661; analogamente *Ancora e sempre amnistie*, in « *Rivista Penale* », XLVII, 94, 1921, p. 488.

(104) Cfr. R.D. 23 Ottobre 1921, n. 1419 in *Amnistie, condoni e indulti. Raccolta cronologica completa dalla proclamazione del Regno d'Italia*, Santa Maria C. V., tip. Progresso, p. 59.

(105) Il testo del comizio elettorale di Fera in *La guerra e il nuovo diritto*, in « *Rivista Penale* », XLVII, 93, 1921, p. 484.

(106) G. ARRIVABENE, *Il diritto nuovo*, in « *Dizionario Penale* », VIII, 1921, p. 4.

penale » verteva ancora una volta sul « delitto politico », nel confronto tra l'eredità liberale e garantista, che appariva ormai in crisi, e la previsione di un « delitto politico-sociale », cui il Progetto positivista di codice penale, pubblicato nel 1921 da Enrico Ferri, concedeva un sia pure ambiguo *favor rei*.

Per conferire alla « sentenza del giudice forza morale e consenso della pubblica opinione » Ferri considerava ancora i « moventi altruistici anche se aberranti od utopistici » delle violenze politiche; d'altro canto ammetteva che certi « delinquenti, che si facevano scudo della politica », sembravano dare « prova di più raffinata e pericolosa malvagità » ⁽¹⁰⁷⁾.

Nel drammatico conflitto assumeva rilievo decisivo la rappresentazione del profilo soggettivo delle guardie rosse e degli squadristi contro il « nemico interno » ⁽¹⁰⁸⁾; i giuristi, che si interrogavano sui moventi degli attori dei conflitti armati, anticipavano la logica del decreto di amnistia del dicembre 1922, che avrebbe limitato il beneficio ai soli delitti commessi per un « fine nazionale ». La ricerca del carattere distintivo tra delitto politico e delitto comune, col suo corredo di *favor rei* per il primo, era infatti così risolta: il « movimento socialista bolscevico, partito nemico dello Stato », riceveva lo stigma di delitto comune, cui rispondeva la « violenza fascista », connotata dal « movente politico del ristabilimento dell'ordine » ⁽¹⁰⁹⁾.

Dal canto suo Lucchini, che pure non condivideva l'approccio soggettivistico alla definizione delle violenze politiche, si impegnava nella difesa della legalità, che però appariva messa in crisi solo dalla « azione socialista », da colpire con gli articoli 247, 248, 252 del codice Zanardelli, pena il prossimo avvento di uno « Stato socialista,

⁽¹⁰⁷⁾ E. FERRI, *Relazione sul progetto preliminare di codice penale italiano*, in « Scuola positiva », n.s. I, 1921, pp. 5-28. A proposito del Progetto positivista Sbriccoli ha scritto che « viste come articoli di codice le proposizioni scientifiche che nei libri si leggono con relativa tranquillità, finiscono per dare un'impressione tutt'affatto differente »; M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 228.

⁽¹⁰⁸⁾ Anche per indicazioni cfr. E. FRANCESCANGELI, « *Arditi non gendarmi!* », in *Gli italiani in guerra*, cit., IV, I, pp. 87-93; M. FINCARDI, *Contro il « nemico interno »: la gioventù squadrista*, ivi, pp. 94-101.

⁽¹⁰⁹⁾ G. MARASCO, *Socialisti e fascisti nel diritto penale*, in « Rivista Penale », XLVII, 93, 1921, p. 278.

anche senza esser bolscevico ». Più di tutti il direttore della *Rivista penale* scriveva pagine accese contro il « bolscevismo di piazza e di governo », tollerante del « sovversivismo ». Nel momento in cui una drammatica crisi della legalità pareva mettere a rischio la « compagine nazionale », fino alla « esautorazione dello Stato giuridico », Lucchini riconsiderava le pur nobili ragioni del garantismo di Carrara, che ora apparivano « ingenua, nel menare al bolscevismo »; il senatore concludeva che se il legislatore voleva ancora « privilegiare il delitto politico nei rapporti penali e penitenziari », doveva considerare « delitto comune » la politica socialista, tesa a « garantire l'egemonia delle masse proletarie » (110).

Nell'orizzonte comune a tanta « opinione pubblica », che identificava lo « Stato » con l'« ordine pubblico antisocialista » ed il fascismo con una « operazione di polizia e difesa della nazione » » (111), anche il liberale Lucchini avrebbe condiviso la « illusione dei moltissimi » sulla « costituzionalizzazione del fascismo » (112), scrivendo, all'indomani della marcia su Roma, che il ministero Mussolini aveva risposto alla « sanguinosa guerra civile », che si trascinava da un biennio, « non con la rivoluzione o quasi rivoluzione con l'illegalità ma con la Restaurazione nazionale e autorità dello Stato » (113). Così come Ferri avrebbe dato vita al gruppo parlamentare dei « socialisti nazionali », in fiduciosa attesa

(110) Tra i ripetuti interventi di Lucchini cfr. *Cronaca. Politica... criminale*, ivi, XLVI, 92, 1920, p. 544; *Cronaca. Esautorazione completa dello Stato*, ivi, p. 287; *Pacificazione degli animi e astuzie di governo*, ivi, XLVII, 93, 1921, 93, p. 389; *Carattere di certi delitti politici*, ivi, XLVII, 94, 1921, p. 484; *Bolscevismo di piazza e di governo*, ivi, p. 288; L. LUCCHINI, *Il socialismo militante*, cit. p. 22; L. LUCCHINI, *Delitti politici e delitti comuni*, ivi, p. 197.

(111) A. LABRIOLA, *Le due politiche. Fascismo e riformismo*, Napoli, Morano, 1924, p. 173. Come è noto il liberale Luigi Albertini, direttore del Corriere della Sera, alla fine del 1920 scriveva di fascismo come « grande partito nazionale », che aveva voluto « il sacrificio della guerra per il bene d'Italia », cfr. A. VENTRONE, *Il nemico interno*, cit., p. 116. Di recente sugli anni tra la fine della grande guerra e l'avvento del fascismo anche per indicazioni cfr. *I due bienni rossi. 19-20 e 68-69. Studi e interpretazioni a confronto. Atti del Convegno nazionale (Firenze, 20-22 Settembre 2004)*, a cura di L. Falossi e F. Loreto, Roma, Ediesse, 2007.

(112) Sul punto cfr. ancora R. DE FELICE, *Interpretazioni del fascismo*, Roma-Bari, Laterza, 1974, p. 190.

(113) *Restaurazione nazionale e autorità dello Stato*, in « Rivista Penale », XII, 97, 1923, p. 493.

del « governo Mussolini », comprensibile reazione agli « eccessi del dopoguerra » (114).

Nel clima di violenze che segnava il 1922 anche *La Scuola positiva* ospitava un saggio teso a dimostrare che la costituzione dell'organizzazione comunista « Arditi del popolo », per lo scopo prefissosi, integrava gli estremi del reato di cui all'art. 131 del codice, relativo alla formazione di bande armate, delitto comune; le « milizie fasciste », che si ritenevano « tacitamente autorizzate dal governo », incorrevano nella previsione dell'art. 244, appartenenza a corpi armati non aventi scopi delittuosi, reato politico, cui applicare i benefici della clemenza penale (115).

Nel volume curato da Mondolfo per la « comprensione storica del fascismo », l'avvocato Dino Grandi ne tematizzava la « missione » nella lotta ai « partiti antinazionali » (116); nello stesso senso Zerboglio offriva la sua significativa ricostruzione del diritto penale politico di quegli anni. Pur nella sottolineatura del fatto che « socialisti » e « nazionali » offrivano interpretazioni di « carattere soggettivo delle loro violenze », il giurista attribuiva ai fascisti il merito di opporsi alla « svalutazione della guerra e della vittoria », perseguita dai « rossi », e di aver « restaurato l'idea di Stato » meglio di « tutti i professori di diritto costituzionale »; socialismo e comunismo erano rappresentati all'origine di « omicidi individuali, vili imboscate e stragi » (117).

In modo esemplare la seconda edizione del *Trattato* di Vincenzo Manzini nel 1921 raccoglieva questo ideario, largamente comune ai giuristi, ed anticipava le scelte del codice Rocco in tema di « associazioni sovversive ». Il criterio distintivo delle « lotte tra anarchici e comunisti da una parte e fascisti dall'altra » risiedeva nel rappresentare i « sovversivi, anarchici, socialisti, etc. » come « individui senza moralità e senza freni », estranei alla « compagine nazionale [che] farneticando la rivoluzione e abbandonandosi a delitti di ogni

(114) E. FERRI, *I socialisti nazionali e il governo fascista. Programma del Partito*, Roma, Sper, 1923.

(115) P. GIUDICI, *Squadre di azione fasciste e Arditi del Popolo*, in « *La Scuola Positiva* », n.s., II, 1922, p. 118.

(116) D. GRANDI, *Le origini e la missione del fascismo*, in R. MONDOLFO, *Per la comprensione storica*, cit., p. 61.

(117) A. ZERBOGLIO, *Il fascismo*, cit., p. 44.

specie, spesso con ferocia incredibilmente vile e malvagia, determinarono l'attività dei cosiddetti fascisti, la quale, provvida dapprima, eccedette poi con spedizioni punitive ».

Le pagine del Manzini sui « sovversivi, anarchici, socialisti, etc. [...] fuori della compagine nazionale [che] che agivano indisturbati regime quasi anarchico per inettitudine dei governi » ⁽¹¹⁸⁾, erano in sintonia con quel che da tempo andava ripetendo il nazionalista Rocco sull'« azione socialista » come « principio di disgregazione » nella storia della vecchia Italia « demoliberale », fallita perché inerte davanti ai « sovversivi », « nemici della Nazione » ⁽¹¹⁹⁾.

Nel suo primo discorso alla Camera Rocco opponeva a Giolitti l'impraticabilità della politica del « collaborazionismo socialista », argomentando che la scelta di « far entrare le masse popolari nella vita nazionale » era stata coronata dal successo quando l'Italia aveva avuto di fronte « forze », come quelle di Garibaldi e di altri « movimenti extralegali » del Risorgimento, « pur avversari della monarchia, ma soprattutto nazionali ». Nel giugno 1921 quell'operazione appariva « inammissibile », davanti ad un « partito socialista che non è un partito nazionale », ma « anarchia, disgregazione dello Stato, disorganizzazione di tutti i servizi pubblici, difesa privata sostituita alla giustizia di Stato per mezzo dei tribunali rossi, delle taglie, dei boicottaggi, con la vita e gli averi dei cittadini alla mercé dei capilega » ⁽¹²⁰⁾.

Anche il richiamo di Nitti e Giolitti alla legalità appariva privo di senso; per Pietro Marsich, penalista e avvocato difensore dei fascisti, quei « rappresentanti di una casta politica moribonda » poco potevano, dal momento che la « vera difesa dello Stato è fuori

⁽¹¹⁸⁾ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Utet, 1921, V, p. 672. D'altro canto il *Trattato* non poteva evitare di sottolineare che le associazioni sovversive dovevano essere incriminate ai sensi degli articoli 247 e seguenti del codice Zanardelli, solo se gli appartenenti si fossero resi responsabili di « atti diretti a commettere delitti », *ivi*, pp. 652-653, 665.

⁽¹¹⁹⁾ A. ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati* (1920), in A. ROCCO, *Scritti e discorsi politici*, Milano, Giuffrè, 1938, I, pp. 632, 665. Sulla militanza radicale e poi nazionalista contro il socialismo disgregante si sofferma S. BATTENTE, *Alfredo Rocco*, cit., p. 283.

⁽¹²⁰⁾ A. ROCCO, *Sull'indirizzo di risposta al discorso della Corona*, in *Discorsi parlamentari*, cit., p. 77.

dalla legge, una volta che la legge è cosa vana » (121). Nell'agosto del 1922 Rocco guardava alle violenze fasciste come ad una episodica « uscita dalla legalità »; il tentativo di ristabilire l'« ordine giuridico » appariva impraticabile davanti ai nemici del fascismo, sovversivi e vecchia Italia, come una impossibile « transazione tra il bene e il male, la verità e l'errore, la Nazione e l'antinazione » (122).

4. *L'amnistia del « fine nazionale ».*

Il decreto 22 dicembre 1922 — che all'art. 1 amnistiava tutti i reati « commessi in occasione o per causa di movimenti politici o determinati da movente politico, quando il fatto fosse stato commesso per un fine nazionale immediato o mediato » — diceva molto sui tratti *nuovi* del ministero Mussolini, che pure si voleva più restauratore che rivoluzionario, col « ricondurre la nazione ad un assetto stabile e sicuro [...] con una risurrezione giuridica » (123).

L'ampia Relazione del « moderato » guardasigilli Aldo Oviglio (124) definiva dunque le « violenze » occorse nei « recenti avvenimenti politici [...] solo in apparenza ostili, in sostanza coincidenti con quello dello Stato », perché nobilitate da « fine nazionale ». Con la « formula fine nazionale » il legislatore scriveva di intendere « quella con cui, nelle discussioni parlamentari, si suole distinguere l'azione dei partiti nazionali da quelli opposti ». Oviglio non nominava il fascismo; argomentava che « in date contingenze eccezionali nuove correnti si affacciano alla vita politica, indotte o costrette all'uso della violenza per affermarsi nel quadro dei partiti politici e imprimere il proprio impulso alla vita dello Stato ».

(121) P. MARSICH, *La posizione teorica e pratica del Fascismo di fronte allo Stato* (1921), riproposta da E. DE FELICE, *Autobiografia del fascismo. Antologia di testi fascisti (1919-1945)*, Torino, Einaudi, 2004, p. 38. Sul penalista cfr. ora G. ALBANESE, *Pietro Marsich*, Cierre, Sommacampagna, 2003.

(122) A. ROCCO, *Sulle comunicazioni del governo*, in *Discorsi parlamentari*, cit., p. 109.

(123) *Amnistie*, cit., p. 537.

(124) Oviglio si sarebbe dimesso dopo il discorso di Mussolini del 3 gennaio 1925, e di lì a poco sarebbe stato espulso dal partito per l'opposizione alla dispensa dei magistrati incompatibili col governo; cfr. A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 11, 50, 73.

Per la Relazione «le finalità avute di mira dall'individuo» dovevano essere valutate «in rapporto al presente ordinamento politico sociale»; pertanto erano «affatto escluse» dalla clemenza «l'azione sovvertitrice delle istituzioni vigenti e quella rivolta a tradurre nella realtà principi e teorie contrarie alla attuale concezione statale». In contraddizione con il principio di irretroattività della legge penale, la clemenza veniva estesa anche a chi avesse riportato condanne in tempi precedenti il decreto, purché i reati fossero stati determinati dal fine nazionale ⁽¹²⁵⁾.

La Scuola positiva ricorreva alle predicazioni di Sergio Panunzio sulla «violenza che si fa diritto» per giustificare la rinuncia alla pena per le violenze ispirate dalle finalità dell'«attuale ordinamento politico sociale», che avevano «realizzato il bene della nazione» ⁽¹²⁶⁾; questo, anche per Marsich, l'oggetto giuridico della clemenza ⁽¹²⁷⁾. Anche Ferri apprezzava quel decreto, per vedervi riconosciuti i dettami del suo metodo criminologico; il fine del delinquente non entrava nella legislazione in modo accessorio ma determinante per la classificazione delle condotte delittuose ⁽¹²⁸⁾.

L'inedita violazione del principio di uguaglianza e riduzione del penale a strumento di lotta contro il nemico politico erano denunciate con forza dal solo Giacomo Matteotti, che coglieva nell'amnistia la legittimazione della violenza come idea e prassi congeniale al regime, che iniziava a costruirsi: «per la prima volta nella concessione del beneficio al delitto commesso si ebbero cittadini amnistiati

⁽¹²⁵⁾ *Amnistie*, cit., p. 537.

⁽¹²⁶⁾ A. SANTORO, *Il delitto politico nella recente amnistia*, in «La Scuola Positiva», n.s., III, 1923, p. 190. Sulla violenza politica cifra del «progetto penale che il regime metabolizzerà, per restituirlo in forme ideologiche e in realizzazione legislative ispirate ad un disegno non privo di coerenza», cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 198. Sulla amnistia del 1922, non marginale momento nella costruzione del regime, cfr. G. NEPPI MODONA-M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia, Annali*, 12, *La criminalità*, cit., p. 759.

⁽¹²⁷⁾ P. MARSICH, *L'obiettività giuridica dell'amnistia*, in «La Scuola Positiva», n.s. III, 1923, I, p. 362.

⁽¹²⁸⁾ Avrebbe ricordato il suo giudizio favorevole sull'amnistia dell'ottobre 1922 E. FERRI, *Principii di diritto criminale: delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al codice penale vigenti, progetto 1921, progetto 1927*, Torino, Utet, 1928, p. 324.

del tutto (i fascisti) e cittadini cui non si concesse alcun beneficio, oppure solo il beneficio di un anno (i non fascisti) » (129).

Pur senza ripensare la scelta della coincidenza del fine nazionale con la legalità, nel gennaio 1923 Oviglio cercava di limitare gli aspetti discriminatori del decreto dell'anno precedente, invitando la magistratura ad una più generale clemenza per tutti i condannati per delitti politici, « quando se ne fosse affievolita la memoria ». La raggiunta « saldezza dello Stato e resurrezione politica » ispiravano il r.d. 31.10.1923, che concedeva amnistia per i reati comunque determinati da movente politico (130).

Il decreto del fine nazionale restava peraltro operativo e consentiva alla magistratura una inedita politicizzazione della giustizia: Silvio Longhi — alto magistrato in Cassazione, penalista ritratto in camicia nera — avviava questa operazione, col dichiarare degni del beneficio anche i reati comuni — violenze, devastazioni di Case del popolo, di sedi di partiti, di Camere del lavoro, lesioni ed omicidi — commessi dai fascisti in nome del « supremo fine della difesa nazionale ».

Si consolidava così una giurisprudenza che distingueva « le due violenze politiche »: « l'odio degli operai contro coloro che erano ritenuti i rappresentanti e difensori della classe borghese, i fascisti » — non amnistiato — e il reato « ispirato dal fine di far trionfare le liste dell'ordine, invece di quella del partito socialista », amnistiato; il « delitto di sciopero nei pubblici servizi » — non amnistiato — e quelli commessi « per far trionfare idee utili al risanamento politico della nazione », « per far rispettare le leggi », « per ristabilire l'ordine », amnistiati.

Per la magistratura ogni violenza fascista contro i nemici della nazione era stata e sarebbe stata legittima se tesa a « difendere le istituzioni contro un partito antinazionale e contrastare l'azione dei partiti sovversivi » (131). Nel 1927 « il nobile fine che ispirò l'illega-

(129) G. MATTEOTTI, *Un anno di dominazione fascista*, in « Critica sociale », XXXIV, 1924, p. 5 Una recente opportuna considerazione del Matteotti giurista nell'*Introduzione* di Stefano Caretti e nella *Presentazione* di Giuliano Vassalli, in G. MATTEOTTI, *Scritti giuridici*, a cura di Stefano Caretti, Pisa, Nistri-Lischi, 2003, I, pp. 7-21, 23-32.

(130) *Amnistie*, cit., p. 70.

(131) Le sentenze della magistratura di merito e di Cassazione in « La Giustizia

lismo fascista » consentiva l'omissione nel certificato penale del Casellario delle condanne per reati commessi per un fine nazionale; Silvio Trentin avrebbe denunciato la generale sanatoria come un inedito « privilegio legale » ⁽¹³²⁾.

5. « *Dividere i buoni dai cattivi italiani* »: la legge sui fuorusciti.

« L'antifascismo, che altro non era che la vecchia Italia e antiItalia, fu fulminato nella parola del Duce del 3 gennaio ». Per il nazionalista Maurizio Maraviglia era questo l'inizio della « grandiosa opera di costruzione legislativa fascista », che vedeva nelle leggi contro gli « elementi antinazionali » il « colpo finale all'antico regime » ⁽¹³³⁾.

Si aprivano in questo clima i lavori preparatori del codice penale, con una significativa « traccia » di Mussolini per zittire le « notizie false e tendenziose », sparse in Italia e all'estero dai nemici politici di quel che già si raccontava come « regime ». Più che misure efficaci solo « nei periodi eccezionali », come nel passato, si evocava il « rigore della legge comune » ⁽¹³⁴⁾; per Rocco l'« opinione pubblica internazionale » imponeva una legge di difesa contro l'« opera nefasta dei pessimi italiani a danno del loro paese, vero e proprio tradimento » ⁽¹³⁵⁾.

In attesa del codice, « misure contro i fuorusciti » erano dunque annunciate nel disegno di legge « modificazioni e aggiunte » alla legge 13 giugno 1912 n. 555, che aveva disposto la perdita della cittadinanza per rinuncia del cittadino che avesse preso servizio

Penale », n.s., XI, 1923, coll. 433, 482, 486, 544, 663, ivi, XIII, 1927, col. 636; cfr. anche « Dizionario Penale », XI, 1924, p. 195

⁽¹³²⁾ La Relazione al Re e il r.d. 27 ottobre 1927 ivi, col. 125. Sul provvedimento, « privilegio legale » per i fascisti e « persecuzione legale » per gli antifascisti cfr. S. TRENTIN, *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, ora in Id., *Opere*, a cura di A. Pizzorusso, Venezia, Marsilio, 1983, p. 289. Sul giurista liberale anche per indicazioni cfr. ora F. CORTESE, *Libertà individuale e organizzazione pubblica in Silvio Trentin*, Milano, Angeli, 2008.

⁽¹³³⁾ MARAVIGLIA, *Le leggi fasciste*, in « La Palestra del diritto », 1 gennaio 1926. Su Maraviglia cfr. P. COSTA, *Civitas*, cit., IV, p. 220.

⁽¹³⁴⁾ *La traccia al governo per le riforme della pubblica sicurezza e dei codici. Movimentata seduta alla Camera*, in « Corriere della Sera », 23 maggio 1925; *Previsioni e discussioni sulla ripresa parlamentare*, ivi, 3 novembre 1925.

⁽¹³⁵⁾ *Relazione ministeriale*, cit., p. 48.

presso uno Stato estero o stabilito lì la sua residenza. In realtà le norme del 1912 — come affermato a suo tempo dal proponente Scialoja — erano intese a « mettere in opera un sistema che non potesse generare apolidi », senza violare il principio dell'uguaglianza giuridica degli Italiani privati della cittadinanza ⁽¹³⁶⁾. L'articolo unico del nuovo disegno di legge colpiva invece il cittadino « che commette all'estero un fatto, da cui possa derivare turbamento per l'ordine pubblico nel Regno o danno agli interessi italiani o diminuzione del buon nome o del prestigio dell'Italia, anche se il fatto non costituisca reato ».

Si prevedeva che la perdita della cittadinanza fosse pronunciata con decreto reale, su proposta del ministro dell'interno, di concerto col ministro degli esteri, sentita una Commissione composta da un consigliere di Stato, presidente, il direttore generale di pubblica sicurezza, un direttore generale del Ministero degli esteri, nominato dal ministro, due magistrati d'appello nominati dal ministro della giustizia. In non meglio precisati « casi più gravi » alla perdita della cittadinanza poteva essere aggiunta la confisca dei beni ⁽¹³⁷⁾.

La Commissione esaminatrice del disegno di legge alla Camera sottolineava la « importanza e urgenza » di provvedimenti « che il paese da lungo tempo reclamava » contro i « cosiddetti fuorusciti »; rispetto al testo presentato in Parlamento quello della Commissione prevedeva il sequestro dei beni a tempo alternativo alla confisca.

La Relazione spendeva parecchie parole sulla necessità di « difendere la Nazione », col « dividere i buoni dai cattivi italiani », « degeneri e tristi », accusati di voler « preporre all'interesse della patria quello della propria parte politica », dediti a « bassa diffamazione antiitaliana », sia che vivessero all'estero, che vi si recassero « a tenere conferenze, mascherando talvolta, perfino sotto la specie della scienza, il loro bieco livore di parte ». La « lotta astiosa e per nulla disinteressata dei cosiddetti fuorusciti » era stigmatizzata come un « vero tradimento », cui rispondeva la « legge di difesa della Na-

⁽¹³⁶⁾ La legge 13 Giugno 1912 n. 555 in *Lex. Raccolta cronologica della legislazione italiana*, Torino, Utet, 1912, p. 404. Sulla legge del 1912 S. TRENTIN, *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, cit., p. 289.

⁽¹³⁷⁾ Atti Parlamentari, *Camera dei Deputati*, Legislatura XXVII, Sessione 1924-25, Documenti, n. 623, p. 2.

zione », « monito ai degeneri e a chi con loro credesse di riportare l'Italia in stato di avvilito ed abietta soggezione » (138).

Il dibattito alla Camera era animato, nel mettere in scena l'ultimo atto dell'Italia liberale, della sua classe politica — a principi da Giolitti, presente in aula — e dei suoi intellettuali, Gaetano Salvemini, ripetutamente evocato, e Gioacchino Volpe. Nella lunga e confusa transizione ideologica dall'età liberale al regime fascista, Mussolini aveva ripetutamente approvato gli interventi di Salvemini; così come l'intellettuale antigiolittiano di Molfetta all'inizio del 1918 aveva scritto di apprezzare il « socialista rivoluzionario » (139).

Nel 1926 il « professore » era invece additato alla Camera e al Senato come capofila dei « pessimi italiani »; tra gli insulti dei fascisti rivolti contro Salvemini — « è un rinnegato », « non facciamogli troppa réclame » — Volpe riteneva « doveroso » contrastare il collega, « all'estero non sconosciuto », con la « voce di persona che vive la vita nelle Università italiane [...] a dire in Parlamento che non è vero quello che è affermato nella lettera del professor Salvemini. Nelle Università italiane è ancora oggi lecito di professare liberamente qualsiasi disciplina [...] anche la storia ».

Volpe tematizzava però un pesante « limite » alla libertà di insegnamento, pietra angolare, almeno sul piano simbolico, della tradizione accademica italiana (140): « esiste un limite che divide la politica, in quanto storia, dalla politica in quanto polemica, dalla politica avvelenata, dallo spirito fazioso. Questo limite il professor Salvemini non l'ha sentito ». Volpe lanciava poi un sinistro monito ad altri « maestri », invitati a « sentire entro la loro coscienza quel limite, per esigenza immanente dello Stato e della vita civile, quanto per il rispetto dovuto agli alunni e alla scuola, alla scienza e alla stessa politica » (141).

(138) Ivi, pp. 3-4.

(139) M. FRANZINELLI, *Introduzione*, in G. SALVEMINI, *Dai ricordi di un fuoruscito*, cit., p. 7.

(140) Da ultimo sul tema anche per indicazioni D. QUAGLIONI, *Università e « spirito pubblico »*. *La questione universitaria tra passato e presente*, in *Tra diritto e storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e Sassari*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, II, p. 647.

(141) Atti Parlamentari, *Camera dei Deputati*, Legislatura XXVII, I Sessione, 1924-25, *Discussioni*, pp. 4693-4694.

Soprattutto i già nazionalisti dipingevano i tratti antropologici dei nemici politici, « pochi miserabili politicanti all'estero », « ricchi » del soldo dello « straniero », eredi di chi, già durante la guerra, aveva tradito la nazione con la propaganda antinazionale. Ricordavano allarmati i « facinorosi che a New York manifestano per la libertà contro il fascismo, e quindi contro l'Italia » e si segnalavano nell'elogio delle misure contro chi, « largo di mezzi », ordiva « spedizioni contro la nazione ». La perdita della cittadinanza, il sequestro e la confisca dei beni non apparivano « pene eccessive », ma il « primo anello della legislazione dell'Impero italiano » (142).

Qualcuno irrideva al « paragone d'Egitto » tra gli « esuli del patrio Risorgimento [...] italiani che cospiravano contro lo straniero per fare la patria e questi di oggi che cospirano contro la Patria d'accordo con lo straniero »; qualcuno dichiarava di preferire « fuorusciti all'assalto delle camicie nere » ai vili, sicuri all'estero nel libro paga dello straniero, « 200 dollari per l'oratore »; qualcuno distingueva tra il « proletario che sottoscrive il prestito garibaldino credendo di servire un ideale e il capolega che il prestito spende nei tabarins di Parigi », auspicando « indulgenza grande per i gregari, severità inesorabile verso i capi » (143).

La denuncia del carattere illiberale del disegno di legge, che avrebbe colpito i « proletari, socialisti e comunisti », costretti dalle violenze fasciste a lasciare l'Italia fin dal 1922, veniva dal comunista Borin, che i fascisti invitavano a gran voce ad andare in Russia (144). Dal canto suo il liberale Soleri affermava di non poter « accettare » un provvedimento privo di diritto di difesa e di appello, che con la confisca colpiva « innocenti », e che, soprattutto, comminava « sanzioni penali per fatti non costituenti reato ». Il voto contrario era motivato in nome delle « tradizioni giuridiche italiane »; « perciò » — interrompeva Starace — « vi siete lasciati strappare il potere ».

D'altro canto Soleri guardava ad una Italia « comune », una « famiglia », che doveva essere « solidale » davanti agli « estranei »;

(142) Ivi, p. 4690.

(143) Ivi, pp. 4682-4684. Sui garibaldini per la libertà tra i fuorusciti cfr. E. CECCHINATO, *Padri e figli. Genealogia in camicia rossa fra fascismo ed internazionalismo*, in *Gli Italiani in guerra*, cit., p. 716.

(144) Atti Parlamentari, *Camera dei Deputati*, Legislatura XXVII, 1 Sessione, 1924-25, *Discussioni*, p. 4689.

prendeva pertanto le distanze dagli antifascisti all'estero, nella convinzione che « in ogni cittadino » « lo spirito di parte » non dovesse prevalere sul « sentimento di patria ». Rivolto a Mussolini Soleri si definiva « ministeriale all'estero »; un fascista gli gridava « ti daremo la tessera » (145).

L'intervento di Rocco da un lato cercava una improbabile continuità con l'articolo 8 della legge del 1912; dall'altro indicava un fondamento di legittimazione del disegno di legge nella « rinnovata campagna degli Italiani rinnegati », nemici non del solo « Governo ma dell'Italia », « fenomeno non nuovo » in una nazione dalla « debole struttura politica e nazionale ». Il guardasigilli negava il « carattere antiproletario » del disegno di legge, teso ad infliggere una « pena in via amministrativa per reprimere la disobbedienza del cittadino italiano all'estero », nello stigma per i « pessimi italiani cittadini nemici del proprio paese ». L'esser « fuori della compagine della nazione » giustificava la perdita della cittadinanza, la confisca o il sequestro dei beni, fatte salve le posizioni dei « congiunti incolpevoli del cattivo cittadino », che, *ipso iure*, perdeva anche « titoli, assegni, dignità »

Sul piano giuridico Rocco proponeva che alle parole « da cui possa derivare turbamento » fosse sostituita la dizione « diretti a turbare », nella consapevole rimozione del principio di legalità, dal momento che, in via amministrativa e senza le garanzie della procedura, si dovevano colpire « anche gli atti preparatori » di ciò che poteva turbare o danneggiare l'Italia; il guardasigilli sottolineava un passaggio che percepiva cruciale, « anche se il fatto non costituisce reato » (146).

La Relazione dell'Ufficio centrale del Senato era più controllata nella rappresentazione di chi « all'estero, pur non incorrendo nelle larghe maglie del codice penale, svolge opera contro i più alti interessi della patria ». Coglieva inoltre la novità dirompente del disegno di legge approvato dalla Camera, ricordando che la legge del 1912 privava della cittadinanza il cittadino che credeva « conforme ai propri interessi rinunziarvi »; mentre i nuovi provvedimenti non

(145) Ivi, p. 4695.

(146) Ivi, p. 4692.

riguardavano il caso di un « cittadino che voleva spezzare i rapporti con lo Stato, ma dello Stato stesso che li dichiara infranti ».

La Relazione riconosceva poi che si colpiva « il cittadino, anche contro ogni sua manifestazione di contraria volontà », con un « provvedimento di carattere essenzialmente punitivo »; ma non sapeva avanzare altro che richiami alla « equità » come correttivo del « rigore », auspicando non una « persecuzione » ma una « necessaria difesa ». Il relatore De Vito concludeva con un argomento esemplare del tentativo del Senato di limitare la portata della legge, di cui si coglieva il carattere penale: « per lo stesso buon nome dell'Italia è da augurare che in sì dolorosa materia non si formi giurisprudenza e le nuove disposizioni, più che a punire, servano di monito ai pochi sconsigliati o degenerati, per rinnovarne la coscienza e purificarla con sincero ritorno al sentimento di italianità » ⁽¹⁴⁷⁾.

Al Senato qualche voce si levava per chiedere al governo una legge « non di parte », ma degna di « veri italiani »; si coglieva che la perdita della cittadinanza, il sequestro e la confisca dei beni erano misure di carattere penale inflitte senza le garanzie statutarie e si chiedeva un diritto di difesa per l'incolpato davanti alla Commissione. La « cautela » non si voleva ispirata dalle ragioni del garantismo ma da quelle dell'utile, dal momento che « gli esuli » sarebbero stati considerati « perseguitati »; la richiesta di « moderazione » non voleva apparire come una « debolezza demoliberale » ma come « arte antica e perenne di Governo ».

Di fronte al Senato, che più della Camera poteva esprimere dissenso sulla legge, Rocco evocava l'argomento di Soleri, per il quale « quando si varca la frontiera non si appartiene più a un partito ma all'Italia », nella narrazione di una patria questa volta comune a tutti i cittadini, « qualunque sia l'ideale politico ». Dichiarava dunque di presentare una legge non « di persecuzione di parte » ma di « difesa nazionale ».

A giustificazione dell'assenza della difesa tecnica il guardasigilli ribadiva a più riprese che la perdita della cittadinanza non era una « pena », ed alludeva alla possibilità di prevedere una previa diffida.

⁽¹⁴⁷⁾ Atti Parlamentari, *Senato del Regno*, Legislatura XXVII, I Sessione 1925-1925, Documenti, n. 312 A, p. 3.

Dichiarava solennemente che « il governo » sarebbe stato « cauto nell'applicazione delle sanzioni », di indole amministrativa e non penale, da cui sarebbero stati esclusi i membri di Camera e Senato. Tra gli applausi dei senatori, il guardasigilli accoglieva suggerimenti meno vessatori per i familiari dei fuorusciti: rispetto al testo varato dalla Camera, la perdita della cittadinanza non influiva sullo stato del coniuge e dei figli; la previsione di un sequestro, pur temporaneo, non escludeva comunque la confisca.

Il guardasigilli ripeteva che la perdita della cittadinanza avrebbe avuto « rarissimi casi di applicazione », e dichiarava che la misura, già al solo annuncio, aveva sortito l'effetto di « monito ai cattivi italiani ». Insisteva però nel delegittimare come voce di « ex cittadini » quella di chi all'estero « andava dicendo che l'Italia doveva esser punita per essere diventata fascista ». L'unica concessione ai rilievi del Senato risiedeva nella ambigua previsione del riacquisto della cittadinanza nel « caso che cittadini, privati per la loro indegna condotta, dimostrassero col loro pentimento di tenere in seguito una condotta da buon italiano ».

Quella « legge di difesa nazionale » doveva insomma avere un « valore soprattutto morale [...] distinguendo i buoni, che sono l'immensa maggioranza, dai pochi cattivi, la legge ha anche un chiaro significato di omaggio agli italiani che all'estero onorano, col loro lavoro, la patria ». Rocco concludeva l'applaudito intervento con parole di riconoscenza per gli « emigranti laboriosi », che, a suo dire, erano danneggiati da « piccole minoranze di italiani indegni, che diffamando il loro paese diffamano tutti gli italiani » (148).

Proprio nel momento in cui l'Italia era impegnata all'estero in missioni diplomatiche, il regime pareva avvertire il problema della « opinione pubblica internazionale » (149); il r.d.l. 10 gennaio 1926 prevedeva per gli allogeni la revoca della cittadinanza « per indegnità politica », disposta con decreto prefettizio, sentito l'interessato ed esaminate le sue deduzioni scritte; era ammesso ricorso alle

(148) A. ROCCO, *Sul disegno di legge « modificazioni e aggiunte alla L. 13 giugno 1912, n. 555 sulla cittadinanza »*, cit., pp. 304-305. Si sofferma sul punto S. BATTENTE, *Alfredo Rocco*, cit., pp. 373-374.

(149) *L'accordo con l'Italia ratificato dalla Camera a Washington*, ivi, 16 gennaio 1926; L. LUZZATTI, *Il regolamento del debito con l'America e l'Inghilterra e la situazione economica finanziaria italiana*, ivi, 21 gennaio 1926.

sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e in via straordinaria al Re ⁽¹⁵⁰⁾. Nel discorso che espelleva gli aventiniani da Montecitorio Mussolini indicava un legame tra « gli sbandati dell'Aventino » e « coloro che oltre le frontiere continuano l'agitazione antifascista [...] opposizione preconcepita al regime politicamente inutile, storicamente assurda, compresa soltanto da coloro che vivono al di là dei limiti dello Stato » ⁽¹⁵¹⁾. Di lì a poco la legge sui fuorusciti entrava in vigore ⁽¹⁵²⁾.

7. *La « perdita della cittadinanza, sanzione in senso non stretto ».*

Nella riflessione dei giuristi la legge di fine Gennaio investiva anche il tema di quelle « zone grigie » del penale, tra legalità e amministrativizzazione, al centro del confronto sulle misure di sicurezza, poi disciplinate nel codice ⁽¹⁵³⁾. Lucchini coglieva nella « legge sui fuorusciti » — « si chiama così », « e con questo nome passerà alla storia » — il legame con le norme che già avevano « ferito in pieno petto la libertà di associazione e di stampa »; la pena della perdita della cittadinanza per gli oppositori politici appariva disposta « con una materia non penale ma che le sta molto vicino di casa » ⁽¹⁵⁴⁾. Già dal delitto Matteotti il solo battagliero direttore della *Rivista Penale* rimaneva maestro inascoltato del « diritto penale liberale » di fronte al regime, fino a subire il primo sequestro della sua Rivista persona e l'istruzione di un processo per offese al Capo del governo davanti all'Alta Corte di Giustizia ⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ *Lex. Raccolta cronologica della legislazione italiana*, Torino, Utet, 1926, p. 56.

⁽¹⁵¹⁾ *Segno dei tempi*, in « Rivista Penale », LI, 103-104, 1926, p. 208.

⁽¹⁵²⁾ Il testo di quella che Aquarone definì « legge contro l'attività di propaganda degli esuli politici » si legge anche in A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, p. 421. Sulla legge cfr. anche G. NEPPI MODONA-M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 769.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. l'attenta analisi di M. PIFFERI, *Difendere i confini*, cit., pp. 743-799.

⁽¹⁵⁴⁾ *La legge sui fuorusciti*, in « Rivista Penale », LI, 103-104, 1926, p. 308.; le norme rivolte contro che si metteva in condizioni di « incompatibilità » con la politica del governo in *Legislazione italiana*, ivi, p. 181.

⁽¹⁵⁵⁾ Il trafiletto *Segno dei tempi*, cit., tagliente commento di Lucchini ad un discorso di Mussolini contro i Deputati dell'Aventino, costava all'anziano direttore, ormai in odore di antifascismo, il primo sequestro della Rivista e l'istruzione di un

Dal canto suo *La Scuola Positiva* affermava che la legge sui fuorusciti era « di natura non penale, ma di carattere amministrativo »; la perdita della cittadinanza era ambiguamente definita una « sanzione, e non una pena in senso stretto », dal momento che il provvedimento era disposto da una autorità amministrativa e non a seguito di procedimento penale. D'altro canto si argomentava che la « disobbedienza del cittadino italiano all'estero » era colpita con una « vera pena inflitta in via amministrativa »; si considerava poi senza imbarazzo che la perdita della cittadinanza poteva colpire anche « fatti che possono anche non essere reati » ⁽¹⁵⁶⁾. Del resto la dottrina sembrava incapace a definire il « fatto diretto » penalmente rilevante; si limitava a condividere la logica del *crimen lesae maiestatis* nei continui richiami ai discorsi di Rocco sulla « lesa patria » ⁽¹⁵⁷⁾.

Anche la giuspubblicistica tematizzava, da diversi approcci, l'impatto della legge sui fuorusciti nel concetto di cittadinanza: in pochi passaggi Santi Romano registrava che a seguito della Legge 31 Gennaio 1926 n. 108 essa si perdeva anche « per indegnità », laddove la stessa cittadinanza risiedeva nello « status che il diritto italiano fa dipendere da condizioni stabilite dalla legge » ⁽¹⁵⁸⁾.

processo per offese al Capo del governo davanti all'Alta Corte di Giustizia. In questa sede il Procuratore generale presso la Cassazione chiedeva l'assoluzione del senatore, in nome dei meriti della prestigiosa Rivista « scientifica, aliena dalla politica » e degli scritti del direttore sul « socialismo delitto comune ». Nella lettura della sua vicenda Lucchini riproponeva gli ideali liberali e l'eredità del Carrara su politica e diritto; cfr. *Agli amici e ai lettori della Rivista*, ivi, LI, 104, 1926, p. 5. Ricordava le battaglie di Lucchini contro il socialismo, ma anche l'incriminazione per offese al Capo del governo, « una pagina che non va strappata dal libro della vita » di chi, per la « scienza », non ammetteva « transazioni » U. CONTI, *Luigi Lucchini*, ivi, LIV, 110, 1929, p. 303. Altri numerosi necrologi per Lucchini, anche quelli di Arturo e Alfredo Rocco, e del Presidente del Senato, Federzoni, ivi.

⁽¹⁵⁶⁾ NdR, in « *La Scuola Positiva* », I, VI, 1926, p. 187.

⁽¹⁵⁷⁾ A. SANI, *La legge sui fuorusciti*, in « *Dizionario Penale* », XII, 1925, p. 59.

⁽¹⁵⁸⁾ S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, II ed., 1928, Padova, Cedam, 1928, pp. 131-132. Da ultimo su Santi Romano e la scienza del diritto costituzionale, anche per riferimenti, cfr. la efficace sintesi di M. FIORAVANTI, *Profilo storico della scienza italiana del diritto costituzionale*, in *Valori e principi del regime repubblicano*, I, I, *Sovranità e democrazia*, a cura di Silvano Labriola, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 138-148.

Neppure il *Nuovo Digesto Italiano* approfondiva il tema della nuova previsione della « indegnità politica » ⁽¹⁵⁹⁾.

La cifra fascista della legge sui fuorusciti era invece esaltata da Angelo Criscuoli, docente prima a Siena poi a Perugia, che indicava il mutamento di prospettiva da una « concezione territoriale dell'Imperio dello Stato », confermata anche dai « principi limitativi dell'estradizione », ormai consegnata al passato, e i nuovi « legami corporativi » tra Stato e cittadino, in grado di obbligare quest'ultimo anche se « fuori del territorio ». Prima del « regime » il « vincolo » era stato ristretto alle « prestazioni d'ordine militare e finanziario e alle macroscopiche responsabilità del codice penale »; il governo fascista intendeva invece « colpire i degeneri rinnegati del proprio paese, contro cui non esitano a drizzare gli infami e velenosi strali ».

Per Criscuoli il cuore vitale della legge risiedeva nel passaggio dallo Stato liberale alla « Nazione Stato », che ridisegnava diritti e doveri del « cittadino in patria e fuori », nella sottolineatura della distanza tra l'« epopea del nostro Risorgimento », con i « mesti e grandi precursori della nostra unità [...] folli sognatori di un'Italia libera e unificata » e i « lividi politicanti d'oggi ». Il giuspubblicista insisteva sulla differenza tra il « martirio politico degli eroi del nostro riscatto » e il « volontario esodo di piccoli uomini senza ideale e senza fede », che non potevano certo ammantare la loro disobbedienza — oggetto delle « sanzioni a difesa dello Stato » — col « fine nazionale ». « Per gente simile », « Italiani degeneri », « ogni moto sentimentale » pareva ingiustificato; i « cuoricini teneri » erano invitati a « impiegare i loro languori affettivi nelle società protettrici degli animali »; « per restare nella zoofilia » — concludeva Criscuoli — « a cuore di lupo dente di cane » ⁽¹⁶⁰⁾.

All'opposto Silvio Trentin affermava che sia la legge sui fuorusciti che il decreto che privava gli allogeni della cittadinanza « per indegnità politica » erano indicatori preziosi della dimensione costituzionale del regime fascista, con l'« antica morte civile », per la

⁽¹⁵⁹⁾ F. DEGNI, *Cittadinanza*, cit., p. 194.

⁽¹⁶⁰⁾ A. CRISCUOLI, *Gli esuli di oggi*, in « La Palestra del diritto », 1 marzo 1926, p. 1.

prima volta nella tradizione nazionale inflitta ai « cittadini ». Sulla scorta della dottrina internazionalistica Trentin auspicava un intervento della Società delle Nazioni di fronte a quel che appariva come l'eversione del principio dell'uguaglianza giuridica tra italiani, una « persecuzione legale », inedita nella storia nazionale e in quella degli « Stati moderni », « mai in Italia lo Stato aveva pensato di arrogarsi il diritto di ripudiare i suoi cittadini » (161).

6. « *Sanzioni penali per reati di antifascismo* ».

La legge sui fuorusciti non esauriva il suo ruolo nella definizione della cittadinanza totalitaria; segnava il sistema penale fascista nel suo complesso. In vista di una più efficace repressione dell'antifascismo, l'art. 160 del Testo unico di pubblica sicurezza anticipava l'intervento penale all'espatrio e al tentativo di espatrio determinati da « movente politico », commessi nel territorio nazionale, cui seguivano la perdita di cittadinanza e la confisca dei beni. In questa occasione la politicità del fine operava *contra reum*, perché lesiva dei « superiori interessi della società nazionale »; l'equiparazione tra delitto consumato e tentato e l'uniformazione di ogni tipo di condotta di concorso di persone nel reato venivano fatte dipendere dalla violazione del dovere di fedeltà (162).

Il nuovo reato di espatrio abusivo sollevava qualche perplessità in dottrina: Filippo Meda, difensore in un processo intentato ad Alcide De Gasperi, tematizzava una distinzione tra il fatto di chi si recava all'estero per « organizzare convegni e pubblicazioni contro il governo », e quello, irrilevante sul piano penale, di chi si voleva togliere « la camicia di nesso del suo passato politico ». Osservava inoltre che la tendenza giurisprudenziale a retrocedere la soglia di punibilità avrebbe finito per far incriminare l'« intenzione » (163).

(161) S. TRENTIN, *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, cit., p. 289.

(162) La Relazione ed il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, R.d. 6 Novembre 1926, in « La Giustizia Penale », XIII, 1927, col. 192.

(163) F. MEDA, *Il reato di espatrio abusivo*, in « Monitore dei tribunali », LXVIII, 1927, p. 881; analogamente F. TALASSANO, *Sul tentativo di espatrio*, in « Rivista penale », LIII, 117, 1927, p. 255.

Dal canto suo la Cassazione respingeva il ricorso, affermando che l'« azione antiggiuridica » dell'espatriare, qualunque fosse stata la « ragione politica », era rilevante in qualsiasi momento del viaggio intrapreso ⁽¹⁶⁴⁾. Nel processo intentato contro Carlo Rosselli e Ferruccio Parri, complici nell'espatrio clandestino di Turati, il Tribunale di Savona negava il movente politico; innovando la tradizione giurisprudenziale la scelta operava *pro reo*, con una sentenza accolta favorevolmente dagli antifascisti ⁽¹⁶⁵⁾.

I « reati di antifascismo commessi all'estero » allarmavano il regime, ed era grande il disappunto di Mussolini nei confronti di un particolare « verdetto della Senna », che aveva « quasi assolto l'assassino di un vecchio e fedele servitore dello Stato, rappresentante il Console a Parigi ». Il duce asseriva che la « nazione appariva giustamente ferita per la sentenza di una giuria parigina », ed era Longhi a sottolineare con forza che qualsiasi « manifestazione all'estero contro il regime fascista », dalle « vociferazioni, alle false notizie all'omicidio », integrava il delitto di antifascismo, di cui doveva esser sempre competente il Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Il « fatto antinazionale e perciò antifascista » imponeva deroghe al principio di territorialità, anche in considerazione della « miseria morale dei fuorusciti », spesso evocata dalla *Rassegna Penale*, diretta da Longhi » ⁽¹⁶⁶⁾.

Non a caso la Relazione di Rocco al disegno di legge istitutivo del Tribunale speciale richiamava la legge sui fuorusciti, nel sottolineare che la perdita della cittadinanza e la confisca divenivano misure accessorie delle ben più efficaci pene restrittive della libertà personale ed interdizione dai pubblici uffici. Le prime dovevano essere applicate in caso di contumacia; con la cessazione di quello

⁽¹⁶⁴⁾ Cassazione 30 novembre 1928, in « Rassegna Penale », I, 1929, p. 152; analogamente Cassazione 25 gennaio 1928, *ivi*, p. 151.

⁽¹⁶⁵⁾ M. BRESCIANI, *Il processo di Savona*, in *Gli italiani in guerra*, cit., IV, I, pp. 565-574.

⁽¹⁶⁶⁾ S. LONGHI, *Reati di antifascismo commessi all'estero*, cit., p. 5; *ivi*, p. 1169. Sulla vicenda del fascista assassinato cfr. P. GUILLEN, *La question des « Fuorusciti » et les relations franco-italiennes (1925-1936)*, in *Italia e Francia dal 1919 al 1939*, a cura di Jean-Baptiste Duroselle e di Enrico Serra, Milano, Istituto Studi Politica Internazionale, Milano, 1981, pp. 21-38; M. BRESCIANI, *La politica del gesto e gli attentati*, in *Gli Italiani in guerra*, cit., IV, pp. 593-598.

stato, divenivano operative le seconde, in « contrapposto perfetto del noto principio qui non luit in aere luit in corpore » ⁽¹⁶⁷⁾.

La presentazione del disegno di legge al Senato era per Rocco l'occasione di narrare la « storia politica » della lotta tra il fascismo e i suoi « variopinti avversari, sovversivi e pseudo costituzionali », accusati di aver mosso un « attacco organizzato e diretto dalle solite forze occulte, operanti agli ordini e sotto la suggestione dello straniero », da sferrare dopo le elezioni del 1924. Quel drammatico periodo era riletto nei termini di una « battaglia politica », pari solo all'« affare Dreyfus », da cui il fascismo era uscito solido come un « blocco di granito », al punto di « liquidare » una « insurrezione armata », che Rocco diceva organizzata nell'ottobre 1925 dai « gruppi di Italia libera all'interno e organizzazioni pseudo garibaldine all'estero ». Da quel momento — asseriva il gaurdasigilli — i « relitti dell'antifascismo » si erano « rifugiati nel terreno criminale » e su quel terreno dovevano essere « combattuti ».

L'art. 5 del disegno di legge prevedeva dunque la reclusione da cinque a quindici anni, l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, la confisca dei beni, le alienazioni considerate fatte in frode allo Stato, per il « cittadino che fuori dello Stato diffonde o comunica, sotto qualsiasi forma, voci o notizie false, esagerate o tendenziose sulle condizioni interne dello Stato, per modo da menomare il credito o il prestigio dello Stato all'estero, o svolge comunque una attività tale da recare nocumento agli interessi nazionali ». Rispetto alla legge sui fuorusciti la perdita della cittadinanza e pene accessorie colpivano anche coniuge e figli del condannato in contumacia.

Le norme dovevano aver destato non poche perplessità, se Rocco era costretto a dichiarare « false le notizie date da taluni giornali circa pressioni esercitate da Stati stranieri per togliere dal testo del disegno di legge l'art. 5 ». Tra le « approvazioni » dei senatori il guardasigilli continuava: « sono semplicemente fantastiche e assurde, non c'è stato nemmeno il più vago e indiretto tentativo di tale natura, e se ci fosse stato, il governo lo avrebbe fermamente e nettamente respinto. Ma ripeto, si tratta di favole che

⁽¹⁶⁷⁾ La Relazione di Rocco anche in *Tribunale Speciale per la difesa dello Stato*, Roma, Ufficio storico SME, I, p. 26.

rientrano nella solita campagna denigratrice della stampa avversa al regime e soprattutto all'Italia » (168).

I lavori preparatori del codice si svolgevano in questo clima, che segnava anche il confronto sulla natura giuridica dell'attività antinazionale del cittadino all'estero, contro cui, per Rocco, poco poteva il « vigile e pronto intervento del governo » (169). Non a caso Giovanni Appiani, relatore della Commissione ministeriale incaricata di dare un parere sul progetto, metteva a fuoco la continuità tra le norme sui fuorusciti, « piaga storica della nazione italiana », l'art. 5 della legge n. 2008 e l'art. 274, ricordando alla lettera il discorso del guardasigilli alla Camera sulla « opera nefasta dei pessimi italiani a danno del proprio paese, vero e proprio tradimento » (170).

Per l'« attività antinazionale del cittadino all'estero » l'art. 274 prevedeva dunque una pena non inferiore a cinque anni di reclusione, con aumento fino a quindici se il reato fosse stato commesso a mezzo stampa o propaganda e in caso di turbamento delle relazioni tra l'Italia e uno Stato estero (171). Nella Relazione al progetto definitivo Rocco ricordava che la « denominazione di cittadino » si estendeva anche a chi aveva perso la cittadinanza; pertanto l'art. 269 del codice, senza riproporre il generico aumento di pena dell'art. 274, da un lato stabiliva una continuità con la legislazione penale della grande guerra, la « diffusione e comunicazione di notizie false, esagerate o tendenziose sulle condizioni interne dello Stato, per modo di menomare il credito o il prestigio dello Stato »; dall'altro prevedeva una nuova e più indeterminata « attività tale da recare nocumento agli interessi nazionali ». Ed era Rocco a rivendicare la scelta di formule « con ampiezza tale da comprendere tutte le possibili attività dei cittadini, immemori dei loro doveri verso la Patria » (172).

Dal canto suo Manzini, che nel 1918 aveva « maledetto » l'identificazione dell'avversario politico col nemico interno, nel *Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930* si impegnava nella rappre-

(168) A. ROCCO, *Discorsi parlamentari*, cit., pp. 349-350.

(169) *Relazione ministeriale*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. II, p. 49.

(170) G. APPIANI, *Relazione introduttiva*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. IV, parte 1, p. 218.

(171) *Progetto preliminare*, ivi, p. 108.

(172) *Relazione ministeriale*, ivi, vol. V, parte II, p. 42. V.

sentazione del « fuoruscitismo antifascista, che profanò la memoria del fuoruscitismo del nostro Risorgimento per denigrare la Rivoluzione fascista dal carattere squisitamente nazionale ». « Non un ideale patriottico animava i fuorusciti » — asseriva il « pontefice del metodo » — « se non quello individuale di tentare di riconquistare il perduto dominio politico, e gli onori e i lucri ad esso inerenti ».

Il *Trattato* ripercorreva le tappe per risolvere l'« odioso contrasto morale » tra italiani e fuorusciti: inizialmente era stata disposta la sola perdita della cittadinanza; la « persistente insolenza antipatriottica » aveva poi richiesto « sanzioni penali ». Se la « legge speciale » del 1926 aveva avuto scarsa applicazione « per la saldezza e generosità del governo », con l'art. 269, « occasionato dal fuoruscitismo antifascista », oltre alla propaganda di « notizie false, esagerate o tendenziose » entrava nel codice una qualunque « attività antinazionale », commessa all'estero da qualsiasi italiano, « fuoruscito o no ».

Sul punto cruciale della « natura giuridica dell'incriminazione » Manzini argomentava che il delitto previsto dall'art. 269 era « di danno, e non di mero pericolo », dal momento che la legge esigeva una condotta « per modo di menomare il credito dello Stato », non solo « da poter menomare ». D'altro canto non nascondeva che la Relazione di Rocco al progetto aveva espresso un « diverso concetto », nel voler colpire « l'opera funesta dei pessimi italiani come vero e proprio tradimento ». E dunque, anche per Manzini, l'art. 269 non contemplava il « disfattismo », ma « il tradimento ».

« Doveri morale » e « doveri giuridico » si intrecciavano a giustificazione della « prevenzione e repressione penale », in una contraddizione che Manzini non poteva sciogliere, tra « la perfidia che un rinnegato italiano escogita all'estero », e il « cittadino che, pur dissentendo dai principi e dagli ordinamenti attuali dello Stato », non « cessava di essere italiano », e quindi « obbligato verso la Nazione ».

Neppure Manzini poteva tipizzare la cifra giuridica dell'« attività antinazionale », se non attraverso una narrazione storica ed ideologica, fondata sulla coincidenza totalitaria di cittadino e fascista: l'« immensa maggioranza degli italiani » si era identificata col fascismo e cioè con la « Patria »; invece « ex presidenti del Consiglio (Nitti), ex deputati (Turati, Modigliani, Salvemini) ex ambasciatori (Sforza) [...] seguiti da una turba di piccoli politicanti di ogni specie,

dall'anarchico al radicale », si erano riuniti in una « Concentrazione antifascista », intesa a « delitti di ogni genere (non escluso l'assassinio) a danno dell'Italia » (173).

8. « *La legge fascistissima quasi dimenticata* ».

Nel 1927 *Rivista Penale* riportava la notizia di un'interrogazione parlamentare sulla perdita della cittadinanza, disposta solo in « due casi di non grande rilievo », e la risposta del sottosegretario all'Interno, che rassicurava sul lavoro della Commissione preposta. Questa, seppur « in modo non appariscente », aveva raccolto molto materiale istruttorio ed espresso parere favorevole alla perdita della cittadinanza e confisca dei beni a carico di quindici fuorusciti; tra questi De Bosis e Salvemini erano indicati come « i più noti ». Il periodico diretto da Lucchini pareva farsi però portavoce della percezione generale su una « legge fascistissima contro i fuorusciti quasi dimenticata » (174).

Negli anni del consenso e del consolidamento del regime, anche per l'imponente apparato repressivo disposto, Mussolini revocava i provvedimenti di perdita della cittadinanza con l'amnistia concessa in occasione del decennale della « Rivoluzione », propagandata come « clemenza del regime anche verso un gruppo di fuorusciti ». L'« atto dalla straordinaria larghezza, superiore a quelle di tutte le precedenti amnistie », era giustificato dalla « grandiosità degli avvenimenti cui si ricollega », con l'ottobre 1922 rappresentato come « creazione di una nuova fase di civiltà ».

Il provvedimento, che escludeva ammoniti e confinati, offriva a Mussolini l'occasione di descrivere l'antifascismo in quella stagione: « illusi, vittime della predicazione altrui, inattuali, ritardatari, che si erano messi in testa di fermare con mucchi di parole inutili il moto a valanga di un popolo [...] possiamo trascurare i rimasugli dei nostri nemici. Oggi tutto il popolo italiano è convinto che il Regime fascista è un regime di forza, ma soprattutto un regime di giustizia » (175).

(173) MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, IV, *Delitti contro la personalità dello Stato*, Torino, Utet, 1934, p. 288.

(174) *Contro i fuorusciti*, in « *Rivista penale* », LII, 115, 1927, p. 121.

(175) S. LONGHI, *L'amnistia del decennale*, in « *Rivista Penale* », n.s., III, 1932, p. 1079.

Era lo stesso Salvemini a cogliere la valenza meramente propagandistica dell'amnistia: la legislazione eccezionale, la legge di pubblica sicurezza ed il codice Rocco avevano inasprito il quadro sanzionatorio al punto che per i fuorusciti si sarebbero comunque aperte le porte delle carceri e nel migliore dei casi del confino ⁽¹⁷⁶⁾.

Lo stesso storico avrebbe dato del fuoruscitismo un giudizio complesso, ove la presa d'atto dei limiti come nodi della storia politica nazionale, non avrebbe minato la consapevolezza che ogni voce di dissenso, fuori ma soprattutto dentro il paese, aveva avuto comunque il merito di smascherare davanti all'« opinione pubblica internazionale », che tanto stava a cuore a Rocco e a Mussolini, la grande narrazione della totalitaria adesione degli italiani al regime ⁽¹⁷⁷⁾.

Dal canto suo il *Nuovo Digesto Italiano* tracciava un bilancio ben diverso della legge del 1926, che a suo tempo aveva inteso stroncare il fuoruscitismo come « tradimento »; ricordava che quelle norme erano ancora in vigore e che un decreto del 1930 aveva sancito anche la perdita delle pensioni. La revoca dei provvedimenti, che a suo tempo avevano riguardato « pochi pessimi italiani », appariva giustificata dalla clemenza del regime e dal fatto che il « triste fenomeno » si era rivelato « trascurabile e senza alcun seguito nel paese » ⁽¹⁷⁸⁾.

Del resto con l'art. 269 l'attività antinazionale era entrata tra i delitti contro la personalità internazionale dello Stato, e la ricostru-

⁽¹⁷⁶⁾ G. SALVEMINI, *Dai ricordi d'un fuoruscito*, cit., p. 135.

⁽¹⁷⁷⁾ Sull'isolamento e la repressione degli antifascisti rimasti in patria, il procedere in ordine sparso per le divisioni politiche, il « biasciare vecchie giaculatorie a riprendere le vecchie lotte » per assenza di « idee nuove », G. SALVEMINI, *Gli antifascisti all'estero*, III, *Avere idee nuove*, in *Opere*, VI, *Scritti sul fascismo*, II, a cura di N. Valeri e A. Merola, Milano, Feltrinelli, 1966, p. 299. In un *debate*, tenuto a New York nel 1927, il presidente, James Mac Donald, rivolgeva al Salvemini « un'ultima domanda »: « il Professore dice che i fascisti sono una minoranza e che la maggioranza degli Italiani sono antifascisti. Come prevede, se la sua versione è vera, che la maggioranza giammai diventi il partito dominante in Italia »? La risposta dell'intellettuale evocava la « capacità meravigliosa di resistenza passiva delle genti d'Italia » ed un imprevedibile « giorno », in cui queste si sarebbero ripreso il loro « avvenire »; in un « frattempo », che sarebbe durato ancora quasi vent'anni, il compito degli antifascisti era quello di « dar l'esempio di non cedere »; cfr. G. SALVEMINI, *Dai ricordi di un fuoruscito*, cit., p. 181.

⁽¹⁷⁸⁾ G. BELLÌ, *Fuorusciti*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1938, p. 160.

zione di Remo Pannain ne coglieva la continuità con il disfattismo, incriminato dalla legislazione penale di guerra, e col fuoruscitismo, colpito dalla legge del 1926. Il contributo offerto dal penalista alla definizione dell'oggetto del reato era lo stigma della « avventata canea antifascista da parte di sciagurati rinnegati figli d'Italia a danno della madrepatria » (179).

Nell'indicare fin dal 1965 alla storiografia il rilievo del tema del « fascismo giuridico » (180) Alberto Aquarone concludeva l'attenta rassegna delle leggi eccezionali del 1925 e 1926 nel segno di uno « Stato di polizia compiuto » e di una « edificazione dello Stato totalitario in senso proprio ancora lontana dal compimento » (181).

D'altro canto la legge sui fuorusciti ben esprimeva la legalità di quegli anni, col penale « disancorato dalla tradizione liberale, per essere ridotto ad arma che lo Stato rivolgeva ai suoi nemici » (182), con le « fattispecie a soggettività pregnante, sintomatiche di una violazione di fedeltà al regime, piuttosto che espressione di un pericolo per la sicurezza dello Stato » (183). Al di là dell'applicazione limitata e dei decreti revocati, il discorso sulla cittadinanza attraverso la privazione, inflitta per antifascismo come indegnità politica, co-

(179) R. PANNAIN, *Personalità internazionale dello Stato (delitti contro la)*, ivi, 1939, p. 1094.

(180) Ha rilevato un certo ritardo della storiografia giuridica ad affrontare il tema del fascismo *sub specie iuris*, di cui offre lucide considerazioni A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di Aldo Mazzacane, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 1-12. Sul tema, a parte i memorabili contributi di Mario Sbriccoli, ripetutamente citati, di recente cfr. almeno P. COSTA, *Lo « Stato totalitario ». Un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, cit., pp. 61-174; P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 28, 1999, pp. 175-292; G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, ivi, pp. 511-630; M. FIORAVANTI, *Profilo storico*, cit., pp. 138-148; O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano, Giuffrè, 2003; I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007; G. SPECIALE, *Giudici e razza nell'Italia fascista*, Torino, Giappichelli, 2007; E. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2009.

(181) A. AQUARONE, *L'organizzazione*, cit., p. 65.

(182) M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 198.

(183) G. NEPPI MODONA-M PELISSERO, *La politica criminale*, cit., p. 776.

struiva il primo anello di un diritto del nemico politico congeniale alla natura *totalitaria* del regime.

La narrazione della coincidenza tra italiani e fascismo ed il rifiuto di pensare gli antifascisti come figli della stessa nazione entravano nell'orizzonte della normalità, venivano propagandati nella società sotto forma di criterio di giustizia e visione delle cose, ostacolavano un sentimento di identità nazionale peraltro forse mai radicato, fino a far divenire alfabeto condiviso la « divisività »⁽¹⁸⁴⁾ tra cittadini, preludio di future tragedie. Alla costruzione di questo discorso pubblico anche taluni giuristi offrirono il loro contributo⁽¹⁸⁵⁾, al di là del « successo attribuibile alla fascistizzazione d'Italia »⁽¹⁸⁶⁾.

⁽¹⁸⁴⁾ Sul « neologismo » L. CAFAGNA, *Legittimazione e delegittimazione nella storia politica italiana*, in *Due nazioni*, cit., p. 17. Più in generale sul tema cfr. E. RUSCONI, *Se cessiamo di essere una nazione*, Bologna, Il Mulino, 1993; N. BOBBIO, E. DE FELICE, G. E. RUSCONI, *Italiani: amici, nemici*, Milano, Reset, 1996.

⁽¹⁸⁵⁾ « Ogni volta che dimenticarono la funzione umanitaria e liberatrice che al penale era stata assegnata dalla penalistica civile del XIX secolo [i giuristi] portarono non piccola responsabilità ». M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 200.

⁽¹⁸⁶⁾ P. COSTA, *Civitas*, cit., IV, p. 218.

ENZO COLLOTTI

ORDINE E TERRORE
NEI CAMPI DI CONCENTRAMENTO NAZISTI

Nella fenomenologia della storia del trattamento che nel tempo gli Stati hanno riservato ai propri nemici interni l'esperienza del sistema concentrazionario nella Germania nazista rappresenta sicuramente un unicum, anche in presenza di esperienze contemporanee nelle loro differenze pur sempre comparabili. Si pensi in primo luogo all'esistenza del *Gulag* nell'Unione Sovietica, ai campi di concentramento nel regime fascista italiano, a quelli che il regime di Vichy ereditò dalla Terza Repubblica; campi di concentramento tra le due guerre mondiali e anche dopo esistettero in vari paesi d'Europa senza la sistematicità che connotò i *Lager* del Terzo Reich, che durante la guerra e sotto l'egida delle occupazioni naziste e fasciste furono generalizzati in quasi tutti i territori occupati, con o senza regimi collaborazionisti. Come è stato fortemente sottolineato in uno dei primi libri di memorie dai campi di concentramento, che appartiene anche ai primordi di una storiografia sui *Lager*, quello del socialdemocratico austriaco Benedikt Kautsky, figlio del grande dirigente politico e teorico del marxismo, sarebbe errato esaurire la problematica del KZ in una esplosione di sadismo delle SS e non riconoscere in esso la prefigurazione, al limite, di una società dominata da quella che l'autore definiva una « dittatura totale » (1). Torneremo su questi aspetti che storici e sociologi del sistema concentrazionario in decenni di riflessioni e ricerche hanno variamente approfondito, si pensi, per fare un solo esempio rilevante, agli studi di Wolfgang Sofski (2).

(1) B. KAUTSKY, *Teufel und Verdammte. Sieben Jahren in deutschen Konzentrationslagern*, Wien, Verlag der Wiener Volksbuchhandlung, 1961, p. 22.

(2) W. SOFSKY, *Die Ordnung des Terrors: Das Konzentrationslager*, Frankfurt a.M., S. Fischer, 1993 (trad. it. *L'ordine del terrore*, Roma-Bari, Laterza, 1995).

Come premessa a quanto cercheremo di ricostruire nelle pagine che seguono va detto ancora che qui ci occuperemo dei campi di concentramento in senso stretto, quelli cioè nei quali era previsto un soggiorno per un certo periodo di tempo generalmente non definito, non dei campi di sterminio destinati in primo luogo agli ebrei, che non erano campi di soggiorno ma soltanto installazioni destinate a durare il tempo necessario per eseguire la distruzione fisica di prigionieri costretti a passare nel più breve tempo possibile dalla cattura al forno crematorio ⁽³⁾.

Già da questa premessa si può dedurre come l'istituzione concentrazionaria abbia vissuto nel tempo diverse fasi di trasformazione sino a culminare nella fase della 'soluzione finale' della questione ebraica nei campi di sterminio puri e semplici. Sarebbe sbagliato credere che il sistema fosse stato programmato e pianificato sin dall'inizio così come noi lo abbiamo conosciuto nella sua fase di espansione quasi a priori. La realtà è più articolata e più complessa. Come ricordava Bettelheim nel reportage dei suoi ricordi, che è in realtà la prima vera analisi psicologica della società concentrazionaria, la maggior parte delle nostre conoscenze del *Lager* riguarda il come della vita nel campo KZ piuttosto che il perché, ossia le ragioni per le quali fu creata questa istituzione ⁽⁴⁾. La ricerca delle fonti filosofico-ideologiche prima ancora che istituzionali all'origine della creazione del *Lager* non ci dà immediatamente ragione di questa scelta. Nel *Mein Kampf* hitleriano, se si prescinde dall'oscura e macabra minaccia ai danni degli ebrei, c'è il sinistro ammonimento a rendere innocui gli avversari politici; seppure è dimostrabile prima del 1933 l'uso del termine *Konzentrationsla-*

⁽³⁾ Nel corso di questo lavoro utilizzo anche miei precedenti studi, in particolare il saggio *Il sistema concentrazionario nella Germania nazista* apparso la prima volta in *Lager, totalitarismo, modernità*, Milano, Bruno Mondadori, 2002, pp. 69-88. Dal punto di vista della problematica generale sui campi di concentramento ove non siano indicate altre opere il riferimento essenziale è ai contributi raccolti nell'opera *Die nationalsozialistischen Konzentrationslager. Entwicklung und Struktur* a cura di U. HERBERT, K. ORTH e C. DIECKMANN, 2 voll. Göttingen, Wallstein, 1998 e agli studi di K. ORTH, *Das System der nationalsozialistischen Konzentrationslager. Eine politische Organisationsgeschichte*, Hamburg, Hamburger Edition, 1999 e *Die Konzentrationslager - SS. Sozialstrukturelle Analysen und biographische Studien*, Göttingen, Wallstein, 2000.

⁽⁴⁾ B. BETTELHEIM, *Il prezzo della vita*, Milano, Bompiani, 1976.

ger ⁽⁵⁾ una più precisa prefigurazione di questo istituto nelle fonti naziste non è riscontrabile. Nei suoi ricordi del 1934, Hermann Goering, allora fra le altre cariche anche ministro degli Interni del *Land* di Prussia, accenna alla funzione di rieducazione degli avversari politici, ammettendo implicitamente che a rieducazione conseguita essi potessero essere rimessi in libertà, circostanza che nella primissima fase del sistema ebbe effettivamente un qualche riscontro nella prassi ⁽⁶⁾, ma sottolinea anche l'intransigenza sino all'annientamento nei confronti degli irriducibili. Si alludeva in tal modo ad una delle caratteristiche del sistema che con il passare degli anni e la sua istituzionalizzazione e formalizzazione sempre più rigorosa sarebbe scomparsa dal novero delle possibilità, la rieducazione non essendo più obiettivo perseguito, assorbita come era stata nelle nuove prospettive assegnate al sistema.

Il sistema concentrazionario si sviluppò senza dubbio come lo strumento più completo e pervasivo dell'esercizio del terrore nella Germania nazista. Bisogna partire da questa constatazione per comprendere nel suo significato più completo la duplice funzione che l'istituzione del KZ esercitò nei confronti della società dominata dal Terzo Reich. Bisogna pensare in primo luogo all'istituzione concentrazionaria come a una forma di istituzione completamente sottratta alla giurisdizione dell'amministrazione della giustizia, ovvero a una sorta di giustizia parallela esclusivamente politica: nel *Lager* non si scontavano pene inflitte dalla magistratura, anche se poteva accadere che condannati dalla magistratura finissero nel *Lager* come la forma più dura di un luogo di detenzione per comodità del sistema penitenziario ⁽⁷⁾. La realtà ci insegna che i molti detenuti e criminali comuni che si ritrovarono nei *Lager* erano funzionali alla necessità di realizzare la gerarchia e la forma di 'autogoverno' che le SS volevano imporre nella gestione dei *Lager*, servendosi per il governo e il controllo dei detenuti, come Kapò, Blockälteste o altrimenti prominenti del *Lager*, della brutalità e della mancanza di scrupoli di

⁽⁵⁾ K. DROBISCH-G. WIELAND, *System der Ns-Konzentrationslager 1933-1939*, Berlin, Akademie-Verlag, 1933.

⁽⁶⁾ H. GÖRING, *Aufbau einer Nation*, Berlin, Mittler u. Sohns, 1934.

⁽⁷⁾ I confini all'interno di questa problematica sono tracciati con molta chiarezza nello studio di N. WACHSMANN, *Gefangen unter Hitler. Justizterror und Strafvollzug im Ns-Staat*, München, Siedler, 2006.

individui che spesso non avevano più niente da perdere e avevano, al di là dell'autorità, la forza fisica e la spregiudicatezza necessarie per imporre l'obbedienza alle altre categorie di detenuti, specie nei confronti dei politici e degli intellettuali. Non occorre aver commesso alcun reato per trovarsi nel *Lager*; il più delle volte non vi ci si trovava per quello che si era fatto, piuttosto per quello che si pensava o addirittura per il fatto di essere quello che si era (nel caso degli ebrei, degli zingari, degli omosessuali, dei così detti 'asociali') o di appartenere ad una determinata corrente politica (comunisti, socialdemocratici, democratici pacifisti) o religiosa (Testimoni di Geova). Sotto questo profilo il *Lager* era il luogo deputato alla relegazione dalla società, quello nel quale si esercitava direttamente nei confronti di individui concreti la pressione di condanna del regime, strumento cioè di bonifica politica. Con il passare del tempo il *Lager* si qualificò come il luogo della massima punizione anche in senso giudiziario quando lo si individuò come lo spazio materiale nel quale dovevano essere eseguite le condanne a morte.

Sin qui la prima funzione del *Lager* come luogo diretto per infliggere reclusione e sofferenza fisica, in quanto privazione di libertà e finanche corporale, ai presunti nemici del regime. Ma al di là di coloro che erano direttamente colpiti dalla relegazione nel *Lager*, il campo di concentramento esercitava una funzione di intimidazione che si esercitava prevalentemente al di fuori di esso, si potrebbe dire nei confronti della grande massa dei sudditi del Terzo Reich, vale a dire che questi si potevano considerare tutti candidati potenziali del KZ. La contrapposizione tra lo stato di diritto e lo stato totalitario sotto questo rispetto si rileva nel fatto che il cittadino dello stato di diritto gode di una sfera di libertà limitata certamente dalla legge ma che è pur sempre una sfera dai limiti certi, una certezza che quindi non è solo giuridica, ma anche psicologica, in cui cioè l'individuo è padrone delle sue decisioni e razionalmente dei suoi comportamenti; nello stato totalitario, che è quello che annulla la sfera tra il privato e il pubblico, l'individuo vive una condizione di eterna insicurezza, di subordinazione permanente a condizionamenti che al limite annullano ogni sua autonomia. Non è solo la generica paura di essere spiato, al di là della paura che si esprime nella cappa oppressiva del controllo sociale, che si percepisce anche se non esistono segnali concreti della sua efficacia, è la consapevo-

lezza certa che esistono strumenti invisibili di controllo che influenzano e limitano il pensiero e l'agire degli individui (8). Studi recenti dimostrano come in un regime come il Terzo Reich abbondino al di là dei controlli imposti dalle regole del sistema forme informali di controllo quali, tra le più diffuse, le denunce e le lettere anonime (9). La memorialistica e gli studi sulla vita quotidiana nel Terzo Reich sono piene di episodi ed esempi del genere. La minaccia di essere spedito in campo di concentramento fa parte della dinamica sociale e dei rapporti di relazione di una società frantumata e atomizzata in cui sono stati aboliti i meccanismi di una civile convivenza e non solo della solidarietà. L'imbarbarimento prodotto dal fascismo e dal nazismo trova qui una delle sue manifestazioni più concrete. Il sistema si regge anche in virtù della paura reciproca che accomuna gli individui nella diffidenza gli uni verso gli altri. Il motivo delle spie è frequente e ricorrente nella letteratura, da Wiechert a Fallada a Brecht (10). Nella sua storia dell'umorismo politico nel Terzo Reich R. Herzog ha raccontato la vicenda di un gruppo di cabarettisti finiti in campo di concentramento (11). Non avevano violato nessuna legge; il campo di concentramento era pertanto il simbolo dell'arbitrio di un potere esecutivo che toglieva dalla circolazione chiunque rappresentasse un elemento scomodo. Per giunta non era necessario mandare in campo di concentramento per lunghi periodi o, come poi avverrà in un secondo momento, senza limiti temporali; erano sufficienti pochi mesi o poche settimane per spezzare una volontà d'opposizione o semplicemente la volontà di non aggregarsi al

(8) Sempre valide in proposito le considerazioni di H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Milano, Ed. Comunità, 1967, in particolare nella parte III; sulle dinamiche sociali nello stato totalitario da vedere è anche E. LEDERER, *Lo Stato delle masse. La minaccia della società senza classi*, a cura di M. Salvati, Milano, Bruno Mondadori, 2004.

(9) R. GELLATELY, *Die Gestapo und die deutsche Gesellschaft. Die Durchsetzung der Rassenpolitik 1933-1945*, Paderborn, F. Schöningh, 1933; G. DIEWALD-KERKMANN, *Politische Denunziation in NS-Regime*, Bonn, Dietz, 1995.

(10) A titolo esemplificativo E. WIECHERT, *La selva dei morti*, Milano, Mondadori, 1949; H. FALLADA, *Ognuno muore solo*, Torino, Einaudi, 1950; B. BRECHT, *Terrore e miseria del Terzo Reich*, Torino, Einaudi, 1963, ma la citazione dei testi letterari potrebbe essere molto più ampia.

(11) R. HERZOG, *Heil Hitler, das Schwein ist tot! Lachen unter Hitler-Komik und Humor im Dritten Reich*, Frankfurt a.M., Eichborn, 2006.

consenso generale. Chi usciva dal campo era generalmente un individuo diverso: non bisogna pensare, con rare eccezioni, che potesse riprendere l'attività o i comportamenti che lo avevano costretto nel KZ. E del resto per gli esponenti riconosciuti di una attività politica contraria al regime non esisteva, soprattutto dopo i primi due anni di esistenza del sistema concentrazionario, alcuna possibilità di essere liberato, la detenzione non prevedeva alcun termine. Le esigenze di sfollamento che nei primissimi tempi avevano consentito un certo avvicendamento e la liberazione di contingenti di detenuti, sia perché si ritenesse compiuto il periodo della loro rieducazione, sia perché si ritenesse fossero già state soddisfatte le esigenze di sicurezza del nuovo regime, lo sviluppo del sistema e il mutamento di funzioni inaugurato dopo il 1936 e ulteriormente accelerato dopo lo scatenamento del conflitto mondiale modificarono anche lo statuto dei deportati e la loro destinazione, rendendo impossibile la loro dismissal. Del resto, in passato la liberazione o la fuga dei detenuti anche eccellenti non si era risolta in propaganda a favore del regime, anzi, fu la prima occasione per fare conoscere al mondo ciò che si sospettava accadesse dietro i reticolati dei campi di concentramento e non certo a gloria del regime ⁽¹²⁾.

Anche un regime come quello nazista avvertì il bisogno di coprire con una veste giuridica le misure della privazione della libertà personale. In linea generale ciò era stato consentito già dall'abolizione delle garanzie costituzionali derivanti dalla Costituzione democratica della repubblica di Weimar. L'Ordinanza per la tutela del popolo tedesco del 4 febbraio 1933 fu la prima disposizione che autorizzò la violazione della libertà personale per un periodo di tempo della durata di non oltre tre mesi, con la possibilità per chi veniva colpito da un simile provvedimento — generalmente persone indicate come genericamente sospette — di interporre appello all'autorità giudiziaria o di polizia. Subito dopo l'incendio

⁽¹²⁾ Da ricordare in questo senso almeno: H. BEIMLER, *Im Mörderlager Dachau. Vier Wochen in den Händen der braunen Banditen*, Moskau-Leningrad, Verlagsgenossenschaft ausländischer Arbeiter in der Udssr, 1933; G. SEGER, *Oranienburg. Erster authentischer Bericht eines aus dem Konzentrationslager Geflüchteten*, Karlsbad, Graphia, 1934, oltre al più noto *Braunbuch über Reichstagsbrand und Hitler-Terror*, già del 1933. Ulteriori informazioni su questa letteratura in K. DROBISCH-G. Wieland, *System der NS-Konzentrationslager*, cit., pp. 168-172.

del *Reichstag* del 27 febbraio 1933 e quasi contestualmente ad esso (è questa per l'immediatezza della sua emanazione una delle circostanze che fece supporre che l'incendio fosse stato appiccato dagli stessi uomini del regime o da essi architettato anche se materialmente eseguito da altri manipolati o strumentalizzati) fu emanata una nuova Ordinanza per la tutela del popolo e dello Stato del 28 febbraio 1933, che autorizzò arresti assolutamente incontrollati e svincolati da qualsiasi supervisione dell'autorità giudiziaria, quindi a completo arbitrio e discrezionalità delle autorità di polizia, nei confronti non di singoli individui ma di intere categorie — funzionari comunisti, esponenti socialdemocratici, intellettuali di sinistra e pacifisti — senza alcun limite di carattere temporale della durata della detenzione, ad opera di corpi della polizia di stato o indifferentemente di corpi paramilitari del partito nazista, delle SS e delle SA ⁽¹³⁾. Lo strumento pratico usato per legittimare gli arresti diventati ormai arresti in massa fu il cosiddetto *Schutzhaft* o, come si potrebbe tradurre, arresto protettivo, ereditato dalla legislazione penale repressiva prussiana usata per schiacciare i moti rivoluzionari del 1848. Il tentativo di porre fine all'arbitrarietà degli arresti e al caos delle iniziative concorrenti di organismi diretti di emanazione del partito nazista piuttosto che dello stato, come quello intrapreso dal ministero dell'interno del *Reich* nell'aprile del 1934 per unificare le procedure repressive sull'intero territorio del *Reich*, non approdarono a nulla. Un decreto del capo della polizia, del 25 gennaio 1938, riportò l'uso dello *Schutzhaft* tra le funzioni e nella competenza esclusiva della Gestapo. Dal punto di vista della condizione di coloro che venivano mandati nel KZ in base a simili disposizioni, il mutamento delle autorità abilitate a gestire lo *Schutzhaft* non cambiava nulla: il prigioniero non aveva alcun diritto da far valere, alcuna facoltà da esercitare, era spogliato di qualsiasi tutela o possibilità di reclamo o di appello. E tuttavia nella gerarchia dei prigionieri colui che era stato deportato in virtù dello *Schutzhaft* si portava dietro un marchio particolare, che era quello del prigioniero politico, ossia di colui che nella gerarchia del campo era considerato il detenuto più pericoloso, comunque (dopo gli ebrei) quello nei cui

⁽¹³⁾ Per questi sviluppi è sufficiente il rinvio a K. DROBISCH-G. WIELAND, *System der Ns-Konzentrationslager*, cit., pp. 25 ss.

confronti il regime assumeva l'atteggiamento di maggiore ostilità ⁽¹⁴⁾.

Nella società concentrazionaria la qualifica di *Schutzbäftling* non comportava alcun connotato particolare: designava a mala pena l'origine della detenzione, non era questo che caratterizzava la qualità del detenuto, che si desumeva piuttosto non dalla tenuta più o meno carceraria ma dal triangolo recante un determinato colore. Poiché il detenuto non doveva essere altro che un numero, era il colore attribuito a quel numero che qualificava il deportato. Come per molti altri aspetti anche formali della vita nel *Lager* una serie di modalità anche burocratiche sopravvissero anche ai cambiamenti del sistema che subentrarono dopo che le circostanze belliche ebbero inciso sia sulle caratteristiche della popolazione che sulle funzioni dei *Lager*. Quando l'afflusso di contingenti sempre più numerosi di deportati, principalmente stranieri, che fu riversato nei *Lager* proveniva ormai dalle circostanze più diverse dell'arresto — razzie, reclutamenti forzati, operazioni belliche — la categoria dello *Schutzhaft* che continuò a comparire nella registrazione dei deportati non aveva più alcun significato dal punto di vista dell'origine della loro vicenda, poteva avere un senso soltanto se alludeva e rispondeva alle caratteristiche di un determinato trattamento cui essi dovevano essere sottoposti.

Con l'invio nei campi di concentramento di contingenti sempre più numerosi di appartenenti alle nazionalità di paesi conquistati dalla *Wehrmacht* il titolo giuridico della deportazione non solo non faceva più necessariamente riferimento allo *Schutzhaft*, talvolta rimaneva incerto, specialmente a proposito dei prigionieri di guerra, ove non fossero raccolti nei campi di prigionia previsti dalle convenzioni internazionali, come accadde per i prigionieri sovietici e come accadde per i militari italiani catturati dopo l'8 settembre 1943 e considerati I.M.I (internati militari) proprio per sottrarli all'obbligo di applicare loro il trattamento previsto dalle convenzioni

⁽¹⁴⁾ Sullo *Schutzhaft* lo studio fondamentale di M. BROZAT, *Nationalsozialistische Konzentrationslager 1933-1945*, in *Anatomie des SS-Staates*, a cura di H. BUCHHEIM-M. BROZAT-H.A. JACOBSEN-H. KRAUSNICK, München, DTV, 1967, vol. II, pp. 11-136. Inoltre K. DROBISCH-G. WIELAND, *System der NS-Konzentrationslager*, cit., parte I.

internazionali ⁽¹⁵⁾. Un'ulteriore categoria fu costituita dai resistenti deportati in base al decreto emanato per ordine di Hitler dal capo del comando supremo della *Wehrmacht* Keitel il 7 dicembre 1941 per la repressione della recrudescenza della Resistenza antinazista verificatasi nei territori occupati dopo l'invasione dell'URSS. In base a tale decreto era prevista la deportazione in Germania di coloro che si opponevano o sui quali pesavano sospetti di svolgere attività di resistenza qualora non vi fossero gli estremi per decretarne l'immediata esecuzione capitale ⁽¹⁶⁾. In base a questo *Nacht— und Nebel— Erlaß* — la stessa parola di codice esprimeva bene l'intenzione di fare scomparire più segretamente possibile le persone da deportare che spesso sparivano appunto nel nulla — erano autorizzate deportazioni di massa; della sorte dei deportati dovevano rimanere all'oscuro i familiari delle vittime e le popolazioni delle aree interessate, per aumentare l'effetto di intimidazione e di terrorizzazione che era implicito nella misura repressiva. Questo tipo di deportazione fu applicata prevalentemente in Francia contro i resistenti francesi e quelli stranieri militanti nelle file dei francesi; la cifra che circola di 7 mila deportati catalogati sotto questa categoria deriva da supposizioni difficilmente accertabili documentariamente. L'espressione *Nacht und Nebel* è diventata sinonimo della deportazione *tout court* nell'Europa invasa e come tale nella traduzione *Nuit et brouillard* dà il titolo al capolavoro di Alain Resnais (del 1956), che è anche il documento cinematografico più incisivo ed efficace nella sua anti-retorica sobrietà (e anche grazie alla musica di Hanns Eisler) dell'universo concentrazionario.

L'area di competenza per l'applicazione del decreto *Notte e Nebbia*, in base al quale non si doveva lasciare traccia di coloro che scomparivano neanche *post mortem* in virtù della disposizione di cremare i cadaveri degli esecutati, doveva riguardare i territori occupati nell'Europa occidentale e settentrionale, muovendo da Francia, Belgio, Olanda per finire in Norvegia, con l'esclusione della

⁽¹⁵⁾ Per una visione sintetica di queste situazioni si rinvia ai contributi di G. SCHREIBER e C. STREIT negli atti di convegno *Fra sterminio e sfruttamento. Militari internati e prigionieri di guerra nella Germania nazista (1939-1945)*, a cura di N. LABANCA, Firenze, Le Lettere, 1992.

⁽¹⁶⁾ Testo in H.A. JACOBSEN, 1939-1945. *Der Zweite Weltkrieg in Chronik und Dokumenten*, Darmstadt, Wehr und Wissen Verlagsgesellschaft, 1959, pp. 418-419.

Danimarca. L'operazione *Nacht und Nebel* cessò nell'autunno del 1944, allorché l'invasione della Francia e del Belgio sottrasse i territori di principale attuazione del decreto al controllo delle autorità tedesche. Lo studio meticoloso di W. Wagner sull'attività del *Volksgerichtshof*, ossia del supremo tribunale popolare nel *Reich* nazista, ha mostrato la complessità delle procedure e dei problemi che il trattamento dei N.N. pose all'amministrazione della giustizia nazista, a quella militare come a quella politica: dalle notizie che possediamo si dovrebbe concludere che i casi presi in considerazione dovettero riguardare essenzialmente i rapporti tra resistenti e collegamenti con gli alleati franco-anglo-americani, ossia quelle che i tedeschi consideravano reti di spionaggio e che pertanto ai loro occhi potevano giustificare un trattamento così drastico e così riservato⁽¹⁷⁾. Non è possibile stabilire quanti di coloro che furono arrestati come N.N. siano stati condannati alla pena capitale e come tali siano definitivamente scomparsi nel nulla e quanti di essi siano finiti nei campi di concentramento. Nella memorialistica o in altre fonti la menzione di questa categoria è praticamente inesistente, era una componente tardiva della società concentrazionaria e sicuramente anche marginale dal punto di vista quantitativo⁽¹⁸⁾. Nondimeno assunse rilevanza agli occhi dei giudici della corte internazionale di Norimberga che ebbe a giudicare i principali criminali nazisti: al punto III dei capi di imputazione si trovava infatti esplicitamente menzionato nel capitolo sui crimini di guerra il decreto N.N. tra gli strumenti di terrorizzazione e di maltrattamento delle popolazioni civili dei territori occupati⁽¹⁹⁾.

Una componente rilevante sebbene non quantificabile di prigionieri del *Lager* non veniva identificata con nessuna delle classificazioni che abbiamo sin qui citato. Asociali, omosessuali, testimoni di Geova, delinquenti comuni, non risulta che ricadessero in nessuna

(17) W. WAGNER, *Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1974, pp. 416-441.

(18) Fa eccezione nella memorialistica la menzione che ne fa E. KOGON, *Der SS-Staat* cit., pp. 241-245.

(19) Ripetuti richiami a questo testo negli indici analitici e *ad personam* in atti *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof*, Nürnberg, 1949 e in particolare nella requisitoria finale e nella sentenza, vol. XXII, pp. 540-542.

delle categorie innanzi menzionate; sebbene queste non offrirono alcuna garanzia di alcun tipo, ma servissero soltanto ad operare delle distinzioni sull'origine dei deportati prive di contenuti reali ma funzionali forse soltanto ad esigenze interne delle guarnigioni. Infatti, coloro che fuoriuscivano da ogni categorizzazione si potevano considerare più ancora degli altri alla totale mercè dei carcerieri, erano cioè in balia assoluta dell'arbitrio di chi li aveva spediti nel KZ, non potevano contare neppure, per labile che fosse, su un aiuto o anche solo su un collegamento con l'esterno. Il detenuto politico appartenente a un partito operaio sapeva almeno idealmente che fuori del *Lager* vi erano per quanto sconfitti e sbandati altrettanti 'compagni' solidali con la loro condizione. L' 'asociale' che finiva nel *Lager*, al di là dell'impossibilità di definirne la categoria, così labile e generica da potervi includere chiunque ⁽²⁰⁾, alle sue spalle aveva il vuoto: all'atomizzazione dell'individuo tipica della condizione concentrazionaria faceva riscontro anche al livello massimo conseguibile l'atomizzazione e la rarefazione della società nella quale si iscriveva il *Lager*. Gli strumenti dell'intimidazione potevano mettere a tacere l'eventuale protesta o solidarietà nei confronti del detenuto politico riconosciuto come tale, il cosiddetto 'asociale', posto che avesse alle spalle una famiglia, non poteva contare su nessuna forma di sostegno anche morale; i soggetti di questa indefinibile categoria che entravano nel *Lager* più degli altri sparivano nel nulla, sparivano dalla comunità ma anche dalla faccia della terra, diventavano la componente marginale dei rifiuti dell'umanità, «schiuma della terra» avrebbe detto Koestler.

Si potrebbe tentare anche una ricerca per capire se e come i dirigenti nazisti e gli artefici del sistema del terrore nella Germania nazista si siano industriati di definire i loro nemici nel tentativo di approfondire la logica interna che li guidò nell'instaurazione del sistema. In realtà, una ricerca del genere si frantumerebbe in una serie di citazioni frammentarie. I nazisti avevano bene in mente chi consideravano i loro nemici, a cominciare sul piano biologico-razziale dagli ebrei e sul piano politico dai comunisti. Ma in entrambi i casi le loro definizioni erano sommarie concettualmente e al

(20) W. AYASS, "Asoziale" im Nationalsozialismus, Stuttgart, Klett-Cotta, 1995, in particolare al cap. 6.

tempo stesso sufficientemente elastiche per potervi comprendere da una parte tutti gli estranei alla razza, dall'altra tutti coloro che eccedevano in senso stretto gli iscritti al partito comunista tedesco per estendersi agli agenti della bolscevizzazione, concetto nel quale poteva rientrare soprattutto nel campo artistico e intellettuale chiunque operasse nel senso dell'eversione anche soltanto ideale dell'ordine sociale esistente. D'altra parte, a che cosa sarebbe servito cercare di definire la fisionomia del deportato dal momento che dopo il 1936, epoca a partire dalla quale lo statuto della deportazione cambiò radicalmente, non si prevedeva più alcuna possibilità di recupero? Forse soltanto per gli omosessuali Himmler concepiva una qualche misura di recupero perché, considerando l'omosessualità una malattia, ipotizzava che potesse essere curata, anche se quella cura (il campo di concentramento) non era certo lo strumento più idoneo per pervenire alla guarigione.

Apriamo a questo punto una parentesi sulla situazione degli omosessuali non per affrontare il problema generale della persecuzione degli omosessuali sotto il Terzo Reich, ma soltanto per cercare di definirne lo status rispetto al sistema concentrazionario ⁽²¹⁾. Himmler stesso si occupò ripetutamente della questione degli omosessuali, con tutta probabilità perché si trattava di un problema che si poneva con particolare rilevanza nelle file stesse del movimento nazista e delle sue milizie paramilitari, SS e SA (il caso Röhm era la punta di un iceberg). Accettando la stima, probabilmente esagerata ad arte, che faceva risalire il numero degli omosessuali in Germania sino al 10% della popolazione maschile, Himmler vedeva « in questa peste » una delle cause del declino demografico e razziale del popolo tedesco. La Germania, essendo uno stato di tradizione maschile, rischiava a suo dire di perdere questa caratteristica che era legata alla capacità della procreazione. « L'omosessuale è un uomo psicicamente assolutamente malato, menzognero, di debole volontà, corrottile e suscettibile di piegarsi ad ogni ricatto ». Himmler vantava

⁽²¹⁾ Sulla problematica generale in questione ci limitiamo a segnalare lo studio di B. JELLONEK, *Homosexuelle unter dem Hakenkreuz. Die Verfolgung von Homosexuellen im Dritten Reich*, Paderborn, F. Schöningh, 1990, in particolare il cap. 6. Inoltre: J. MÜLLER-A. STERNWEILER, *Homosexuelle Männer im Kz Sachsenhausen*, Berlin, Verlag Rosa Winkel, 2000.

di avere accumulato con Heydrich e la Gestapo un enorme patrimonio di conoscenze sul fenomeno dell'omosessualità. Per estirpare gli omosessuali dalle SS egli aveva deciso di farli degradare pubblicamente e di tradurli in tribunale. Una volta scontata la pena giudiziaria li avrebbe fatti spedire in campo di concentramento e ivi fatti uccidere con la formula 'sparati in tentativo di fuga'. Più in generale, la lotta contro l'omosessualità doveva essere condotta ristabilendo un giusto equilibrio nel rapporto tra i sessi e spezzando quindi una troppa stretta omogeneità di compagnie maschili. Il lavoro e lo sport dovevano essere tra gli strumenti della rieducazione degli omosessuali (22).

Queste linee di orientamento furono diffuse nelle infrastrutture della polizia. Rudolf Höss, il comandante di Auschwitz, raccontò il trattamento inflitto agli omosessuali nelle sue precedenti esperienze a Dachau e a Sachsenhausen. La rieducazione e il ritorno a quella che le SS consideravano la 'normalità' doveva avvenire sottoponendo gli omosessuali ai lavori più duri. Salvo una minoranza di irriducibili per naturale disposizione, le SS si illudevano di avere conseguito buoni risultati con questi metodi di rieducazione (23). Ricerche empiriche su realtà più ravvicinate e circostanziate ci aiutano a precisare meglio questa realtà che, come tutto ciò che riguarda il sistema concentrazionario conserva sempre estese lacune, che con tutta probabilità non potranno essere mai colmate. Come avvenne la traduzione degli omosessuali nei KZ? Dall'indagine più accurata che conosciamo, quella relativa alla concentrazione nel *Lager* di *Sachsenhausen* di un migliaio di omosessuali, si apprende che una parte di essi pervennero nel *Lager* dopo essere stati incriminati e giudicati in base all'articolo 175 del codice penale prussiano, in vigore anche nella repubblica di Weimar, che proibiva i rapporti omosessuali, altri vi pervennero come asociali, dando luogo ad una discreta varietà di situazioni (24). Ciò mette in evidenza

(22) HEINRICH HIMMLER, *Geheimreden 1933 bis 1945 und andere Ansprachen*, a cura di B.F. SMITH e A.F. PETERSON, Frankfurt a.M.-Berlin, Propyläen Verlag, 1974, pp. 93-104: discorso ai *Gruppenführer* delle SS del 18 febbraio 1937.

(23) *Comandante ad Auschwitz. Memoriale autobiografico di Rudolf Höss*, Torino, Einaudi, 1985 (I ed. 1960), pp. 74-75.

(24) J. MÜLLER-A. STERNWEILER, *Homosexuelle Männer* cit., in particolare pp. 79-88.

soprattutto l'accanimento persecutorio a carico degli omosessuali, una parte dei quali erano fatti ricadere sotto lo *Schutzhaft* quando si trattasse di casi più scopertamente politici di competenza della Gestapo; per altri invece che ricadevano più genericamente tra i delinquenti abituali si mobilitava la polizia criminale che applicava loro, in maniera forse anche più arbitraria, il cosiddetto arresto preventivo: non avevano commesso atti imputabili come reato ma intanto a scopo preventivo venivano tolti dalla circolazione. Al culmine di questo processo persecutorio il 12 luglio 1940 Himmler dispose l'arresto preventivo di tutti gli omosessuali che fossero stati rilasciati dal carcere ⁽²⁵⁾. La sorte degli omosessuali nei KZ variò da campo a campo, se ne prospettò ripetutamente l'isolamento dagli altri deportati, temendo che essi potessero influenzarne il comportamento; nei fatti essi si trovarono sempre nella gerarchia dei deportati ai livelli più bassi, essendo particolarmente invisibili come inquinatori della comunità popolare e delle sue basi razziali.

Quanto agli zingari, essendo la loro diversità catalogata tra le patologie psichiatriche, la loro incompatibilità con il modo di vita del popolo tedesco era considerata deterministicamente incorreggibile, biologicamente predestinata, non di devianza si doveva parlare ma di impostazione psico-fisica razzialmente estranea alla formazione biologica del popolo tedesco ⁽²⁶⁾.

Prevaleva nei confronti di coloro che erano destinati a subire la segregazione della deportazione una visione fondamentalmente pessimistica nei confronti del genere umano. Le indagini sociologiche alla Sofsky o alla Falk Pingel ⁽²⁷⁾ hanno contribuito in maniera determinante a comprendere le dinamiche che si sviluppano al limite estremo di quella istituzione negata (per usare un termine basagliano) che è il campo di concentramento, ma nessuno ha colto con

⁽²⁵⁾ Ivi, p. 43.

⁽²⁶⁾ In proposito si v. M. ZIMMERMANN, *Rassenutopie und Genozid. Die national-sozialistische "Lösung der Zigeunerfrage"*, Hamburg, Hans Christians Verlag, 1996 e G. LEWY, *La persecuzione nazista degli zingari*, Torino, Einaudi, 2002.

⁽²⁷⁾ W. SOFSKY, *Die Ordnung des Terrors* cit.; F. PINGEL, *Häftlinge unter SS-Herrschaft. Widerstand, Selbstbehauptung und Vernichtung im Konzentrationslager*, Hamburg, 1978.

più profondità di Bettelheim il senso di distruzione che sulla natura umana e sulle relazioni tra gli uomini produce il KZ (28).

Ridotti a numeri, i deportati si distinguevano soltanto attraverso il colore dei triangoli che erano imposti come segno distintivo sulle loro uniformi carcerarie; l'uniforme di per sé come la tuta blu della fabbrica o la divisa del soldato rappresentava la massificazione di una comunità, l'assoggettamento ad una medesima disciplina, la retrocessione dell'individuo dietro l'emblema o la facciata di una collettività, quale che essa fosse. A prescindere dagli ebrei, ai quali ad Auschwitz il numero veniva marchiato sul braccio sinistro, le altre categorie di deportati erano individuate attraverso il colore del triangolo: rosso per i politici, verde per i criminali, viola per i testimoni di Geova, nero per gli 'asociali', rosa per gli omosessuali, marrone talvolta, ma non sempre, per gli zingari e talune categorie di 'asociali'. Quando poi si moltiplicarono i deportati di nazionalità non tedesca sul triangolo con un determinato colore fu impressa la lettera iniziale che designava la rispettiva nazionalità, F come francese, P come polacco, I come italiano e via dicendo. Sulla base della sua esperienza di anziano deportato, Kogon ha descritto il « manicomio » del KZ quale risultava dalla sovrapposizione di colori, di simboli e di marchi più o meno speciali quando nella stessa persona si cumulassero più simboli, non solo ebreo e non solo tedesco ma altresì politico e possibilmente anche omosessuale e via dicendo (29); la disgregazione della personalità del prigioniero, che già era implicita nella stigmatizzazione con la quale gli veniva attribuita la categoria di appartenenza, veniva ulteriormente accelerata dalla moltiplicazione dei simboli che ne frantumavano definitivamente l'identità. Da notare che Bettelheim espose le sue riflessioni sulle dinamiche psicologiche che governavano le reazioni dei detenuti dopo un soggiorno relativamente breve (due anni) nei *Lager*, un tempo sufficiente peraltro per trarre una serie di conclusioni di grande interesse: ma si può immaginare come queste reazioni si fossero esasperate quando una esperienza del genere si fosse protratta sino al crollo del sistema concentrazionario, così come ci è

(28) B. BETTELHEIM, *Il prezzo della vita*, cit., in particolare il cap. 4, ma in generale tutto il libro.

(29) E. KOGON, *Der SS-Staat* cit., p. 50.

stato descritto da testimoni che sopravvissero quali, per citare soltanto alcuni dei nomi già menzionati, B. Kautsky e E. Kogon.

Più che preoccuparsi di definire chi erano i nemici del popolo tedesco cui era destinato in primo luogo l'istituto del campo di concentramento, il regime si preoccupò di allestire le strutture di un rigido sistema di registrazione e di controllo per l'arresto dei nemici interni e dopo lo scatenamento della guerra anche di quelli identificati nei territori occupati. Michael Wildt ha studiato la struttura e la composizione personale della articolazione centralizzata del RSHA (Ufficio centrale per la sicurezza del *Reich*) cui facevano capo, non senza velleità non solo pratiche ma anche scientifiche, i singoli settori specializzati nella ricerca delle diverse categorie di criminali ⁽³⁰⁾. In teoria, dal momento della stabilizzazione di questa struttura centrale sino alla fine della guerra, la centrale non avrebbe dovuto perdere mai di vista la sorte di coloro che venivano ingoiati dal *Lager*: nei fatti, dal momento dell'ingresso nel KZ la sorte del deportato era affidata ad una struttura periferica, per l'appunto il *Lager*, che godeva di una sua parziale autonomia, non da ultimo anche in rapporto alla personalità di colui che di volta in volta ne era il comandante, e di altri fattori ambientali legati a loro volta all'evoluzione nel tempo del sistema e delle sue funzioni.

Sicuramente pur nell'evoluzione del sistema un elemento di continuità pare si possa individuare nelle norme per la disciplina interna che dovevano regolare il comportamento dei deportati e, almeno nelle intenzioni, anche quello delle guarnigioni di guardia. Il testo chiave di questa regolamentazione risale al 31 ottobre 1933 ed è dovuto all'allora direttore del campo di Dachau Theodor Eicke, dal 1934 primo ispettore generale del sistema concentrazionario con sede in Sachsenhausen sino alla sua morte sul fronte orientale nel 1943. Il regolamento del 1933 era servito ad Eicke per 'normalizzare' la situazione di caotiche brutalità che i suoi predecessori avevano lasciato svilupparsi a Dachau; ad Himmler che di fatto esercitava già la funzione di capo della polizia politica fornì una sorta di modello su cui esemplare in prospettiva l'intero sistema concentrazionario in via di formazione.

⁽³⁰⁾ M. WILDT, *Generation des Unbedingten. Das Führungskorps des Reichssicherheitshauptamtes*, Hamburg, Hamburger Edition, 2002, in particolare la parte II.

Il regolamento di Eicke constava di due distinte parti: « L'ordinamento disciplinare e penale per il Lager dei prigionieri » e le « Prescrizioni di servizio per il personale di accompagnamento e per la sorveglianza dei prigionieri » ⁽³¹⁾.

Il regolamento per i prigionieri doveva servire principalmente a fare capire che chi entrava nel KZ era privato di ogni diritto ed era esclusivamente alla mercè dei suoi carcerieri. Nessuna disposizione relativa ai prigionieri era formulata in positivo; ogni prescrizione si ricavava indirettamente dalla punizione che doveva essere inflitta per la sua trasgressione. Non si prescriveva che il prigioniero non poteva cambiare il posto che gli era stato assegnato ma si prescriveva la pena cui sarebbe stato sottoposto se si fosse preso l'arbitrio di cambiare giaciglio. La minuziosa regolamentazione della gamma delle punizioni, dalla quale si doveva evincere l'altrettanto pedante elencazione dei divieti, non doveva essere soltanto espressione del principio che « la tolleranza equivale a debolezza » che doveva guidare l'operare dei guardiani, essa rispondeva anche e soprattutto al criterio che la violenza esercitata nel *Lager* dovesse essere graduata a seconda di una scala di comportamenti trasgressivi dei prigionieri, ma essa soprattutto doveva essere esercitata con ordine, quasi ossessione e caricatura del concetto d'ordine che doveva presiedere a tutta la dinamica della società nazionalsocialista. Nel campo di concentramento le punizioni dovevano essere rigorosamente regolamentate (non erano una garanzia per il prigioniero: egli non aveva alcun diritto, erano una forma di astratto rispetto per un altrettanto astratto principio di ordine); il colmo di perfezione di questa società di esclusi era che in questo contesto esisteva perfino un istituto per rinchiodervi anche chi doveva subire un livello ancora più rigoroso di esclusione, esisteva cioè il bunker o il carcere per chi avesse compiuto le infrazioni più gravi.

La gerarchia delle punizioni comprendeva punizioni corporali e, invenzione questa di Eicke, la pena del palo, a riprova che Eicke non

⁽³¹⁾ Estratti dei testi in J. TUCHEL, *Konzentrationslager. Organisationsgeschichte und Funktion der "Inspektion der Konzentrationslager" 1934-1938*, Boppard a.Rh., Harald Boldt, 1991, pp. 144-149; H.G. RICHARDI, *Schule der Gewalt. Das Konzentrationslager Dachau 1933-1934*, C.H. Beck, 1983, pp. 119-154; Kz-Gedenkstätte Dachau, *Konzentrationslager Dachau 1933 bis 1945*, München, K.M. Lipp Verlag, 2005, pp. 90-91; *Comandante ad Auschwitz* cit., cap. VI.

aveva in alcuna misura inteso mitigare i comportamenti dei suoi predecessori ma soltanto dare loro una istituzionalizzazione normativa. Le pene scaturivano dal « diritto rivoluzionario » e dovevano essere debitamente verbalizzate. La pena più usuale era la pena corporale della fustigazione, che doveva essere eseguita colpendo sulle natiche il detenuto adagiato su un cavalletto di legno ad opera di due guardiani che si alternavano nell'infliggere i colpi. La fustigazione accompagnava la pena dell'arresto; l'arresto di rigore di otto giorni, accompagnato all'inizio e alla fine dai 25 colpi, veniva comminato al detenuto che non portasse rispetto ad un appartenente alla SS e facesse intendere di non voler sottostare alle costrizioni inflitte; l'arresto di rigore di 14 giorni veniva inflitto al detenuto che abbandonasse il *Lager* senza scorta o si aggregasse abusivamente ad una colonna che si recava al lavoro, a chi nella corrispondenza esprimesse osservazioni denigranti sul Führer e il regime nazionalsocialista o trasmettesse dettagli della vita nel *Lager*, a chi conservasse nel suo giaciglio oggetti proibiti. A chi viceversa fomentasse discorsi politici o diffondesse notizie tendenziose sul *Lager* all'esterno a scopo sedizioso veniva inflitta la pena del palo, una sorta di simulazione dell'impiccagione. Chi poi aggredisse un appartenente alle SS o incitasse altri alla ribellione e veniva imputato di ammutinamento doveva essere fucilato sul posto o impiccato. « L'arresto viene eseguito in una cella a pane ed acqua. Ogni quarto giorno il detenuto riceve un pasto caldo. Il lavoro punitivo comprende duro lavoro fisico o un lavoro particolarmente sporco, da eseguire sotto particolare sorveglianza ». Come pene accessorie erano previsti: esercizi punitivi, pena della fustigazione, blocco della corrispondenza, sottrazione del cibo, *Lager* duro, palo, ammonimenti. Una gradazione di punizioni per ogni minima infrazione che, come si vede, andava come minimo dalla fustigazione alla vera e propria pena di morte della quale il comandante del *Lager* si attribuiva la responsabilità.

Con altrettanto rigore Eicke intervenne a disciplinare il comportamento del personale di sorveglianza. La durezza verso il prigioniero che doveva guidare il personale di guardia doveva essere l'abito anche esteriore dei guardiani, il cui compito principale era di sorvegliare il prigioniero al lavoro. Nei confronti del prigioniero pigro, svogliato e anche strafottente la guardia non doveva interve-

nire di fatto (le era infatti severamente interdetto ogni maltrattamento) ma doveva semplicemente prendere nota del nome del prigioniero e fare rapporto. Il comportamento dei sorveglianti doveva servire da modello ai prigionieri: « al sorvegliante non era consentito stare in pose rilassate, appoggiarsi, gettarsi il fucile sulle spalle, o portarsi le mani alla bocca » o cercare di ripararsi dalla pioggia. Doveva conservare sempre un comportamento marziale, per imporre rispetto al prigioniero, per mostrarsi sempre « alfiere del Terzo Reich ». La sentinella che coglieva un prigioniero nell'atto di fuggire doveva sparargli senza indugio, essendo immune da ogni penalizzazione. Non era più consentita la brutalità selvaggia e caotica, essa doveva essere esercitata con metodo e con ordine. In ciò consisteva la novità dell'introduzione per i sorveglianti (i futuri membri delle unità 'teste di morto') di regole di comportamento unitarie. Il sorvegliante doveva vivere a sua volta sotto la minaccia di punizioni severe: se lasciava scappare un prigioniero veniva consegnato per la sua negligenza alla polizia politica. Egli stesso cioè diventava un anello anche passivo della catena del terrore. L'odio mortale che Eicke nutriva per i nemici del Terzo Reich veniva così trasmesso alla rete dei carcerieri indipendentemente dai sentimenti che ciascuno di essi potesse nutrire. La violenza organizzata teorizzata e fatta praticare da Eicke presupponeva che questi avesse comunque le spalle coperte da Himmler, come responsabile ultimo della polizia politica, dapprima in Baviera e successivamente sull'intero territorio del *Reich*. Il tipo di addestramento cui vennero in tal modo istruiti gli uomini delle SS e dei reparti di sorveglianza si trasmise anche alle nuove leve per tutto il decennio e oltre della durata del regime nazista. Nessun testimone dell'efficacia di questa tradizione appare più attendibile del futuro comandante ad Auschwitz, Rudolf Höss, che avrebbe scritto: « Era intenzione di Eicke, attraverso la sistematica ripetizione delle sue teorie e le disposizioni destinate a neutralizzare la pericolosità criminale dei prigionieri, mobilitare radicalmente i suoi SS contro i prigionieri, 'renderli duri', cancellare in loro ogni più piccolo moto di compassione. La sua prolungata influenza favorì, soprattutto nelle nature più primitive, la nascita di un così profondo sentimento di odio verso i prigionieri, che un estraneo non potrebbe immaginarlo. Esso si diffuse fra tutte le SS e i loro capi che lavoravano nei campi di concentramento, e

continuò ad operare anche quando Eicke non era più ispettore » (32). Lo « spirito di Eicke », cioè, come lo definì Höss (33), rimase l'ispiratore dei comportamenti delle guarnigioni, e d'altronde c'è da ritenere che soltanto a queste condizioni gli uomini di sorveglianza dei *Lager* potevano resistere anche psicologicamente agli orrori di cui erano protagonisti e testimoni insieme e assolvere alle loro funzioni.

Sotto questo profilo si può dire che lo 'spirito di Eicke' rappresentò una linea di continuità attraverso lo sviluppo cronologico del sistema e i mutamenti funzionali che ne caratterizzarono l'esistenza. La storiografia ha identificato cinque fasi nello sviluppo del sistema dei KZ. Gli anni 1933-34 ne costituiscono la fase costituente, cui seguì fra il 1934 e il 1936 la ristrutturazione dei Kz come competenza esclusiva della polizia di sicurezza, risultante dalla fusione di polizia politica e polizia criminale, e dall'unificazione di tutte le forze della polizia del *Reich* alle dipendenze di Himmler avvenuta nel giugno del 1936. Fu in questa prospettiva che l'istituto del KZ, che in origine era stato concepito come un momento provvisorio (e quindi presumibilmente destinato a chiudersi) per la gestione della fase di stabilizzazione del nuovo potere politico, si affermò come istituzione permanente a sostegno dell'apparato di sicurezza del regime.

Questa nuova prospettiva del sistema caratterizzò la terza fase tra il 1936 e il 1939, alla vigilia dello scatenamento del secondo conflitto mondiale. In questo contesto si verificarono due sviluppi principali. Il primo si espresse nell'allargamento dei destinatari delle misure di isolamento forzato, ossia nel passaggio da una visione più o meno tradizionale degli avversari politici e più o meno tradizionalmente punitiva ad una concezione *völkisch-rassistich* e di 'igiene sociale', come abbiamo già visto considerando categorie come gli omosessuali, gli zingari o quella categoria indefinibile che fu rappresentata dagli 'asociali'. Il secondo aspetto fu costituito da una sorta di razionalizzazione del sistema concentrazionario, con la creazione di nuovi KZ destinati a coprire territorialmente tutto lo spazio del *Reich*.

(32) *Comandante ad Auschwitz* cit., p. 59.

(33) *Comandante ad Auschwitz* cit., p. 60.

Dal punto di vista geografico-territoriale i nuovi e i vecchi KZ venivano a coprire l'intero territorio del Reich come segue: nella Germania settentrionale Sachsenhausen, dal 1936 in sostituzione di Oranienburg, e Ravensbrück dal 1939; nella Germania centrale Buchenwald dal 1937; nella Germania meridionale oltre al capostipite di tutto il sistema Dachau, l'apertura nel 1938 di Flossenbürg e, dopo l'Anschluss, di Mauthausen. In tal modo il *Reich* era idealmente ripartito in una serie di distretti controllabili a distanza relativamente ravvicinata dagli avamposti della sicurezza quale volevano essere i KZ. Il processo di sviluppo dei KZ fu accompagnato a sua volta da due altri fattori collaterali, entrambi destinati successivamente ad assumere una rilevanza tutt'altro che secondaria: da una parte, lo sviluppo non più casuale delle imprese economiche delle SS destinate a sfruttare se non razionalmente certamente sistematicamente la forza-lavoro dei deportati ⁽³⁴⁾; dall'altra, al di là dei casi individuali ma non isolati già preesistenti, la prima immisione in massa di ebrei nel KZ a seguito dei pogrom della *Kristallnacht* del novembre del 1938. Come si può intuire, fu in questo periodo, se si prescindere dal fattore nuovo della presenza degli ebrei, che si determinò anche il passaggio della popolazione concentrazionaria dalla maggioranza originaria 'politica' alla presenza prevalente di coloro che provenivano dalla criminalità comune e dalla devianza sociale. Il campo di concentramento diventava così teatro di bonifica politica e anche di igiene sociale.

Tra l'inizio del 1939 e l'inverno del 1941-42, ossia dai prodromi del conflitto all'aggressione dell'Unione Sovietica, si colloca la fase di un notevole incremento della popolazione concentrazionaria a seguito della sua internazionalizzazione come conseguenza immediata delle deportazioni in massa dai territori dell'Europa invasa, dapprima dalla Cecoslovacchia, prima ancora dello scatenamento formale della guerra, poi dalla Polonia, dall'Europa occidentale e dai territori balcanici, infine dalle aree invase dell'Unione Sovietica.

⁽³⁴⁾ Sulle imprese economiche delle SS sempre valido rimane lo studio oggi un po' invecchiato di E. GEORG, *Die wirtschaftlichen Unternehmungen der SS*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1963; più recenti gli importanti contributi in *Konzentrationslager und deutsche Wirtschaft 1939-1945*, a cura di H. KAIENBURG, Opladen, Leske und Budrich, 1996; *La circolare Pobl (30 aprile 1942)*, a cura dell'ANED, Milano, Angeli, 1991.

La quinta e ultima fase tra il 1941-1942 e il crollo del Terzo Reich nel 1945 si colloca in parallelo allo sviluppo delle operazioni militari contro l'Unione sovietica, all'inizio del genocidio degli ebrei e dei massacri delle popolazioni slave nei territori occupati ad opera delle *Einsatzgruppen* dello SD e alla sistematizzazione dell'annientamento degli ebrei, degli zingari e di altri gruppi minoritari nei campi di sterminio creati al di fuori del *Reich* e nei territori annessi.

Gli sviluppi del sistema nella fase più acuta della guerra fecero saltare molti dei vincoli formali che avevano presieduto alle regole o alla finzione di una regolamentazione che in qualche modo legittimasse non tanto la posizione dei deportati quanto l'operato e il comportamento degli organismi preposti all'internamento e alla deportazione. La trasformazione più importante il sistema la visse nel quadro dell'intensificazione dello sforzo bellico del Terzo Reich all'epoca della sua gestione ad opera del ministro del *Reich* per gli armamenti e la produzione bellica Albert Speer, allorché fu compiuto lo sforzo più coordinato per l'impiego della forza-lavoro dei detenuti in quanto riserva di lavoro forzato per l'economia di guerra del *Reich*. Ciò portò al cospicuo impiego dei detenuti nei KZ come lavoratori forzati e allo stesso coinvolgimento della struttura nell'attuazione parziale dei deliberati della conferenza di Wannsee per la soluzione della 'questione ebraica' del 20 gennaio 1942, la quale prevedeva lo sfruttamento sino all'estremo delle energie lavorative degli ebrei (in pratica ciò significava la loro distruzione fisica) che fossero in condizioni fisiche di affrontare lavori pesanti. Ne conseguì in primo luogo l'inquadramento stesso del sistema concentrazionario all'interno delle attività economiche delle SS. Con decreto di Himmler del 3 marzo 1942 l'*Inspektion der Konzentrationslager* (cui dal 1939 era preposto lo *SS-Brigadeführer* Richard Glücks) venne inquadrata come sezione D alle dipendenze del *Wirtschafts— und Verwaltungshauptamt* delle SS, a sottolineare ormai il predominio assoluto del fattore economico e della produttività nella gestione dei campi di concentramento ⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ Sul complesso intreccio tra economia di guerra, razzismo e sfruttamento della manodopera forzata si v. l'ampio studio dello storico inglese A. TOOZE, *The Wages of Destruction. The Making and Breaking of the Nazi Economy*, London, Allen Lane, 2006.

Da questa conversione seguì una ulteriore conseguenza, al di là dell'incremento dell'attività industriale all'interno dei *Lager*, ossia l'accresciuto uso che della manodopera concentrazionaria fu fatta negli impianti industriali dislocati esternamente ai campi veri e propri. La conseguenza più rilevante di questa nuova funzione che i campi vennero ad assumere fu la proliferazione dei cosiddetti sottocampi o campi esterni (*Aussenlager*), che fece sì che intorno ai campi base o campi principali si ramificassero una serie di filiali, talvolta anche a notevole distanza dal campo originario (*Stamm-lager*), che diventava così a sua volta l'epicentro di un sistema policentrico. Questo spiega come mai sia stato difficile e continui ad esserlo per gli studiosi (come nel caso della Schwarz) tentare un censimento dei luoghi, non necessariamente strutturati secondo il modello approssimativo di una architettura concentrazionaria ma spesso ubicati in ragione della funzione che erano destinati ad assolvere, raggruppabili nell'ambito dell'universo concentrazionario ⁽³⁶⁾. Migliaia e migliaia di località disseminate su tutto il continente europeo, che rappresentano anche una spia di quanta parte della popolazione europea è stata coinvolta e travolta, nel senso più lato, nell'esperienza concentrazionaria e della deportazione. Nel 1990 la Schwarz registrava nel suo tentativo di censimento l'esistenza sul suolo del *Reich* e dei territori occupati di 22 campi principali e di 1202 campi o comandi esterni. 50 erano i comandi esterni di Auschwitz (con riferimento alla sua funzione di KZ e di campo di lavoro forzato, indipendentemente dalla sua natura di campo di sterminio); 129 furono quelli dipendenti da Buchenwald, dal quale nell'ottobre del 1944 derivò come campo autonomo quello di Mittelbau-Dora, tra i più duri campi di lavoro forzato nelle gallerie sotterranee destinate a riparare dai bombardamenti alleati la costruzione delle armi segrete del *Reich*, che generò a sua volta una rete di campi secondari; 197 quelli dipendenti da Dachau; 97 quelli facenti capo a Flossenbürg; 62 quelli dipendenti da Mauthausen; 90 quelli di Neuengamme; 45 quelli di Ravensbrück; 74 quelli dipendenti da Sachsenhausen. Una esemplificazione e null'altro che esemplificazione, dell'autentica ragnatela di istituzioni concentrazionarie

⁽³⁶⁾ Per tutto ciò G. SCHWARZ, *Die nationalsozialistischen Lager*, Frankfurt-New York, Campus, 1990.

che accompagnarono dentro i confini del *Reich* e all'interno dei territori annessi e occupati i KZ come emblema del Nuovo Ordine europeo. Ricerche più recenti, come quelle condotte in Baviera, attestano come sia tuttora difficile l'identificazione di tutti i luoghi ascrivibili alle attività concentrazionarie, le cui tracce siano state oscurate dal passare del tempo, da incurie della memoria o da intenzionale volontà di fare sparire i segni di un passato non tanto rimosso quanto piuttosto scomodo ⁽³⁷⁾.

Unificati da una serie di regole comuni, i KZ conobbero al loro interno una serie di importanti differenziazioni. Queste dipesero da un complesso di circostanze: determinante fu ad esempio l'epoca della loro creazione, destinate a peggiorare nel tempo, in relazione allo stadio delle operazioni militari e alla natura della popolazione concentrazionaria che vi doveva essere ospitata. Altrettanto caratterizzanti finirono per essere le condizioni della detenzione e la qualità dei lavori che dovevano essere svolti, oltre che — naturalmente — la natura dei comandanti e delle guarnigioni, per quanto consentito dalla generalizzazione dello 'spirito di Eicke' come principio ispiratore unificante. Con il tempo si creò una vera e propria gerarchia nel rapporto tra i diversi KZ a seconda del livello di violenza cui essi erano destinati e quindi anche una scala dei prigionieri a seconda del rigore che doveva essere ad essi riservato. All'inizio di gennaio del 1941 un'ordinanza di Himmler tracciò una schematizzazione dei KZ secondo tre diversi livelli (*Lagerstufen*).

Al primo livello appartenevano i *Lager* che ospitavano detenuti non idonei al lavoro (almeno a quelli pesanti), più anziani, meritevoli di riguardo per ragioni politiche o diplomatiche (ad esempio i religiosi o gli uomini politici di paesi sconfitti, la cui brutalizzazione avrebbe potuto sollevare proteste internazionali). Erano i campi di concentramento destinati « a tutti i responsabili di colpe leggere, senz'altro suscettibili di miglioramento (del loro comportamento) » per casi speciali ed isolamento individuale. A questa categoria appartenevano i *Lager* di Dachau, di Sachsenhausen e lo *Stammlager* di Auschwitz.

⁽³⁷⁾ Cfr. il catalogo della grande mostra promossa dalla Technische Universität di Monaco *Bauen im Nationalsozialismus. Bayern 1933-1945*, a cura di W. NERDINGER, München, Klinkhardt & Biermann, 1993, in particolare pp. 514-537.

Il secondo livello era previsto per coloro che fossero responsabili di «colpe piuttosto gravi, e tuttavia ancora suscettibili di rieducazione e di miglioramento». A questa categoria erano ascritti i *Lager* di Buchenwald, di Flossenbürg e di Neuengamme, nonché Auschwitz II ancora in costruzione e non ancora destinato a campo di sterminio.

Il terzo livello doveva riguardare tutti i detenuti (pur sempre definiti *Schutzhäftlinge*) su cui gravavano «imputazioni pesanti, in particolare che fossero stati anche condannati penalmente e asociali, ossia detenuti non rieducabili» per definizione. In una parola, gli incorreggibili (quelli naturalmente considerati tali) dovevano finire in questa categoria ed essere trasferiti nel *Lager* di Mauthausen. Unico della terza lista, il campo di Mauthausen veniva ad assumere per il rigore del trattamento che vi si prospettava una funzione assai prossima al campo di sterminio, senza appartenere tecnicamente a questa separata categoria⁽³⁸⁾.

Nel 1942 nel rinnovare la gerarchia dei KZ alla luce degli avvenimenti intervenuti e dei nuovi *Lager* aperti nel frattempo, Himmler ridefinì le attribuzioni alle singole categorie: al livello I si collocavano Dachau e Sachsenhausen, al livello II Buchenwald, Natzweiler, Flossenbürg, Stutthof, Neuengamme e Lublino, al livello III, oltre a Mauthausen, era compreso anche il nuovo KZ Gross-Rosen nell'area della Slesia meridionale⁽³⁹⁾.

Una verifica empirica del significato della gerarchia dei campi stabilita da Himmler può essere fornita dai dati sulla diversa mortalità nei diversi KZ in quanto indici del livello delle condizioni che consentivano la sopravvivenza dei detenuti. Come è evidente, si tratta di risultati di stime, le più attendibili alle quali è possibile attingere; si tratta di dati che, per quanto incompleti per mancanza di fonti statistiche dirette, hanno tuttavia un sufficiente valore orientativo. Ora, se si escludono i campi di sterminio, per quanto

(38) M. BROZAT, *Nationalsozialistische Konzentrationslager* cit., pp. 107-108; K. ORTH, *Das System der nationalsozialistischen Konzentrationslager* cit., pp. 86-87 e *passim*.

(39) A. KONIECZNY, *Das Kz Gross-Rosen in Niederschlesien*, in *Die nationalsozialistischen Konzentrationslager. Entwicklung und Struktur* cit., pp. 309-326; I. SPRENGER, *Das Kz Gross-Rosen in der letzten Kriegsphase*, ivi, pp. 1113-1127.

riguarda i campi KZ gli indici di mortalità più elevata si riferiscono a Mauthausen, secondo la seguente tabella:

	Deportati	Morti	(registrati a vario titolo)
Mauthausen	197.464	95.000	
Buchenwald	238.980	35.475	
Dachau	206.206	31.591	
Sachsenhausen	200.000	61.085	
Ravensbrück	152.000	30.000	
Flossenbürg	100.000	30.000	

Una graduatoria, ripetiamo, fondata soltanto in parte su statistiche complete, che riguarda unicamente i morti registrati e non comprende pertanto gli ebrei, i commissari politici dell'Armata rossa e tutti coloro che sostarono o transitarono dai KZ spesso soltanto il tempo necessario perché fossero eseguite a loro carico le procedure di esecuzione capitale ⁽⁴⁰⁾.

Occorre ribadire, come già in precedenza anticipato, che la schematizzazione dello sviluppo e delle categorie di KZ descritta rappresenta il campo di concentrazione per così dire allo stato puro. La realtà degli eventi soprattutto sul finire del conflitto mondiale e all'inizio del collasso del sistema nazionalsocialista nel suo complesso fece saltare molti dei limiti formali che esistevano tra le competenze dei diversi organi dello stato rimescolando ogni schema precostituito.

La descrizione del sistema non esime dal tentare di analizzare quale fu il suo significato complessivo al di là della sorte dei deportati, che è ovviamente al centro di ogni ricostruzione del campo di concentrazione e soprattutto della memorialistica dei sopravvissuti. Nessuno meglio degli ex deportati ha descritto il processo di annientamento della dignità umana, di distruzione della personalità e di atomizzazione di ogni forma di socializzazione realizzato nel *Lager*. Lungi dal realizzare l'opera di rieducazione che

⁽⁴⁰⁾ Sottolinea i limiti delle statistiche dei *Lager* partendo dal caso da lui studiato H. STEIN, *Funktionswandel des Konzentrationslagers Buchenwald im Spiegel der Lagerstatistiken*, in *Die nationalsozialistischen Konzentrationslager* cit., pp. 167-192.

all'inizio alcuni dei capi nazisti avrebbero voluto assegnare all'istituto concentrazionario, il campo di concentramento doveva dimostrare essenzialmente la sua funzione distruttiva nei confronti dei nemici reali o presunti dello stato nazionalsocialista. Tutti coloro che si sono accinti ad analizzare il regime nazionalsocialista non hanno potuto prescindere dal considerarne innanzi tutto il carattere di regime di massa quale si è andato affermando tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento nell'era della industrializzazione, della tipizzazione della produzione e dell'espansione dei consumi, che hanno comportato l'assunzione a livello collettivo di modelli di comportamento e di consumi e non solo di gusti. Se la disciplina di fabbrica ha rappresentato uno dei fattori principali per l'adozione di comportamenti collettivi omogenei, non minore influenza ebbe nell'era dell'imperialismo e delle guerre mondiali la generalizzazione di una disciplina di tipo militare destinata a travolgere e non solo a stravolgere il significato d'eguaglianza che era implicito nelle prime esperienze di leve militari, assimilabili alle prime prove della scolarizzazione di massa. In realtà, la creazione di strutture forti dello stato moderno in paesi come la Prussia prima e la Germania dopo, dotati di una macchina burocratica possente e di una altrettanto forte organizzazione militare, ha grandemente agevolato i processi di accentramento e di assolutizzazione del potere quali dopo la parentesi weimariana si sarebbero sviluppati e definiti nello stato nazionalsocialista, come in tutti i regimi di tipo fascista, rendendo necessario distinguere tra ciò che di specificamente fascista è stato introdotto in tutti i campi, politico, economico, culturale, giuridico da questi regimi e quanto appartiene ad esperienze generali di sviluppo delle funzioni dello stato nell'epoca contemporanea già a seguito della prima guerra mondiale e successivamente della grande crisi.

Nel sistema nazionalsocialista il campo di concentramento ha rappresentato lo strumento del terrore che esasperava al limite dell'estremo e dell'assurdo i principi dell'esclusione e della gerarchizzazione che regnavano nella *Volksgemeinschaft*: la scala dei privilegiati membri della comunità di pieno diritto e di coloro che in ordine decrescente finivano per scadere a paria della società. In una società altamente formalizzata l'appartenenza all'una o all'altra categoria circoscriveva l'ambito della vita e della morte, il discrimine

tra chi godeva della sudditanza piena (essendo escluso che si potesse parlare di cittadini secondo la tradizione illuministica della Grande Rivoluzione) e chi invece essendone escluso viveva nella condizione di prigioniero dello stato, inserito in una delle categorie che definivano coloro che non erano ammessi alla *Volksgemeinschaft* e che restandone fuori erano esposti non solo all'emarginazione giuridica ma anche ai rischi della distruzione fisica. Nella riorganizzazione dell'Ufficio centrale della sicurezza del *Reich* (RSHA, *Reichssicherheitshauptamt*), come cuore e cervello della *Gestapo*, operata da Himmler nel 1939 all'inizio della guerra, le categorie dei nemici vennero raggruppate in alcuni dipartimenti: al IV A comunismo, marxismo e organizzazioni collaterali; liberalismo; al IV B cattolici, protestanti, ebrei; sette; massoneria ⁽⁴¹⁾. La codificazione delle principali categorie dei nemici non esaurì le funzioni del RSHA, che intervenne nella lotta contro omosessuali, cosiddetti asociali, malati di mente e Sinti e Rom, con un esteso apparato organizzativo e personale che dalla centrale berlinese si ramificò capillarmente a livello locale.

L'esistenza del campo di concentramento non fu rilevante soltanto per la sorte degli internati. Abbiamo già sottolineato come la funzione dell'istituzione concentrazionaria come strumento di intimidazione nei confronti della popolazione nel suo complesso abbia rappresentato uno degli strumenti più convincenti della dominazione del terrore. Va ricordato anche come intorno al KZ si fosse costituito un corpo militarizzato di persone di guardia, che darà vita alla divisione 'teste di morto' che fu guidata dallo stesso Eicke sul fronte orientale e che ispirerà almeno in parte l'etica e i comportamenti delle Waffen-SS. Tuttavia lo spazio dei KZ nell'articolazione dello stato nazista merita un'ulteriore attenzione. Talvolta nella letteratura si legge che le SS costituirono una sorta di stato nello stato. Ciò è sicuramente vero se con questo si intende riferirsi non tanto al corpo delle SS come tale, che dopo il 1936 entrò organicamente a fare parte delle strutture statali, quanto al potenziale che nell'equilibrio dei poteri all'interno del Terzo Reich Himmler riuscì

(41) M. WILDT, *Generation des Unbedingten* cit., pp. 336-345; *Topographie des Terrors. Gestapo, SS und Reichssicherheitshauptamt auf dem "Prinz-Albrecht-Gelände". Eine Dokumentation*, a cura di R. RÜRUP, Berlin, Verlag W. Arenhövel, 2001, pp. 70-81.

ad esercitare. Da questo punto di vista la struttura concentrazionaria non valse soltanto a caratterizzare le istituzioni del terrore del regime; essa fu anche e soprattutto lo strumento di forza di Himmler nell'articolazione e nell'equilibrio dei poteri nel Terzo Reich.

Una svolta nella crescita del potere di Himmler era stata sicuramente rappresentata sin dal 1938 dall'utilizzazione economica dei prigionieri dei campi di concentramento. Dall'originaria impresa delle SS nelle cave e nella costruzione di laterizi, Himmler promosse successivamente anche l'investimento in materiali di armamento, quantomeno per le esigenze delle SS, più tardi entrò anche nel campo dell'abbigliamento, alla fine aspirò al monopolio della commercializzazione delle acque minerali (in questo caso presumibilmente per una speculazione prevalentemente economica): nel 1944 il 75% della produzione tedesca di acque minerali (territori occupati compresi) si sarebbe trovato nelle mani delle SS ⁽⁴²⁾. Il potere personale di Himmler sconfinava così in settori dell'economia e degli armamenti e della gestione della manodopera ed ormai travalicava i limiti istituzionali delle sue funzioni di capo delle SS e della polizia. Impersonando al di là dei meri aspetti simbolici il volto del terrore nel Terzo Reich, Himmler si pose al vertice della dirigenza nazista con l'ambizione di gestire uno spazio di potere autonomo destinato ad allargarsi sempre più e, con il favore delle condizioni prodotte dalla guerra, a ritmi accelerati. La creazione dopo l'invasione della Polonia di una giurisdizione autonoma per le SS e la polizia, che formalmente venivano svincolate da ogni controllo gerarchico da parte di altri organi dello stato, fece parte del tentativo di allargare una sfera di potere destinata a costituire anche la prefigurazione di comportamenti suscettibili di essere proposti come esemplari all'intera società.

Con il campo di concentramento egli aveva incarnato l'ideale e l'obiettivo di realizzare lo stato d'eccezione in permanenza, il nucleo centrale dal quale avrebbero avuto filiazione l'attuazione della politica della razza sino allo sterminio degli ebrei e il trasferimento del sistema del terrore e della repressione dal territorio del *Reich* ai territori occupati dell'Europa nazista.

⁽⁴²⁾ Dato citato in P. LONGERICH, *Heinrich Himmler. Biographie*, München, Siedler, 2008, p. 500.

I nemici della razza

BARNABA MAJ

LA COSTRUZIONE DELL'EBREO COME NEMICO 'INTERNO' ED 'ESTERNO' NEI TESTI IDEOLOGICI E NELLA PROPAGANDA DEL NAZIONALSOCIALISMO

I. Un modello interpretativo. — 1. Premessa storico-epistemologica. — 2. Antigiudaismo e antisemitismo: questioni di teoria. — 3. Il retroterra storico del dispositivo nazista - L'Antisemitismo tedesco. — II. Mein Kampf - Autobiografia e cronistoria. — 4. Preistoria politica. — 5. Gli anni della 'rivelazione': Vienna. — 6. La lezione della 'strada'. — 7. Un popolo straniero/un corpo estraneo. — III. Conclusioni. — 8. Citizenship - Il Programma del 1920. — 9. Die 'Weltlosigkeit' der Juden - Quale spazio per gli ebrei nel mondo?

I. *Un modello interpretativo.*

externa et domestica odia certare in animis
TITO LIVIO, II, 45, 6

1. *Premessa storico-epistemologica.*

Nella vastissima letteratura storiografica sul nazionalsocialismo le rare analisi di tipo linguistico non hanno mai assunto un peso tale da poter essere considerate come un filone di indagine, paragonabile per esempio all'impatto prodotto dalla *Sozialgeschichte* (1). Nella relativamente non meno vasta letteratura sull'antisemitismo tedesco e poi nazista, che ovviamente presenta larghe zone di connessione e intreccio con la storia del nazismo, accade la stessa cosa (2). Il corpo

(1) Come si vede nell'ampio bilancio critico tracciato da I. KERSHAW, *Che cos'è il nazismo? Problemi interpretativi e prospettive di ricerca*, trad. it. di G. Ferrara degli Uberti, Torino, Bollati Boringhieri, 1995.

(2) Pionieri degli studi in questa direzione: V. KLEMPERER, *LTI. Notizbuch eines Philologen*, Halle, Max Niemeyer, 1957, H. WEINRICH, *Linguistik der Lüge*, München, Beck, 2006 (1965¹) e L. DAWIDOWICZ, *The War Against the Jews, 1933-1945*, London,

centrale dell'analisi che qui proponiamo è invece proprio un'indagine linguistica, applicata in particolare al determinante capitolo iniziale dell'autobiografia hitleriana *Mein Kampf*, riguardante gli anni viennesi e il contesto per così dire linguistico-mentale della celebre 'scoperta dell'ebreo'. Il metodo seguito richiama la *historische Semantik* di Reinhart Koselleck, anche se nel merito specifico si basa su una sostanziale riserva critica verso la sistemazione storica dell'antisemitismo compiuta dalla sua scuola. Il modello interpretativo proposto, infatti, introduce una consistente variante storica. La prima parte dell'analisi, quindi, fornisce i punti cruciali di questo modello, di cui l'indagine linguistica è anche una sorta di verifica. Iniziamo ora con una considerazione storica.

Nell'anno 1919, quando Mussolini il 23 marzo nella Piazza San Sepolcro di Milano fonda i *Fasci italiani di combattimento*, la DAP di Monaco di Baviera — che Hitler stesso di lì a breve chiamerà NSDAP — è un infinitesimale gruppuscolo nella vasta galassia delle formazioni di estrema destra — ovviamente anche antisemite — sorte nel periodo rivoluzionario del primo dopoguerra tedesco ⁽³⁾. Adolf Hitler è andato a studiarlo per incarico della *Reichswehr*. Quando vi aderisce ha la tessera numero 7. Nel novembre 1941 — ventidue anni dopo — è già in atto da cinque mesi la più strategica fra le guerre progettate dal Terzo Reich: l'attacco all'URSS. In apparenza e in termini strettamente militari la categoria è sempre la stessa — il *Blitzkrieg* di archetipica ascendenza napoleonica — ma questa volta si tratta della guerra delle guerre. Il *Kommissarbefehl* del 6 giugno 1941, ossia l'ordine di massacrare sul posto i commissari politici dell'Armata Rossa, è un ordine criminale e un docu-

Weidenfeld & Nicolson, 1975. Di grande spessore P. V. MENGALDO, *La vendetta e il racconto. Testimonianze e riflessioni sulla Shoah*, Torino, Bollati Boringhieri, 2007. Alcuni spunti anche in G. AGAMBEN, *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone (Homo sacer 3)*, Torino, Bollati Boringhieri, 1998. In questa linea è facile incorrere in equivoci, come è capitato persino a George Steiner e Franco Fortini a proposito del termine *Ungeziefer* che ricorre all'inizio della *Metamorfosi* di Kafka, citato come esemplificazione della 'animalizzazione' dell'ebreo nella lingua nazista e che invece di per sé, pur essendo sicuramente usato come dispregiativo, non ha nulla di specificamente nazista. Il testo kafkiano sta anzi quasi sicuramente citando un'espressione del padre, Hermann Kafka.

⁽³⁾ Per una recente panoramica della situazione storica a Monaco cfr. *Revolution! Bayern 1918/19*. Hefte zur Bayerischen Geschichte und Kultur 37, München, Haus der Bayerischen Geschichte, 2008.

mento indiscutibilmente risalente a Hitler. L'ordine è sintomatico, anche perché non ricorre alla sistematica tecnica di *mascheramento* o *mimetizzazione* (*Tarnung*). Rientra, infatti, nella logica di una guerra che mira all'annientamento (*Vernichtungskrieg*) del bolscevismo. La data della famigerata riunione di Wannsee nei pressi di Berlino — il cui contenuto è stato reso accessibile al grande pubblico anche dal recente film *Conspiracy* (2001) di Frank Pierson ⁽⁴⁾ — è di poco posteriore. La riunione del 20 gennaio 1942 non decise lo sterminio del popolo ebraico. Le azioni di rastrellamento e di *etnische Säuberung* (pulizia etnica) compiute da speciali reparti di riservisti nelle retrovie della Polonia — cioè nei vari villaggi rimasti alle spalle durante l'avanzata della *Wehrmacht* — sono elementi di prova di un piano messo in atto già nei primi mesi di guerra. La riunione si limitò a studiare e approvare la sua pianificazione tecnico-scientifica ⁽⁵⁾. L'espressione *Endlösung der Judenfrage* è

(4) Scritto da Loring Mandel e interpretato da Kenneth Branagh — che impersona Reinhard Heydrich, da cui il nome « *Operation Reinhard* » dato alla 'soluzione finale' —, Stanley Tucci (Adolf Eichmann) e Colin Firth (Dr. Wilhelm Stuckart). Il film ha base documentaria. La ricostruzione, infatti, si basa sull'unica copia del 'Protocollo di Wannsee' sopravvissuta fra le 30 rigorosamente top secret preparate da Eichmann e ritrovata negli Archivi del Ministero Affari Esteri del Terzo Reich.

(5) Nella disputa storiografica (*Historikerstreit*) scatenata nel 1986 nella Repubblica Federale Tedesca da Ernst Nolte con il saggio apparso sulla *Frankfurter Allgemeine Zeitung* come prelude al successivo volume sulla *guerra civile europea*, l'autore fra l'altro sostenne che lo sterminio degli ebrei rientrava in una lunga serie di genocidi, da cui si distingueva appunto solo per la specificità della pianificazione scientifico-tecnologica. Una tesi che in seguito ha cercato di 'ritrattare'. A suo tempo S. Weil aveva citato la guerra romana contro Cartagine come precedente storico della violenza nazista. Ma si trattava di una 'suggestione', un esercizio che si potrebbe estendere richiamando per esempio la spietata logica annientatrice della guerra in Vandea durante la Rivoluzione francese o il genocidio degli Armeni durante la Prima Guerra (il modello hitleriano). In termini di epistemologia della scienza storica il ragionamento non ha però nessun valore, proprio perché non tiene conto delle *differenze storiche*, cioè delle differenze dei contesti — politici, giuridici, sociali, mentali e culturali — e quindi della *diversità empirica di categorie omonime* usate dalla conoscenza storica. La formazione filosofica di Nolte è heideggeriana, proviene cioè a sua volta da un contesto metafisico caratterizzato di per sé da una scarsa conoscenza storica, come Löwith aveva ampiamente dimostrato già a metà degli anni Trenta. Prospettive epistemologiche di tipo 'metastorico' o 'transistorico' sono senz'altro legittime solo sulla base di una solida conoscenza empirica della storia stessa, come nei casi per esempio di Marrou o Furet. Tutta la disputa è stata esemplarmente ricostruita e documentata in Italia da Gian Enrico Rusconi.

divenuta sinistramente famosa solo a posteriori, in virtù della conoscenza storica del suo reale contenuto ⁽⁶⁾. Come spesso accade con le formule nazista, essa di per sé dice la verità *negando* la verità. Infatti, si limita a dire che si troverà una soluzione definitiva all'antica e nuova questione giudaica. Il che è vero. Quindi, tornando al punto: la relazione fra queste due date non è una semplice coincidenza. Sappiamo che dal novembre 1941 Hitler cessa sostanzialmente di dare ordini. Nel gennaio 1942 la politica antisemita del Nazionalsocialismo entra nel suo sviluppo estremo, esattamente nel contesto storico della guerra antisovietica e antibolscevica.

Nella storiografia sul nazismo e sull'antisemitismo nazista, Christopher Browning si segnala per avere fornito un convincente nesso esplicativo alla relazione fra questi fatti cruciali. In *The Origins of the Final Solution* lo storico americano avanza due ipotesi correlate degne di attenzione ⁽⁷⁾. La prima è di fatto una soluzione al problema del silenzio di Hitler e, quindi, della mancanza di documenti che riconducano al *Führer* la responsabilità diretta della *Shoah*. Primo fatto: a partire appunto dal novembre 1941 — forse proprio perché è già chiaro che l'operazione Barbarossa non si concluderà prima dell'inverno e questa è certamente un'ombra minacciosa —, Hitler adotta uno stile sempre più oracolare, cioè parla sempre più per cenni e allusioni ⁽⁸⁾. Secondo fatto: a partire

⁽⁶⁾ Un bilancio storiografico complessivo è ora contenuto in *Storia della Shoah. La crisi dell'Europa, lo sterminio degli ebrei e la memoria del XX secolo*, a c. di M. Cattaruzza, M. Flores, S. Levis Sullam, E. Traverso, 5 voll., Torino, Utet, 2005-2006.

⁽⁷⁾ Cfr. C. BROWNING, *The Origins of the Final Solution: The Evolution of Nazi Jewish Policy, September 1939-March 1942*, With Contributions by J. MATTHAUS, London, Heinemann, 2004; trad. it. di E. Basaglia, *Le origini della soluzione finale: l'evoluzione della politica antiebraica del nazismo settembre 1939-marzo 1942*, Milano, Il Saggiatore, 2008.

⁽⁸⁾ L'ipotesi è confermata dal suo paradosso finale. Hitler ha impartito ad Albert Speer l'ordine da questi disatteso di distruggere l'intero apparato industriale tedesco. Vuole la *finis Germaniae* come in uno scenario wagneriano. L'ordine per la sfera pubblica è invece di resistere all'Armata Rossa fino all'ultimo uomo. L'ordine viene eseguito. Ma il popolo non sospetta che il suo *vero* intento è di accelerare l'obiettivo segreto, che resta appunto la distruzione della Germania stessa. Eseguendolo, attua in realtà proprio l'ordine vero, segreto. Non è certo casuale che, con un rovesciamento rispetto al celebre film *Metropolis* (1926) di Fritz Lang, Hitler e il suo comando danno gli ordini dal *sottosuolo*, rinchiusi nel bunker, mentre il popolo muore al di sopra. È

dallo stesso momento, chi prende a parlare sempre più — per esempio con insistiti e ampiamente documentati discorsi proprio sul fronte russo — è Heinrich Himmler, il capo delle SS. Ci sono molti elementi per pensare che Hitler abbia scelto Himmler come portavoce dei suoi ordini e che naturalmente le sfere dirigenti del nazismo lo sappiano. La seconda ipotesi è che la campagna militare contro l'URSS sia strategicamente correlata con una *guerra parallela*, che mira all'annientamento definitivo del popolo ebraico in Europa. Fin dalle origini nel nucleo ideologico e della propaganda nazista bolscevismo, rivoluzione russa e comunismo sono strettamente collegati con l'idea del complotto giudaico, chiave di volta dell'identificazione dell'ebreo come nemico interno (la sconfitta *politica* nella guerra mondiale) ed esterno (l'ebreo internazionale insieme come titolare delle leve della finanza e agente rivoluzionario). La connessione fra le due ipotesi è fornita proprio dall'esame sistematico dei testi dei discorsi tenuti da Himmler, in cui il nesso appare con evidenza. La tesi che se ne ricava è che l'attacco all'URSS, il *Kommissarbefehl* e la *Endlösung* sono in correlazione fra loro. Le guerre di annientamento, quindi, sono *due*, strettamente intrecciate fra loro, non una: contro il bolscevismo (con annesse implicazioni razziali, come già era accaduto in Polonia nel 1939-1940) e contro gli ebrei. Giunta negli USA nel 1941, in quegli anni Hannah Arendt non poteva certo vedere già questa connessione ma ha subito lucidamente compreso che l'antisemitismo nazista aveva assunto le forme di una *guerra*, cui quindi il popolo ebraico doveva rispondere a sua volta *militarmente*: questo è il senso di alcuni suoi interventi di politica militante nella rivista *Aufbau* ⁽⁹⁾. L'esistenza di questa parallela guerra di annientamento è confermata dalla sua continuità, quasi *indipendente* dalle sorti della guerra. Lo mostra il caso di Budapest nel 1945 o il fatto

l'emblema stesso di un mondo capovolto, in cui una sorta di 'divinità infera' continua a emanare fino all'ultimo la sua volontà distruttiva e nichilista.

(⁹) Cfr. H. ARENDT, *Antisemitismo e identità ebraica. Scritti 1941-1945*, a c. di M. L. KNOTT, trad. it. di G. Rotta, Milano, Comunità, 2002. Il settimanale *Aufbau* era edito in lingua tedesca dall'*American Jewish Club* per gli ebrei di lingua tedesca esuli negli USA. Ne tratta fra altri V. MARCHETTI, in *Resistenza e diritto di resistenza: memoria come cultura*, a c. di A. De Benedictis e V. Marchetti, Bologna, Clueb, 2000. È divenuta famosa la frase: « Possiamo combattere l'antisemitismo solo se combattiamo Hitler con le armi in pugno ».

che, nella stretta lingua di terra della Prussia Orientale fra Danzica e Königsberg, in cui centinaia di migliaia di profughi tedeschi cercavano rifugio nella speranza cinicamente delusa dall'ammiraglio Karl Dönitz — il vero erede designato di Hitler — di trovare la flotta che li mettesse in salvo, ancora fra il dicembre 1944 e il gennaio 1945 i campi di sterminio continuarono a funzionare a pieno regime. Lo ha documentato lo storico tedesco di Freiburg Heinrich Schwendemann⁽¹⁰⁾. Notoriamente nel novembre 1944 Heinrich Himmler dichiarò chiusa dal punto di vista pratico la questione giudaica. Ma questa disposizione riguardava in realtà lo smantellamento dei campi, la distruzione degli archivi e dei documenti, in una parola solo la corsa a *cancellare le tracce*.

L'adozione di questo modello interpretativo toglie parecchio senso alla nota, annosa disputa fra *intenzionalisti* e *funzionalisti* a proposito dell'antisemitismo nazista⁽¹¹⁾. In Germania opere storiografiche anche recentissime s'impegnano ancora nella dimostrazione che Hitler *non* era intimamente antisemita, quando un sospetto del genere è stato già avanzato addirittura da Raul Hilberg, il massimo storico della *Shoah*⁽¹²⁾. Ma la questione è totalmente politica. Nell'attuazione del suo programma politico, che giustamente a suo tempo Henri-Irenée Marrou ha catalogato anche come una filosofia della storia⁽¹³⁾, l'antisemitismo ha un ruolo-cardine. L'intuizione hitleriana è il progetto di attuarlo con un metodo sistematico,

(10) Cfr. H. SCHWENDEMANN, *Das Programm der Regierung Dönitz und der Beginn einer Legendenbildung*, in J. HILLMANN, J. ZIMMERMANN (Hg.), *Kriegsende 1945 in Deutschland*, Im Auftrag des Militärgeschichtlichen Forschungsamtes, München, Oldenbourg, 2002, pp. 9-35. Nell'articolo *Ost-Preussen Januar 1945. "Schicket Schiffe!"*, «Die Zeit», 3, 13. Januar 2005 SCHWENDEMANN confuta le menzogne diffuse nel dopoguerra da Dönitz (1891-1980), allora Großadmiral Oberbefehlshaber der Kriegsmarine. In realtà Dönitz sacrificò la popolazione civile, destinando la flotta solo al fronte bellico e continuò a far funzionare i campi di sterminio anche in questa zona. Fino all'ultimo fu il più fedele esecutore degli ordini di Hitler, che per questa ragione lo designò come suo successore,

(11) Cfr. C. BROWNING, *Beyond Intentionalism and Functionalism. The Decision for the Final Solution Reconsidered*, in *The Path to Genocide*, New York, Cambridge U. P., 1992.

(12) Cfr. per es. R. HILBERG, *Carnefici, vittime, spettatori. La persecuzione degli ebrei: 1933-1945*, Milano, Mondadori, 1995.

(13) Cfr. H.-I. MARROU, *La conoscenza storica*, Bologna, Il Mulino, 1997 (1954¹).

sottratto il più possibile a quella emotività personale e/o collettiva che è invece il nucleo originario della *Erlebnis* storica ricostruita in *Mein Kampf*. Il modello storico da scartare, quindi, è quello zarista, che si affidò ai *pogrom*, cioè a tecniche volte a suscitare l'esplosione di collera popolare ⁽¹⁴⁾. In un certo senso, Hitler e il nazismo mirano quindi a *spersonalizzare* l'antisemitismo e in questa direzione la distanza prodotta dall'impiego di apparati tecnici è una soluzione 'coerente'. Ma in termini di conoscenza storica ciò che conta è il funzionamento oggettivo della macchina. Lo testimonia in modo insieme impressionante e paradossale un'osservazione del volume autobiografico scritto durante il periodo di prigionia negli anni '50 da Rudolf Höß: « Heute sehe ich auch ein, daß die Judenvernichtung falsch, grundfalsch war. Gerade durch diese Massenvernichtung hat sich Deutschland den Haß der ganzen Welt zugezogen. Dem Antisemitismus war damit gar nicht gedient, im Gegenteil, das Judentum ist dadurch seinem Endziel viel näher gekommen » ⁽¹⁵⁾. La traduzione che segue è libera: « Oggi mi rendo conto che l'annientamento degli ebrei è stato una falsa via, un errore basilare. Proprio a causa di questo annientamento di massa, la Germania ha

⁽¹⁴⁾ Proprio per effetto dell'organizzazione nazista di *Arbeits- und Vernichtungslager* si tende a sottovalutare il concetto di *pogrom*. La differenza è soprattutto tecnica. Questa parola deriva dal verbo russo *pogrit*, che significa *annientare*: cfr. G. BENSOUSSAN, *Il sionismo. Una storia politica e intellettuale 1860-1940*, trad. it. di M. Guerra, 2 voll., Torino, Einaudi, 2007 (ed. orig. 2002). Una scena di *pogrom* attraverso la costruzione all'annegamento in un fiume ricorre già in *Taras Bul'ba* (1834) di N.V. Gogol. Verso la fine della guerra a Budapest si sono viste di nuovo scene simili, cui accenna anche il film di C. COSTA GRAVAS, *Music box – prova d'accusa* (1989). Anche la notte fra il 9 e il 10 novembre 1938, passata alla storia e alla memoria come *Kristallnacht*, all'epoca fu designata anche con la più esatta denominazione di *Reichspogromnacht*, dato che non andarono distrutte solo vetrine — cosa che preoccupò i nazisti anche per problemi di responsabilità civile, cioè le questioni assicurative per il risarcimento dei danni — ma anche almeno 400 vite umane. Disgustosa per esempio la cronaca di ciò che accadde in Fasanenstraße, una traversa del Kudamm nel pieno centro della zona occidentale di Berlino (Charlottenburg). Peraltro la storiografia tedesca registra per così dire ufficialmente episodi di *pogrom* già a partire dal 1933: cfr. K. W. TOFAHRN, *Chronologie des Dritten Reichs. Ereignisse. Personen. Begriffe*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2003, pp. 18 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. R. HÖß, *Kommandant in Auschwitz. Autobiographische Aufzeichnungen*, hg. von M. Broszat, Stuttgart, Deutsche Verlagsanstalt, 1958, p. 148. La prima edizione italiana: *Comandante ad Auschwitz. Memoriale autobiografico*, Torino, Einaudi, 1960.

attirato su di sé l'odio del mondo intero. All'*obiettivo dell'antisemitismo* esso non è servito per nulla. Al contrario per suo tramite è il giudaismo ad essersi ulteriormente avvicinato al suo scopo finale ».

Chi come Gitta Sereny con le sue celebri interviste ha indagato sulle *tenebre*, gli abissi psicologici di uomini come Rudolf Höß o Albert Speer, alla ricerca di una *chiave di spiegazione* si è messo su una falsa pista. Non perché la psicologia sia un terreno interdetto alla storiografia, come spesso sembra pensare lo stesso *mainstream* storiografico ⁽¹⁶⁾. Al contrario, perché occorre sapere ove l'intersezione è legittima dal punto di vista epistemologico, per esempio quando è in discussione una decisione che chiama in causa la soggettività. Questa pista pecca inoltre di ingenuità letteraria, ignora cioè che la letteratura è il linguaggio profondo della storiografia ⁽¹⁷⁾. Proprio in questa direzione ci sono pagine in *Memorie di una casa morta* (1861) di Dostoevskij sull'assuefazione morale alla signoria sul corpo degli altri assolutamente illuminanti. Indagare la struttura psicologica dei nazisti da Hitler a Höß — che pur essendo stato un comandante resta nella sostanza un *esecutore* — è certamente compito di altissimo interesse storiografico ⁽¹⁸⁾. L'errore sta nel credere di trovarvi *di per sé* il nesso di spiegazione con l'antisemitismo nazista, che è invece un dispositivo in primo luogo linguistico che diventa un'autentica *macchina* politica ⁽¹⁹⁾. La pista scivola inoltre in

⁽¹⁶⁾ Sul tema: S. FRIEDLANDER, *Storia e psicanalisi: saggio sulla possibilità e i limiti della psicostoria*, a cura di M. Tejera, Roma, Il pensiero scientifico 1977 e, con tutt'altra prospettiva, M. DE CERTEAU, *Storia e psicanalisi. Tra scienza e finzione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2006.

⁽¹⁷⁾ È questa una delle acquisizioni più profonde ma ancora largamente incompresa della teoria della storia, della storiografia e della conoscenza storica di M. de Certeau, che porta a coerente sviluppo epistemologico le intuizioni di R. Barthes in tema di *discours de l'histoire*. Grazie ad essa la discussione esce dalle secche della contrapposizione ingenua e alquanto obsoleta fra finzione (letteratura) e 'verità' (storiografia), a suo tempo già superata dalla prospettiva manzoniana.

⁽¹⁸⁾ Il primo studio pionieristico sulla psiche di Hitler di W. C. LANGER, *Psicanalisi di Hitler. Rapporto segreto del tempo di guerra*, Milano, Garzanti, 1975, fu commissionato dall'Office of Strategic Services, Washington, D. C. durante la guerra e pubblicato solo nel 1972.

⁽¹⁹⁾ Usiamo questo termine nel senso attribuitogli da FURIO JESI, che ne ha fatto interessanti applicazioni storiche anche nella ricostruzione di un caso di accusa del sangue ancora in pieno Ottocento: *L'accusa del sangue. La macchina mitologica antise-*

un circolo vizioso, perché dal punto di vista filosofico finisce per porre la questione del « male assoluto », che è pressoché insolubile. La teoria kantiana del male radicale e dell'uomo come « legno storto » è più che sufficiente. Luigi Pareyson, filosofo che sul tema si ispira a Eschilo, Conrad e soprattutto Dostoevskij, ha fornito ipotesi suggestive sull'esistenza oggettiva del male. Il problema non è meno appassionante dell'indagine psicologica, anche se di nuovo non si deve confondere fra la questione metafisica del male e l'indagine psicologica sui suoi moventi. Ecco perché il celebre *reportage* di Hannah Arendt da Gerusalemme sul processo Eichmann ha suscitato tante polemiche ⁽²⁰⁾. La formula della « banalità del male » riassume almeno una parte di quanto si è detto. Nel contesto qui discusso sarebbe per esempio assai più interessante indagare il dispotismo della burocrazia come potere anonimo e deresponsabilizzante, cioè l'altra faccia — oggettiva — della banalità del male. In forma quasi parodistica il ragionamento del burocrate Höß sembra infatti weberiano, richiama cioè la logica mezzi-fini. Il senso weberiano che qui intendiamo cogliere è invece altra cosa, mira ad applicare fino in fondo la così spesso fraintesa *Wertfreiheit*. La traduzione tradizionale con « avalutività » è ingannevole. Il concetto weberiano contiene un principio di epistemologia storica: non formuliamo giudizi sul valore di un fenomeno storico ma lo comprendiamo alla luce del 'sistema di valori' che ne costituisce il fondamento e il contesto storico. In base a questo principio, si tratta allora appunto di capire in che modo l'ideologia e la propaganda nazista ha potuto costruire il dispositivo politico dell'*ebreo come nemico* fino al punto da potergli muovere una guerra di annientamento e perché questa macchina ha funzionato con tale efficienza. A questo scopo occorre certamente tornare anche al contesto originario, cioè alle fonti e allo sviluppo dell'antisemitismo tedesco a partire dalla terza/ultima decade del XIX secolo. Ma ai fini della nostra analisi è necessaria un'ulteriore premessa.

mita, a cura di D. Bidussa, Torino, Bollati Boringhieri, 2007 (Brescia, Morcelliana, 1993¹).

⁽²⁰⁾ *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, Feltrinelli, 1964¹ (ed. originale 1963).

2. *Antigiudaismo e antisemitismo: questioni di teoria.*

È un topos storiografico distinguere fra tre fasi: l'ostilità nei confronti del popolo ebraico e il giudaismo nel mondo antico, l'antigiudaismo cristiano a partire dalla posizione che San Paolo assegna al giudaismo nella *Heilsgeschichte* ⁽²¹⁾ e l'antisemitismo come ideologia politica nella storia contemporanea, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento. Possiamo qui ovviamente prescindere dal mondo antico, anche se non sarebbe irrilevante rievocare l'autentico sfondo storico dei conflitti politici che determinarono l'affermazione del Cristianesimo come religione ufficiale nell'impero romano. Qui è naturalmente molto più importante la distinzione fra antigiudaismo e antisemitismo. In prima istanza il fondamento di questa distinzione appare incontestabile: l'antigiudaismo è una posizione *teologica* e *religiosa*, l'antisemitismo è un'*ideologia politica*, che prescinde dalla questione religiosa. Sotto questo aspetto il Nazionalsocialismo avrebbe portato a perfezione l'antisemitismo puramente politico, innestandolo sul terreno del suo biologismo politico su base razzista. Questo raccordo è determinante ai fini della definizione dell'ebreo *come nemico*. Esso viene definito, infatti, in base alla sua appartenenza razziale o etnica, a prescindere dalla sua posizione religiosa (*Konfession*). Georg Simmel (morto nel 1918) per esempio sarebbe stato definito come ebreo indipendentemente dal fatto che si era convertito al protestantesimo. L'elemento razziale richiama inoltre l'appartenenza a una stirpe in base al *sangue* e questo richiama a sua volta l'antico motivo delle accuse del sangue riconvertito nell'equivalenza metaforica fra il sangue e il liquido — tipicamente moderno perché astratto e intellettuale, come aveva dimostrato proprio Simmel in *Philosophie des Geldes* (1900) — vitale della società: il *denaro*. L'ebreo in tal modo è un nemico insieme politico, economico e razziale. Il nazismo incorpora storicamente l'ideologia *völkisch* ⁽²²⁾ ma trasferisce sul piano internazio-

⁽²¹⁾ P. STEFANI, *L'antigiudaismo. Storia di un'idea*, Roma-Bari, Laterza, 2004 illustra esemplarmente questo nesso della cosiddetta *teologia della sostituzione*.

⁽²²⁾ Lo studio di questa relazione è l'obiettivo centrale dell'intera opera storiografica di G. L. MOSSE a partire da *The Crisis of German Ideology. Intellectual Origins of the Third Reich*, New York, Grosset & Dunlap, 1964, cui sotto il profilo della ricostruzione ideologica va aggiunto il nome di K. D. Bracher a partire dallo studio del 1955 sulla dissoluzione della Repubblica di Weimar.

nale l'idea della lotta di classe — interpretare il nazismo come un movimento nazionalista con prospettive di pura politica interna è certamente un errore — e depura l'idea di popolo, basata sull'identificazione con l'*Arbeiter* come *erede* (*Erbe*) della *tradizione* (Ernst Jünger), da ogni possibile contaminazione razziale. È nella *relazione* (non nella loro somma) di queste due prospettive — interna ed esterna — che l'elemento ebraico deve essere *eliminato*. Non è l'*identità nazionale tedesca*, dunque, a definire l'ebreo ma al contrario è la definizione dell'ebreo come corpo estraneo a *svolgere una funzione vitale* per definire questa identità.

Un quasi marginale esempio storico aiuta a chiarire la questione. Poiché la perfezione non esiste e anche la perfetta macchina totalitaria ha le sue disfunzioni, nel territorio del Reich la vasta e ramificata legislazione antiebraica nazista è costretta a prevedere un'eccezione nel caso del matrimonio: tedeschi sposati con ebrei — ebrei sposate con tedesche. La disfunzione legale fu nel primo caso brillantemente superata grazie al comportamento sociale: la stragrande maggioranza degli uomini tedeschi ricorse al divorzio. Nel secondo caso l'inceppo fu maggiore. Il film *Rosenstrasse* (2003) di Margarethe von Trotta ha un fondamento di verità storica⁽²³⁾. Ma la confusione fra le due questioni, politica e religiosa, e la conseguente frizione con la Chiesa cattolica prodotte dalla legislazione antiebraica italiana del 1938 a proposito dei matrimoni misti dimostra comunque come il nazismo avesse raggiunto ben altro livello di *politicizzazione* dell'antisemitismo. In un'interpretazione strumentale della logica mezzi-fini traspare anche l'economicità semplificatrice del ragionamento: l'ebreo resta ebreo a prescindere dai suoi vincoli religiosi e *come tale* va colpito. Non può perciò cercare scampo nella conversione religiosa. La vera differenza è che, a prescindere da alcune voci allora isolate come la sinistra figura di

(23) N. SCHRODER, *Le donne che sconfissero Hitler. Rosenstrasse '43: resistenza di alcune donne contro la deportazione degli ebrei*, Parma, Pratiche, 2001 è un'opera memorialistica sulla vicenda. L'episodio storico si riferisce alle ultime deportazioni di ebrei in Germania. Rosenstrasse è il nome della strada di Berlino in cui si trova l'edificio in cui furono rinchiusi gli ebrei. Davanti ad esso sostarono per protesta le loro mogli tedesche. Il caso più noto di ebreo salvato dalla moglie (Eva) è il citato filologo Viktor Klemperer.

Giovanni Preziosi (che entrò sicuramente in rapporti con Hitler prima della sua ascesa al potere ⁽²⁴⁾) e i Gesuiti ⁽²⁵⁾, in Italia non esisteva una massiccia tradizione ideologica antisemita come si era invece formata in Germania.

La distinzione su cui si basa questa tradizionale interpretazione storico-ideologica trascura però tre fattori sostanziali. Primo fattore: la prima parte di *The Origins of Totalitarianism* di Hannah Arendt ha messo in luce che, nella crisi verticale degli stati-nazione di matrice ottocentesca rivelatasi a pieno con la Prima Guerra Mondiale e nel primo dopoguerra, nel panorama europeo l'ebraismo si trova nella delicata posizione *politica* di essere l'unico elemento realmente internazionale, provato dal suo ruolo nelle trattative di pace ⁽²⁶⁾. E il Nazionalsocialismo è un movimento dagli obiettivi internazionali, non puramente nazionali, in altre parole la sua matrice è assai più di politica estera che interna. Quando nel secondo dopoguerra Thomas Mann ha osservato che è giunta l'ora di pensare a una *europizzazione della Germania* dopo un'epoca che ha delirato sulla *germanizzazione dell'Europa* ha colto nel segno forse ancora più di quanto lui stesso sapesse. Il nazismo è in primo luogo una *rivoluzione ideologica* che aspira a una forza a suo modo semplificatrice come il cristianesimo, ha scritto con esattezza Josef Goebbels ⁽²⁷⁾. E il suo obiettivo finale è un *nuovo ordine europeo*, che si

⁽²⁴⁾ Prete spretato, fu il primo traduttore italiano (dall'inglese) dei *Protocolli dei Savi Anziani di Sion* (cfr. S. ROMANO, *I falsi protocolli. Il 'complotto' ebraico dalla Russia di Nicola II a oggi*, Milano, Corbaccio, 1992). Pubblicò dal 1913 al 1943 la rivista *La vita italiana all'estero*, cui Hitler collaborò sotto pseudonimo con un articolo. Insieme a Roberto Farinacci faceva parte della pattuglia più filonazista del fascismo italiano (che per la verità lo guardò sempre con sospetto). Durante il periodo della Repubblica di Salò visse soprattutto in Germania ma fu fra gli uomini-chiave nella deportazione degli ebrei italiani.

⁽²⁵⁾ Cfr. R. DE FELICE, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, Prefazione di D. Cantimori, Torino, Einaudi, 1961.

⁽²⁶⁾ H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1951; trad. it. di A. Guadagnin, *Le origini del totalitarismo*, Introduzione di A. MARTINELLI, con un nuovo saggio di S. FORTI, Comunità, Milano, 1999 (1967¹), pp. 30-31.

⁽²⁷⁾ J. GOEBBELS, *Wesen und Gestalt des Nationalsozialismus*, Schriften der Deutschen Hochschule für Politik, hg. von P. Meier-Benneckenstein, Heft 8, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1935, p. 10. L'obiettivo della costruzione di una nuova religiosità

inscrive dunque — ecco la matrice della filosofia della storia — nella storia dell'idea d'Europa (28). Mosse ha delineato un quadro storico cha va dal colloquio ebraico-tedesco alla guerra tedesca agli ebrei, in altre parole una parabola che va dal cosmopolitismo della *Lessing-Zeit* alla rottura prodotta dal nazionalismo e portata a compimento da Hitler (29). È un modello che va corretto. Anch'esso corre il pericolo, infatti, di non cogliere la differenza fra l'antisemitismo dell'epoca imperialista del Secondo Reich e l'antisemitismo nazista. Quest'ultimo individua l'ebreo come nemico innanzi tutto sul *piano internazionale*, cioè come un ostacolo nell'attuazione dell'*idea nazista di Europa*.

Secondo fattore: le matrici della *secolarizzazione*. Quanto sia controverso il concetto di secolarizzazione, usato così correntemente e superficialmente in tutti i campi, è dimostrato dalla feroce polemica che Karl Löwith e Hans-Georg Gadamer hanno scatenato contro *Die Legitimität der Neuzeit* di Hans Blumenberg (30). Ma in questa enorme questione rientra anche quella più direttamente politico-religiosa riguardante il ruolo storico attribuito al *giudaismo* nella frattura epocale prodottasi in Europa con la Rivoluzione francese. È qui il vero contesto originario della campagna gesuitica, cui si è accennato. Come è facile documentare attraverso la rivista *La civiltà cattolica*, questa campagna prende forma proprio negli anni Settanta dell'Ottocento, in coincidenza con la formazione dell'antisemitismo definito come *politico*. Ma il suo senso profondo non può essere colto in pieno se si prescinde dal suo retroterra di *interpre-*

germanica chiamata a sostituire sia il cristianesimo che il giudaismo è in qualche misura delineato in A. ROSENBERG, *Der Mythos des 20. Jahrhunderts. Eine Wertung der seelisch-geistigen Gestaltenkämpfe unserer Zeit*, München, Hoheneichen, 1930, testo di enorme popolarità. La fonte di Rosenberg è però in realtà un confuso nietzscheanesimo. Come Mann scrisse di Spengler, anche Rosenberg è una (ancor meno astuta) 'scimmia nietzscheana'.

(28) Ci riferiamo proprio alla questione rigorosamente storiografica qual è affrontata per esempio da A. Momigliano e F. Chabod.

(29) G. L. MOSSE, *Il dialogo ebraico-tedesco. Da Goethe a Hitler*, trad. it. di D. Vogelmann, Firenze, Giuntina, 1995 (1988¹); *Ebrei in Germania tra assimilazione e antisemitismo*, trad. it di P. e C. Candela, Firenze, Giuntina, 1991.

(30) Cfr. *Hans Blumenberg. Mito, metafora, modernità*, a cura di A. Borsari, Bologna, Il Mulino, 1999 e *Hans Blumenberg e la teoria della modernità*, a cura di B. Maj, « Discipline filosofiche », 1, 2001, Macerata, Quodlibet.

tazione teologica della storia. Non a torto questa interpretazione vede la radicale *immanentizzazione* della realtà storica come effetto centrale dell'Illuminismo e della Rivoluzione. Sul piano della storia del pensiero filosofico Löwith ha correttamente collocato la « frattura rivoluzionaria » nell'Ottocento tedesco e poi europeo, in particolare nella fase di dissoluzione del sistema hegeliano. Ma essa è del tutto impensabile senza questa premessa storica riguardante la seconda metà del Settecento, in cui si delinea non solo una nuova concezione *ontologica* della realtà storica ma anche una nuova idea dell'essere dell'uomo nel mondo: il binomio di *storicità* e *homo historicus* ⁽³¹⁾. La trama segreta della discussione romantica sul medioevo europeo non è certo un motivo di puro *revival* storico-letterario ma consiste in realtà nella questione della *continuità* della storia ⁽³²⁾, che si presenta come aporetica già nel cuore stesso delle filosofie illuministe sul progresso e il perfezionamento del genere umano alla Herder (come immediatamente aveva intuito Kant quando parla della « ingiustizia cronologica »). Ma, e qui non importa se a torto o a ragione, filoni dell'interpretazione gesuitica della storia hanno stabilito una *connessione* o addirittura una *convergenza* fra immanentizzazione della storia — il cui pendant politico è il liberalismo e poi il socialismo — e tendenze parimenti storicizzanti e immanentizzanti della religione giudaica, creando con ciò un dispositivo-ponte di cui si coglie un'eco molto sintomatica nello stesso *Mein Kampf*.

Questo lontanissimo retroterra riappare carsicamente nel 1938, quando la *Civiltà cattolica* polemizza contro l'ideologia razziale o più precisamente antisemita che organi di stampa direttamente fascisti come *Critica fascista* diretta da Giuseppe Bottai (su cui scrive anche Farinacci) o fiancheggiatori come *La difesa della razza* vanno sviluppando in preparazione delle leggi antisemite. Questa polemica è la prosecuzione di una più vasta posizione antinazista, certamente

⁽³¹⁾ Con efficace formula E. Cassirer lo definisce come primato del *divenire storico* e indica in Barthold Georg Niebuhr il suo primo esponente.

⁽³²⁾ Non a caso, come ha mostrato N. Frye, il mito del peccato originale e della 'caduta originaria' dell'uomo svolge nella costellazione della mitologia romantica un ruolo focale. Lo mostra l'opera più importante da essa prodotta, ossia l'*Einleitung in die Philosophie der Mythologie* (lezioni del 1842) di F. W. J. Schelling che ha peraltro avuto alcune interpretazioni cabalistiche ignote ai più ma non a esponenti del giudaismo tedesco (berlinese per la precisione) del Novecento come Scholem e Benjamin.

ispirata da papa Pio XI. A ragione la *Civiltà cattolica* non ha dubbi nel constatare che qui si tratta di una logica amico-nemico. Non meno a ragione coglie con precisione la profonda natura *neopagana* del nazismo. Capisce quindi che il nazismo è una minaccia contro il cristianesimo e l'Europa come *cristianità* ⁽³³⁾, per usare l'espressione di Novalis. Ma nel registrare (necessariamente) gli atti di evidente ostilità antiebraica del nazismo — dalle leggi di Norimberga del 1935 alla *Kristallnacht* (9/10 novembre 1938) — in certo senso ne compie una derubricazione, commettendo un errore di valutazione: sappiamo bene che noi cristiani siamo il vostro vero obiettivo — il nemico primario —, gli atti antiebraici sono una mossa tattica, un diversivo che non ci inganna. Questo argomento purtroppo disconosce la connessione nel momento stesso in cui la evoca. Con il nazismo prende forma un'antica idea, che corre sparsamente a partire dalla polemica sulla Rivoluzione francese che divide il fronte ideologico, politico e religioso dell'Europa già a partire dal 1796 ⁽³⁴⁾: staccare l'Antico Testamento dal Nuovo. Ma prende forma con realismo politico assoluto, cioè partendo dalla premessa che nel presente storico questa separazione è *impossibile*. Si può realizzarla sul piano teologico nella lunga durata, preparandola nel presente con una *concreta azione* storico-politica, che quindi *concettualmente* include l'idea dell'eliminazione. Su scala minore la difficoltà in cui si trova la rivista gesuitica è rivelata dal fatto che nel 1938 non appare in grado di replicare in modo efficace all'argomento di parte fascista, anche se assai grossolanamente esposto: non comprendiamo la vostra polemica, in fondo stiamo attuando e realizzando con coerenza politica quanto voi stessi andate scrivendo già dal secondo Ottocento. Per cui il richiamo storico della *Civiltà cattolica* alla tradizionale politica del 'ghetto' appare anacronistico, per così dire fuori tempo massimo.

Le osservazioni precedenti conducono direttamente al terzo

⁽³³⁾ A distanza di più di sessant'anni l'appassionata perorazione di papa Giovanni Paolo II a favore del riferimento alle radici cristiane (cristiano-giudaiche?) nella Costituzione Europea è in sé un argomento storico che prova a posteriori la persistente rilevanza della questione.

⁽³⁴⁾ Già nell'immediato dopoguerra questo è un punto chiarissimo per C. SCHMITT, *Politische Romantik*, Berlin, Dunckler & Humblot, 1919.

fattore: la *questione teologica* ⁽³⁵⁾. Si tratta del problema più *omesso*, in certo senso della mancanza più seria nella letteratura sull'antisemitismo tedesco, forse perché chiama in causa appunto la coscienza cristiana dell'Europa ⁽³⁶⁾. È noto che, a proposito della persecuzione e dell'eliminazione degli ebrei, Hitler ha citato un precedente storico, facendo osservare che nessuno si ricordava più del genocidio degli Armeni, chiaramente prevedendo così che, con la loro sparizione, dell'esistenza stessa degli ebrei nel tempo si sarebbe perduta ogni traccia nella memoria storica. Se con il cosiddetto progetto *Euthanasie* dovevano essere eliminati elementi geneticamente pericolosi per lo sviluppo della razza, se nella vasta classificazione degli *Untermenschen* ⁽³⁷⁾ — dagli zingari agli slavi — si va dall'eliminazione alla riduzione in schiavitù, di nessun altro nemico della Germania nazista si dice con tanta chiarezza che non devono restarne tracce neppure nella memoria. Non c'è un documento storico che ci permetta di interpretare in chiave teologica questo aspetto come sicura conoscenza storica. Tuttavia esiste lo strumento

⁽³⁵⁾ Importanti in questa direzione alcuni spunti del saggio di E. CONTE, C. ESSNER, *Culti di sangue. Antropologia del nazismo*, trad. it. di A. Michler, Roma, Carocci, 2004.

⁽³⁶⁾ Un esempio eclatante è il volume *Ordinary Men. Reserve Police Battalion 101 and the Final Solution in Poland*, New York, Harper Perennial, 1993 di C. BROWNING (l'appendice all'edizione italiana *Uomini comuni*, Torino, Einaudi, 2004 riporta anche l'assai pertinente polemica con Daniel Goldhagen e la sua tesi sui tedeschi come volontari carnefici di Hitler). Il testo dello storico americano è ricco di spunti antropologici di grande interesse. Esso analizza dettagliatamente origine, educazione, ambiente e formazione degli uomini, quasi tutti provenienti da Amburgo, che composero il battaglione di riservisti di cui ricostruisce l'azione nelle retrovie polacche. Tutto, tranne la loro *formazione religiosa*. Questa evidente omissione *storiografica* — quasi trascendentale: è impossibile studiare la violenza storica a prescindere dal contesto funzionale delle religioni — è un ulteriore effetto postumo dal mascheramento nazista. Occorre lavorare a fondo sulle coscienze per sradicare l'idea del peccato, magari in licenza accarezzare a casa i propri bambini quando pochi giorni prima si sono passati per le armi altri bambini. Non basta la psicologia di guerra. Cfr. gli studi di G. MICCOLI.

⁽³⁷⁾ È abbastanza scandaloso che si siano spesi tesori di sottigliezze filologiche per cercare di dimostrare che in Nietzsche *Übermensch* non significa « superuomo » (lettura di destra) bensì « oltreuomo » (lettura di sinistra) senza osservare che questo neologismo è l'antonimo su cui la lingua perversa, pervertita e pervertitrice del nazismo ha costruito *Untermensch*. Non ci vuole molto per notarlo. Inoltre anche un « oltreuomo » per definizione sarà chi si differenzia rispetto a chi è rimasto « al di qua ». Meglio tagliar corto con Kafka: se vai « al di là », l'« al di qua » da cui sei partito è ora il tuo nuovo « al di là ».

logico della *deduzione*. Un ragionamento deduttivo è per esempio il seguente: qual è lo scopo dell'enorme sviluppo del corpo delle SS, affidato alle mani e alla mente ossessiva del giovane (nato nel 1900) Heinrich Himmler? Non ha nulla a che fare con il corpo dei pretoriani di romana memoria. Il concetto-chiave delle SS, cui appunto Himmler lavora notte e giorno, è *Stamm*, stirpe o ceppo. Si tratta di creare il nuovo nucleo della futura stirpe ariana allo stato biologicamente, chimicamente puro. Le due questioni cardinali a questo scopo sono perciò i precedenti anagrafici e il matrimonio. Un membro delle SS deve dimostrare che non ci sono contaminazioni ebraiche del sangue a partire dal 1711. Lo stesso dovrà dimostrare la sua futura sposa. Il matrimonio avviene secondo un *rito germanico* interno al corpo stesso. Questo corrisponde a uno degli elementi subatomici più profondi dell'hitlerismo e dell'ideologia nazista, cioè un'*idea architettonica* che investe tanto il paesaggio — naturale e urbano — quanto la componente antropologica. L'*idea architettonica* si basa sulla premessa della totale *plasmabilità* del mondo. L'*Übermensch* ariano dell'Impero nazista sarà a immagine e somiglianza della nuova, gigantesca Berlino neo-classica progettata da Speer. E non importa che per essere adeguato alla nuova metropoli il nuovo *Olympiastadion* con i suoi 200.000 posti avrà una pista irregolare che supera i 100 metri, tanto — come Hitler garantisce a Speer — le Olimpiadi del futuro si svolgeranno sempre a Berlino, secondo le nuove misure tedesche di atletica leggera. L'antica formula della 'religione politica' con cui questi fenomeni storici sono stati interpretati non è sufficiente. Anche il fascismo è stato una religione politica, si è anzi esso stesso proposto come una *mistica*. Ma il fascismo non si è mai sul serio proposto direttamente come una *religione*, cioè un'ideologia che *davvero* si sostituisse alla religione cattolica. C'è qui un'ineliminabile differenza di fondo dal nazismo. Se anche il fascismo fosse riuscito a soppiantare l'educazione cattolica e a fascistizzare in toto l'infanzia e la gioventù italiana, i giovani italiani avrebbero pur sempre contratto matrimonio apostolico-romano e battezzato i loro figli. Il modello SS prefigura l'opposto, una nuova costellazione fra politica e religione.

L'antisemitismo nazista colloca l'ebreo come nemico numero uno, contro cui condurre la più sistematica e irriducibile guerra di annientamento, per ragioni in cui opera la 'riconversione' degli

argomenti dell'antigiudaismo moderno di matrice settecentesca. La sua efficacia dipende proprio dal fatto di averle perfettamente occultate sotto la maschera — autentica e perciò tanto più efficace — dell'antisemitismo puramente politico. Il primo assioma di questo ragionamento deduttivo è l'eliminazione della Legge. Ma dietro la nuova Legge cristiana — come la chiama Dostoevskij — c'è anche l'antica Legge di Dio, mosaica. L'importanza epocale del romanzo *Der Prozeß* (1914) di Franz Kafka e della parabola *Vor dem Gesetz* inserita nel penultimo capitolo deriva proprio dalla comprensione della profondità dell'abisso in cui è scivolata la civiltà europea, rivelata dalla Prima Guerra Mondiale. L'idea millenaristica del *Dritte Reich* non è una componente puramente emotiva dell'ideologia e della propaganda nazista. Artur Moeller van der Bruck, uno dei massimi esponenti della cosiddetta *conservative Revolution*, che la formula di matrice gioachimita aveva lanciato in un omonimo volume ⁽³⁸⁾, fu poi del tutto dimenticato (a differenza di Oswald Spengler, il cui *Untergang des Abendlandes* del 1918-1922 è stato il libro di maggiore diffusione in Germania negli anni Venti). Ma non la sua idea. Non a caso già Emmanuel Levinas nel 1934, poi Simone Weil e infine Walter Benjamin nel 19139-1940 hanno visto nel nazismo un pericolo per l'intera storia della civiltà europea e occidentale. Quando nello scritto *Über den Begriff der Geschichte* noto come *Tesi di filosofia della storia* ⁽³⁹⁾ Benjamin parla dell'apparizione di un *Anticristo* di fronte al quale neppure i morti sono al sicuro si riferisce ovviamente al nazismo. Ma questa figura dell'Anticristo risale certamente alla letteratura giudaica pre-cristiana. In altre parole, non si può estirpare la Legge cristiana senza procedere all'estirpazione della Legge mosaica. Essa è l'ostacolo *primario* al

⁽³⁸⁾ A. MOELLER VAN DER BRUCK, *Das Dritte Reich*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1923. La formula *conservative Revolution* fu coniata da Hugo von Hofmannsthal nell'infelice discorso tenuto a Monaco di Baviera il 10 gennaio 1927: *Das Schrifttum als geistiger Raum der Nation* e in seguito ripresa dalla storiografia e pubblicistica tedesca a partire dal 1950. La discussione che ne è nata non si è limitata alla storiografia ma si è estesa al dibattito politico, cui in Italia ha partecipato per esempio Julius Evola.

⁽³⁹⁾ Cfr. W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, a cura di G. Bonola e M. Ranchetti, Torino, Einaudi, 1997 e *Sul concetto della storia* (1940) di *Walter Benjamin*, a cura di B. Maj, « Discipline filosofiche », 1, 1994, Firenze, Nuova Vallecchi.

millenarismo nazista. Il popolo ebraico non è solo il popolo del Libro, del monoteismo, della *coscienza morale* (40) e della speranza messianica ma è anche il popolo che con la sua *corporea persistenza millenaria* è testimonianza vivente di tutto ciò. Il che in certo senso è una variante dell'argomento di San Paolo sulla sopravvivenza degli ebrei a testimonianza della verità del cristianesimo.

Tutta l'interpretazione ideologica del nazismo, a cominciare dai magistrali lavori di Bracher, finisce comunque con il ruotare intorno alla diffusissima formula della « religione politica » (41). Ma essa non è una risposta, bensì l'apertura di una domanda, anzi di una serie di domande. Quando nella voce *Ideology* della *Encyclopedia of Religion* da lui diretta, riflettendo soprattutto sulle grandi ideologie del Novecento, lo stesso Mircea Eliade definisce l'ideologia come *Ersatz* o surrogato della religione coglie appunto l'essenza stessa della questione. Per potere prendere davvero il posto della religione, un'ideologia deve costruire una costellazione mitica, riti e pratiche che ne dipendono e di cui la nuova fede si alimenta, un'idea dell'uomo e della sua storia. In altre parole, l'ideologia deve possedere anche una struttura *emozionale* molto profonda, in grado di competere con la fede religiosa (42). Hannah Arendt, che è stata la prima a collegare strettamente l'antisemitismo con le origini del totalitarismo, critica parzialmente la teoria dell'ebreo come « capro espiatorio ». Questa critica va ripresa in altro senso. Il nemico ebreo non è semplicemente il capro espiatorio dell'ideologia nazista, è il nemico frontale all'*altezza del quale* esso può definire il suo compito millenario. Anche tra le fila del nazismo stesso c'era chi temeva che, con l'eliminazione totale degli ebrei e del giudaismo, il nazismo si

(40) Cfr. G. STEINER, *Linguaggio e silenzio. Saggio sul linguaggio, la letteratura e l'inumano*, Milano, Rizzoli, 1972; *Il processo di San Cristobal*, Milano, Rizzoli, 1982; *Dopo Babele. Aspetti del linguaggio e della traduzione*, Milano, Garzanti, 1994.

(41) Tutta l'ultima fase del lavoro storiografico di Emilio Gentile teso a dimostrare il carattere *totalitario* del fascismo è incentrata sulla ricostruzione degli apparati *rituali e parareligiosi* del fascismo.

(42) Dipende da questo l'eccezionale valore di *documento storico* del film *Triumph des Willens* (1935) di Leni Riefenstahl. Non è certo casuale che la discussione storiografica sul valore di questo film, che i dipartimenti americani di storia hanno iniziato a studiare già negli anni Cinquanta, sia ancora apertissima. Insieme al successivo film sulle Olimpiadi berlinesi del 1936 è una pietra miliare per la tesi della *estetizzazione della politica* e la rilevanza del lato rituale/emozionale.

sarebbe trovato per così dire ‘nel vuoto’, senza il nemico con cui definire se stesso e, quindi, nel pericolo di crollare su se stesso.

L’idea del capro espiatorio va semmai recuperata alla luce della geniale intuizione benjaminiana sulla « estetizzazione della politica », così largamente sottovalutata o fraintesa dalla storiografia. L’estetismo viene da lontano. Nella sua essenza significa un’inversione fra la vita e la sua proiezione estetica, per cui la vita vale solo se vissuta come *gesto* estetico. L’estetismo è il naturale alleato del nichilismo. E non c’è dubbio che il nazismo è stato una « rivoluzione del nichilismo », anche se non nel senso prospettato a suo tempo da Hermann Rauschning ⁽⁴³⁾ ma in tutt’altra direzione: se la modernità, come ha scritto Scholem a proposito di Kafka, è l’epoca del « nulla della Rivelazione », il nazismo è il tentativo dell’« annientamento della Rivelazione ». L’estetizzazione della politica è un annullamento della Legge morale, è l’avventurosità della vita spinta oltre la morte, come sfida alla morte stessa: un estetismo della morte come gesto che le dia un senso, uno sdoppiamento fantasmatico e illusorio che in realtà prelude al crimine. Siccome in realtà nessun essere umano, infatti, è in grado di pensare la *propria morte* se non dalla doppia prospettiva di sé ancora vivente (Freud), ma può pensare, anzi sperimentare la *Todeserfahrung* (Rilke) solo come *morte degli altri*, l’estetismo politico si rovescia appunto nel gesto di infliggere la morte agli altri. E questo rovesciamento si eserciterà soprattutto verso chi è più debole, *non estetico* e tanto più intollerabile, se con la sua stessa esistenza appare portatore di quel fardello — intollerabile per l’uomo estetico — che è la coscienza morale e la Legge che la sostiene. Anche se ormai lontana e incerta, infatti, essa continua a emanare il suo splendore, come dice la parabola di Kafka ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ H. RAUSCHNING, *La rivoluzione del nichilismo. Apparenze e realtà del Terzo Reich*, Milano, Mondadori, 1947.

⁽⁴⁴⁾ Per ragioni che qui non possiamo esporre siamo certi che ha intuito tutto ciò il regista Carl Theodor Dreyer, che non ha purtroppo potuto realizzare il suo ultimo progetto sulle radici dell’antigiudaismo, di cui è rimasta la sceneggiatura: *Gesù. Racconto di un film*, Torino, Einaudi, 1969. Ispirato al dramma del pastore protestante Kaj Munk — ideologicamente uomo di destra per così dire ‘nordica’ ma anche resistente antinazista passato per le armi durante l’occupazione tedesca in Danimarca —, il film di ispirazione kierkegaardiana *Ordet* (1955, *La parola*) è una delle opere più essenzialmente antinaziste

3. *Il retroterra storico del dispositivo nazista - L'Antisemitismo tedesco.*

Nella voce *Antisemitismus* dei *Geschichtliche Grundbegriffe* Thomas Nipperdey e Reinhard Rürup sostengono che l'ideologia nazionalsocialista non ha apportato nulla di sostanzialmente nuovo all'antisemitismo tedesco, così come si era formato nel periodo storico precedente ⁽⁴⁵⁾. Se si esamina il *dispositivo* dell'antisemitismo, partendo dalla definizione minimale di « *Kampf gegen die Vorherrschaft des Judentums* » (« lotta contro il dominio del giudaismo ») — la stessa che chiaramente ha poi ispirato la frase sopra analizzata di Höss — è senz'altro così. Ma ciò che i due storici non considerano è che il nazismo ne cambia la *funzione politico-ideologica*, operano cioè una determinante operazione di rifunzionalizzazione (*Umfunktionierung*) politica. In altre parole, se si seguisse questa tesi senza considerare tale variazione fondamentale, *non* si capirebbe perché il nazismo abbia potuto fare dell'antisemitismo l'asse centrale del suo progetto e programma politico *totalitario* (Arendt), portandolo fino all'estremo di una politica di sterminio, che ha comunque coinvolto il popolo tedesco e in certo senso l'Europa stessa. Occorre appunto che questo dispositivo fosse inserito in un progetto politico a suo modo coerente e soprattutto in grado di agire sullo strato emozionale profondo del popolo tedesco. Un'antologia degli scritti antisemiti di Martin Luther ⁽⁴⁶⁾ non diventa un best seller nella Germania degli anni Trenta se non esiste un pubblico di lettori con un suo orizzonte di aspettative, per usare le formule di Hans-Robert Jauss e della sua estetica della ricezione. La storia della formazione dell'antisemitismo in Germania costitui-

che mai siano state concepite. La fede nella resurrezione contro la 'cultura della morte' (di cui ha parlato Elias Canetti) che può insinuarsi nella fede stessa.

⁽⁴⁵⁾ T. NIPPERDEY e R. RÜRUP, *Antisemitismus. Entstehung, Funktion und Geschichte eines Begriffs*, in O. BRUNNER, W. CONZE e R. KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur sozial-politischen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2004 (1972¹), Bd. 1, pp. 129-153, in particolare 150-152.

⁽⁴⁶⁾ A partire dal testo pubblicato a Jena nel 1543 *Von den Juden und ihren Lügen*. L'operazione di recupero di Lutero come capostipite dell'antigiudaismo e dell'antisemitismo trovò non pochi avalli in esponenti non secondari delle chiese protestanti come Martin Sasse di Eisenach, che a Freiburg nel 1938 pubblicò *Martin Luther und die Juden. Weg mit ihnen!*

sce quindi per il nazismo senz'altro un retroterra storico, rispetto al quale non esita a spingersi anche nel lontano passato. Si tratta di una premessa logico-storica che ha per obiettivo una totale *ricontestualizzazione*. Ripercorrerne i momenti fondamentali, quindi, è euristicamente utile proprio per capire gli elementi differenziali, cioè per vedere come funzionano nella contingente lotta politica alcuni aspetti del dispositivo retorico e propagandistico. La tesi della pura continuità non tiene conto del profondo mutamento di clima politico, culturale e spirituale prodotto in Germania dalla guerra e dai Trattati di pace. Nella contingenza storica immediata questi aspetti vanno ricondotti ai motivi di superficie più vistosi e propagandisticamente più efficaci, cioè la *Dolchstoßlegende* e l'ascesa professionale e politica degli ebrei con la Repubblica di Weimar (9 novembre 1918) e l'emancipazione, i due poli fondamentali per la costruzione del dispositivo pubblico del *doppio nemico*, interno ed esterno.

Fra le tante testimonianze di quel cruciale periodo 1918-1919, una fra le più acute risale allo storico, filosofo e biblista Franz Rosenzweig, allievo di Heinrich Rickert e di Friedrich Meinecke. In *Stern der Erlösung*, opera di metafisica e teologia pubblicata nel 1921, c'è anche una riflessione sulla nuova costellazione storica prodotta dalla guerra, in cui rientra la questione della posizione degli ebrei in Germania. Nell'edizione tedesca del 1976, Reinhold Mayer la riassume così: « Sebbene dopo la Prima Guerra Mondiale gli ebrei in Germania per la prima volta godessero di piena titolarità dei diritti e dei doveri di cittadinanza, la loro attiva partecipazione allo sviluppo della cultura e della politica era stata respinta dalla maggioranza del popolo tedesco. Lo sguardo di Rosenzweig non si è lasciato abbagliare dalle apparenze ma ha saputo penetrare a fondo, cogliendo uno strato profondo in cui continuavano a persistere quasi inalterate le strutture medievali. A differenza di altri ebrei che si lasciarono ingannare da un progresso esteriore, egli prese molto più sul serio l'effettiva realtà storica a lui contemporanea. Non c'era posto per gli ebrei né nella concezione *veterocristiana* dell'ordine sociale né nell'ideologia post- o anticristiana per esempio degli 'antisemiti'; l'appartenenza era ovviamente decisa secondo il principio del 'noi', escludendo regolarmente gli ebrei. Eliminare gli ebrei (*Juden auszuschalten*): l'obiettivo è comune, si tratti di tentativi

politici di tipo ecclesiale-evangelizzante o di tipo neopagano-criminale (*der neuheidnisch-gewalttätige Versuch*). La pretesa a una verità assoluta incorporata nella chiesa cristiana o nella nazione tedesca non lascia agli ebrei nessuno spazio aperto né a un incontro di fattiva collaborazione né alla corresponsabilità, anzi neppure alla compassione » (47). Purtroppo Rosenzweig è morto nel 1929. L'eccezionale interesse di questa testimonianza consiste nella precoce percezione dell'apparizione della nuova tendenza politica neopagana disposta ad atti di violenza criminale, che si affianca agli orientamenti politico-sociali di ispirazione cristiana, senza essere da questi contrastata. È la constatazione di una convergenza fra differenti tempi storici, fra l'antisemitismo di lungo periodo e quello del presente storico prodotto dalla guerra. È quest'ultimo comunque ad essere qualificato dal trattino di unione *neuheidnisch-gewalttätige*, cioè letteralmente: un « tentativo neopagano pronto a compiere atti di violenza criminale ». È proprio su questa nuova disponibilità al crimine che ha insistito Hannah Arendt nell'acutissima sezione dedicata alla *Recherche* di Marcel Proust, al *Faubourg Saint Germaine* e all'Affaire Dreyfus (48). Non stiamo pensando all'assimilazione del nazismo al modello di banda gangsteristica — principale pecca dei drammi brechtiani in tema (49) —, bensì all'ultimo film

(47) Cfr. F. ROSENZWEIG, *Der Stern der Erlösung*, Mit einer Einführung von R. MAYER und einer Gedenkrede von G. SCHOLEM, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996 (M. Nijhoff, 1976¹), p. XXXIII. Ed. italiana a c. di G. BONOLA, *La stella della redenzione*, Genova, Marietti, 1998. Lo stesso Bonola ha curato l'importante carteggio di ROSENZWEIG con EUGEN ROSENSTOCK: *La radice che porta: lettere su ebraismo e cristianesimo* (1916), Genova, Marietti, 1992. G. SCHOLEM ha scritto il noto volume di memorie *Da Berlino a Gerusalemme. Ricordi giovanili*, trad. it. di A. M. Marietti, Torino, Einaudi, 1988. Ma di un interesse storico eccezionale è anche il grosso volume dell'epistolario con la madre, in cui c'è un'eco dell'intera parabola storica dell'antisemitismo tedesco prenazista e nazista: B. SCHOLEM-G. SCHOLEM, *Mutter und Sohn im Briefwechsel: 1917-1946*, hg. von I. Shedletzky in Verbindung mit T. Sparr, München, Beck, 1989. Il nazismo colpì fra l'altro Werner Scholem, fratello di Gerhard (Gershom), comunista oltre che ebreo, ucciso nel 1940 a Buchenwald da un ufficiale delle SS.

(48) *Le origini del totalitarismo*, pp. 110-123, 124 ss. Le note su Proust tengono conto di un saggio di E. Levinas, il filosofo che già nel 1934 ha scritto quello che rimane il contributo filosofico più penetrante sull'hitlerismo: *Alcune riflessioni sulla filosofia dell'hitlerismo*, Introduzione di G. AGAMBEN, con un saggio di M. ABENSOUR, Macerata, Quodlibet, 1996.

(49) Chicago anni '20 o Berlino anni '30, Lucky Luciano o Adolf Hitler: per

tedesco di Fritz Lang *M - Eine Stadt sucht einen Mörder* (1931). Letto come una sorta di allegoria storica anticipata, esso contiene qualcosa di pertinente al meccanismo di ascesa politica e conquista del potere da parte del nazismo ⁽⁵⁰⁾. È noto che il film si basa su un fatto di cronaca nera — il caso di un pedofilo *serial killer* —, realmente accaduto a Düsseldorf. Di nuovo è in azione la citata struttura duplice della città: in alto la polizia e la società civile — in basso (letteralmente nei bassifondi) la delinquenza, il crimine. Il pedofilo (criminale anomalo) ha colpito ancora, uccidendo una bambina. L'opinione pubblica è in allarme. La polizia annaspa ma con le sue indagini soffoca la 'fisiologica' attività della delinquenza. Questa reagisce, decidendo di catturare e processare *per conto suo* il pedofilo che ha provocato questa anomalia sociale. Piani paralleli mostrano quanto il crimine sia più efficiente della polizia. Il pedofilo — letteralmente terrorizzato — viene catturato e condotto in un edificio periferico, una fabbrica abbandonata, dove viene 'processato' davanti all'intera malavita cittadina. Il processo tenta persino di rispettare le forme: pubblica accusa, difesa, giudici, giuria, pubblico. Ma la sua sorte sarebbe segnata. All'ultimo fa irruzione la polizia, la Legge pubblica dello stato. Ma si potrebbe dire: « *questa volta e per ora* è arrivata in tempo ». Intanto si è visto che i ruoli sono stati rovesciati e il crimine si è fatto Legge. Parodiando la Legge stessa si è mostrato pronto a prenderne il ruolo, a decretare 'morte al criminale'. Il crimine è maturo per diventare Legge e Giudice — l'anomalia è pronta a diventare normalità. Ecco il punto differenziale, ciò cui allude l'aggettivo *gewalttätig* di Rosenzweig. Perché il rovesciamento dei ruoli diventi realtà politica è necessario che la

Brecht non sembra esserci molta differenza. La semplificazione della storia da parte di questo ex-mostro sacro è direttamente proporzionale alla pretesa della drammaturgia epica di svelare i segreti della storia. Che naturalmente viene svelata, ma perché la si è già semplificata in partenza. Non stupisce che nel periodo 1945-1956 non abbia trovato tempo neppure per una parola da dedicare allo sterminio degli ebrei.

⁽⁵⁰⁾ Noto in Italia come *M - Il mostro di Düsseldorf*. Qualunque sia il valore storiografico che si vuole attribuire a S. KRACAUER, *Da Caligari a Hitler. Una storia psicologica del cinema tedesco*, a cura di L. Quaresima, Torino, Lindau, 2001 (edizione originale Princeton U. P., 1947) non va dimenticato che si basa su cronache contemporanee sulle colonne della *Frankfurter Zeitung*, il miglior giornale tedesco dell'epoca, profondamente odiato da Hitler.

società civile sia pronta ad accettarlo: questo è quanto ideologia e propaganda nazista sono riusciti a fare grazie all'antisemitismo. In Germania la violenza contro gli ebrei non era certo priva di precedenti storici molto lontani nel tempo e vicinissimi. Il brutale assassinio di Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht risale al 15 gennaio 1919. Il recente antisemitismo non era però ancora un *sistematico* progetto politico, entro un piano di *nuova civilizzazione europea*: questa trasformazione è opera del nazismo.

Riassumiamo ora gli elementi essenziali dell'antisemitismo tedesco. Per convenzione storica l'introduzione del termine '*Antisemitismus*' nel lessico politico-sociale in Germania è collocata nell'anno 1879 e attribuita al pubblicitista Wilhelm Marr e alla sua cerchia berlinese ⁽⁵¹⁾. In realtà questa attribuzione non è mai stata documentata con certezza. Lo stesso lessico di Marr in quegli anni è oscillante. In termini di *semantica storica* ciò rende ancora più interessante il fatto della sua rapida diffusione, dimostrata dal fatto che già nel 1880 il termine appare nel titolo di diverse opere. E nel 1884 viene pubblicata addirittura la *prima storia* dell'antisemitismo in Germania, a riprova di una già acquisita consapevolezza storico-politica del problema e del movimento che si è prodotto ⁽⁵²⁾. Vengono ora soppiantati i termini riferibili all'area tradizionale dell'*antigiudaismo*, che ricorrevano ancora nel lessico di Marr. Anche se non ancora perfettamente definito nella cornice dei suoi compiti e obiettivi, in pochissimo tempo il termine *Antisemitismus* ha sostituito il tradizionale *Antijudaismus*. Il mutamento linguistico è *indice di un mutamento storico* profondo, che si registra anche nel dibattito storiografico, come documentano in modo puntuale i contemporanei scritti critici di Theodor Mommsen. Ma nulla nella

⁽⁵¹⁾ I due scritti principali di W. MARR del 1879 sono: *Der Sieg des Judenthums über das Germanenthum. Vom nicht confessionellen Standpunkt betrachtet* e *Vom Jüdischen Kriegsschauplatz. Eine Streitschrift*, Bern, Rudolph Costenoble. Nello stesso anno Marr fondò la *Antisemitenliga*. Se in questi testi non appare ancora il concetto di *Antisemitismus*, va però notato che già nel numero 1 degli « *Antisemitische Hefte* » da lui fondati a Chemnitz nel 1880 appare l'espressione *Judenkrieg: Der Judenkrieg, seine Fehler und wie er zu organisieren ist*.

⁽⁵²⁾ E. LEHNHARDT, *Die Antisemitische Bewegung in Deutschland, besonders in Berlin, nach Voraussetzungen, Wesen, Berechtigung und Folgen dargelegt. Ein Beitrag zur Lösung der Judenfrage*, Zürich, J. Schabelitz, 1884.

realtà storica è dovuto a un'origine (*Ursprung*) per così dire pura, senza precedenti. E il precedente fondamentale della formazione del concetto di antisemitismo è la teorizzazione *razziale*, a cominciare dal fondamentale saggio di Gobineau, decisivo nel trasformare i caratteri che distinguono i popoli in senso antropologico, storico e culturale in un concetto di *razza* definito *naturalisticamente* ⁽⁵³⁾. È questa un'operazione di scambio ma in una direzione *duplice*, perché se da un lato strappa il concetto di *razza* dal suo contesto storico e antropologico-culturale trasformandolo in senso naturalistico, dall'altro lo reinserisce *come tale* nella discussione politica e *storiografica* (che è sempre coinvolta nella scelta degli obiettivi del futuro sulla base degli interessi della società del presente ⁽⁵⁴⁾). Ecco perché Mosse ha insistito sulla sua rilevanza ⁽⁵⁵⁾. Quando negli anni Ottanta del Secondo Reich — i cosiddetti *Grundjahre* — si sviluppa la campagna antisemita, quindi, la sua componente razziale è già definita. La novità, come risulta chiaramente dagli opuscoli e dagli articoli di Marr, consiste nell'inserire la questione giudaica in una connessione storico-politica che è definita come guerra fra *Judenthum* e *Germanenthum*. È un differente semantica storica, nel cui contesto si definisce una guerra di lunga durata che si prolunga anche nelle prime decadi del Novecento per investire tutti i campi, compresa la letteratura, come documentano gli scritti tutt'altro che acriticamente filogiudaici di Karl Kraus ⁽⁵⁶⁾. Il saggio di Ludwig Klages sullo 'spirito contro l'anima', che ne è uno dei più impressionanti documenti, è del 1931 ⁽⁵⁷⁾. La pubblicistica di Marr usa termini come *Sieg* (vittoria), *Kriegsschauplatz* (teatro di guerra), *Judenkrieg* (guerra giudaica, termine che evoca Giuseppe Flavio).

⁽⁵³⁾ J. A. COMTE DE GOBINEAU, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, 4 tomi, Paris, Librairie Didot, 1853-1855.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. J. RÜSEN, *Grundzüge einer Historik*, 3 voll., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1983-1989.

⁽⁵⁵⁾ G. L. MOSSE, *Il razzismo in Europa. Dalle origini all'Olocausto*, Roma-Bari, Laterza, 1980.

⁽⁵⁶⁾ Dalla periferia di quel « giudaismo praghese » che per certi lati sia Benjamin che Scholem apprezzavano pochissimo, Franz Kafka aveva compreso ogni dettaglio della campagna contro la penetrazione giudaica nella letteratura tedesca.

⁽⁵⁷⁾ L. KLAGES, *Der Geist als Widersacher der Seele*, Berlin, Reuther & Reichard, 1931.

Non è difficile capire perché questa contrapposizione, assai più che polemologica, ha trovato terreno fertile nella deriva nazionalistica della storiografia tedesca, esemplarmente rappresentata da Heinrich von Treitschke⁽⁵⁸⁾. Gli ebrei diventano una razza che sta prendendo il sopravvento non solo nell'economia ma anche nella società e nella cultura tedesca. Nell'ambito dei conflitti ideologici del Secondo Reich, *Antisemitismus* è la parola d'ordine di una guerra per la tutela del *germanesimo*. Ed è anche un'arma particolarmente elastica e flessibile. Già nel 1893 lo storico contemporaneista francese Leroy-Beaulieu aveva notato che l'antisemitismo è allo stesso tempo una *guerra di religione*, un *conflitto di razze*, una *lotta di classe*⁽⁵⁹⁾.

Questa sua flessibilità e elasticità non è un elemento secondario, poiché permette di istituire un nesso sociale. La capacità dell'antisemitismo di coprire una varietà di motivi e impulsi — anche grossolanamente contraddittori come sarà l'accusa di essere allo stesso tempo 'fautori della rivoluzione bolscevica' e 'squali della

(58) Nulla di tutto ciò traspare nelle maggiori opere di ricostruzione delle correnti di storiografia e dello storicismo tedesco che appaiono negli anni Trenta: F. MEINECKE, *Die Entstehung des Historismus*, München, R. Oldenbourg, 1936 e R. ARON, *La sociologie allemande contemporaine*, Paris, Alcan, 1935; *Introduction à la philosophie de l'histoire. Essai sur les limites de l'objectivité historique*, Paris, Gallimard, 1938; *Essai sur la théorie de l'histoire dans l'Allemagne contemporaine. La philosophie critique de l'histoire*, Paris, Vrin, 1938. L'influenza dell'opera di Meinecke nella cultura italiana è stata vasta e profonda; quella delle opere di Aron nella cultura storiografica francese senz'altro *determinante*. Si tratta tuttavia di ricostruzioni 'interniste' della teoria, che non tengono conto della *funzione politica* della conoscenza storica. Questo sicuro difetto di teoria appare incredibile quando si pensa che gli anni Trenta sono il contesto storico *decisivo* nella formazione del conflitto fra *ideologie armate*: cfr. F. FURET, *Il passato di un'illusione. L'idea comunista nel XX secolo*, Milano, Mondadori, 1996. Una precisa contestualizzazione *storica* appare davvero solo con l'opera che nel 1967 G. IGGERS scrisse allo scopo esplicito di chiarire alla associazione degli storici americani quale fosse la storia della storiografia e dello storicismo in Germania: *The German Conception of History. The National Tradition of Historical Thought from Herder to the Present*, originariamente pubblicata dalla rivista *History & Theory*, Wesleyan University.

(59) Cfr. H. J. B. A. LEROY-BEAULIEU, *Les juifs et l'antisémitisme. Israël chez les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 1893, p. 12. Lo stesso autore scrisse poi *L'Antisémitisme*, Paris, Calmann-Lévy, 1897. Questa valutazione è stata sostanzialmente confermata da S. W. BARON, *A Social and Religious History of the Jews*, 2 voll., New York, Columbia U. P., 1937, secondo il quale la forza del concetto di antisemitismo deriva dalla sua funzione politica, che consiste nella capacità di 'coprire' una moltitudine di motivi e impulsi (vol. 2, p. 296).

finanza internazionale' — corrisponde infatti a un tratto caratteristico della mentalità *kleinbürgerlich* come è stata analizzata da Horkheimer e Adorno ⁽⁶⁰⁾. La disponibilità a credere alle accuse più fantasmatiche e/o contraddittorie che permettano di individuare il nemico sociale su cui scaricare tutto il proprio risentimento è un tratto mentale e psicologico tipico del *Kleinbürgertum*. È su questa base che la propaganda nazista durante il regime ha potuto attuare nel corpo vivo delle relazioni sociali e interpersonali quella sistematica politica sociale di 'terra bruciata' finemente analizzata da Zygmunt Bauman ⁽⁶¹⁾. Essa si basa sulla insistenza ossessiva dell'accusa e ha qualcosa dei tratti medievali registrati da Rosenzweig. Il meccanismo non sembra diverso da quello che suscitò l'indignazione del Manzoni della *Storia della colonna infame*. Ma c'è una componente in più, spiegabile solo alla luce del *biologismo politico* e del linguaggio — prevalentemente metaforico ⁽⁶²⁾ — che esso è in grado di produrre (la cui matrice si trova in *Mein Kampf*). L'untore è colui che diffonde la peste ma non è lui stesso la peste, come un incendiario non è il fuoco. Le metafore del biologismo politico nazista in chiave antisemita invece fanno dell'ebreo l'*appettato stesso* che diffonde il contagio nella società (l'argomento è genetico). Se l'accusa è sistematica e persistente alla lunga produrrà un fantasma mentale e argomentativo che *rovescia l'onere della prova*. E questo è quanto basta. Nessun vincolo sociale è in grado di resistere al sospetto che il contatto con l'ebreo non produca una qualche forma di contaminazione. In tal modo la società stessa produrrà spontaneamente la 'terra bruciata'. Ma appunto occorre una mentalità disposta a *credere* a qualsiasi argomento, anche sprovvisto di qualsiasi prova empirica o base logica. Durante l'ondata di peste nera in Germania nel 1349 papa Clemente VI osservò che *anche* gli ebrei morivano come i cristiani e che la gente moriva anche dove *non*

⁽⁶⁰⁾ M. HORKHEIMER, T. W. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo*, Torino, Einaudi, 1966.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità e olocausto*, Bologna, Il Mulino, 1992. Questa analisi ha un interessante pendant letterario nella cosiddetta *Trilogia del ritorno*, Milano, Superpocket, 1998 di Fred Uhlman.

⁽⁶²⁾ Cfr. S. SONTAG, *Illness as Metaphor*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 1978.

c'erano ebrei. Questo non scalfì la diceria: sono gli ebrei a diffondere la peste.

Ma il nesso determinante nella storia dell'antisemitismo tedesco, ciò che costituisce la premessa storica più rilevante nell'intero fronte ideologico che si forma nella Germania del dopoguerra e durante la Repubblica di Weimar è il rapporto fra *ebraismo e modernità*, il campo in cui l'antisemitismo nazismo porta a conclusione la riconversione in *dispositivo politico* dei motivi teologico-storici dell'anti-giudaismo moderno (63). La conclusione di Iggers a proposito di questo periodo, secondo cui la storiografia tedesca arriva totalmente impreparata alla sfida politica e sociale delle trasformazioni della modernità, va ulteriormente estesa. È la cultura tedesca nel suo insieme che già negli anni Settanta, i primi del Secondo Reich, sviluppa una critica radicale della modernità — fornendone un'immagine deformata (*ein Zerrbild der Moderne*) —, come società materialistica, meccanizzata e reificata. Ma questa critica nello stesso tempo *identifica la modernità con l'ebraismo*. La maggior parte della storiografia mette in rilievo a questo proposito la relazione fra il liberalismo in campo economico-sociale e quello in ambito politico. L'assimilazione sociale degli ebrei — quella giuridica si avrà con la Costituzione di Weimar —, porta a identificarli con il moderno capitalismo (del tutto a torto) e con l'ascesa nel campo della professioni liberali, del giornalismo e della politica. Argomenti che torneranno con ben altra virulenza politica nella fase post-emancipatoria del dopoguerra. Questa critica e annessa identificazione si inquadrano storicamente in un processo di corrosione e demolizione del concetto di *citoyen* (64). La radice del più radicale rifiuto di questo concetto risale all'ala più estrema e reazionaria della critica

(63) Anche in questo caso vanno segnalate le intuizioni di H. ARENDT, *Ebraismo e modernità*, a cura di G. Bettini, Milano, Feltrinelli, 2003 (Milano, Unicopli 1986¹). Sull'argomento più in generale cfr. *Ebraismo e filosofia: tradizione e modernità*, a cura di B. Maj e A. Fabris, « Discipline filosofiche », 1, 1999, Macerata, Quodlibet.

(64) Nel pur discutibile saggio sulla questione giudaica K. Marx tiene giustamente ferma la connessione fra sviluppo politico-giuridico e concetto di cittadinanza (*citizenship*: il lessico politico tedesco è significativamente sprovvisto del termine corrispondente. *Bürger* non traduce affatto *citoyen*). Cfr. *La questione ebraica e altri scritti giovanili*, trad. it. di R. Panzieri, Introduzione di F. CODINO, Roma, Editori Riuniti, 1971.

alla Rivoluzione Francese rappresentata da Joseph de Maistre ⁽⁶⁵⁾. La critica all'atomismo della società industriale e capitalistica moderna si salda con la critica alla democrazia liberale e rappresentativa. Nel dopoguerra questa saldatura è opera di Carl Schmitt. Lo spazio riservato alla critica del *romanticismo politico* non è semplicemente una liquidazione dell'eredità romantica ma una sua riconversione in *progetto politico*. Alla fine degli anni Settanta dell'Ottocento ancora una volta fu Treitschke a indicare nell'ebraismo — nell'occasione chiamato ancora *Semitemum* — la causa corrosiva della comunità tedesca, della sua trasformazione nel *materialismo* della società (*Gesellschaft*) che soffoca l'antica, intima gioia del lavoro propria del popolo tedesco ⁽⁶⁶⁾. In questa sintetica rassegna storica non può infine mancare un riferimento al wagnerismo e al circolo di Bayreuth, così rilevante nell'universo politico-ideologico di Hitler. È a questa cerchia che si lega Houston Stewart Chamberlain, autore del saggio di fine secolo più importante in questa costellazione ideologica ⁽⁶⁷⁾. Qui trova pieno consolidamento il concetto biologico-politico di razza in chiave antisemita e giunge a compimento la linea tracciata da Gobineau.

II. *Mein Kampf* - Autobiografia e cronistoria.

4. *Preistoria politica*.

È un fatto che nel lungo periodo della guerra — agosto 1914-novembre 1918 — la campagna antisemita per ovvie ragioni tace né ci sono episodi che durante la guerra giustificano sentimenti anti-

⁽⁶⁵⁾ Il fatto che questo argomento contro l'*astrattezza* del concetto di *citoyen* sia talvolta declinato anche a sinistra — non ne sono immuni per esempio neppure Adorno e Horkheimer — è solo frutto di un certo cronico deficit di cultura giuridica. In Marx, come poi ancor più chiaramente in Arendt, la *cittadinanza* è la premessa imprescindibile dell'emancipazione storica.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. H. VON TREITSCHKE, *Unsere Aussichten*, in « Preußische Jahrbücher », 44, 1879, pp. 559-576. Cfr. W. Boehlich (Hg.), *Der Berliner Antisemitismusstreit*, Frankfurt am Main, Insel, 1965.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. H. S. CHAMBERLAIN, *Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts*, München, F. Bruckmann, 1912 (Jena, 1899¹). R. WAGNER scrisse il saggio *Das Judentum in der Musik* nel 1850 (*Gesammelte Schriften und Dichtungen*, vol. 5, Leipzig, E. W. Fritsch, 1873, pp. 83 ss.).

semiti. È altrettanto certo che Hitler, che per sua espressa volontà combatte con reparti tedeschi, ha conosciuto commilitoni ebrei e ne ha anzi constatato atti di valore militare. Eppure nel dopoguerra e durante Weimar la campagna antisemita riesplode con virulenza inaudita. Si realizza il paradosso descritto da Arendt: l'emancipazione rende l'ebreo socialmente più visibile e quindi anche politicamente più esposto. Prima ancora di venire effettivamente ucciso il ministro Walther Rathenau lo era stato simbolicamente: « *Knallt ab den Walther Rathenau / die gottverfluchte Judensau!* »: « Fate lo secco Walther Rathenau / la stramaledetta troia giudea! » (68). C'è anche un altro silenzio che va ricordato. In senso stretto l'*affaire Dreyfus* è durato dal 1894 al 1906. In realtà la sua coda è molto più lunga. L'addetto militare tedesco nel cui ufficio furono trovati i documenti in base ai quali fu costruita l'accusa contro il capitano Dreyfus parlò solo nel 1931. Durante i dodici anni dei vari gradi del processo *non* aveva mai parlato, per ordine diretto dell'Imperatore: un silenzio significativo. Negli anni Venti il clamoroso caso francese era forse lontano nel tempo, non lo era certo il suo *fantasma*. Esso aveva mostrato la vastità del fronte sociale antisemita, del tutto indipendente dalla verità giudiziaria. Con questo precedente non stupisce che nel dopoguerra tedesco il fronte ideologico di destra riesca a saldare un nesso micidiale fra il *tradimento politico* della vittoria militare — la leggenda della pugnalata alle spalle — e l'*ascesa degli ebrei* nella società civile (professioni liberali), nella sfera pubblica (giornalismo) e nel campo politico. *I Protocolli dei savi di Sion*, come le false notizie di guerra su cui si era già soffermata l'attenzione di Marc Bloch (69), sono la risposta giusta per formare il nesso logico: il complotto giudaico.

In questo quadro è importante collocare *Mein Kampf* nell'incrocio fra temporalità individuale e fusione fra due tempi storici diversi. In altre parole, questo testo è certamente un'autobiografia *esemplare* del percorso storico di un piccolo-borghese, nato nel 1889

(68) Come ricorda P. CELAN in *Tu giaci tutto teso all'ascolto, Poesie*, a cura di G. Bevilacqua, Milano, Mondadori, 1998, pp. 1100-1101 il termine *Sau* fu usato anche dagli assassini di Rosa Luxemburg: *mußte schwimmen, die Sau* (dovette andar per acqua, quella troia).

(69) Cfr. M. BLOCH, *La guerra e le false notizie. Ricordi (1914-1915) e riflessioni*, trad. it. di G. de Paola, Roma, Donzelli, 2004.

nella piccolissima provincia austriaca. Un'autobiografia intesa nel senso freudiano di una *Krankengeschichte* o *storia di un caso clinico* (70). Ma esso è anche una *cronistoria*, un esempio della capacità del presente di *orchestrare* il passato (71). I fatti sono ben noti: il fallito putsch di Monaco organizzato con Erich Ludendorff risale all'8-9 novembre 1923. All'arresto segue un processo che Hitler trasforma in una sua personale tribuna politica, con la compiacenza dei giudici. La richiesta di cinque anni è commutata in una condanna a soli nove mesi. Il processo è servito a trasformarlo in *martire politico* di una Repubblica « in mano a marxisti e ad ebrei ». Durante la prigionia nel carcere di Landsberg am Lech nel 1924, con l'aiuto di Rudolf Hess Hitler compone *Mein Kampf*: la prima parte esce nel 1925 con il titolo *Eine Abrechnung (Una resa dei conti)*; la seconda esce nel 1926 con il titolo *Die nationalsozialistische Bewegung (Il movimento nazionalsocialista)*. L'editore è Max Amann. Già nel 1930 esce nello stesso formato della Bibbia. Durante gli anni del regime è ufficialmente il libro più venduto in Germania. In Francia (con il titolo *Mon combat*) e in Italia appare nel 1934 (72). Mussolini lo definì « un mattone », ammettendo di non averlo mai letto. Il sospetto è che questo libro spesso citato in effetti non sia stato mai molto letto né capillarmente analizzato (73).

I dodici capitoli che formano la prima parte delineano un'*autobiografia* che da personale diventa politica. A partire dal capitolo 8 (*Inizio della mia attività politica*), infatti, l'autobiografia segna la totale identificazione con la 'missione' politica. A questo proposito nel capitolo 1 è molto interessante il passo in cui Hitler parla della sua passione per il pensiero storico come *storia universale*: « Weltgeschichte ward mir immer mehr zu einem unerschöpflichen Quell

(70) Sul rilievo di questi testi per una teoria della 'convergenza' fra letteratura e storiografia cfr. M. DE CERTEAU, *Storia e psicanalisi*, pp. 98-122.

(71) Cfr. I. SVEVO, *La morte*, in *Corto viaggio sentimentale e altri racconti inediti* Milano, Mondadori, 1949, a cura di Umbro Apollonio.

(72) Milano, Bompiani, con Prefazione dell'autore.

(73) « Mir fällt zu Hitler nichts ein » (« Su Hitler non mi viene in mente niente »), la famosa, enigmatica frase con cui si apre *Dritte Walpurgisnacht* (1933: *La terza notte di Valpurga*, a cura di P. Sorge, prefazione di M. FRESCHI, Roma, Editori Riuniti, 1996) di K. Kraus sembra alludere comunque a un indicibile sgomento, poiché nessuno meglio di lui avrebbe potuto analizzare il testo hitleriano.

des Verständnisses für das *geschichtliche Handeln der Gegenwart, also für Politik. Ich will sie dabei nicht 'lernen', sondern sie soll mich lehren* » (74). Immediatamente prima Hitler ha espresso il suo odio per la monarchia asburgica, che considera un'autentica sventura per la nazione tedesca. L'affermazione di un autentico sentimento nazionale che sostenga il Germanesimo (*Deutschtum*) presuppone, dunque, l'annientamento (*Vernichtung*) dell'Austria. L'idea di storia universale è dunque in realtà totalmente incentrata sul destino storico della Germania. E stesso atteggiamento 'destinale' caratterizza la concezione della politica come agire storico del presente. La considerazione sulla funzione della conoscenza storica è più che tradizionale. Ma è degno di nota che in primo piano non c'è l'apprendimento della storia ma il suo *opposto pragmatico*: è la storia che deve insegnare al futuro uomo politico cosa fare politicamente, cioè come agire storicamente. In questo contesto è significativo che, nel ribadire il rifiuto della professione di impiegato cui il padre l'aveva destinato, Hitler attribuisca a se stesso un ruolo di *Revolutionär* in senso sia politico che *artistico* (*künstlerisch*). Questa vocazione artistica riguarda non tanto la pittura, su cui si è spesso erroneamente insistito, quanto l'architettura (*Baukunst*). Al centro di questo singolare nesso che caratterizza i *Flegeljahre* (età dell'adolescenza) c'è una sorta di epifania: una costante della ricostruzione hitleriana. È la prima visione di una messinscena, sia pure modesta e provinciale, del *Lohengrin* di Wagner. L'entusiasmo senza limiti di cui si parla indica un precoce punto di fusione fra missione storico-politica e ambizione artistica, al centro della quale c'è la costellazione mitologica (germanica o cristiano-germanica) di Wagner. In ogni caso, il protagonista del *Lohengrin* (dal *Parzival* di Wolfram von Eschenbach) è un *eroe salvifico*.

Nel secondo capitolo, dedicato agli *Anni di apprendistato e sofferenza a Vienna*, dopo la descrizione dei primi incontri con la socialdemocrazia e la grande stampa, per la prima volta appare *Die*

(74) A. HITLER, *Mein Kampf*, Zwei Bände in einem Band. Ungekürzte Ausgabe. Erster Band: *Eine Abrechnung*. Zweiter Band: *Die nationalsozialistische Bewegung*, München, Franz Eher, 1932, p. 14: « La storia universale divenne sempre più l'inesauribile fonte della mia comprensione ai fini dell'*agire storico del presente, cioè per la politica. Per questo io non voglio 'impararla', è essa piuttosto che mi deve insegnare* » (qui, come in tutte le citazioni successive, i corsivi sono nostri).

Judenfrage seguita da un'impressionante successione di punti: *La cosiddetta stampa mondiale*, *L'imperatore Guglielmo II*, *Il culto della stampa per la Francia*, *La consacrazione in antisemita* ⁽⁷⁵⁾, *L'ebreo come guida (Führer) della socialdemocrazia*, *Dialettica giudaica*, *Marxismo come distruttore della civiltà (Kultur)*. La questione è posta sul piano della conoscenza sociale e politica. Scrive Hitler: più approfondivo la conoscenza della socialdemocrazia e più provavo il desiderio di capire il nocciolo di questa dottrina politica ⁽⁷⁶⁾. Inutile affidarsi ai suoi testi di propaganda, sbagliati e scritti in stile cavilloso (*rabulistisch*), il cui successo può spiegarsi solo con la decadenza della nostra *bohème metropolitana (Großstadtbohème)*, la sola che può sentirsi a suo agio in questo *Irrgarten der Vernunft* (labirinto della ragione) e tirar fuori dal letame (*Mist*) di questo *dadaismo letterario* un'esperienza interiore ⁽⁷⁷⁾. L'accumulo sostantivale è interessante: la *bohème* — cui un giovane aspirante artista come Hitler potrebbe naturalmente appartenere — è chiaramente associata al letame (pesantissimo modo volgare per indicare cose senza senso) e questo (per metonimia, anzi quasi per antonomasia) a un movimento d'avanguardia. La definizione dello stile di scrittura come *rabulistisch* è tipico di chi considera sempre e comunque il linguaggio giuridico come gergo da leguleio. Va aggiunto che la metropoli è assimilata al labirinto e che il passo esprime lo sgomento di chi non la capisce e la odia. Ma il punto è che questa incapacità a capire diventa improvvisamente *illuminazione*. Nell'istante in cui si distoglie da questa dottrina, gradualmente acquisisce una *chiara immagine del suo intimo volere*. Non si tratta però di acquisizioni conoscitive, bensì di sensazioni. « In diesen Stunden beschlichen mich trübe Ahnungen und böse Furcht » ⁽⁷⁸⁾. La frase è prolettica e la sua esagerata enfasi è spiegata subito dopo: vidi che si trattava di una dottrina che poteva vincere con matematica certezza e con la vittoria segnare la fine dell'umanità. Il terrore si spiega con la lucida visione di un nesso fra questa dottrina della distruzione (*Lehre der*

⁽⁷⁵⁾ L'espressione è *Wandlung zum Antisemiten*, ivi, p. 59. Il termine *Wandlung* significa trasformazione ma nella religione cattolica è la *consacrazione eucaristica*.

⁽⁷⁶⁾ Ivi, p. 53.

⁽⁷⁷⁾ Ivi, pp. 53-54.

⁽⁷⁸⁾ Ivi, p. 54: « In quelle ore mi assalirono oscuri presagi e grande terrore ».

Zerstörung) e l'essenza di un popolo fino ad allora a me perfettamente sconosciuto. Senza alcuna spiegazione, aggiunge: « Solo la conoscenza del giudaismo offre la chiave per comprendere le segrete e reali intenzioni della socialdemocrazia » (79). Conoscere questo popolo significa *svelamento*, scoperta del muso ghignante del marxismo. Basata su sensazioni, la sequenza è epifania-illuminazione-svelamento.

Qui Hitler ricorre a ricordi personali, confessa di non avere mai sentito nominare la parola *Jude*, di un compagno di scuola ebreo rammenta la particolare silenziosità, nell'adolescenza l'ha sentita citare in colloqui politici che però liquida come *konfessionelle Stänkereien* (*discussioni confessionali da piantagrane*). Il ricordo si sposta alla città di Linz, Hitler è quindicenne, siamo intorno al 1904. La città, scrive, non aveva molti ebrei. Lo stile cittadino nel corso dei secoli si era *europetizzato* (*europäisiert*) e divenuto *umano*. Di conseguenza: « li consideravo addirittura tedeschi » (80). Hitler si giustifica: l'insensatezza di questa immagine non poteva essermi chiara, poiché l'unica *caratteristica distintiva* (*Unterscheidungsmerkmal*) che scorgevo era confessionale (81). E ammette tranquillamente: il fatto che gli ebrei fossero perseguitati per la loro differente confessione religiosa, come allora credevo, talvolta trasformava quasi in ribrezzo (*Abscheu*) la mia avversione (*Abneigung*) per le frasi che sentivo pronunciare contro di loro. Né avevo la minima idea dell'esistenza di un'ostilità organizzata contro gli ebrei.

5. *Gli anni della 'rivelazione': Vienna.*

La svolta è però annunciata: così andai a Vienna. I primi momenti di vita viennese sono dominati dalle impressioni architettoniche e dalle difficoltà di vita pratica, per cui dei duecentomila ebrei che vivono in una metropoli di due milioni di abitanti il giovane Hitler inizialmente neppure si accorge. Poi subentra la tranquillità d'animo, l'immagine eccitata decanta, il giovane uomo si sente più radicato nel nuovo mondo e il momento arriva: « *und stieß*

(79) *Ibid.*

(80) *Ivi*, p. 55.

(81) *Ibid.*

nun auch auf die Judenfrage »⁽⁸²⁾. L'uso del verbo *stoßen* con la preposizione *auf* richiede una precisazione. Il senso generico è *imbattersi in/incontrarsi con qualcuno*; in senso figurato, come in italiano, si può anche dire *auf eine Schwierigkeit stoßen* (imbattersi in una difficoltà). Il senso è quello dell'incontro inatteso. Ma se si parte dal sostantivo *Frage* è molto difficile pensare alla costruzione di un sintagma con il verbo *stoßen auf*, se non ricorrendo a una sorta di *prosopopea*. È esattamente quello che fa il testo. Tuttavia il verbo si usava allora anche nel linguaggio militare e in quello della caccia (uso che si è conservato). Nel gergo militare l'espressione più corrente era *auf den Feind stoßen* (incontrare il nemico); nel gergo venatorio indica l'incontro occasionale dell'animale predatorio con la sua preda e si riferisce in primo luogo al caso di uccelli predatori (*Raubvögel*). La prosopopea diventa così molto minacciosa. Questa lettura della frase, linguisticamente del tutto fondata, è rafforzata dal contesto generale (il volume promette di descrivere in che consiste la *lotta* dell'autore) e da quello storicamente contingente (spiegazione dell'alleanza fra socialdemocrazia e popolo ebraico come chiave per comprendere una forza distruttiva che va combattuta). La spiegazione di questo incontro è preparata lentamente. Hitler non sapeva ancora riconoscere bene il *nemico*.

E infatti *ripete* il precedente argomento, per confermare il suo disinteresse, anzi evidente disgusto per l'antisemitismo *professionale*. Questa volta aggiunge persino che negli argomenti da questo usati ricorrono precedenti storici orribili risalenti al Medioevo, che è meglio non ricordare né citare e che non vorrebbe vedere ripetersi. Il passo è di estremo interesse. Hitler scrive di avere mantenuto anche in questo caso il suo atteggiamento di *rifiuto della lotta religiosa* (*Ablehnung der religiösen Bekämpfung*) ma aggiunge un nuovo argomento: soprattutto il tono della stampa viennese *antiseimita* mi appariva indegno della *tradizione civile* (*kulturelle Überlieferung*) di un grande popolo. I prodotti di questa stampa gli apparivano allora più come frutto di *invidia* (*Neides*) che di una concezione (*Anschauung*), anche se sostanzialmente falsa⁽⁸³⁾. Va notato di nuovo che tutte le argomentazioni hitleriane si basano su una

⁽⁸²⁾ Ivi, p. 56.

⁽⁸³⁾ *Ibid.*

sequenza di riferimenti psicologici, emozionali. I termini che ricorrono lo dimostrano: *Furcht*, *Abscheu*, *Ablehnung* e così via. La sua attenzione si sposta perciò coerentemente sul confronto con la grande stampa, cioè sul modo assai più dignitoso e di ben più vasto respiro con cui essa replicava a o metteva a tacere questi attacchi. È l'attenzione del futuro oratore e propagandista. Ma non si tratta solo di questo. Il piccolo borghese del 1925 prende le distanze dall'errore commesso dal piccolo borghese di allora (1908), cioè avere pensato che Vienna fosse una *Weltstadt*, una città-mondo o città del mondo. Lo scrittore del 1925 opera una chiara sovrapposizione. La parola potrebbe essere tranquillamente sostituita con *Weltbühne* o *scena del mondo*. Il sintomo è identificato con il fatto di essersi reso conto che questa pur ammirevole grande stampa era pronta a 'corteggiare' (*umbuhlen*) continuamente la... corte absburgica. Questo modo di agire, scrive Hitler, specie se paragonato alle figure dei più grandi monarchi ('*weitesten Monarchen*') di tutti i tempi, « fast dem Balzen eines Auerhahnes glich »⁽⁸⁴⁾. Questa espressione è degna di nota. La similitudine è davvero singolare: « era quasi uguale agli svolazzi di un gallo cedrone in amore ». Essa conferma in primo luogo l'esistenza di un asse semantico 'ornitologico', come si è già segnalato (da sempre in campo iconologico la figura del grande monarca sta sotto il simbolo dell'aquila). Ma essa tradisce anche la stessa fobia sessuale già rilevabile nel disprezzo per l'idea della *bohème metropolitana* e della libertà sessuale che essa inevitabilmente evoca. Nella frase questo aspetto della stampa e la corte sono unificate sotto un unico, identico disprezzo. Ma anche il richiamo alla storia — cioè ai precedenti storici che Hitler non deve imparare ma da cui devi farti ammaestrare — questa volta è autoreferenziale. Così pian piano si sgretola l'immagine di Vienna, con la sua grande stampa e la sua grande corte. E il richiamo ai grandi monarchi (l'uso di un aggettivo spaziale come *weit* è sintomatico) del passato è proposto con un'evidente autoidentificazione. Poiché Hitler — che ignora tutto della cultura viennese dell'epoca — identifica Vienna con la *democrazia liberale*, che gli appare ora con tutti i suoi difetti. Il rifiuto politico di questo sistema è nettamente già formato in una sfera prepolitica. È come se dicesse: questa è una vita che crede di essere

(84) Ivi, p. 57.

da aquila ma è solo da gallo cedrone, nei suoi ridicoli svolazzi erotici. È la dignità stessa della nazione ad andare perduta ⁽⁸⁵⁾.

Il testo definisce ciò come la *prima ombra* (*Schatten*) che venne a offuscare l'immagine della 'grande' stampa viennese. Il resoconto continua accennando al fatto che nel frattempo egli seguiva con il massimo, *ardente fervore* (*Feuereifer*) gli avvenimenti in Germania di natura sia politica che culturale, ricavandone uno schiacciante confronto fra l'ascesa del Reich tedesco e la *lenta estinzione* (*Dahinsiechen*) dello stato austriaco. Mentre la politica estera tedesca gli appariva soddisfacente, autentica rabbia gli procurava la politica interna, soprattutto per gli impedimenti che il parlamento produceva nei confronti dell'imperatore Guglielmo II, in cui Hitler ammirava anche il creatore della flotta tedesca. Significativamente i parlamentari vengono equiparati questa volta a *oche maschie* (*Gänserische*) che con i loro schiamazzi accumulavano insensatezze (*Unsinn zusammenschatterten*) ⁽⁸⁶⁾. Il Parlamento è definito come *la più bassa istituzione di chiacchieroni di tutti i tempi* ⁽⁸⁷⁾. Nella formula « *der seichtesten Schwätzerinstitution aller Zeiten* » l'aggettivo *seicht* non è meno importante del sostantivo: *seicht* è 'basso' di acque poco profonde, bassifondi, paludi, cioè appunto l'ambiente congeniale ad oche che schiamazzano. Di nuovo un'immagine contadina, che serve a isolare nella sua luminosità la figura del Kaiser e rendere intollerabile che le oche parlamentari possano muovergli appunti critici. Poiché la grande stampa viennese non comprendeva questo punto e non si comportava in modo amichevole con la Germania come avrebbe dovuto — cosa che gli faceva *salire il sangue alla testa* —, a Hitler non sfuggì che un giornale *antisemita* come il *Deutsche Volksblatt* si comportava al riguardo in modo *più decente*. L'importanza di questo passaggio è evidente: anche se ha parlato del nesso segreto fra dottrina socialista (marxismo) con i suoi intenti distruttivi e il giudaismo, fin qui Hitler ammette di non sapere nulla della *Judenfrage* e di essere anzi infastidito dall'impostazione della lotta antisemita su basi confessionali e addirittura inorridito dai suoi precedenti storici. Il primo elemento di *svolta* deriva quindi dalla

⁽⁸⁵⁾ *Ibid.*

⁽⁸⁶⁾ *Ibid.*

⁽⁸⁷⁾ *Ibid.*

riflessione sul destino storico del *Reich tedesco* e dalla scoperta che, mentre Vienna e la sua grande stampa non ne capiscono nulla, è proprio la ‘piccola’ stampa antisemita a mettere a fuoco la questione: il basso parlamentarismo è l’ostacolo alla grande ascesa del Reich sulla scena internazionale. Questo conferma che l’orizzonte politico del futuro leader della NSDAP e del Terzo Reich è già originariamente *internazionale*.

Conferma ulteriore viene dal fatto che Hitler parla di quanto *gli desse sui nervi* il culto della stampa viennese per la Francia. Sembrava così che ci si dovesse vergognare di essere tedeschi, in questo clima di riverenze alla *große Kultur*, che significativamente Hitler chiama *küßlichen Lobeshymnen* (inni di lode che invitano a baciare). Anche in questo ambito, il pur angusto orizzonte del citato foglio antisemita gli offriva un’aria più pura, sebbene allora non riuscisse ancora a entrare in sintonia con il *suo aspro tono antisemita*. Esso tuttavia gli forniva alcuni spunti per riflettere e fu in questa occasione che accadde l’incontro con Karl Lueger e la *Christliche Partei*, cui al suo arrivo a Vienna Hitler era inizialmente ostile, poiché considerava come ‘reazionari’ sia l’uomo che il partito⁽⁸⁸⁾. A un contatto più ravvicinato, questa ostilità si è trasformata in aperta ammirazione. Ancora oggi, scrive Hitler, riconosco in lui il più potente *sindaco tedesco* di tutti i tempi. L’approfondimento della stampa antisemita accelera la svolta: grazie al mutamento di posizione verso il movimento *social-cristiano*, tutte le precedenti concezioni (*Anschauungen*) furono *rovesciate* (*umgeworfen*). La frase successiva è molto importante: « Wenn dadurch langsam auch meine Ansichten in bezug auf den Antisemitismus dem Wechsel der Zeit unterlagen, dann war dies wohl meine schwerste *Wandlung* überhaupt »⁽⁸⁹⁾. È appunto questa la *Wandlung zum Antisemiten*. Abbiamo già osservato che qui il termine equivale a *consacrazione*. Il *framework narrativo*, infatti, è quello delle grandi conversioni sul modello di San Paolo. Tanto più interessante è osservare che, dopo l’ammissione dell’indifferenza per l’antisemitismo confessionale, ciò

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 58.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, p. 59: « Anche se grazie a ciò le mie precedenti opinioni in riferimento all’antisemitismo furono soggette ai cambiamenti prodotti dal tempo, questa fu certamente la mia più grande *trasformazione* in generale ».

avviene ora in relazione con un movimento che si chiama *cristiano-sociale*. Che si tratti di questo è chiaramente rivelato dal passo successivo che, al *suo* livello, Hitler descrive come lunghe lotte interiori (*inneren seelischen Kämpfe*) fra *intelletto* (*Verstand*) e *sentimento* (*Gefühl*), un combattimento (*Ringten*) durato mesi, alla fine del quale l'intelletto è uscito vincitore, cioè nel ruolo del più fedele *custode e ammonitore* (*treuester Wächter und Warner*) del sentimento. La consacrazione all'antisemitismo nascerebbe dunque sul terreno dell'intelletto, nell'ambito di ciò che il testo definisce ulteriormente come combattimento fra *educazione spirituale* e *fredda ragione*.

6. La lezione della 'strada'.

Ma ancora più interessante è che ora il testo parli degli inestimabili servizi che al riguardo gli ha fornito « *der Anschauungsunterricht der Wiener Strasse* »: « *la lezione ideologica delle strade di Vienna* »⁽⁹⁰⁾. È la prospettiva *dal basso* che abbiamo visto in azione nel film di Lang. Questo è un motivo di fondamentale importanza storica nel processo di 'rifunzionalizzazione' ideologica del nazismo nel conflitto politico-ideale del dopoguerra. È in questo contesto storico, infatti, che esso si trasforma nel determinante motivo della *trincea* o *Schützengraben*, elemento comune al fascismo italiano e al nazionalsocialismo tedesco. Nel momento storico qui descritto da Hitler il nazismo è ovviamente ancora molto lontano, ma nel passo si affaccia la sua *preistoria mitica*. L'antisemitismo appreso dalla *lotta di strada* come *fronte fondamentale* di una guerra politica da cui dipendono destini storici apparirà tanto più potenziato quando si tratta di affrontare il destino storico — la *Schicksalfrage* — della nazione tedesca dopo la sconfitta, *politica* e non militare, nella guerra mondiale. La rivoluzione nazionalsocialista si presenta così come una rivoluzione dal basso, la cui preistoria mitica è nata dalle strade e ora può agire come storia in atto partendo dalle *trincee* della guerra. Nella citata lezione del 1935 per la *Deutsche Hochschule für Politik* — la più prestigiosa e aperta fra le istituzioni pubbliche creata a Berlino dalla Repubblica di Weimar e che nel 1933 fu subito

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*

‘nazificata’ — questo è quanto scrive a suo modo esemplarmente il *Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda* Joseph Goebbels ⁽⁹¹⁾. Si tratta di un mutamento ottico, di prospettiva. Lo conferma il fatto che il giovane Hitler allargò la sua attenzione dagli edifici agli uomini. È questo uno dei punti più noti del testo hitleriano, ma vale la pena indagarlo attentamente. In una lettera giovanile al fratello, Dostoevskij scrive che vuole cercare *l'uomo nell'uomo*. Il titolo di Primo Levi *Se questo è un uomo* è nella stessa traccia. L'occhio ‘architettonico’ di Hitler va nella direzione opposta. L'allargamento dello sguardo, infatti, si basa sulla *analogia* fra costruzioni e uomini. L'*incontro con l'ebreo* è qui descritto come se fosse il primo. In realtà non è così: sappiamo del compagno di scuola e dopo si dice chiaramente che gli ebrei a Linz *non avevano questo aspetto*. L'analogia architettonica è determinante: la visione dell'ebreo ortodosso lo sconvolge perché produce in lui lo *stesso effetto* che gli produrrebbe la visione di un edificio esotico di modello orientale nel cuore della Vienna neoclassica lungo il Ring ⁽⁹²⁾. Anche la reazione è la stessa: *qui bisogna demolire*. Nelle dantesche *Memoirie di una casa morta* (1861) lo slavofilo Dostoevskij offre tra l'altro una galleria di varie “razze” e provenienze e un indimenticabile ritratto dell'ebreo Issaj Fomic'. E molto prima di Elias Canetti o di Sebastian Haffner presenta anche il ritratto degli ‘Hitler’ del futuro, del carnefice-dittatore: « Chi ha provato una volta questo potere, questa illimitata signoria sul corpo, il sangue e lo spirito di un altro uomo come lui, fatto allo stesso modo, suo fratello secondo la legge di Cristo; chi ha provato il potere e la possibilità senza limiti di infliggere il supremo avvilitamento a un altro essere che porta su di sé l'immagine di Dio, costui, senza volere, cessa in certo qual modo di essere padrone delle proprie sensazioni. La tirannia è un'abitudine;

⁽⁹¹⁾ J. GOEBBELS, *Wesen und Gestalt des Nationalsozialismus*, p. 14 parla dei soldati che dal fronte *delle trincee* portarono con sé un nuovo modo di pensare (*eine neue Denkungsart*).

⁽⁹²⁾ Hitler sembra ignorare il dibattito sulle correnti più innovatrici del pensiero architettonico nella cultura viennese di quegli anni che era di dominio pubblico ma anche senz'altro al di sopra del suo orizzonte mentale, ancor prima che culturale, intellettuale e morale.

essa è capace di sviluppo, e si sviluppa fino a diventar malattia »⁽⁹³⁾. E coglie la relazione che può correre fra uomini simili e la società: « L'uomo e il cittadino periscono nel tiranno per sempre, e il ritorno alla dignità umana, al pentimento, la rigenerazione diviene ormai quasi impossibile per lui. Inoltre l'esempio, la possibilità di siffatta licenza agisce anche su tutta la società contagiandola: un simile potere è tentatore. La società che guarda con indifferenza un tale fenomeno è già infetta essa stessa nelle sue fondamenta »⁽⁹⁴⁾.

Ciò che nell'episodio scatta è un dispositivo mentale tipico del piccolo borghese che di fronte allo 'straniero/estraneo' non cerca di capire, chiedersi o chiedere « da dove viene? » ma al contrario lo confina subito nella sua *non appartenenza*. Questa resterà una costante dell'ideologia e della propaganda nazista. Nel citato testo sull'essenza del nazismo, Goebbels lo definisce in modo pertinente come *affermazione di un unico angolo visuale* (che è uno dei vari sensi da attribuire al termine *Gleichschaltung*). È il meccanismo già ferocemente difensivo di chi di fronte a colui che palesemente viene da altro luogo o città gli chiede non « Da dove vieni? » ma tautologicamente « Tu non sei di qua? », come se l'essere-di-qua — l'appartenenza, il terribile « noi » che stabilisce *da dove* muove *chi* ha potere (diritto) di istituire lo spazio stesso della parola⁽⁹⁵⁾ — fosse già di per sé un criterio non solo assiologico ma anche (quasi) ontologico. È altamente significativo, infatti, che non si dice 'incontrai un uomo in caffettano e i capelli arricciati', bensì — di nuovo con la locuzione *stoßen auf* di cui abbiamo visto il senso nascosto —: « Una volta, mentre passeggiavo lungo il centro storico, mi *imbattei in* una apparizione (*Erscheinung*) in lungo caffettano e con i riccioli neri »⁽⁹⁶⁾. Un essere umano è immediatamente ridotto a *Erscheinung*. L'uso di questo termine è tutt'altro che innocuo. A parte il suo

⁽⁹³⁾ F. M. DOSTOEVSKIJ, *Memorie di una casa morta*, trad. it. di A. Polledro, Milano, Rizzoli, 1950, p. 243.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 244. Anche Proust nella *Recherche* vede nell'indifferenza del cuore la radice della crudeltà e del male.

⁽⁹⁵⁾ L'analisi di queste strutture fondanti degli atti linguistici è uno dei meriti storiografici e teorici dell'opera di M. DE CERTEAU, in particolare *La Fable mystique. I. XVI^e-XVII^e siècle*, Paris, Gallimard, 1982 (*Fabula mistica XVI-XVII secolo*, a cura di S. Facioni, con un saggio di C. OSSOLA, Milano, Jaca Book, 2008).

⁽⁹⁶⁾ A. HITLER, *Mein Kampf*, p. 59.

illustre significato filosofico, nel tedesco di allora esso si usava per indicare un'apparizione (di un fantasma, di un angelo etc.), l'epifania (*Erscheinung Christi*), un fenomeno strano come l'apparizione di una meteora, ma anche l'aspetto di una persona. L'uso hitleriano è una fusione fra questi due ultimi significati, è l'opposto non solo di Dostoevskij o del *Cappotto* di Gogol ma persino del testo (splendido) di una canzone come *L'uomo in frack* (1955) di Domenico Modugno: « solo va un uomo in frack... » (97). Non è solo un'apparizione strana ma qualcosa come un aspetto — una veste e delle trecce — che appare. Hitler lo osserva di nascosto (*verstohlen*) e accuratamente, fissa il suo sguardo *in questo volto straniero (in dieses fremde Gesicht)* e più lo *esamina tratto per tratto (Zug um Zug)*, più la sua domanda iniziale si trasforma, prende un'altra versione: « Ma anche questo è un tedesco? » (98). Riferisce che subito dopo (ovviamente) non comprò libri per sapere *chi* è un ebreo ma le prime *brochure antisemite* della sua vita, anche se queste da una parte davano per scontata la conoscenza di una serie di fatti ancora a lui ignoti, dall'altra non fornivano una seria giustificazione 'scientifica' dell'accusa (*Bezichtigung*) (99). Ciò che Hitler cerca è solo una minima, consistente giustificazione — una razionalizzazione — della certezza che ha già raggiunto: gli ebrei non sono tedeschi di altra confessione ma un *popolo a sé*.

Vienna gli appare così sotto un'altra luce, ci sono ebrei dappertutto, i quartieri a nord del *Donaukanal* ne brulicano. Una certezza: sono vistosamente diversi *dagli altri uomini*, non hanno la minima somiglianza neppure esteriore con i tedeschi (evidente che per Hitler uomo equivale a tedesco). C'è qui la traccia originaria di un *anello di congiunzione* sull'enigma Hitler, il nazismo e la Germania, che si esprime con la domanda *come è stato possibile ciò che è accaduto nella colta e civile Germania?* Il problema della debolezza della cosiddetta cultura di Weimar di fronte al nazismo (100) ha fra le sue

(97) Giustamente apprezzato per esempio da D. Buzzati.

(98) *Ibid.*

(99) Ivi, pp. 59-60.

(100) Cfr. T. W. ADORNO, *Jene zwanziger Jahre* (1962), in *Eingriffe. Neun kritische Modelle*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1963, pp. 59-68 e l'ormai classico P. GAY, *La cultura di Weimar. The Outsider as Insider*, Introduzione di C. CASES, trad. it. di M. Mercì, Bari, Dedalo, 1978.

spiegazioni l'insistenza sulla *superiorità* della cultura tedesca, altra faccia dell'incapacità a cogliere la persistente *deutsche Misère* della civiltà politica. L'argomento basso e plebeo di Hitler, che naturalmente diventerà un leitmotiv della propaganda nazista, e l'argomento alto e aristocratico sull'unicità della *deutsche Kultur* — declinato per esempio da Thomas Mann nelle infelici *Betrachtungen eines Unpolitischen* (1918) — non sono affatto opposti ma stanno nella stessa catena, si collocano purtroppo ai due estremi dello stesso *asse semantico* della cultura. Nei momenti drammatici di crisi acuta — momenti di riduzione alle reazioni elementari più emozionalmente primitive — il popolo seguirà il pifferaio magico Hitler ⁽¹⁰¹⁾ e l'alta cultura non disporrà di autentici argomenti politici da contrapporre ⁽¹⁰²⁾.

Qui Hitler chiama in causa il *sionismo*, altra costante dell'ideologia e della propaganda nazista, per nulla estraneo anche al retroterra delle motivazioni mussoliniane per l'introduzione delle *leggi antisemite* ⁽¹⁰³⁾ (1938). È questo l'argomento 'razionale' che gli mancava per dimostrare di che natura è il popolo della *comunità ebraica* (*Judenschaft*) ⁽¹⁰⁴⁾. Hitler racconta di non essersi fatto ingannare dalle falsità e menzogne della discussione fra ebrei sionisti e liberali. Questo dibattito non metteva certo in dubbio l'*ebraicità* in quanto tale e produsse il suo disgusto (*ekelte an*), svelandogli la

⁽¹⁰¹⁾ C'è una curiosa analogia 'narratologica' fra la fiaba *Il pifferaio di Hamelin* o il *Il pifferaio magico* — o meglio la possibile origine storica della fiaba, ambientata ad Hamelin in Bassa Sassonia nell'anno 1284, cui accenna anche J. Le Goff — trascritta dai fratelli Grimm e la vicenda hitleriana.

⁽¹⁰²⁾ Anche nel secondo dopoguerra, per impulso soprattutto della Scuola di Francoforte, è prevalso il modello storiografico del 'doppio trauma', cioè una lettura della storia tedesca basata sulla connessione fra due eventi centrali: il *fallimento* della rivoluzione socialista e il *trionfo* hitleriano. Questo modello ha esercitato una grande influenza sulla ricostruzione della storia tedesca ed europea della prima metà del Novecento. È evidente che esso non lascia molto spazio a un inquadramento dell'antisemitismo e spiega anche le difficoltà di ricezione di un modello 'alternativo' come quello arendtiano sull'intima *connessione* fra antisemitismo e totalitarismo. Qui si può solo accennare al fatto che ciò chiama in causa anche il problema del rapporto fra movimenti socialisti — non la classe operaia come tale — e la *Judenfrage*.

⁽¹⁰³⁾ Leggi razziali è il nome ufficiale adottato dal fascismo ma anch'esso è leggermente mimetizzante. Sarebbe ormai tempo di chiamarle con il loro vero nome.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 60.

falsità della presunta altezza etica e purezza di questo popolo: « *sittlichen Höhe und Reinheit dieses Volkes* » (105). La formula del testo è straordinariamente *ingannevole*: *sittlich* si riferisce proprio agli usi e costumi e *Reinheit* o purezza va letto in realtà come *Reinlichkeit* o *pulizia*, come ‘traduce’ il testo stesso subito dopo. Lo schifo o disgusto di cui si parla prima a proposito di dispute ideali è in realtà uno disgusto corporeo (106), fisico, che incredibilmente è identificato con un problema olfattivo, l’odore cattivo (*Geruche*) che emanava dal ‘portatore del caffettano’ (*Kaftanträger*), cui si aggiungeva la sudicia (*unsaubere*) veste e il ben poco eroico aspetto (*heldische Erscheinung*). Hitler assomiglia qui a Jean-Baptiste Grenouille, protagonista del romanzo *Das Parfüm. Die Geschichte eines Mörders* (1985) di Patrick Süskind. La *Judenfrage* è innanzi tutto il problema igienico di un popolo che dice di amare l’acqua ma in realtà è sudicio e puzza (107). Con assoluta chiarezza il testo svela che è stata la scoperta della *sporcizia corporea* (*körperliche Unsauberkeit*) il tramite dell’improvvisa scoperta delle « *moralischen Schmutzflecken* » del popolo eletto (108). *Schmutzflecken* è la macchia di sporco o la zacchera: « Mota che passeggiando per vie fangose rimane attaccata ai panni da piedi, come ai calzoni, ai pastrani, e segnatamente alle gonnelle delle donne » (Nicolò Tommaseo-Bernardo Bellini, *Dizionario della lingua italiana*). È anche una *Straßenmetapher*, una metafora da strada e uno stigma, come la lettera scarlatta. Il vettore metaforico ha preso forma e impronta di sé i cerchi in cui si allarga, in crescendo:

(105) Ivi, pp. 60-61.

(106) Sul ruolo *politico* del disgusto corporeo ha richiamato l’attenzione M. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton (N. J.)-Oxford, Princeton U. P., 2004.

(107) Nasce probabilmente da qui la nota tesi di KLAUS THEWELEIT ripresa da J. LITTELL, *Le sec et l’humide. Une brève incursion en territoire fasciste*, Postface de K. THEWELEIT Paris, Gallimard, 2008 che è sostanzialmente un ritratto di Léon Degrelle e fa seguito al romanzo *Les bienveillantes*, Paris, Gallimard, 2006, importante tentativo di ricostruzione in ‘soggettiva’ della psicologia nazista. L’edizione italiana di questo romanzo (*Le benevole*, Torino, Einaudi, 2007) non ha prodotto nella nostra cultura la discussione che meritava. Un viaggio anche mentale nell’antisemitismo nazista è la sostanza dell’acuto ‘romanzo-saggio’ di E. AFFINATI, *Il campo del sangue*, Milano, Mondadori, 1997.

(108) Ivi, p. 61.

Unrat (immondizia), *Schamlosigkeit* ⁽¹⁰⁹⁾ (impudicizia), *Geschwulst* (tumefazione/tumore), *wie die Made im faulenden Leib* (come il verme nel corpo putrefacentesi). Non è nella luce, come dice il testo, ma nella *sporcizia* che Hitler scopre come dietro tutto ciò, si tratti di stampa, letteratura, teatro e ovviamente politica, c'è *ein Jüdlein* ⁽¹¹⁰⁾. Questo diminutivo (tipo *ebreuccio*), linguisticamente non attestato, con evidente intento dispregiativo richiama foneticamente parole allora correnti e oggi scomparse come *Jüdelei* (maniere e modo di parlare da ebreo) e *jüdeln* (che è non solo *parlare il gergo ebraico* ma anche *parlare il tedesco con accento ebraico*).

L'ebraismo è una *Pestilenz* (pestilenza) spirituale, anzi peggio della *morte nera* (*schwarzer Tod*) di un tempo, che *infetta* (*infiziert*) il popolo ⁽¹¹¹⁾. Nel film espressionista *Nosferatu. Eine Symphonie des Grauens* (1922) di Friedrich Wilhelm Murnau si dice che in natura gli esseri più pericolosi sono quelli che stanno sotto gli occhi di tutti, che diventano invisibili proprio perché sono visibilissimi, come le piante carnivore. Quando silenziosamente *Nosferatu* arriva nel porto di Brema nella nave fantasma con il suo carico di morte e di morti nessuno in città si accorge di lui. Con sé porta anche l'epidemia della peste: i topi che scendono dalla nave. Anche Hitler scriveva queste cose nel 1925 sotto gli occhi di tutti. La peste ebraica è un veleno (*Gift*) e questi *Bazillenträger* (portatori di bacilli) si riproducono a migliaia. L'assimilazione a un popolo di topi è evidente e con essa entra per la prima volta in considerazione il loro numero e, quindi, la loro riproduzione: altro motivo che entrerà a far parte sistematicamente del dispositivo ideologico-propagandistico del nazismo. Gli intellettuali e scrittori ebrei sono come pulci che a decine di migliaia ingrassano nella pelliccia di un Goethe e avvelenano gli animi ⁽¹¹²⁾. La macchina metaforica dell'odio micidiale che qui va prendendo forma deriva anche chiaramente dall'inaccessibilità della vita artistica per l'infimo piccolo-borghese proveniente da Linz e nato a Braunau am Inn. Il testo, infatti, parla sintomatica-

⁽¹⁰⁹⁾ *Scham* (vergogna) è l'ultimo sostantivo che ricorre nel *Processo* (1914) di F. Kafka.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹¹¹⁾ *Ivi*, p. 62.

⁽¹¹²⁾ *Ibid.*

mente dei *sudici prodotti della vita artistica (Kunstleben)*, termine con cui all'arte viene associata anche una forma di vita. Con scarsa coerenza l'argomento numerico-demografico — gli ebrei sono un centesimo della popolazione — è ora usato per definire come intollerabile il fatto che esso sia responsabile di tutta la degenerazione artistica. Ciò che oggi studiamo come la prodigiosa cultura viennese *fin de siècle* è agli occhi di Hitler *sudiciume letterario, kitsch artistico e idiozia teatrale* ⁽¹¹³⁾. Nel 1907 il diciottenne Hitler fu bocciato dall'Accademia di Belle Arti di Vienna: « Prova di disegno insufficiente. Non ammesso ». L'Accademia non si sbagliava. Racconta poi lui stesso della sua attività di illustratore di cartoline e di pittore di acquerelli. Le analisi che Hermann Broch a partire dal 1933 ha dedicato al concetto di *Kitsch* si attagliano perfettamente al suo caso. L'uso di questo termine da parte di chi con il suo movimento ha poi portato nel 1938 alle mostre sull'arte moderna come *entartete Kunst* — chiara ritorsione dell'ex-aspirante allievo d'arte impietosamente bocciato — è fra gli aspetti non meno impressionanti del testo.

Ma un ulteriore passo avanti nella scoperta di cose prima inosservate o nella migliore comprensione di quelle già osservate è fornita di nuovo dalla *strada*: l'ebraismo è l'epicentro della prostituzione e del traffico di ragazze, il quartiere di Leopoldstadt è la sua centrale ⁽¹¹⁴⁾. Con grande sicurezza Hitler afferma che, fatta forse eccezione per le città portuali francesi, il fenomeno non ha confronti con nessuna città dell'Europa occidentale. Ma è falso che ne sappia davvero qualcosa l'Hitler del 1925, figuriamoci il giovanetto a Vienna. Leopoldstadt e le città europee sono solo una proiezione fantasmatica. Importante però è che appaia l'aggettivo *westeuropäisch*, che prelude a un'opposizione razziale, biologica e politico-culturale che acquisterà una connotazione geopolitica: sia pure in modo imprecisato, l'ebraismo è visto come una minaccia che proviene dall'Europa *orientale*. Nello stesso periodo, precisamente nel 1911, Franz Kafka scopre per la prima volta il teatro *jiddisch* come manifestazione dell'ebraismo orientale. Grazie alla scoperta di questo mondo arriva a definire se stesso e la sua scrittura come

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*

⁽¹¹⁴⁾ *Ivi*, p. 63.

appartenente alla *Westjüdischezeit* (epoca storica dell'ebraismo occidentale). Questa coincidenza è come il crocevia di un destino storico (e di un tragico dilemma della modernità), poiché saranno proprio Hitler e il nazismo a distruggere il mondo dell'ebraismo orientale. D'altra parte, è evidente che *westeuropäisch* è in Hitler aggettivo di portata ristretta, pressoché identificabile con la *deutsche Kultur* come sua essenza autentica. In questo senso Vienna è una città *al confine* e persino l'indicazione *Leopoldstadt* allude già a un quartiere fuori dal Ring, in direzione nord-orientale rispetto al centro. Questo quartiere, aggiunge il testo fornendo altro esempio di fusione fra presente e passato, era teatro di avvenimenti che sono rimasti nascosti alla maggioranza del popolo tedesco ma che poi si rivelarono ai combattenti della Prima Guerra Mondiale impegnati sul *fronte orientale* (*Ostfront*) ⁽¹¹⁵⁾. Hitler però ha combattuto sul fronte occidentale.

7. *Un popolo straniero/un corpo estraneo.*

Il nesso che a questo punto Hitler istituisce è il seguente: la guida della socialdemocrazia è in mano agli ebrei; i lavoratori non hanno un orientamento ideologico stabile, sono carichi di odio ma privi di orgoglio per la loro funzione nazionale; la stampa socialdemocratica è diretta da ebrei e non ha nulla che assomigli a sentimenti nazionali ⁽¹¹⁶⁾. Egli vede questi punti come pedine in una scacchiera, di cui si deve cambiare l'ordine: suscitare l'orgoglio nazionale dei lavoratori e indirizzare stabilmente il loro odio verso gli ebrei, che guidano un movimento e una stampa non nazionali. Tutt'altro che secondario è il fatto che qui Hitler dice di avere incominciato a *registrare* con precisione i nomi di giornalisti, politici, sindacalisti ebrei e a imprimerli per sempre nella memoria ⁽¹¹⁷⁾. La conoscenza politica acquisita è ora definitiva: la socialdemocrazia è nelle mani degli ebrei, cioè di un popolo straniero (*eines fremden Volkes*), un ebreo *non* è un tedesco ma un *seduttore* (*Verführer*) del popolo tedesco ⁽¹¹⁸⁾. Ciò viene indicato come il frutto di un anno di

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*

⁽¹¹⁶⁾ *Ivi*, pp. 64-65.

⁽¹¹⁷⁾ *Ivi*, p. 66.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibid.*

esperienza viennese, cioè di un diciannovenne che si propone di salvare i lavoratori tedeschi dal veleno giudaico del marxismo e di opporsi al suo effetto annientante (*vernichtenden*), che viene apocalitticamente descritto come *crollo della civiltà umana* e *Verödung* (devastazione/desertificazione) del mondo. La sequenza finale qui sviluppata lascia sgomenti: l'approfondimento del marxismo mi fu facile, è una dottrina giudaica di cui avevo imparato la lingua; mi trasformai così da debole e insicuro cittadino del mondo in *fanatico antisemita*; eliminai l'ultimo dubbio, cioè se per caso la vittoria finale di questo popolo non fosse stata misteriosamente decretata; ma il diritto di difendersi contro la dottrina marxista, strumento dell'ebraismo per conquistare il mondo, è fondato sulla natura stessa, perché tale dottrina viola l'ordine naturale, non riconoscendo il *valore della persona*. Il che in termini hitleriani significa: l'eterno privilegio del più forte ⁽¹¹⁹⁾. Si tratta di una lotta mortale per evitare la vittoria del giudaismo — ovvero il trionfo della corona mortuaria (*Totenkranz*) in un pianeta svuotato dagli uomini (*menschenleer*). Si tratta dell'eterna natura che si vendica della trasgressione giudaica ai suoi ordini. Si tratta di agire nel nome del creatore onnipotente: la lotta per difendersi dagli ebrei è voluta da lui e io agisco per suo conto ⁽¹²⁰⁾.

Nel corso dell'enorme testo si torna ovviamente più volte sulla questione giudaica. Ma il dispositivo è ormai formato. Resta da chiarire ulteriormente il punto relativo all'interpretazione religiosa (*die jüdische Religionslehre*) contenuta nel capitolo 11 *Popolo e razza*. In questo passo tutti gli argomenti, in particolare l'affermazione di una distanza abissale fra ebraismo e cristianesimo, convergono verso l'affermazione secondo cui l'ebraismo è una *razza* e non una religione. La declinazione stessa del concetto di *religione ariana* è razziale. La sua dimostrazione è però la seguente: una religione non è ariana, se non parla della continuità della vita dopo la morte. E questo fa appunto il giudaismo: « Effettivamente anche il Talmud non è un libro di preparazione per l'al di là, bensì soltanto per una vita pratica accettabile nell'al di qua » ⁽¹²¹⁾. Anche se per sentito

⁽¹¹⁹⁾ Ivi, pp. 68-69.

⁽¹²⁰⁾ Ivi, p. 69.

⁽¹²¹⁾ Ivi, p. 336.

dire, questo è il più classico argomento della teologia storica anti-giudaica formatosi nella frattura rivoluzionaria della seconda metà del XVIII secolo e, dal punto di vista ideologico, è un topos fondamentale nella transizione verso l'antisemitismo politico. Nella struttura del dispositivo antisemita esso resta come premessa nascosta, tramite la quale l'antisemitismo veicola segretamente il moderno antigioudaismo teologico. La controprova è che se la critica fosse condotta dal coerente punto di vista di una difesa o restaurazione della cristianità europea contro il pericolo giudaico farebbe appello alla civiltà cristiana, non alla religione *ariana*. Il riferimento al cristianesimo, a Cristo che scaccia i mercanti e persino al Cristo crocifisso non ha nulla di cristiano e non è neppure 'machiavellicamente' condotto da un punto di vista strumentalmente cristiano.

Ciò che questa analisi rivela è innanzi tutto che, qualunque sia la teoria psicologica che si vuole adottare secondo le distinzioni epistemologiche di cui si è detto all'inizio, è evidente che il testo hitleriano parla della costruzione di un *sé* profondo verso cui convergono tutte le sue istanze psicologiche e poi mentali. Ciò ha bisogno dell'identificazione di un *nemico*, per la quale occorre la costruzione di un *dispositivo trasformatore*. Hitler non ha un retroterra familiare, sociale o educativo antisemita. Quindi l'esigenza primaria per il *sé* di individuare un nemico *precede* la successiva identificazione di questo con l'*ebreo*. Questa preistoria psicologica ricostruita storicamente *ex post* è però l'anticipazione su scala *individuale* di un fenomeno che nel dopoguerra tedesco e nel periodo di Weimar si è riprodotta su scala *sociale* e, quindi, storica. È noto che nei primi anni di cancellierato il fanatismo antisemita creò qualche problema politico collaterale al Führer, così come i mille provvedimenti antiebraici, le Leggi di Norimberga del 1935 e la *Reichspogromnacht* o *Kristallnacht* non suscitarono quell'entusiasmo popolare che i nazisti si attendevano. Ma questo non smentisce bensì conferma che *nel profondo* il meccanismo di 'annientamento' del nemico ebreo, tipico del carnefice descritto da Dostoevskij, si era insediato fino a neutralizzare la coscienza religiosa. Questo, assai meglio per esempio del cameratismo, aiuta a capire il sintomatico comportamento dei riservisti analizzato da Browning. In ogni caso, l'analisi linguistico-testuale è sufficiente a mostrare che c'è una *fallacia logica*, un salto nella catena argomentativa. Il testo dichiara di

cercare argomenti della fredda ragione contro le resistenze del sentimento. Ma l'analisi del testo dimostra che si tratta esattamente del contrario. Le argomentazioni non sono neppure emozionali ma scendono al livello delle sensazioni di ostilità corporea. L'*incontro con l'ebreo* opera subito la riduzione di un uomo all'apparizione di un indumento (*Kaftan*) — egli diventa così un 'portatore di caffettano' (*Kaftanträger*) —, dell'indumento a un cattivo odore (*Geruche*), del cattivo odore alla sporcizia (*Unsauberkeit*) — egli diventa così un 'portatore o veicolo di bacilli' (*Bazillenträger*) —, della sporcizia alla malattia pestilenziale e alla morte nera (*Pestilenz, schwarzer Tod*).

Il testo torna ancora ampiamente sulla questione, sviluppando la relazione fra razza e popolo, l'opposizione fra 'democrazia germanica' basata sul *Führerprinzip* e 'democrazia giudaica' basata sul parlamentarismo e, nella seconda parte, insistendo soprattutto sulla missione storica e 'civilizzatrice' del nazismo, premessa fondamentale per identificare nell'ebreo, di per sé 'nemico interno' del popolo tedesco, un nemico esterno, un *corpo estraneo* a livello dell'ordine europeo. È sconcertante constatare, infine, che in tutte le considerazioni di *Mein Kampf* c'è l'assenza totale di qualsiasi scrupolo giuridico, in ogni sfera: civile, penale, costituzionale e internazionale. Si apre qui un abisso storico *a rovescio* rispetto alla *svolta* nella storia di Roma e della civilizzazione occidentale, coincidente con l'epoca consolare, cui si riferisce Tito Livio, quando all'inizio del secondo libro dice che d'ora in poi tratterà « delle imprese compiute in pace e in guerra dal popolo romano *libero*, delle magistrature annue e del potere delle leggi, più forte di quello degli uomini »⁽¹²²⁾: *imperiaeque legum potentiora quam hominum*.

III. Conclusioni.

8. *Citizenship - Il Programma del 1920.*

L'aspetto giuridico è determinante nel punto più specifico, l'abolizione del concetto di *citizenship*. Il celebre primo programma della NSDAP del 24 novembre 1920, che rimase per sempre la base

⁽¹²²⁾ TITO LIVIO II, 1, 1 (*Storia di Roma*, note di C. Moreschini, trad. it. di M. Scandola, Milano, Rizzoli, 1982, vol. 2).

del nazionalsocialismo, fu scritto direttamente da Hitler. Alcune sue formule sono sintesi anticipate delle argomentazioni sviluppate poi in *Mein Kampf*, che ne è dunque la giustificazione ideologica. La sua ossessione antisemita si inquadra qui in una concezione *biologica* della cittadinanza. Il § 4 dei 25 punti del programma dice: « Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist, ohne Rücksichtnahme auf Konfession. *Kein Jude kann daher Volksgenosse sein* ». Questa formula barbarica riesce ad essere insieme tautologica e contraddittoria, poiché dice che è cittadino tedesco chi è cittadino di sangue tedesco e insieme che è appunto il sangue a decidere di questa qualità, indipendentemente dalla confessione. Il che è formulato come se fosse un principio liberale — un cittadino può avere la confessione religiosa che vuole — e invece serve solo a enunciare un argomento *ad hominem*: un ebreo non è tedesco *per sangue*, qualunque sia la sua confessione religiosa. Il termine *Volksgenosse* è sostanzialmente un *neologismo nazista*, insieme tautologico — designa l'appartenente allo stesso popolo, cioè al popolo tedesco — e barbarico. *Genosse*, infatti, è in primo luogo un termine giuridico che designa chi, sulla base del diritto di famiglia, condivide con altri l'usufrutto di un bene di proprietà aliena. Nella sua estensione designa notoriamente un *compagno* per esempio di gioventù, lotta, servizio/ufficio e partito. Quest'ultimo riferimento è importante, perché mira chiaramente a sottrarre il termine alla propaganda comunista. Ma resta una costruzione barbarica, perché identifica nel *Volk* una sorta di bene comune, che può essere condiviso solo sulla base del sangue. Il concetto di *Staatsbürger* subisce così una drastica riduzione biologica.

Ma la precedente analisi linguistica permette di scoprire agevolmente i motivi dell'ossessione antiebraica presenti anche in altri punti. A parte il successivo § 5, che stabilisce che chi non è cittadino può vivere in Germania solo come *ospite* (*Gast*) in base a una legislazione che regola la presenza di stranieri (*Fremdengesetzgebung*), particolarmente insidiosa è la formulazione del § 18: « Wir fordern den rücksichtslosen Kampf gegen diejenigen, die durch ihre Tätigkeit das Gemein-Interesse schädigen. Gemeine Volksverbrecher, Wucherer, Schieber usw. sind mit dem Tode zu bestrafen, ohne Rücksichtnahme auf Konfession und Rasse ». Sembra una

formula generale: « Esigiamo una lotta senza riserve contro coloro che, con la loro attività, ledono l'interesse comune. Criminali comuni contro il popolo, usurai, trafficanti etc. vanno puniti con la morte, senza considerazione per la loro confessione o razza ». La frase di chiusura è rivelatrice, poiché sembra di nuovo presupporre che la valutazione e il trattamento penale dei crimini descritti fino ad ora dipendessero in qualche misura dall'appartenenza confessionale o razziale. Nulla di più falso. La decodifica è facile e di nuovo si scopre l'argomento *ad hominem*: ebrei e comunisti che si rendano responsabili di questi crimini vanno condannati a morte. Il termine *Konfession* va combinato infatti con la formula del precedente § 4: un ebreo resta ebreo, quindi non-tedesco, quindi non-cittadino qualunque sia la sua confessione. Certo molti ebrei sono comunisti. Ma se un comunista non è ebreo ma di sangue tedesco, in questo caso la sua appartenenza razziale non conta. *Wucherer* poi è per definizione storica un ebreo; *Schieber* ricorda il rapporto fra ebrei e prostituzione (traffico losco per antonomasia, non c'era ancora la droga). Ma vero 'capolavoro' linguistico è *Volksverbrecher*, termine *passépartout* che si presta a ogni uso ed è chiaramente il più antisemita, poiché è la vera chiave per capire il riferimento agli ebrei del § 4: l'ebreo è per natura e con la sua stessa presenza un *criminale contro il popolo* (tedesco). Si stabilisce così un rapporto di antonimia fra *Volksgenosse* e *Volksverbrecher*. Tutte le considerazioni sulla stampa trovano una chiara eco nel § 23, che esige addirittura una lotta legale contro la *cosciente menzogna politica e la sua diffusione a mezzo stampa*. Le misure devono riguardare i giornalisti, che devono essere *Volksgenosse*, la dura limitazione di giornali stranieri che non potranno scrivere in lingua tedesca, il controllo dei finanziamenti delle imprese editoriali.

I punti antisemiti del programma hitleriano sono stati sviluppati in un'intensa campagna di propaganda. Il sostegno in campo pubblicistico è stato ampio, spingendosi fino ai libri per l'infanzia. Ma di ben altra efficacia comunicativa è stato l'uso dei manifesti (*Plakate*), in cui non c'è soluzione di continuità dai primi manifesti del movimento alla mostra propagandistica *Der ewige Jude*, inaugurata da Goebbels a Monaco l'8 novembre 1937 e poi divenuta itinerante, allo scopo di mostrare *scientificamente* che la razza ebraica è una *halb-*

menschliche Abartigkeit (anomalia/degenerazione semiumana) ⁽¹²³⁾. Ideologicamente questo è importante perché non solo identifica nei rapporti sessuali con ebrei il crimine da punire con la morte della *Rassenschande* ma stabilisce anche una zona di contiguità con la malattia genetica o ereditaria, obiettivo del primo, vasto piano di sterminio dei nazisti *camuffato* sotto il nome di ‘progetto *Euthanasie*’. La relazione è sempre fra crimine e contagio, come mostra un altro costante filo conduttore: il tema *Judentum ist organisiertes Verbrechertum* (Ebraismo è criminalità organizzata).

9. *Die ‘Weltlosigkeit’ der Juden - Quale spazio per gli ebrei nel mondo?*

Proprio perché gli aspetti ora ricordati sono fra i più noti e accessibili ⁽¹²⁴⁾, può essere molto interessante in conclusione esaminare una *fredda*, quasi accademica esposizione scientifica del problema, tenuta nel 1937 sempre nella *Deutsche Hochschule für Politik*, destinata quindi a quadri e dirigenti del partito. Un testo intermedio fra ideologia e propaganda. Anche in questo caso, siamo di fronte a una vicenda biografica esemplare e sintomatica. L’autore del testo

⁽¹²³⁾ Alla fine degli anni Trenta Goebbels commissionò fra l’altro anche cinque film di propaganda antisemita. Il più celebre è *Jüd Süß* (*Süß l’ebreo*) del 1940, diretto dall’attore-regista Veit Harlan. La vergognosa sceneggiatura altera non solo la vicenda storica del banchiere tedesco Joseph Ben Issachar Süßkind Oppenheimer, noto come Joseph Süß Oppenheimer (1692-1738), ma anche la sua fonte diretta, cioè il romanzo omonimo (1925) dello scrittore ebreo Lion Feuchtwanger. Fu scritta da L. Metzger e E. Möller, con la collaborazione di Harlan, sotto il diretto controllo di Goebbels. La turpitudine estrema del personaggio — fisica quanto morale — è accentuata dall’ambientazione: il film fu girato nella *Frankfurter Judengasse*, che appare piena di sudiciume e immondizia. Questo *correlato oggettivo* dell’ebreo corrisponde all’indicazione sulla conoscenza che avviene *nelle strade* di cui parla *Mein Kampf*. Da notare che, per evitare complicazioni diplomatiche con il regime hitleriano, il governo inglese nel 1937 censurò un film *ispirato alla stessa storia*, il cui scopo era proprio mostrare le abiezioni della politica antisemita del nazismo. *Jüd Süß* ebbe un successo enorme, non solo in Germania. Himmler ne fu così entusiasta da imporne la visione all’intero corpo delle SS.

⁽¹²⁴⁾ Nel *Museum des deutschen Widerstandes* di Berlino per esempio si possono vedere alcuni fra i primi manifesti antisemiti. Il motivo iconologico più ricorrente è l’idra giudaica dalle molte teste, che il nazismo è però in grado di mozzare facendo scorrere laghi di sangue.

Die Judenfrage in der modernen Welt ⁽¹²⁵⁾ è Wilhelm Ziegler (1891-1962), uomo di formazione storica e *teologica*. Raggiunse una certa notorietà nel 1929 con il saggio *Einführung in die Politik* di spirito ‘imperialista’, anche se non ‘antiweimariano’. Nel 1937 collaborava strettamente con il Ministero della Propaganda di Goebbels. Nel 1935, infatti, era il referente ‘scientifico’ per la questione giudaica e dirigeva l’*Institut für Studium der Judenfrage*, il che gli dava titolo per essere membro della *Forschungsabteilung Judenfrage* in seno al *Reichsinstitut für Geschichte des neuen Deutschlands*. Era professore di storia contemporanea all’Università di Berlino. Si tratta dunque di un testo di una certa autorevolezza ma non molto studiato, proprio perché non dichiaratamente propagandistico. La prima constatazione di Ziegler è che oggi nel mondo la questione ebraica divampa su tutto il fronte in tutta la sua acutezza ⁽¹²⁶⁾. Origine moderna della questione è l’emancipazione legale degli ebrei, cioè il principio costituzionale della cittadinanza, indipendentemente dalla confessione e dall’appartenenza razziale. Questo principio si è rivelato un’illusione, poiché la realtà si è incaricata di dimostrare la *diversità razziale* rispetto agli ebrei ⁽¹²⁷⁾. La svolta coincide con l’anno 1933, in cui l’acutezza della questione è apparsa non solo in Germania, ma anche fuori, nel mondo (*draußen in der Welt*) ⁽¹²⁸⁾. L’argomento centrale al riguardo è chiarissimo: gli ebrei sono una *minaccia etnica*, poiché le cifre dimostrano che dall’inizio del XIX secolo a oggi essi sono cresciuti a un ritmo circa cinque volte superiore. L’epoca della industrializzazione ha favorito un nuovo movimento o processo storico di *migrazione* (*Wanderungsbewegung*) ⁽¹²⁹⁾. Come dire: gli ebrei non solo si moltiplicano ma di nuovo migrano. Si tratta di un *processo di assedio* (*Umlagerungsprozeß*). Ziegler ne fornisce le cifre dettagliate, citando i diversi paesi in cui i 16 milioni di ebrei si

⁽¹²⁵⁾ Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1937. Poco tempo prima nella stessa serie era apparso *Der Einbruch des Judentums in die Philosophie* di H. A. GRUNSKY (Università di Monaco), che inizia attaccando la figura di Hermann Cohen. Istruttivo vedere al confronto il ritratto che del filosofo ha fatto lo scrittore Boris Pasternak rievocando il suo soggiorno a Marburg.

⁽¹²⁶⁾ Ivi, p. 6.

⁽¹²⁷⁾ *Ibid.*

⁽¹²⁸⁾ Ivi, p. 7.

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.*

distribuiscono. Gli USA sono ormai largamente al primo posto ma ovviamente l'autore non spiega affatto perché ⁽¹³⁰⁾. Seguono la Polonia, la Russia, la Romania, l'Ungheria e la Cecoslovacchia: tutti paesi dell'Europa orientale ⁽¹³¹⁾. Il fenomeno è talmente gigantesco, scrive l'autore, da rendere decisiva la questione della *posizione degli ebrei nel mondo* (*die Stellung der Juden in der Welt*) e della posizione del mondo circostante verso gli ebrei ⁽¹³²⁾. Si tratta di un evento storico sia spirituale (*geistig*) che 'sociologico-sociale' e da questa premessa derivano due fenomeni, che definiscono la questione giudaica nel mondo moderno: il *controllo* e la *sovranità/sottomissione* (*Botmäßigkeit*) ⁽¹³³⁾. Il controllo riguarda un popolo che viene da fuori, mentre sia per tipo razziale che per legame territoriale rimane estraneo al popolo e al paese che lo ospita, ma finisce per esercitare una grande influenza nella vita intellettuale, spirituale e anche industriale. Citando un testo antisemita di Hilaire Belloc di ispirazione fanaticamente cattolica, Ziegler definisce la questione in questi termini: gli ebrei pretendono di esercitare su di noi un controllo che noi però non vogliamo affatto ⁽¹³⁴⁾.

Il testo vorrebbe assumere un tono neutrale da relazione scientifica ma qui innesca un micidiale dispositivo. La constatazione storica è che nei periodi di percezione di acuta crisi gli ebrei hanno cercato scampo nel battesimo. Ma questa via è loro sbarrata in Germania. D'altro canto, con i loro moti migratori gli ebrei sono una minaccia. Perciò Ziegler afferma che, dal punto di vista *biologico*, l'ebraismo è oggi uguale a un *albero senza radici* ⁽¹³⁵⁾. Ma questa è la constatazione di chi queste radici ha tagliato o vuole tagliare. La 'conferma' di questa affermazione è che gli ebrei sono un popolo

⁽¹³⁰⁾ Dobbiamo qui rinunciare a sviluppare un interessante filone di indagine circa l'ampio documentabile tentativo di penetrazione nazista negli USA, in cui l'antisemitismo ha pure svolto un ruolo rilevante, come mostrano i casi dell'industriale Henry Ford e del *media tycoon* William Randolph Hearst, cui si ispira il celeberrimo *Citizen Kane* (1941: *Quarto potere*) di Orson Welles, che nel 1962 ha poi realizzato *The Trial* il più bel film 'kafkiano' della storia.

⁽¹³¹⁾ Ivi, p. 8.

⁽¹³²⁾ Ivi, p. 9.

⁽¹³³⁾ *Ibid.*

⁽¹³⁴⁾ Ivi, p. 10.

⁽¹³⁵⁾ *Ibid.*

senza contadini e lavoratori della terra ⁽¹³⁶⁾, che prova una sorta di orrore per il lavoro corporeo ⁽¹³⁷⁾. L'ebreo non vive del proprio sudore ma di quello degli altri e non a caso tende perciò ad ammassarsi nelle metropoli come Berlino o New York ⁽¹³⁸⁾. I fatti parlano chiaro in tal senso e portano a un'unica conclusione, che sta nel *sangue stesso* degli ebrei e indica due elementi: una caratteriale *mancaanza di radici* – l'argomento è ormai ossessivo — e la tendenza a un infaticabile guadagno di denaro ⁽¹³⁹⁾. Torna qui l'equivalenza simbolica fra vita intellettuale, denaro e sangue. La formula di Ziegler è più 'metropolitana' di quelle hitleriane: l'ebraico è il popolo dell'*asfalto*. La loro corrente migratoria proviene dai paesi dell'Europa orientale e agisce come un uccello predatore nella vita spirituale dei paesi occidentali. Le leggi antisemite del 1933 rappresentano in questo senso un modello del controllo che i paesi dell'Europa occidentale devono esercitare ⁽¹⁴⁰⁾. Segue una dettagliata descrizione dell'allarme antisemita nei vari stati. Il comune denominatore è sempre lo stesso: alla lunga un popolo non può *digerire* (*verdauen*) un simile corpo estraneo (*Fremdkörper*) ⁽¹⁴¹⁾. Chiusa l'ampia panoramica internazionale, il testo affronta il sionismo e i presupposti del futuro stato di Israele. La demolizione è totale: si tratta di un'utopia romantica e di un'illusione politica. Lo stato ebraico è privo di consistenza territoriale, nazionale, linguistica ⁽¹⁴²⁾. Una delle prove dell'impossibilità di fondare uno stato ebraico unitario è fornita anche dall'*architettura* (una costante dell'ideologia nazista). Lo stile architettonico 'ebraico' visibile anche in Palestina non ha nulla di *nazionale*, è un classico stile internazionale: « È la maniera tipicamente ebraica di costruzione 'cubistica' in forme matematiche. Le loro case e parchi sono opere senza animo, senza anima. Il loro costruttore non è un architetto o un artista nel

⁽¹³⁶⁾ *Ibid.*

⁽¹³⁷⁾ Ivi, p. 11.

⁽¹³⁸⁾ *Ibid.*

⁽¹³⁹⁾ Ivi, p. 12.

⁽¹⁴⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹⁴¹⁾ Ivi, pp. 14 e 14-22.

⁽¹⁴²⁾ Ivi, pp. 22-26.

senso inteso da noi tedeschi ma un matematico o un ingegnere... » ⁽¹⁴³⁾.

La premessa delle considerazioni conclusive, dunque, è che la questione ebraica è ormai sollevata nel mondo, sia non ebraico che ebraico. Il confronto si estende ⁽¹⁴⁴⁾. Ma qui il testo distingue. Nelle democrazie liberali d'occidente e negli USA prevale l'*ebraismo internazionale*, che non ha affatto percepito ancora nulla dell'ampiezza del pericolo che lo minaccia ⁽¹⁴⁵⁾. La patria di questo ebraismo è il mondo. Molto diversa la situazione dell'*ebraismo nazionale*, che cerca di vivere silenziosamente nei vari paesi e territori. L'*ebraismo* nel suo insieme amerebbe poter conservare questo *doppio status*. La corrente internazionale si sente al sicuro e si limita a sostenere finanziariamente la fondazione dello stato di Israele; sentendosi minacciata, la corrente nazionale guarda invece al nuovo stato come a una via di fuga e salvezza ⁽¹⁴⁶⁾. Ma il sionismo non possiede l'ardente fuoco nazionale, l'elementare e irresistibile *volontà di potenza* con cui i veri popoli conquistano uno stato. L'alternativa è dunque senza uscita: o il sionismo dimostra questa sua capacità oppure gli ebrei devono continuare nella loro millenaria linea, cioè edificare il nido ove altri hanno già costruito il loro. Essi sono e restano un popolo senza patria. Ma allora « devono mettere naturalmente in conto le conseguenze che questo fatto implica » ⁽¹⁴⁷⁾. Con sarcasmo Ziegler osserva in proposito: « Ma a nessun popolo nella storia è mai riuscito di stabilire la sicurezza politica della propria statualità interna solo in base all'accettazione della sua esistenza e all'influenza in ambito internazionale » ⁽¹⁴⁸⁾. In altre parole: solo con il sacrificio del *sangue* un popolo può raggiungere la sua indipendenza come stato. Perché mai solo alla storia degli ebrei dovrebbero essere risparmiata sofferenze e sacrifici?

⁽¹⁴³⁾ Ivi, p. 27.

⁽¹⁴⁴⁾ Ivi, p. 28.

⁽¹⁴⁵⁾ *Ibid.*

⁽¹⁴⁶⁾ Ivi, p. 29.

⁽¹⁴⁷⁾ Ivi, p. 30.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibid.*

Nella sua apparente oggettività questo testo sviluppa una logica *senza scampo*, perché parla di un'identità del popolo ebraico ma nello stesso momento la *nega* radicalmente. È una posizione ancora più *desolante* di quella dei testi direttamente propagandistici, perché tracciando un presunto profilo storico nega agli ebrei una sfera che ne giustifichi l'*esistenza nel mondo*. Ne afferma anzi la totale *Weltlosigkeit*. Ipocritamente l'autore afferma che, mentre in Germania la questione è risolta, non sa quale potrà essere la soluzione futura. Ma il suo non è un vero *aut aut*. Che altro fare se non *cacciare dal mondo* un corpo estraneo, per la cui esistenza mondana non si trova ragione e che biologicamente e spiritualmente è un gravissimo pericolo? La premessa di questa indagine 'storica' è che il popolo ebraico non solo non ha un rapporto con il mondo ma è *privo-di-mondo* — questo è il significato di *Weltlosigkeit*. La conseguenza logica è che il suo infondato essere-nel-mondo (*in der Welt sein*) dovrà risolversi nel venir via-dal-mondo (*aus der Welt kommen*) ⁽¹⁴⁹⁾. La specificità del dispositivo e della pratica antisemita del nazismo consiste proprio in questo, nell'aver spezzato il vincolo creaturale fra gli uomini, nel tentativo di violare attraverso la signoria sui corpi l'inviolabilità inscritta nel corpo umano come Legge di Dio e Legge cristiana.

⁽¹⁴⁹⁾ È questa la ragione per cui nella chiusa di *Spät und tief* P. Celan scrive: *Es komme ein Mensch aus dem Grabe* (Venga dal sepolcro un uomo: *Poesie*, pp. 56-57), il più tragicamente 'cristiano' fra i versi di un poeta che ha meditato sulla frattura di civiltà prodotta dall'antisemitismo nazista. La centralità della relazione fra antisemitismo nazista e coscienza cristiana è la base del testo con cui il 12 marzo 1998 Giovanni Paolo II ha affidato uno speciale compito della memoria alla Commissione per i Rapporti religiosi con l'Ebraismo: *Noi ricordiamo: una riflessione sulla Shoah*.

I nemici della costituzione

CHIARA BOLOGNA

DIFENDERE LA COSTITUZIONE
O DIFENDERE I SUOI NEMICI?
IL CASO DEL MACCARTISMO

1. Il maccartismo: un viaggio nell'opposizione anticostituzionale. — 2. Indicazioni dalla costituzione: il *free speech* non include il diritto alla rivoluzione. — 3. La “paura rossa” avanza: dalla nascita del partito comunista americano allo *Smith Act*. — 4. La giurisprudenza della Corte suprema prima del maccartismo: la garanzia del *clear and present danger test*. — 5. La guerra fredda e la nuova esplosione dell'anticomunismo: il *Truman Loyalty Order* e le inchieste del Congresso. — 6. Controlli e sanzioni per le organizzazioni del “movimento mondiale comunista”: l'*Internal Security Act*. — 7. L'ideologia comunista diventa un “pericolo chiaro e imminente”: la Corte suprema e il caso *Dennis*. — 8. L'ultimo atto del maccartismo: il *Communist Control Act*. — 9. Gli Stati Uniti all'epoca del maccartismo: una democrazia procedurale “militante”?

1. *Il maccartismo: un viaggio nell'opposizione anticostituzionale.*

Il fenomeno del maccartismo ha ricevuto negli ultimi anni nuova attenzione da parte di giuristi e soprattutto di storici statunitensi, confrontatisi sull'opportunità di una nuova interpretazione della *red scare* ⁽¹⁾, la “paura rossa”, in nome della quale, come noto, furono adottate misure illiberali nei confronti di singoli e formazioni sociali.

Causa della recente *querelle* dottrinale è stata l'emersione, negli anni novanta, di alcuni documenti che sembrano avallare la tesi della reale pericolosità del partito comunista statunitense, smentendo la lettura del maccartismo quale fenomeno di semplice « isteria nazio-

⁽¹⁾ In tema, nell'ampissima letteratura, v. a titolo esemplificativo, M.J. HEALE, *McCarthy's Americans: Red Scare Politics in State and Nation, 1935-1965*, Basingstoke, Macmillian Press, 1998; A. FRIED, *McCarthyism: the Great American Red Scare: a documentary history*, New York, Oxford University Press, 1997; J.E. HAYNES, *Red Scare or Red Menace?: American Communism and Anticommunism in the Cold War Era*, Chicago, Ivan R. Dee, 1996; T.C. REEVES, *McCarthyism*, Hinsdale, Dryden Press, 1973.

nale» (2). I documenti cui si fa riferimento sono in particolare quelli del Comintern, che il governo russo ha reso disponibili dopo la dissoluzione dell'Unione Sovietica, e i dossier del progetto Venona, resi pubblici dalla CIA a partire dal 1995 e costituiti dalle decriptazioni delle comunicazioni degli agenti del KGB operanti nei paesi occidentali. Da tali documenti (3) in effetti emerge l'immagine di un partito comunista americano dipendente dalle autorità sovietiche, che da queste veniva finanziato e dalle cui fila — soprattutto — provenivano molti degli agenti segreti del KGB in terra statunitense.

Tali vicende tuttavia non hanno fatto venir meno, in parte della storiografia statunitense (4), la forte denuncia delle misure repressive adottate a partire dagli anni quaranta e soprattutto non hanno dissolto i dubbi circa l'incostituzionalità dei provvedimenti adottati durante gli anni del maccartismo: limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero, requisizione dei passaporti e registrazione obbligatoria per i componenti di determinati partiti sono solo alcune delle misure con cui le istituzioni statunitensi hanno fronteggiato la paura di un'opposizione che sembrava mettere in discussione i principi fondamentali dello stato democratico.

Negli stessi anni in cui la Repubblica federale tedesca si difendeva dal *Verfassungsfeind*, dal “nemico della costituzione”, sciogliendo il *Sozialistische Reichspartei* nel 1952 e il *Kommunistische Partei Deutschlands* nel 1956 (5), anche gli Stati Uniti sceglievano di

(2) R.K. MURRAY, *Red scare: a study in national hysteria, 1919-1920*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.

(3) Su tali documenti v. M.H. REDISH, *The Logic of Persecution. Free Expression and the McCarthy Era*, Stanford, Stanford University Press, 2005, pp. 3 ss. e la letteratura ivi citata.

(4) V. in particolare E. SCHRECKER, *Many Are the Crimes*, Princeton, Princeton University Press, 1998.

(5) In tema v. S.M. MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 127 ss.; A. MELONCELLI, *La disciplina generale delle associazioni anticostituzionali nella Repubblica Federale di Germania*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1982, 1, pp. 151 ss.; C. PINELLI, *Discipline e controlli sulla “democrazia interna” dei partiti*, Padova, Cedam, 1984, pp. 43 ss.; S. ORTINO, *L'esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 67 ss.; C. AMIRANTE, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella RFT*, Roma, Lerici, 1980, pp. 247 ss.

difendere la propria costituzione limitando i diritti di coloro che la contestavano. La paura della « libertà egualitaria »⁽⁶⁾ di derivazione marxista, pronta a sacrificare le libertà personali e il principio dell'eguaglianza formale davanti alla legge pur di affrancare la società dai rapporti di produzione capitalistici e di garantire i diritti economico-sociali, è alla base di una sistematica opera di contrasto alle forze politiche che a tali principi si ispiravano.

Il tema è quello della lotta alla c.d. opposizione anticostituzionale, ossia la lotta ai movimenti politici che contestano i principi fondamentali del patto su cui si fonda un ordinamento statale. L'opposizione svolta da questi partiti non è un'opposizione su principi secondari⁽⁷⁾, nel quadro di un sistema condiviso di valori, ma un'opposizione antisistema, che contesta i principi fondanti dell'ordinamento e mira conseguentemente a sovvertirlo⁽⁸⁾. Questo tipo di movimento politico non assolve la tipica funzione che le opposizioni hanno nelle democrazie più mature, ossia quella di porsi come "alternativa"⁽⁹⁾ alla maggioranza di governo: esso non vuole essere parte delle istituzioni così come delineate dalla costituzione, ma di queste istituzioni e di questa costituzione vuole modificare il volto, mettendo anche in discussione la possibilità di una continua reversibilità delle opzioni politiche, che è la caratteristica peculiare delle forme di stato democratiche.

L'atteggiamento che gli ordinamenti possono avere nei confronti di tale tipo di forze politiche è sostanzialmente duplice.

In primo luogo essi possono scegliere di proteggere la democrazia, considerando incostituzionali i movimenti politici antisistema: possono cioè vietare e sanzionare l'attività di tali movimenti, limitando le

(6) V. G. BONGIOVANNI, G. GOZZI, *Democrazia*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Roma-Bari, Laterza, 1998², p. 245.

(7) V. O. MASSARI, *Opposizione*, in *Dizionario di Politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, Utet, 2004, p. 719.

(8) V. M. BON VALSASSINA, *Profilo dell'opposizione anticostituzionale nello stato contemporaneo*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », VII, 1957, p. 532; A. RINELLA, *Lo "Statuto costituzionale" dell'opposizione parlamentare*, Trieste, E.U.T., 1999, p. 45.

(9) Sulla nozione di opposizione come "alternativa" di governo alla maggioranza v. ampiamente G. DE VERGOTTINI, *Opposizione parlamentare*, in « Enciclopedia del diritto », Milano, Giuffrè, XXX, 1980, pp. 536 ss., nonché L. MEZZETTI, *Opposizione politica*, in « Digesto delle discipline pubblicistiche », Torino, Utet, X, 1995, pp. 352 s.

libertà di associazione e di manifestazione del pensiero dei loro esponenti. Gli ordinamenti possono scegliere quindi di essere *democrazie protette* in cui vi è una protezione della costituzione *ex ante* che impedisce alle forze che si prefiggono di sovvertire l'ordine costituzionale di accedere all' "agorà": esse infatti possono essere private sia dei diritti civili e politici che permettono il confronto dialettico, sia del diritto di accedere alle assemblee elettive. Ad essere protetta, così, in questi casi, è la stessa rappresentanza politica ⁽¹⁰⁾, in quanto preclusa o resa più difficoltosa ai partiti antisistema.

In alternativa, le istituzioni statali possono avere un atteggiamento di neutralità e tolleranza nei confronti dei movimenti politici che anche mirino a sovvertire l'ordinamento, ma che conducano la loro battaglia con metodi pacifici, rispettosi della dialettica democratica ⁽¹¹⁾.

La democrazia ha in questi ordinamenti una valenza kelsenianamente procedurale che, cioè, presuppone un pluralismo valoriale e si concretizza nella garanzia delle procedure tramite cui vengono assunte le decisioni: tali procedure devono essere idonee a permettere l'alternanza dei governi e delle maggioranze ⁽¹²⁾.

In questo tipo di ordinamenti, definibili democrazie *aperte* o *pure* ⁽¹³⁾, le istituzioni e le costituzioni confidano nel fatto che

⁽¹⁰⁾ V. S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 7. Come noto, emblematica di tale modello è la Legge fondamentale tedesca che all'art. 9 proibisce le associazioni « dirette contro l'ordinamento costituzionale », all'art. 21 dichiara incostituzionali i partiti che per le loro finalità [...] si prefiggono di attentare all'ordinamento costituzionale democratico e liberale », e all'art. 18 disciplina l'abuso del diritto, in base al quale chiunque, « per combattere l'ordinamento costituzionale democratico e liberale » abusa dei suoi diritti fondamentali perde, a seguito di una sentenza del Tribunale costituzionale federale, tali diritti. In tema v. la letteratura citata *supra*, nt. 5.

⁽¹¹⁾ V. I. NICOTRA, *Democrazia "convenzionale" e partiti antisistema*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 21.

⁽¹²⁾ V. M. VOLPI, *Le forme di stato*, in *Diritto costituzionale italiano e comparato*, a cura di G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi, Bologna, Monduzzi, 1997, p. 344.

⁽¹³⁾ Molteplici sono i termini con cui vengono designate le democrazie non protette, tra questi: « democrazie pluraliste pure » (S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette*, cit., p. 12), « democrazie pure » (v. G. MORBIDELLI, *Le dinamiche della costituzione*, in *Diritto costituzionale italiano e comparato*, a cura di G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi, cit., p. 149), « democrazie a potere aperto » (G. BURDEAU, *Democrazia*, in « Enciclopedia del Novecento », Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, II, 1977, p. 61).

saranno gli stessi elettori, esercitando il loro diritto di scelta tramite il voto, ad impedire che l'opposizione anticostituzionale diventi determinante nel Paese. La logica sottesa a tale orientamento è quella secondo cui la verità può scaturire solo dalla libertà e dal confronto tra idee differenti: « quando le idee competono per essere accettate, la piena e libera discussione mostra coloro che sono in errore e questi avranno pochi sostenitori » (14).

Al di là della funzione benefica del libero confronto, che la lotta all'opposizione anticostituzionale rischia di compromettere, occorre sottolineare come tale lotta ponga, agli ordinamenti liberal-democratici, questioni ben più profonde che rischiano di mettere in discussione le stesse fondamenta. Le costituzioni liberal-democratiche nascono infatti nell'alveo del costituzionalismo e del contrattualismo, che del primo è elemento essenziale (15): lo stato nasce per garantire i diritti che spettano all'uomo secondo natura e nella garanzia di tale diritti è la stessa ragion d'essere dell'ordinamento.

I sistemi che negano i diritti civili e politici a coloro che si oppongono all'ordinamento costituzionale vigente, quindi, da un lato, hanno una giustificazione per il loro operato nella garanzia dei diritti che essi devono preservare e che l'opposizione anticostituzionale vuole sovvertire, ma, dall'altro, inevitabilmente, in quegli stessi diritti trovano un ostacolo, poiché per garantirli in futuro decidono di negarli nel presente. È il paradosso delle democrazie protette che per difendere la costituzione reprimono le forme di dissenso ideologico che mirano a sovvertirla (16), finendo col « limitare il pluralismo in nome del pluralismo stesso » (17).

Alle argomentazioni critiche nei confronti dei sistemi di democrazia protetta si oppongono tuttavia quelle di chi ricorda che le

(14) Così il giudice della Corte suprema William O. Douglas: v. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), p. 585 (Douglas *dissenting*).

(15) Su questo v. A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in *Le basi filosofiche*, cit., pp. 14 ss.

(16) V. G. MORBIDELLI, *Le dinamiche della costituzione*, cit., p. 148.

(17) S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette*, cit., p. 2.

esperienze totalitarie del ventesimo secolo impongono allo stato di non « rinunciare alla verità come valore culturale »⁽¹⁸⁾. L'esperienza della Repubblica di Weimar nella quale la Corte suprema del *Reich* condivise la tesi di Adolf Hitler secondo cui la costituzione non prescriveva i fini che i partiti dovevano perseguire, ma solo i metodi che essi dovevano adottare⁽¹⁹⁾, ci ammonisce circa i rischi che corre una democrazia che non si difende.

La questione è aperta ed attuale: molte delle repubbliche dell'ex Unione Sovietica hanno adottato costituzioni che le rendono riconducibili alle democrazie protette⁽²⁰⁾; nel 2001 la Corte europea di Strasburgo ha ritenuto non in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo lo scioglimento, ad opera della Corte costituzionale turco del *Refah partisi*, partito di ispirazione islamica⁽²¹⁾; le Cortes spagnole hanno approvato nel 2002 la legge organica n. 6 che, al fine di rendere illegale il partito basco Batasuna, individua, tra le condotte che danno luogo all'illegalità di un partito, fattispecie quali l'« appoggio espresso o tacito al terrorismo » e la « promozione, giustificazione o minimizzazione di attentati contro la vita e l'integrità fisica delle persone »⁽²²⁾.

(18) P. HABERLE, *Diritto e verità*, Torino, Einaudi, 2000, p. 105.

(19) V. G. MORBIDELLI, *Le dinamiche della costituzione*, cit., p. 149, nt. 19.

(20) V. a titolo esemplificativo: l'art. 48.3 della costituzione estone, in base al quale « sono vietate società, associazioni e partiti i cui fini o la cui attività siano diretti a sovvertire l'ordine costituzionale dell'Estonia o comunque siano in contrasto con leggi penali »; l'art. 35 della costituzione lituana che riconosce il diritto di riunirsi in società, partiti e associazioni « purché i loro fini e le loro attività non siano contrari alla costituzione ed alle leggi »; l'art. 11.4 della costituzione bulgara che prevede che non possano essere costituiti partiti fondati su « principi etnici, razziali o religiosi » in tema v. ampiamente S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette*, cit., pp. 55 ss.

(21) In tema v. S. CECCANTI, D. TEGA, *Protezione della democrazia dai partiti anti-sistema: quando un'esigenza può diventare un'ossessione*, in *Democrazie protette e protezione della democrazia*, a cura di A. Di Giovine, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 37 ss.

(22) In tema v. R.L. BLANCO VALDES, *A proposito della « illegalizzazione » di Batasuna*, in « Quaderni costituzionali », XXII, 2002, 4, pp. 749 ss. che sostiene la compatibilità tra tale provvedimento e l'impianto liberal-democratico della costituzione spagnola; più critico invece E. VIRGALA FORURIA, *Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002*, in « Teoría e Realidad Constitucional », X-XI, 2002, pp. 203 ss. Con una recente decisione Henri Batasuna c. Spagna, adottata il 30 giugno 2009, la Corte di Strasburgo ha ritenuto lo scioglimento del partito Batasuna compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il controllo del dissenso ideologico, dell'opposizione anticostituzionale, pone oggi, come negli anni del maccartismo, questioni di difficile risoluzione. Il caso della *red scare* statunitense ci porterà in particolare ad analizzare un sistema costituzionale privo di norme sulla protezione della democrazia che appare, in base alla sua carta fondamentale, pienamente riconducibile al modello della democrazia aperta.

Eppure, come vedremo, il modello costituzionale della democrazia pura è stato fortemente messo in discussione da interventi legislativi e giurisprudenziali che, almeno in parte, sembrano aver sacrificato alla paura del pericolo comunista la prima disposizione del *Bill of Rights*.

2. *Indicazioni dalla costituzione: il free speech non include il diritto alla rivoluzione.*

Il testo costituzionale statunitense, come si accennava, non contiene norme riguardanti l'opposizione anticostituzionale.

Non rileverebbe in particolare, a tal proposito, secondo la dottrina maggioritaria ⁽²³⁾, l'art. III, sezione III, clausola 2 che, disciplinando il reato di *treason*, stabilisce che «sarà considerato tradimento contro gli Stati Uniti soltanto l'aver mosso guerra contro di essi, o l'aver appoggiato nemici degli Stati Uniti, fornendo loro aiuto e sostegno» ⁽²⁴⁾: tale disposizione è stata infatti interpretata come mirante a censurare solo atti concretamente rivoluzionari e non semplici forme di dissenso ideologico.

Confermerebbe tale ricostruzione la stessa clausola che, nella sua seconda parte, specifica che «nessuno potrà essere dichiarato colpevole di tradimento se non su deposizione di due testimoni che siano stati presenti a uno stesso atto flagrante»: il riferimento alla flagranza indicherebbe appunto, quale presupposto per l'applica-

⁽²³⁾ Il dibattito è ricostruito da A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam, 1977 pp. 132 ss.

⁽²⁴⁾ La traduzione del testo costituzionale utilizzata qui e in seguito è tratta da G. SACERDOTI MARIANI, A. REPOSO, M. PATRONO, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, Firenze, Sansoni, 1991.

zione della fattispecie, il compimento effettivo di atti volti a sovvertire l'ordinamento ⁽²⁵⁾.

Questa lettura sarebbe avallata anche dalla *ratio* della norma, che è quella di circoscrivere la fattispecie del reato di tradimento, evitando che esso venga utilizzato dal governo per colpire i suoi detrattori: i delegati di Filadelfia intendevano infatti allontanarsi dalla prassi delle autorità inglesi che, proprio tramite l'accusa di tradimento, erano solite trattenere in detenzione e condannare a morte coloro che erano critici verso il governo del re ⁽²⁶⁾.

Tale apertura nei confronti della critica al potere costituito non sorprende se si tiene a mente che gli stessi Stati Uniti erano nati da un atto di ribellione nei confronti delle istituzioni della madrepatria ⁽²⁷⁾. Il *right to revolution*, il diritto alla rivoluzione, è infatti la chiave di lettura della Dichiarazione di Indipendenza del 1776: lo stato nasce, secondo il contrattualismo di Locke, per garantire i diritti inalienabili dell'uomo e si basa sul consenso dei governati per cui, quando il governo viene meno ai suoi doveri e « una qualsiasi Forma di Governo diventa distruttiva di questi fini, è Diritto del Popolo di alterarla o di abolirla e di istituire un nuovo Governo » ⁽²⁸⁾.

Non è un caso quindi che, come è stato notato ⁽²⁹⁾, l'idea del rispetto, e non della semplice tolleranza dell'opposizione, compaia

⁽²⁵⁾ Si tenga presente tuttavia che, secondo alcuni autori, la legge sul tradimento che ha attuato la norma costituzionale e la sua applicazione ad opera dei giudici avrebbero trasformato tale fattispecie in uno strumento di limitazione del dissenso: v. T.W. BELL, *Treason, Technology, and Freedom of Expression*, in « Arizona State Law Journal », XXXVII, 2005, pp. 999 ss.

⁽²⁶⁾ V. S. JAY, *The First Amendment: The Creation of the First Amendment Right to Free Expression: from the Eighteenth Century to the Mid-twentieth Century*, in « William Mitchell Law Review », XXXIV, 2008, p. 789.

⁽²⁷⁾ Come chiarirà il giudice Douglas in una sua *dissenting opinion*, contestando uno dei provvedimenti adottati nel periodo del maccartismo: « questo diritto alla rivoluzione è stato ed è una parte dell'edificio delle nostre istituzioni ». V. *Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961), p. 269.

⁽²⁸⁾ Su questo profilo della Dichiarazione di Indipendenza v. G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 78 ss. nonché T. BONAZZI, *La Dichiarazione di Indipendenza*, Venezia, Marsilio, 2003², pp. 18 ss. In entrambi i testi è rinvenibile anche una traduzione dello storico documento.

⁽²⁹⁾ V. G. DE VERGOTTINI, *Opposizione parlamentare*, cit., p. 537.

per la prima volta proprio nel processo costituente americano; la Francia, in effetti, pur essendo anch'essa al centro di una rivoluzione, viveva tuttavia in quegli anni il mito rousseauviano della volontà generale che supera le volontà particolari ⁽³⁰⁾, e così è negli scritti di James Madison che compare per la prima volta l'idea del riconoscimento dei diritti delle minoranze politiche.

Nel decimo saggio del *Federalist* Madison si interroga proprio sull'atteggiamento che occorre avere nei confronti delle « fazioni », intese come « gruppi di cittadini che costituiscano una maggioranza o una minoranza, che siano uniti e spinti da un medesimo e comune impulso di passione o di interesse in contrasto con i diritti degli altri cittadini ». Per limitare i mali prodotti da questi gruppi, afferma l'autore, si potrebbe « distruggere la libertà che ne è condizione indispensabile », ma in questo caso « il detto che il rimedio è peggiore del male avrebbe un'incomparabile esemplificazione. La libertà rappresenta per la faziosità quel che l'aria rappresenta per il fuoco: un alimento senza il quale esso viene senz'altro meno. Tuttavia sarebbe altrettanto folle abolire la libertà, che è essenziale alla vita politica — sol perché essa può nutrire le fazioni — quanto pensare di eliminare l'aria, che è essenziale alla vita animale, solo perché essa dona al fuoco la sua energia distruttrice » ⁽³¹⁾. La soluzione deve essere invece opposta: occorre creare delle grandi repubbliche ⁽³²⁾ ed in queste « introdurre una maggiore varietà di partiti e di interessi », per rendere « meno probabile l'esistenza di una maggioranza che, in nome di un comune interesse, possa agire scorrettamente nei riguardi degli altri cittadini » ⁽³³⁾.

Nel testo costituzionale statunitense, tuttavia, scompare il *right to revolution*; nella carta federale sono le procedure e le maggioranze qualificate, previste per la revisione costituzionale, a “imbrigliare”,

⁽³⁰⁾ V. M. TROMBINO, *Sovranità*, in *Le basi filosofiche*, cit., a cura di A. Barbera, p. 201 ss.

⁽³¹⁾ V. J. MADISON, *Saggio n. 10*, in *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, Bologna, il Mulino, 1980, pp. 90 ss.

⁽³²⁾ Grandi, come quella “disegnata” dalla Convenzione di Filadelfia nel 1787 e di cui Hamilton, Jay e Madison indicavano le virtù negli scritti del *Federalist* per sollecitare la ratifica, da parte degli stati, del documento costituzionale appena approvato.

⁽³³⁾ V. J. MADISON, *Saggio n. 10*, cit., p. 98.

in forme costituite, il dissenso. D'altro canto, includere il diritto alla rivoluzione avrebbe significato riconoscere l'inadeguatezza del sistema di garanzie e *checks and balances* che la costituzione andava delineando ⁽³⁴⁾. Come spiegherà la Corte suprema in una decisione del 1951, « qualunque valore teorico possa esservi nell'argomento secondo cui esiste un "diritto" alla ribellione contro i governi dittatoriali, esso è senza forza nei casi in cui la struttura di governo esistente fornisca gli strumenti per un cambiamento pacifico e ordinato » ⁽³⁵⁾.

Nonostante nel testo costituzionale manchi un diritto alla rivoluzione, la reazione alla repressione del dissenso politico operata dal governo inglese emerge comunque, secondo la dottrina ⁽³⁶⁾, nell'ampiezza contenutistica della prima disposizione del *Bill of Rights*, dedicata alla libertà di espressione. In base a tale norma: « il Congresso non potrà porre in essere leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione o per proibirne il libero culto, o per limitare la libertà di parola o di stampa o il diritto dei cittadini di riunirsi in forma pacifica e d'inoltrare petizioni al governo per la riparazione di ingiustizie ».

Come evidente, il I emendamento racchiude più diritti: la libertà di stampa, di religione, di riunione, di parola. Proprio quest'ultima, il *free speech*, assume un'importanza fondamentale nella nostra indagine, volta appunto a comprendere se, e in che misura, lo spettro di un totalitarismo abbia spinto il governo statunitense, in assenza di norme costituzionali di protezione della democrazia, a colpire — comunque — il mero dissenso ideologico.

⁽³⁴⁾ Si sofferma sulle motivazioni di tale assenza A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., pp. 50 ss. L'Autore sottolinea inoltre come a giustificare l'assenza del diritto alla rivoluzione vi fosse anche un elemento peculiare della fase costituente americana e cioè il fatto che nel momento in cui la costituzione veniva adottata essa era priva di un *bill of rights* così che mancava il presupposto stesso del diritto alla rivoluzione: la legittima ribellione, infatti, sarebbe stata invocata per la violazione di quali diritti? La mancanza di un catalogo faceva venire meno la precondizione di ogni rivoluzione. La situazione non mutò tuttavia neanche alcuni dopo, in occasione dell'approvazione del *Bill of Rights*; al contrario, il clima conservatore venutosi a creare nel periodo della Convenzione e negli anni successivi fu alla base dell'adozione di leggi che ostacolavano la dialettica politica, come gli *Alien and Sedition Acts*.

⁽³⁵⁾ V. *Dennis v. United States*, cit., p. 501.

⁽³⁶⁾ E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, New York, Aspen Law & Business, 2001, p. 895.

In linea col pensiero liberale di Stuart Mill e di Milton ⁽³⁷⁾, dottrina e giurisprudenza statunitensi hanno sempre ricostruito la libertà di parola come un diritto fondamentale, sia per la sua centralità nelle democrazie ⁽³⁸⁾, sia per la sua funzione essenziale nella ricerca della verità ⁽³⁹⁾, sia per la sua adeguatezza a favorire la tolleranza reciproca tra opinioni e culture differenti ⁽⁴⁰⁾. Affianco a queste letture funzionali ⁽⁴¹⁾ della libertà di manifestazione del pensiero, che ne valorizzano cioè l'esercizio nell'interesse generale, la dottrina non manca poi di sottolineare il carattere fondamentale di tale diritto anche in quanto strumento di espressione e realizzazione della personalità individuale ⁽⁴²⁾.

Proprio la natura fondamentale della libertà di parola ha fatto sì che la giurisprudenza individuasse alcuni criteri generali atti a garantire la protezione di questo diritto che, in effetti, pur essendo sancito in costituzione, non trova in essa l'indicazione di principi e garanzie idonei a tutelarlo.

Tra i criteri elaborati in via giurisprudenziale vi è il divieto di limitazioni o restrizioni *content based* ⁽⁴³⁾, basate cioè sul contenuto

⁽³⁷⁾ In tema v. J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore, 1981; J. MILTON, *Areopagitica: discorso per la libertà della stampa*, Milano, Bompiani, 2002.

⁽³⁸⁾ A titolo meramente esemplificativo v. A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, New York, Harper, 1948.

⁽³⁹⁾ Nota è la metafora del "mercato di idee" (*marketplace of ideas*) utilizzata a tal proposito dal giudice della Corte suprema Oliver Wendell Holmes secondo cui « il miglior test per la verità è la capacità del pensiero di essere accettato nella competizione del mercato » (v. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616; 1919; p. 630).

⁽⁴⁰⁾ In tema v. L. BOLLINGER, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York, Oxford University Press, 1986.

⁽⁴¹⁾ Sul profilo funzionale della libertà di manifestazione del pensiero che tuttavia, anche nei citati autori liberali, non escludeva un profilo individualistico v. A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in *Manuale di Diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, Bologna, il Mulino, 1997, p. 273.

⁽⁴²⁾ V. fra gli altri C. E. BAKER, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, in « *UCLA Law Review* », XXV, 1978, p. 994.

⁽⁴³⁾ Gli altri criteri sono il divieto di limitare la libertà di parola con leggi "vague or overbroad", con formule "vaghe o troppo ampie", nonché il divieto di applicare censure preventive: sui vari criteri v. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., pp. 903 ss., e più diffusamente L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, Foundation Press, 1988², pp. 789 ss. e 1022 ss.

della stessa manifestazione del pensiero; come ha chiarito la Corte suprema, « prima di tutto, il I emendamento significa che il governo non ha il potere di limitare la manifestazione del pensiero a causa del suo messaggio, delle sue idee, del suo oggetto o del suo contenuto » (44).

Tale criterio tuttavia soffre delle eccezioni; la dottrina prevalente, seguita dalla giurisprudenza, riconosce infatti la presenza di limiti impliciti alla libertà di manifestazione del pensiero, in virtù dei quali, pur nel silenzio del testo costituzionale, il governo può limitare alcune forme di espressione. In particolare, la Corte suprema ha identificato forme di *unprotected speech*, di manifestazioni del pensiero non garantite, quali le manifestazioni oscene e l'*incitement of illegal activity*, l'istigazione a delinquere.

Proprio tale ultimo limite costituirà, come vedremo, uno degli strumenti giuridici tramite cui è stato possibile sostenere la legittimità degli interventi legislativi adottati durante il maccartismo. L'*incitement of illegal activity* tuttavia — è bene chiarirlo fin da ora — è stato oggetto di soluzioni ermeneutiche molto diverse che, evidentemente, hanno finito con l'incidere indirettamente sul contenuto del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero: quanto più infatti veniva ampliata la categoria dei comportamenti riconducibili all'istigazione, tanto più venivano circoscritti i confini della libertà di parola. In questa operazione, come vedremo, sono emersi in giurisprudenza più modelli interpretativi, utilizzati tutti nel controllo di costituzionalità della legislazione anticomunista: il *clear and present danger test*, il *reasonableness test* e il *risk formula test*.

La trattazione che segue necessita di un'ultima specificazione in relazione al testo costituzionale: come è evidente, insieme alla libertà di parola il diritto maggiormente coinvolto e compromesso nelle democrazie che si difendono è il diritto di associarsi in partiti politici. Nelle democrazie protette non viene limitata solo la libertà di parola, ma ad essere censurata è anche la partecipazione ad associazioni politiche illegali.

La costituzione americana non prevede nessuna clausola specifica di tutela della libertà di associazione; ciò tuttavia non significa che tale diritto non sia tutelato. Esso, al contrario, è considerato un diritto fondamentale, implicitamente protetto dallo stesso I emen-

(44) V. *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), p. 95.

damento che tutela, come si è visto, la libertà di espressione nelle sue varie forme: « la libertà di far parte di una associazione per il perseguimento di convinzioni e idee è un aspetto inseparabile delle garanzie assicurate dalla libertà di parola » (45).

Ciò nonostante, come vedremo, la legislazione anticomunista, fin dalla *membership clause* contenuta nello *Smith Act* del 1940, sceglierà di punire la mera partecipazione ad associazioni e partiti politici estremisti.

3. *La “paura rossa” avanza: dalla nascita del partito comunista americano allo Smith Act.*

Il partito comunista americano viene fondato nel 1919, ma è solo negli anni trenta che diventa « la più importante e dinamica organizzazione della sinistra » (46) grazie a due fondamentali eventi che si svolgevano in quegli anni e che contribuirono ad avvicinare molti cittadini all'ideologia comunista: da un lato, le destre europee si rendevano protagoniste della nascita di nuovi autoritarismi; dall'altro, la grande crisi economica del 1929 e la susseguente depressione sembravano aver mostrato il fallimento del sistema capitalistico.

Negli stessi anni cresceva però parallelamente, in parte della società americana, l'anticomunismo: nel periodo delle lotte sindacali il legame tra il principale partito di sinistra e la federazione sindacale del *Congress of Industrial Organizations* (CIO) alimentò inevitabilmente l'intolleranza dei conservatori nei confronti della forza politica emergente. La simpatia che l'amministrazione Roosevelt aveva poi mostrato nei confronti del CIO non mancò di trasformare l'anticomunismo in un tema di lotta politica e partitica così che i repubblicani, approfittando anche della recessione economica del 1937, che aveva in parte incrinato la fiducia dell'opinione pubblica nelle politiche rooseveltiane, cominciarono a sostenere che i comunisti si erano infiltrati nelle istituzioni e nelle burocrazie create dal *New Deal* (47).

(45) Così la maggioranza della Corte suprema in *NAACP v. Alabama ex Rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958), p. 460.

(46) E. SCHRECKER, *The Age of McCarthyism. A Brief History with Documents*, Boston-New York, Bedford/St. Martin's, 2002, p. 7.

(47) Ivi, p. 15.

Strumento essenziale di questa crociata diventerà la commissione d'inchiesta sulle attività antiamericane, istituita nel 1938 presso la Camera dei Rappresentanti. Tale organismo nasceva con l'incarico di indagare: l'estensione, la natura e gli obiettivi della propaganda antiamericana; la diffusione nel paese della propaganda sovversiva e antiamericana, di ispirazione straniera o di origine interna, che potesse costituire una minaccia alla forma di governo stabilita dalla costituzione; ogni altra questione attinente a tali problemi e suscettibile di fornire al Congresso elementi utili per produrre la legislazione necessaria ⁽⁴⁸⁾. La risoluzione istitutiva della commissione non chiariva tuttavia cosa si dovesse intendere per "antiamericano" e la pericolosa genericità di questa locuzione venne riconosciuta dallo stesso presidente della commissione, il repubblicano Martin Dies, che sostenne che tutto sarebbe dipeso « da come l'organo sarebbe stato orientato », riconoscendo che si sarebbero anche potuti « mettere in pericolo dei diritti fondamentali » ⁽⁴⁹⁾.

Nei fatti poi la commissione, nata per indagare e avanzare proposte di legge in riferimento ad ogni forma di propaganda antiamericana, svolgerà le sue funzioni solo nei confronti del *Communist Party of the United States* (CPUSA) funzionando peraltro, come vedremo, soprattutto sul finire degli anni quaranta, come una sorta di "gogna istituzionale" nei confronti di coloro che avevano qualche forma di coinvolgimento con le forze politiche di estrema sinistra.

La commissione, ad ogni modo, comincia ad operare già all'indomani della sua istituzione e, nel 1941, il suo presidente invia al Dipartimento di Giustizia un elenco di più di mille nominativi di dipendenti federali di cui viene sollecitato il licenziamento per sospetto di tradimento. Secondo i critici ⁽⁵⁰⁾ tuttavia, l'unica colpa di tali funzionari era stata quella di aver sostenuto idee che la commissione non approvava, aver frequentato persone o gruppi considerati

⁽⁴⁸⁾ Le finalità della commissione sono contenute nella risoluzione istitutiva della commissione stessa (*House of Representatives*, Risoluzione n. 282, in « Congressional Records », vol. CXXXIII, 1938, p. 7568) e sono ricordate da M.H. REDISH, *The Logic of Persecution*, cit., p. 137.

⁽⁴⁹⁾ Le parole del deputato Dies sono ricordate da F. BIDDLE, *La Paura della Libertà*, Milano, Edizioni di Comunità, 1953, p. 144.

⁽⁵⁰⁾ F. BIDDLE, *La Paura della Libertà*, cit., p. 145.

comunisti o essere semplicemente nell'elenco degli indirizzi di queste organizzazioni politiche pur non avendone mai fatto parte.

Lo scarso garantismo della commissione può essere in parte compreso se si tiene presente tuttavia che, subito dopo la sua istituzione, un nuovo fatto storico aveva alimentato la propaganda anticomunista negli Stati Uniti d'America: il 23 agosto 1939 i ministri degli Esteri tedesco e sovietico, Ribbentrop e Molotov, avevano infatti firmato a Mosca un patto di non aggressione tra i due paesi. Il patto nazi-sovietico avvicinò all'anticomunismo anche i *liberal* statunitensi che, fino ad allora, avevano mostrato una certa tolleranza nei confronti della sinistra estrema in virtù dell'antifascismo che la caratterizzava. Anche l'amministrazione Roosevelt fece definitivamente propria la diffidenza nei confronti dei comunisti, che cominciarono ad essere considerati, anche dai democratici, un pericolo per la sicurezza nazionale ⁽⁵¹⁾.

Tra il 1939 e il 1940 vengono adottati provvedimenti legislativi ⁽⁵²⁾ chiaramente diretti ad arginare l'attività dell'opposizione anticostituzionale e in particolare del partito comunista: tra questi il principale è lo *Smith Act* ⁽⁵³⁾, la prima legge federale di pace sulle attività sediziose ⁽⁵⁴⁾. Non mancavano infatti precedenti leggi antisovversive adottate in tempo di guerra, quali l'*Espionage Act* del

⁽⁵¹⁾ Il patto Molotov-Ribbentrop non fu ovviamente l'unica causa dell'aggravamento dell'anticomunismo ma rappresentò sicuramente l'epilogo di un decennio di pressioni cui i democratici erano stati sottoposti: v. E. SCHRECKER, *Many Are the Crimes*, cit., pp. 86 ss.

⁽⁵²⁾ A parte lo *Smith Act*, su cui ci soffermeremo, furono approvati anche il *Voorhis Act* nel 1940 (18 U.S.C. § 2386) che richiedeva la registrazione delle organizzazioni che sostenevano la necessità di sovvertire con la forza l'ordinamento vigente e l'*Hatch Act* nel 1939 (5 U.S.C. § 7321-7326), che vietava agli impiegati delle pubbliche amministrazioni di prendere parte attivamente a campagne politiche o avere ruoli amministrativi o direttivi in un partito.

⁽⁵³⁾ Le disposizioni sulle attività sediziose, su cui ci soffermeremo, furono appunto proposte dal deputato Howard S. Smith, recuperando peraltro le proposte di una commissione del Congresso, la commissione McCormack, entrata in funzione nel 1934. Tali disposizioni tuttavia sono parte del più ampio provvedimento noto come *Alien Registration Act*, approvato appunto nel 1940 per disciplinare l'ammissione, il censimento e l'eventuale deportazione degli stranieri; lo *Smith Act* è attualmente pubblicato in 18 U.S.C. § 2385: cfr. A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., pp. 153 ss.

⁽⁵⁴⁾ V. G. BOGNETTI, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1958, p. 53.

1917 emendato dal *Sedition Act* del 1918, che reprimeva le manifestazioni politiche antisistema di alcuni partiti minoritari tra i quali, in primo luogo, il partito socialista nordamericano ⁽⁵⁵⁾.

Lo *Smith Act*, a sua volta, interviene per fronteggiare l'opposizione comunista prevedendo, nella sezione seconda del titolo primo, che sia contrario alla legge: propugnare o insegnare volontariamente o coscientemente la necessità di sovvertire con la violenza qualunque governo degli Stati Uniti d'America; stampare e far circolare materiale che abbia questo contenuto e che sia prodotto o fatto circolare con l'intento di causare il sovvertimento di un governo degli Stati Uniti; organizzare associazioni o riunioni che insegnino o propugnino il sovvertimento violento di un governo degli Stati Uniti.

A queste disposizioni se ne aggiunge una inusuale anche nella legislazione antisovversiva: è reso illegale essere associato o affiliato ad una associazione o a un gruppo quando si abbia consapevolezza delle loro finalità ed essi insegnino, propugnino o incoraggino il sovvertimento violento di un governo statunitense ⁽⁵⁶⁾. Il provvedi

⁽⁵⁵⁾ Il *Sedition Act* puniva ogni espressione « sleale, profana, scurrile o abusiva riguardo alla forma di governo e alla costituzione statunitense », così come « ogni discorso inteso a disprezzare, schernire, vilipendere o screditare la forma di governo degli Stati Uniti »: su tale provvedimento v. A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., pp. 89 ss.

⁽⁵⁶⁾ Il testo completo della sezione seconda del titolo I prevede che « è illegale per ogni persona: 1) coscientemente o volontariamente propugnare, appoggiare, consigliare, o insegnare il dovere, la necessità, la desiderabilità, o l'opportunità di sovvertire o distruggere qualunque governo degli Stati Uniti con la forza o la violenza, o con l'assassinio di qualunque esponente di quel governo; 2) con l'intento di causare il sovvertimento o la distruzione di uno dei governi degli Stati Uniti, stampare, pubblicare, curare l'edizione, far uscire, far circolare, vendere, distribuire, o mostrare pubblicamente qualunque materiale scritto o stampato che propugni, consigli o insegni il dovere, la necessità, la desiderabilità, o l'opportunità di sovvertire o distruggere qualunque governo degli Stati Uniti con la forza o la violenza; 3) organizzare o aiutare a organizzare ogni associazione, gruppo o riunione di persone che insegni, propugni o incoraggi il sovvertimento o la distruzione di qualunque governo degli Stati Uniti con la forza o la violenza; o essere o diventare componente di, o affiliato con qualunque di queste associazioni, gruppi o riunioni di persone, conoscendone le finalità ». Il testo normativo specifica inoltre che « ai fini di questa sezione, il termine "governo degli Stati Uniti" significa il Governo degli Stati Uniti, il governo di ogni Stato, Territorio o possedimento degli Stati Uniti, il governo del Distretto di Columbia, o il governo di ogni suddivisione politica di ognuno dei governi citati ».

mento quindi non punisce solo la propaganda rivoluzionaria o l'attività di organizzazione di una associazione politica estremista, ma anche il solo essere affiliato ad associazioni di tal tipo ⁽⁵⁷⁾. Si tratta come evidente di una *membership clause*, di una disposizione cioè che implica la colpevolezza per associazione, « l'illegalità di una condotta che consiste nell'appartenere ad una organizzazione screditata » ⁽⁵⁸⁾.

Il criterio della colpevolezza per associazione, valorizzato negli anni venti dall'*Attorney general* Alexander Palmer quale criterio per l'espulsione di migliaia di stranieri che vivevano negli Stati Uniti ⁽⁵⁹⁾, e fatto proprio anche dalla Commissione Dies che, come si è visto, utilizzava la frequentazione di gruppi e associazioni comuniste quale condizione sufficiente per sospettare di tradimento i dipendenti federali ⁽⁶⁰⁾, diventa a partire dallo *Smith Act* ⁽⁶¹⁾ uno strumento ordinario che, come vedremo, sarà contenuto anche nella legislazione successiva.

⁽⁵⁷⁾ A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., p. 152.

⁽⁵⁸⁾ F. BIDDLE, *La Paura della Libertà*, cit., p. 113.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, pp. XIX, 80, 113.

⁽⁶⁰⁾ Dei 1.121 dipendenti federali indicati dalla commissione per le attività antiamericane quali sospetti di tradimento, solo due furono tuttavia licenziati e l'*Attorney General* riferì al Congresso che le accuse formulate dalla commissione non avevano trovato fondamento, sottolineando peraltro l'inadeguatezza del criterio della colpevolezza per associazione: « Per di più è ora chiaro che il criterio obiettivo della appartenenza a organizzazioni del "fronte" comunista è assolutamente inadeguato [...]. Un criterio basato sull'attività svolta in queste organizzazioni, dovrebbe rispecchiare la verità più di quello dell'iscrizione ». Ivi, p. 145.

⁽⁶¹⁾ Nonostante lo *Smith Act* sia il provvedimento più noto in cui compare per la prima volta la colpevolezza per associazione, tale tipo di reato era presente in realtà già nell'*Immigration Act* del 1903 dove tuttavia era applicabile solo agli stranieri che, se considerati anarchici, non poteva entrare nel territorio statunitense nè essere naturalizzati. Anarchiche, secondo il provvedimento, erano le « persone che credevano o propugnavano il sovvertimento con la forza o la violenza del governo degli Stati Uniti [...], che non credevano o si opponevano al governo organizzato o che erano componenti di, o affiliato con qualunque organizzazione che coltivi o insegni tale non fiducia o opposizione al governo organizzato, o chi propugni o insegni il dovere, la necessità o l'opportunità di un assalto illegale o dell'uccisione di qualunque esponente, sia come specifico individuo che come rappresentante delle istituzioni del governo degli Stati Uniti o di altro governo organizzato »: per lo stralcio del provvedimento e un breve commento v. W. M. WIECEK, *The Legal Foundations of Domestic Anticommunism: The Background of Dennis v. United States*, in « The Supreme Court Review », 2001, p. 383.

I vari nodi giuridici dello *Smith Act*, riconducibili non solo alla *membership clause* e quindi alla potenziale violazione della libertà di associazione, ma anche alla limitazione della libertà di parola, stampa e riunione, sono destinati tuttavia a rimanere insoluti per un decennio: la legge federale, infatti, entrata in vigore durante la breve alleanza tra Germania e Unione Sovietica, verrà applicata soltanto al termine della seconda guerra mondiale, poiché il partito comunista, dal 1941 fino al termine del conflitto, cesserà di proporsi come partito antisistema, facendo venir meno la ragione stessa dello *Smith Act*. Nel 1941, infatti, Hitler rompe il patto di non aggressione con la Russia e il partito comunista americano, che aveva sostenuto fino a quel momento la necessità che gli Stati Uniti rimanessero neutrali nel conflitto, muta orientamento e diviene fautore dell'intervento militare. Quando il paese entra in guerra, dopo l'attacco giapponese di Pearl Harbor, Earl Browder, il segretario generale del partito, per dimostrare il suo appoggio alle operazioni belliche, decide di sciogliere il partito stesso, riorganizzandolo come Associazione Politica Comunista, un gruppo di pressione sostenitore di riforme democratiche ⁽⁶²⁾.

L'anticapitalismo del partito comunista ricomincerà, però, subito dopo la fine del conflitto, con il riemergere delle tensioni tra Stati Uniti e Unione Sovietica. La guerra fredda, poi, a sua volta, aprirà nuovamente le porte all'anticomunismo nella sua forma più estrema, quella del maccartismo.

4. *La giurisprudenza della Corte suprema prima del maccartismo: la garanzia del clear and present danger test.*

Come vedremo, gli anni del maccartismo saranno segnati non solo da un inasprimento legislativo nei confronti dell'opposizione anticostituzionale, ma anche da decisioni della Corte suprema che di fatto avalleranno l'operato delle istituzioni, adottando una giurisprudenza restrittiva in materia di libertà di espressione. Quest'ultima in effetti, nel corso del XX secolo, è stata oggetto di orientamenti giurisprudenziali molto differenziati, riconducibili tuttavia ad una serie di fasi contrassegnate da un maggior o minor garantismo.

(62) E. SCHRECKER, *The Age of McCarthyism*, cit., p. 10.

Una prima fase ⁽⁶³⁾, fortemente restrittiva, si era aperta già con la partecipazione degli Stati Uniti al primo conflitto mondiale: tale periodo fu caratterizzato da una limitata garanzia del *free speech*, la cui tutela era affidata alla dottrina della *bad tendency*, in base alla quale la manifestazione del pensiero era criminalizzabile quando avesse una “tendenza pericolosa”. Esemplificativa di tale criterio ermeneutico è la decisione *Pierce v. United States* ⁽⁶⁴⁾, adottata dalla Corte suprema nel 1920, nella quale viene confermata la condanna di alcuni militanti socialisti che avevano distribuito un libello contro la guerra intitolato *The Price We Pay*, “il prezzo che noi paghiamo”: in questa circostanza la Corte ammette che, « pur essendo discutibile che (tali pubblicazioni) possano essere causa con probabilità di atti di insubordinazione », è sufficiente che essi abbiano « una tendenza a causarli » ⁽⁶⁵⁾. Come è stato sottolineato ⁽⁶⁶⁾, in questo ed altri casi di quegli anni ⁽⁶⁷⁾, l'accusa non aveva alcuna prova che il partito socialista svolgesse azioni che potessero essere considerate sediziose, e decise così di basarsi su ciò che il partito socialista, tramite i suoi affiliati, sosteneva e insegnava.

Negli stessi anni in cui la maggioranza della Corte faceva propri criteri di interpretazione del I emendamento poco garantisti, i giudici Holmes e Brandeis, tuttavia, proponevano nelle loro *opinion* la teoria, ben più liberale, del *clear and present danger*.

Tale dottrina viene elaborata dal giudice Holmes nell'opinione che questi scrive nel caso *Schenck v. United States* ⁽⁶⁸⁾ del 1919. Il giudice in particolare, pur scrivendo per una Corte che conferma all'unanimità un'accusa di ostacolo all'arruolamento ⁽⁶⁹⁾ in base all'*Espionage Act*, sceglie come *ratio decidendi* un criterio che ri-

⁽⁶³⁾ Individua le varie fasi della giurisprudenza della Corte suprema W. M. WIECEK, *The Legal Foundations of Domestic Anticommunism*, cit., pp. 376 ss.

⁽⁶⁴⁾ 252 U.S. 239 (1920).

⁽⁶⁵⁾ 252 U.S. 249.

⁽⁶⁶⁾ W. M. WIECEK, *The Legal Foundations of Domestic Anticommunism*, cit., p. 387.

⁽⁶⁷⁾ V. ad esempio *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), nonché *Debs v. United States*, su cui vedi *infra*.

⁽⁶⁸⁾ 249 U.S. 47 (1919).

⁽⁶⁹⁾ Gli imputati avevano distribuito dei volantini che spronavano gli uomini a rifiutare l'arruolamento.

chiede una pericolosità reale e imminente della manifestazione del pensiero perché questa possa essere considerata illegale: la differenza fondamentale rispetto alla *bad tendency* è che l'eventuale invocazione di un atto illegale, quale la diserzione o l'insubordinazione, non può essere punita se non vi sia immediato pericolo per lo stato (70).

Come spiega lo stesso Holmes, « la questione in ogni caso è se le parole usate sono usate in tali circostanze e sono di tale natura da creare un pericolo chiaro e imminente che esse produrranno i danni concreti che il Congresso ha il diritto di prevenire » (71).

Fondamentale è proprio il requisito dell'immediatezza del pericolo, che deve essere estremamente alta perché la condotta sia punibile; non importa quanto grave sia il danno che può conseguire dalla manifestazione del pensiero: se esso non è anche imminente, la libertà di parola non può essere limitata (72).

Per quanto concerne la gravità del danno che può derivare dalla manifestazione del pensiero, occorre infine sottolineare che la ricostruzione garantista proposta da Brandeis (73) e Holmes (74) prevedeva che solo un esito fortemente violento possedesse il requisito della "gravità" e legittimasse una criminalizzazione della libertà di parola: la sicurezza dello stato, in caso di pericolo imminente di svolgimento di atti fortemente violenti, legittimava la limitazione del *free speech* (75).

Il test del *clear and present danger* richiede quindi in sintesi: « un danno serio, una probabilità sostanziale che la manifestazione del pensiero causerà il danno, e un breve spazio temporale tra la manifestazione e il danno stesso » (76).

Tale test, pur applicato (almeno formalmente) dalla maggio-

(70) V. G. BOGNETTI, *La libertà d'espressione*, cit., p. 19.

(71) 249 U.S. 52.

(72) V. T. HENTOFF, *Speech, Harm and Self-Government: Understanding the Ambit of the Clear and Present Danger Test*, in « Columbia Law Review », XCI, 1991, p. 1458.

(73) *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), pp. 375-378 (Brandeis, *concurring*).

(74) *Abrams v. United States*, cit., pp. 626-627 (Holmes, *dissenting*).

(75) T. HENTOFF, *Speech, Harm and Self-Government*, cit., p. 1458.

(76) K GREENAWALT, *Speech and Crime*, in « American Bar Foundation Research Journal », 1980, p. 646.

ranza della Corte suprema nel caso *Schenck*, non viene utilizzato in altre decisioni adottate nel medesimo periodo: emblematico è il caso *Debs* (77), deciso una settimana dopo il caso *Schenck* (78), in cui è relatore lo stesso giudice Holmes, e l'imputato, leader del partito socialista, viene condannato per istigazione all'insubordinazione a causa di un pubblico discorso nel quale auspicava l'avvento del socialismo e condannava il militarismo prussiano. Holmes, in questo caso, si accontenta della mera "probabilità" che il discorso dell'imputato possa ostacolare l'arruolamento, senza chiedersi invece se esso produca un pericolo reale e imminente (79): il test del *clear and present danger*, come è stato notato (80), « doveva, a quel tempo, essere di poca importanza per il suo stesso creatore ».

Tale dottrina tuttavia non scompare, e i giudici Brandeis ed Holmes, di tanto in tanto, continuano ad invocarla in alcune opinioni dissenzienti (81) pronunciate in disaccordo con la maggioranza che, come si diceva all'inizio del paragrafo, fu sostanzialmente, nel corso degli anni venti, poco garantista nei confronti della libertà di espressione.

Si tenga presente peraltro che, proprio negli anni venti, compare nella giurisprudenza della Corte un altro approccio ermeneutico che contribuisce ad uno scarso interventismo giudiziario rispetto alle leggi antisovversive: il *reasonableness test* (82). In base a tale approccio il potere giudiziario, adottando un forte *self restraint*, deve tendenzialmente rispettare le valutazioni del potere legislativo allor-

(77) *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

(78) Il caso *Debs* fu deciso il 10 marzo 1919; il caso *Schenck* era stato deciso il 3 marzo 1919.

(79) « [...] una finalità di un discorso, sia essa secondaria o meno non importa, è quella di opporsi non solo alla guerra in generale ma alla prima guerra mondiale, e l'opposizione è espressa in maniera tale che il suo effetto naturale e voluto potrebbe essere ostruire il reclutamento; allora, se questo è stato voluto e se, in tutte le circostanze, quello sarebbe il suo effetto probabile, (il discorso) non sarà protetto perchè parte di un programma generale e espressione di una convinzione generale e coscienziosa »: 249 U.S. 214-215.

(80) V. M. H. REDISH, *Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defense of Clear and Present Danger*, in « California Law Review », LXX, 1982, p. 1167.

(81) V. ad esempio *Schaefer v. United States*, 251 U.S. 466 (1920); *Gilow v. People of New York*, 268 U.S. 652 (1925).

(82) E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., pp. 977 ss.

quando questo ritenga che sussista un pericolo per le istituzioni; i giudici di conseguenza hanno il compito di sostenere la legittimità di tutte le misure limitative dei diritti che non siano palesemente *arbitrary* o *unreasonable*, arbitrarie o irragionevoli ⁽⁸³⁾.

Il clima, nella Corte suprema, era tuttavia destinato a cambiare dopo il 1930 e in particolare dopo il 1937, quando fu avviata una stagione di maggior tutela per i diritti, incluso quello alla manifestazione del pensiero. Il motivo fondamentale di tale mutamento fu un graduale cambiamento della composizione della Corte, nella quale vennero nominate personalità molto più sensibili a valori libertari come i giudici Hughes, Stone e Cardozo ⁽⁸⁴⁾. Ma la metamorfosi definitiva della Corte si realizzerà a partire dal 1937, con le nomine, da parte del Presidente democratico Franklin Delano Roosevelt, dei giudici Black, Reed, Frankfurter, Douglas, Murphy, Byrnes, Jackson e Rutledge ⁽⁸⁵⁾.

Gli anni della c.d. Corte Roosevelt ⁽⁸⁶⁾ sono segnati non solo da un generale atteggiamento garantista condiviso da tutti i giudici, ma anche dalle posizioni di alcuni componenti della Corte suprema in base alle quali sarebbe stato necessario riconoscere una tutela peculiare alla libertà di espressione ⁽⁸⁷⁾. Essi sono infatti fautori della

⁽⁸³⁾ Emblematico di tale approccio è il caso *Gitlow v. People of New York*, cit. Il giudice Sanford, scrivendo per la quasi totalità della Corte suprema (solo il giudice Holmes dissentirà) afferma: « Alla valutazione (legislativa) che una azione è nemica del benessere generale e coinvolge un tale pericolo di danno sostanziale che (le istituzioni) possono essere ostacolate nella loro azione di governo deve essere dato grande peso. Ogni presunzione deve essere a favore della validità della legge. E il caso deve essere considerato alla luce del principio che lo stato è il giudice primario delle regolamentazioni necessarie all'interesse della sicurezza e del benessere pubblico; e le sue decisioni legislative devono essere dichiarate incostituzionali solo quando siano tentativi arbitrari o irragionevoli di esercitare l'autorità che spetta allo stato nell'interesse pubblico »: 268 U.S. 668-669.

⁽⁸⁴⁾ Su questa "metamorfosi" ideologica della Corte suprema v. G. BOGNETTI, *La libertà d'espressione*, cit., p. 29.

⁽⁸⁵⁾ L'elenco dei giudici della Corte suprema con l'indicazione della data della loro nomina e del Presidente che li ha nominati è disponibile nel sito web della Corte stessa all'indirizzo <http://www.supremecourtus.gov/about/members.pdf>

⁽⁸⁶⁾ Su cui vedi in particolare C.H. PRITCHETT, *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values*, New York, Macmillan, 1948.

⁽⁸⁷⁾ Sulla *preferred position* v. D. P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court: the Preferred Position Debate, 1941-1946*, in « Catholic University Law Review », XXXVII, 1987, pp. 39 ss.

c.d. *preferred position*, in base alla quale la libertà di manifestare il proprio pensiero, la propria religione e in generale la propria personalità avrebbe una « posizione privilegiata » rispetto agli altri valori costituzionali, così che nel bilanciamento tra diritto alla libertà di parola ed altri interessi costituzionalmente garantiti, il primo dovrebbe sempre prevalere a meno che tale prevalenza non comporti il serio pericolo di danni gravi alla comunità ⁽⁸⁸⁾.

Al di là di tali posizioni radicali, non condivise da giudici più cauti come Frankfurter, che sostiene invece la necessità di effettuare in ogni caso un bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti ⁽⁸⁹⁾, l'*humus* culturale è, ad ogni modo, estremamente liberale e in questo contesto si afferma definitivamente la dottrina del *clear and present danger*.

Nel caso *Herndon v. Lowry* ⁽⁹⁰⁾, del 1937, la Corte inaugura infatti la giurisprudenza che, fino alla fine degli anni quaranta, accoglierà senza esitazione il criterio ermeneutico che era stato applicato, come abbiamo visto, in modo isolato, solo nel caso *Schenck* del 1919.

Oggetto di giudizio, nel 1937, è la condanna, confermata dalla Corte suprema della Georgia, di un cittadino di colore, aderente al *Communist Party* e organizzatore di incontri pubblici finalizzati a reclutare nuovi aderenti al partito, trovato in possesso di opuscoli e manifesti sediziosi. Tali pubblicazioni, di cui l'imputato era in parte anche autore, incitavano i neri a sostenere il proprio diritto all'eguaglianza e a perseguirlo mettendo in pratica le teorie marxiste con dimostrazioni, scioperi e lotte rivoluzionarie per il potere, contro la borghesia americana. La convocazione delle riunioni politiche insieme al possesso di tali *pamphlet* integravano, secondo i giudici della Georgia, la fattispecie prevista dal codice penale di quello stato, che puniva come « tentativi di istigazione all'insurrezione »,

⁽⁸⁸⁾ G. BOGNETTI, *La libertà d'espressione*, cit., pp. 31 s.; G. E. WHITE, *The First Amendment Comes of Age: the Emergence of Free Speech in Twentieth-century America*, in « *Michigan Law Review* », XCV, 1996, pp. 327 ss.

⁽⁸⁹⁾ Sugli orientamenti interni alla Corte suprema v. A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 76 ss.

⁽⁹⁰⁾ 301 U.S. 242 (1937).

«ogni tentativo, realizzato con la persuasione o altri mezzi, di indurre altri ad unirsi ad ogni forma organizzata di resistenza alle autorità legittime dello stato»⁽⁹¹⁾.

L'imputato, tuttavia, impugna tale condanna davanti alla Corte suprema federale, sostenendo che essa viola il I emendamento del *Bill of Rights*. La maggioranza⁽⁹²⁾ dei giudici accoglie la sua istanza e sostiene che la legge, così come applicata, rende possibile fondare il reato di istigazione all'insurrezione solo sul fatto che l'imputato abbia organizzato incontri pubblici per reclutare nuovi iscritti al partito comunista e che vi siano prove documentali (i libelli di cui egli era in possesso) circa le dottrine sostenute dal partito medesimo. Così applicata, la legge della Georgia — affermano i giudici — «non vieta solo l'istigazione a interferenze violente con le attività e le operazioni dello stato. In base ad essa il giudice e la giuria non possono tener conto delle circostanze, del carattere delle affermazioni, e delle attività dell'imputato, per verificare se esse generino un pericolo chiaro e imminente di ostruzione violenta ad attività statali»⁽⁹³⁾: la mancata valutazione del *clear and present danger* implica, in sintesi, che la legge, così come applicata nel caso *de quo*, non garantisca in modo adeguato la libertà di espressione sancita nel I emendamento e rischi di trasformarsi invece in una «rete che può intrappolare chiunque si agiti per il mutamento di un governo»⁽⁹⁴⁾.

Dal caso *Herndon*, per oltre un decennio, la Corte applicherà con rigore il criterio del *clear and present danger*, ribadendo che «ogni tentativo di restringere quelle libertà democratiche indispensabili, garantite dal I emendamento, deve essere giustificato da un chiaro interesse pubblico, minacciato non in modo remoto o dubbio, ma da un pericolo chiaro e imminente»⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹¹⁾ V. sezione 56, codice penale della Georgia.

⁽⁹²⁾ La decisione è assunta a maggioranza stretta: cinque giudici a favore (Roberts, Hughes, Brandeis, Stone, Cardozo) e quattro contro (Van Devanter, McReynolds, Sutherland, Butler).

⁽⁹³⁾ 301. U.S. 261.

⁽⁹⁴⁾ 301. U.S. 263.

⁽⁹⁵⁾ V. *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945). Quale esempio di stringente applicazione del *clear and present danger* test v. anche *Bridges v California*, 314 U.S. 252 (1941).

5. *La guerra fredda e la nuova esplosione dell'anticomunismo: il Truman Loyalty Order e le inchieste del Congresso.*

Lo scenario della lotta all'opposizione anticostituzionale era destinato ad una nuova svolta con la conclusione del secondo conflitto mondiale. La conferenza di Parigi del 1946 fu l'ultimo atto della cooperazione tra Unione Sovietica e paesi occidentali: la guerra fredda avrebbe presto annullato la tolleranza degli americani nei confronti del partito comunista. Il contrasto fra Unione Sovietica e Turchia nel 1946 con l'intervento dell'amministrazione Truman, il blocco di Berlino e il colpo di stato comunista in Cecoslovacchia nel 1948, la deflagrazione della prima bomba atomica russa nel 1949 e lo scoppio della guerra di Corea nel 1950 rendevano ormai l'opposizione al partito comunista statunitense una battaglia non solo ideologica, ma una battaglia necessaria per la tutela della sicurezza nazionale ⁽⁹⁶⁾.

Nonostante la campagna anticomunista degli anni cinquanta derivi il suo nome, come noto, dal senatore repubblicano Joseph McCarthy, il primo motore di tale fenomeno fu in realtà il Presidente democratico Truman il quale, temendo che i repubblicani del Congresso ⁽⁹⁷⁾ non sostenessero le politiche necessarie ad arginare l'espansione sovietica, stimolò nell'opinione pubblica il timore della minaccia russa. La richiesta di aiuto di Grecia e Turchia sarà l'occasione per formulare nel 1947, davanti al Congresso, la "dottrina Truman" e, l'anno successivo, il colpo di stato in Cecoslovacchia sarà l'occasione invece per ottenere l'approvazione del piano Marshall ⁽⁹⁸⁾. È in questo contesto che il 21 marzo 1947, dopo che erano emerse notizie su alcuni episodi di spionaggio ai danni del governo statunitense ⁽⁹⁹⁾, il Presidente approva l'*executive order* n. 9835 denominato *Truman Loyalty Order* ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁶⁾ E. SCHRECKER, *The Age of McCarthyism*, cit., p. 21.

⁽⁹⁷⁾ Nelle *mid-term elections* del 1946 i repubblicani avevano conquistato la maggioranza in entrambe le Camere: v. W. M. WIECEK, *The Legal Foundations of Domestic Anticommunism*, cit., p. 411.

⁽⁹⁸⁾ E. SCHRECKER, *The Age of McCarthyism*, cit., p. 26.

⁽⁹⁹⁾ Vedi il caso dei documenti segreti rinvenuti nella redazione della rivista *Amerasia* e quello di Elizabeth Bentley che rivelò l'esistenza di una rete spionistica all'interno dell'amministrazione federale: ivi, pp. 31 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ *Executive Order* n. 9835, 12 Fed. Reg. 1935 (Mar. 21, 1947).

In base a tale provvedimento tutti i dipendenti dell'esecutivo federale, e coloro che si candidano ad esserlo, sono sottoposti ad una *loyalty investigation*, un'« indagine sulla lealtà »⁽¹⁰¹⁾, condotta o dall'ufficio di appartenenza o dalla *Civil Service Commission*, che può concludersi con l'allontanamento o con la mancata assunzione del soggetto.

Il provvedimento, che pur prevede forme di garanzia quali il diritto alla difesa e il diritto ad un'istanza d'appello nel caso in cui venga proposto il licenziamento del dipendente indagato⁽¹⁰²⁾, è caratterizzato tuttavia dal fatto che gli organi preposti godono di un'ampia discrezionalità nel determinare o meno la mancanza di lealtà e quindi l'allontanamento del dipendente. Molteplici in particolare sono i comportamenti che, secondo il provvedimento, possono aiutare ad individuare la slealtà nei confronti del governo: fra questi non vi sono solo atti di spionaggio, sabotaggio, tradimento, invocazione della rivoluzione, ma anche semplicemente « l'essere componente, affiliato o in stretto rapporto con una organizzazione, associazione, movimento, gruppo o insieme di persone, che siano stati dichiarati dall'*Attorney General* totalitari, fascisti, comunisti, sovversivi o che abbiano adottato la politica di propugnare o approvare la commissione di atti di forza o violenza per negare ad altre persone i loro diritti riconosciuti dalla Costituzione degli Stati Uniti, o che cerchino di mutare la forma di governo degli Stati Uniti attraverso strumenti incostituzionali »⁽¹⁰³⁾.

L'ampiezza e genericità dei criteri⁽¹⁰⁴⁾, come è stato notato, farà sì che l'accusa più frequente, in base al *Truman Loyalty Order*, non sarà il legame diretto e personale di un dipendente del governo con

⁽¹⁰¹⁾ Sulla evanescenza del concetto di *loyalty* e quindi sull'arbitrarietà del giudizio svolto sui dipendenti federali v. F. BIDDLE, *La Paura della Libertà*, cit., pp. 227 ss.

⁽¹⁰²⁾ V. parte II, *Investigation of Employees*.

⁽¹⁰³⁾ V. parte V, *Standards*.

⁽¹⁰⁴⁾ Truman modificherà ulteriormente il programma per la lealtà federale nel 1951 con l'*executive order* n. 10241 che richiederà che non vi sia « alcun dubbio ragionevole sulla lealtà della persona indagata ». In base a tale criterio il governo avrà bisogno solo di dimostrare che ci sia un ragionevole dubbio sulla lealtà del dipendente per licenziarlo. Andrà oltre il Presidente Eisenhower che stabilirà che un dipendente potrà essere licenziato se il suo impiego non è chiaramente coerente con gli interessi della sicurezza nazionale: in tema v. W. M. WIECEK, *The Legal Foundations of Domestic Anticommunism*, cit., p. 421.

qualcuna delle organizzazioni screditate, ma semplicemente il legame che questo dipendente ha « con individui che sono stati definiti sovversivi o che sono legati ad una delle organizzazioni indicate dall'*Attorney General* »⁽¹⁰⁵⁾.

Per quanto riguarda la nostra indagine circa la lotta all'ideologia comunista, si noti che nel provvedimento del presidente Truman si supera la *membership clause* dello *Smith Act*, che censurava la partecipazione a generiche associazioni che propugnassero il sovvertimento violento del governo degli Stati Uniti: in questo caso, come abbiamo visto, affianco a fattispecie generali vi è il riferimento specifico al comunismo, considerato ontologicamente volto al sovvertimento violento dello stato. L'applicazione dell'ordine presidenziale andrà peraltro ben oltre: nel catalogo stilato dal capo del Dipartimento di Giustizia verranno infatti incluse anche associazioni non propriamente comuniste, quali l'*American Civil Liberties Union* e la *National Lawyers Guild*, così che un largo numero di cittadini aventi idee semplicemente *left-leaning*, "tendenti a sinistra", sarà sottoposto comunque ad indagine⁽¹⁰⁶⁾. Tra il 1947 e il 1956, sulla base dell'ordine Truman, duemilasettecento dipendenti federali saranno licenziati⁽¹⁰⁷⁾.

(105) E. BONTECOU, *The Federal Loyalty-Security Program*, New York, Cornell University Press, 1953, p. 110.

(106) D. J. STEINBOCK, *Designating the Dangerous: From Blacklists to Watch Lists*, in « Seattle University Law Review », XXX, 2006, p. 75. L'autore nota peraltro (*ibidem*) che la lista delle associazioni proscritte era composta originariamente senza che le associazioni stesse venissero avvisate o ascoltate e i dipendenti che erano accusati sulla base di una loro affiliazione ad una organizzazione non potevano contestare l'inserimento di questa nella lista del Dipartimento di Giustizia nel corso del procedimento di verifica della loro lealtà. Nella decisione *Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath* (341 U.S. 123) del 1951 la Corte suprema ha tuttavia riconosciuto alle associazioni il diritto ad una udienza preventiva prima di essere inserite nella lista dell'*Attorney General*. Sulla scia di questa decisione il *Subversive Activities Control Act* of 1950 istituì il *Subversive Activities Control Board* che compilava le liste di organizzazioni screditate dopo una udienza pubblica in cui le associazioni sospettate erano rappresentate da un difensore e veniva svolto un interrogatorio incrociato dei testimoni delle due parti.

(107) E. SCHRECKER, *The Age of McCarthyism*, cit., p. 45. Si tenga presente tuttavia che programmi sulla lealtà dei dipendenti pubblici si svolgevano anche a livello statale e locale: è stato calcolato che negli anni quaranta e cinquanta furono licenziate, non assunte o comunque allontanate tra le diecimila e le ventimila persone, mentre circa

Nonostante la rilevanza del *Truman Loyalty Order*, che fu di fatto uno strumento di epurazione degli elementi meno conformisti dell'amministrazione, tale atto riveste tuttavia un'importanza relativa nell'ambito della nostra ricerca, volta come noto ad indagare l'atteggiamento delle istituzioni pubbliche nei confronti dell'opposizione anticostituzionale, dei nemici della costituzione: l'ordine presidenziale incide infatti solo sui dipendenti dell'amministrazione e non sulla generalità dei cittadini e si colloca così nell'ambito del rapporto di lavoro tra stato federale e suoi dipendenti. Tale rapporto, si noti bene, è negli Stati Uniti un rapporto di natura privatistica in cui il governo di Washington agisce non in qualità di pubblico potere, ma in qualità di privato datore di lavoro, così che tale disciplina, pur sollevando dubbi di incostituzionalità in dottrina ⁽¹⁰⁸⁾, non rileva nella ricerca di elementi di protezione della democrazia ⁽¹⁰⁹⁾.

Le conseguenze della propaganda sulla guerra fredda, alimentata come abbiamo visto dall'amministrazione Truman, erano destinate tuttavia a ritorcersi anche contro lo stesso Presidente dopo la sua rielezione nel 1948: il timore ingenerato nell'opinione pubblica, l'atomica russa, la guerra di Corea e, nel 1950, la condanna per spergiuo di Alger Hiss, funzionario dell'amministrazione democratica fin dal 1933, sospettato di spionaggio a favore dell'Unione Sovietica ⁽¹¹⁰⁾, gettarono discredito sull'idoneità dell'amministrazione ad arginare il comunismo, così che l'opposizione repubblicana, e in primo luogo il senatore McCarthy, cominciarono ad

dodicimila lavoratori abbandonarono il posto pur di non sottostare ai programmi sulla lealtà e alle indagini che essi comportavano. Su questo v. D. J. STEINBOCK, *Designating the Dangerous*, cit., p. 73.

⁽¹⁰⁸⁾ V. M. JAHODA, S. W. COOK, *Security Measures and Freedom of Thought: an Exploratory Study of the Impact of Loyalty and Security Programs*, in «Yale Law Journal», LXI, 1952, pp. 295 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Per questa opinione, condivisibile, v. A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., p. 145. In modo analogo non rilevano ai fini della nostra ricerca i provvedimenti adottati dagli stati per escludere insegnanti affiliati ad organizzazioni comuniste dalle scuole pubbliche; anche in questo caso si tratta del potere, che un privato datore di lavoro ha, di selezionare i propri dipendenti: v. ampiamente sul tema M.H. REDISH, *The Logic of Persecution*, cit., pp. 172 ss.

⁽¹¹⁰⁾ In tema v. S. I. KUTLER, *Alger Hiss: A Review of a New and Original Book on the Life of the Controversial Spy*, in www.findlaw.com.

utilizzare tale tema contro lo stesso esecutivo, accusando i democratici di non essere stati sufficientemente vigili contro il pericolo che veniva dall'est (111). A questo punto convivevano, come è stato notato (112), anticomunisti conservatori, anticomunisti *liberal* e, semplicemente, anticomunisti “manipolatori”, che avevano poco interesse ad arginare la diffusione dell'ideologia comunista negli Stati Uniti, ma un alto interesse a manipolare l'opinione pubblica su questo tema per consolidare la propria carriera politica.

Si avvia così, sul finire degli anni quaranta, la stagione nota come « maccartismo », dal nome del senatore del Wisconsin Joseph McCarthy, che fu tra i protagonisti di un'imponente opera di ricerca e condanna di coloro « che erano comunisti, che lo erano stati, o che erano stati semplicemente sospettati di esserlo, e che avevano mancato di ripudiare tali ideologie » (113).

Strumento essenziale di questa moderna caccia alle streghe sono alcune commissioni del Congresso che svolgono attività di inchiesta al fine di ricercare e additare pubblicamente associati e simpatizzanti del partito comunista statunitense. Tra questi organi vi sono la sottocommissione di inchiesta della *Government Operations Committee*, presieduta proprio dal senatore McCarthy, la sottocommissione al Senato per la sicurezza nazionale, presieduta dal senatore McCarran e la già citata commissione per le attività antiamericane, divenuta nel frattempo commissione congressuale permanente nel 1946 (114). Proprio quest'ultima è protagonista di due inchieste che hanno grande eco: una che porta alla condanna del già citato Alger Hiss e nella quale si distingue il giovane deputato Richard Nixon; l'altra che coinvolge un gruppo di autori e registi di Hollywood, gli *Hollywood Ten*, sospettati di legami con il partito comunista americano. Quest'ultima inchiesta, guidata dal deputato democratico John Rankin negli stessi mesi in cui il Presidente Truman adottava il *loyalty order*, condurrà alla condanna dei “dieci di Hollywood” (115)

(111) R. M. FREELAND, *The Truman Doctrine and the Origins of McCarthyism*, New York, Alfred A. Knopf, 1972, p. 12.

(112) M.H. REDISH, *The Logic of Persecution*, cit., pp. 142 ss.

(113) Ivi, pp. 1 ss.

(114) V. il *Legislative Reorganization Act* del 1946 (Public Law 79-601, 60 Stat. 812).

(115) I dieci convocati dalla Commissione per le attività antiamericane e poi

per “oltraggio al Congresso” e all’impegno delle maggiori case di produzione americane a non collaborare « con chiunque fosse comunista o facente parte di un gruppo che invocava il sovvertimento del Governo degli Stati Uniti » ⁽¹¹⁶⁾.

Le inchieste svolte nel corso del maccartismo, grazie alla loro invasività nei confronti dei soggetti indagati, hanno posto con forza il problema sia della legittimità di un tale potere di indagine in capo ad una commissione congressuale, sia dei limiti costituzionali che tale potere in ogni caso incontra.

Si noti a tal proposito che nessuna disposizione costituzionale attribuisce al Congresso un potere di inchiesta ⁽¹¹⁷⁾; esso è stato riconosciuto alle commissioni congressuali dalla Corte suprema in quanto intrinseco e strumentale all’attività di produzione delle leggi ⁽¹¹⁸⁾: proprio dalla strumentalità di questo potere rispetto a quello normativo, tuttavia, la Corte stessa aveva, fin dall’ottocento, dedotto alcuni limiti. Nel caso *Kilbourn v. Thompson* ⁽¹¹⁹⁾ i supremi giudici infatti, nel 1881, avevano distinto le funzioni delle commissioni da quelle degli organi giudiziari, negando che le prime avessero un generale potere di indagine nella sfera privata dei cittadini ⁽¹²⁰⁾.

Questa posizione radicale si è tuttavia attenuata nel tempo e la Corte ha cominciato ad escludere che l’oggetto delle inchieste dovesse essere limitato all’assunzione di informazioni aventi un’incidenza diretta su un progetto di legge, affermando invece che per legittimare un’inchiesta era sufficiente una « semplice intenzione » del legislatore di adottare un provvedimento su quella data materia.

condannati per oltraggio erano: Samuel Ornitz, Lester Cole, John Howard Lawson, Herbert Biberman, Albert Maltz, Alvah Bessie, Adrian Scott, Edward Dmytryk, Ring Lardner Jr. e Dalton Trumbo: v. M.H. REDISH, *The Logic of Persecution*, cit., p. 258, nt. 3.

⁽¹¹⁶⁾ Il testo è tratto dal « *Waldorf Statement* », il comunicato ufficiale che gli *studio* pronunciarono nel 1947, dopo una riunione nel celebre Waldorf Astoria Hotel di New York: v. E. SCHRECKER, *Many Are the Crimes*, cit., p. 327.

⁽¹¹⁷⁾ A differenza, ad esempio, della costituzione italiana, che prevede esplicitamente le commissioni di inchiesta nell’art. 82.

⁽¹¹⁸⁾ V. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, Foundation Press, 2000³, I, p. 790 e sul riconoscimento del carattere implicito di tale potere *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957), p. 187.

⁽¹¹⁹⁾ 103 U.S. 168 (1881).

⁽¹²⁰⁾ V. A. REPOSO, *La disciplina dell’opposizione anticostituzionale*, cit., p. 196.

A ciò si aggiunga che i supremi giudici hanno riconosciuto alle commissioni congressuali, nello svolgimento delle loro indagini, *incidental powers*, facoltà accessorie, in virtù delle quali ad esempio, nel 1948, la Corte suprema ha confermato alle commissioni che svolgevano indagini sul comunismo la possibilità di procedere all'identificazione di individui e organizzazioni collegati al partito comunista ⁽¹²¹⁾: le inchieste congressuali sui singoli cittadini trovavano così, definitivamente, legittimazione ⁽¹²²⁾.

Sul punto la Corte, in effetti, sembra esercitare un vero e proprio *self restraint*, evitando cioè di interferire, in nome del principio della separazione dei poteri, sull'attività dell'organo legislativo. Nel 1961, in un caso sorto da un'indagine della commissione per le attività antiamericane ⁽¹²³⁾, in cui il ricorrente segnalava la mancanza di ogni finalità legislativa nell'attività della commissione, volta solo ad « *barrass and expose* », « vessare e smascherare » un testimone ostile, i giudici supremi affermeranno: « Non spetta a noi compiere speculazioni sulle motivazioni che possono aver causato la decisione di singoli componenti della sottocommissione di convocare il ricorrente. Questa non è la nostra funzione. Le loro motivazioni da sole non delegittimeranno un'inchiesta che è stata stabilita da una Camera del Congresso, se si sta lavorando in funzione dell'attività legislativa di quella Camera » ⁽¹²⁴⁾.

Una volta accolta questa lettura estensiva della potestà di indagine del Congresso, si apre tuttavia la questione delle garanzie dei convocati dinanzi alle commissioni stesse. La delicatezza della posizione di questi ultimi è evidente quando si ricorda che i convocati che si rifiutano di cooperare con una *investigating committee* ri-

⁽¹²¹⁾ La Corte (*Barsky v. United States*, 334 U.S. 843, 1948) in realtà nega il ricorso (*writ of certiorari*) contro una decisione della Corte d'Appello del distretto di Columbia (*Barsky v. United States*, 167 F.2d 241, 1948) che aveva riconosciuto tali poteri alla commissione per le attività antiamericane. La negazione del *writ* lascia impregiudicato il *dictum* della sentenza della Corte d'Appello, confermandolo implicitamente.

⁽¹²²⁾ Sull'evoluzione della giurisprudenza v. A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., pp. 197s.

⁽¹²³⁾ *V. Wilkinson v. United States*, (365 U.S. 399, 1061) e in tema J. HAMILTON, R.F. MUSE, K.R.AMER, *Congressional Investigations: Politics and Process*, in « American Criminal Law Review », XXXIV, 2007, pp. 1121 ss.

⁽¹²⁴⁾ *V. Wilkinson v. United States*, cit., pp. 411-412.

schiano l'accusa di *contempt of Congress* ⁽¹²⁵⁾, oltraggio al Congresso, e in più che, poiché i parlamentari possono far deporre i testimoni sotto giuramento ⁽¹²⁶⁾, i convocati che dichiarino il falso dinanzi a una commissione congressuale possono essere condannati per spergiuro.

Uno dei principi costituzionali che le indagini congressuali possono mettere in discussione è, come evidente, quello alla libertà di espressione, sancito nel I emendamento: proprio al I emendamento si appellarono anche gli *Hollywood Ten*, sostenendo che l'attività investigativa del Congresso aveva una funzione sostanzialmente censoria verso le loro idee e la loro produzione cinematografica, rifiutandosi conseguentemente di rispondere ai quesiti che venivano loro posti. Gli interrogati furono invece condannati, a causa del loro silenzio davanti alla commissione per le attività antiamericane, per oltraggio al Congresso. La Corte suprema rifiuterà di esaminare il caso ⁽¹²⁷⁾, confermando implicitamente la loro condanna e anticipando — di fatto — quello che i supremi giudici sosterranno chiaramente in una decisione del 1958 ⁽¹²⁸⁾, dove affermeranno ⁽¹²⁹⁾ che le richieste di garanzia del I emendamento nell'ambito degli interrogatori svolti dalle commissioni congressuali sono soggette, « da parte delle corti, a un bilanciamento degli interessi privati e pubblici in conflitto » ⁽¹³⁰⁾, e che « il bilanciamento tra gli interessi del singolo e delle istituzioni deve essere risolto in questo caso a favore dei secondi, ritenendo quindi che le disposizioni del I emendamento non siano violate » ⁽¹³¹⁾.

Gli sceneggiatori e i registi hollywoodiani interrogati dal Con-

⁽¹²⁵⁾ J. HAMILTON, R.F. MUSE, K.R. AMER, *Congressional Investigations*, cit., pp. 1132 ss.

⁽¹²⁶⁾ Ivi, pp. 1126 ss.

⁽¹²⁷⁾ E. SCHRECKER, *The Age of McCarthyism*, cit., p. 67.

⁽¹²⁸⁾ *V. Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1958).

⁽¹²⁹⁾ Si noti tuttavia che la decisione è assunta a stretta maggioranza con cinque giudici a favore (Frankfurter, Clark, Harlan, Whittaker, Stewart) e quattro contro (Black, Warren, Douglas, Brennan).

⁽¹³⁰⁾ *V. Barenblatt v. United States*, cit., p. 126.

⁽¹³¹⁾ Ivi, p. 134. Si noti tuttavia che nel 1963 la Corte si esprimerà in modo diverso nel caso *Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee* (372 U.S. 539), dove tuttavia censurerà per violazione del I emendamento l'attività di una commissione di una assemblea legislativa statale e non di una commissione del Congresso federale.

gresso furono tuttavia tra gli ultimi ad appellarsi, dinanzi alle commissioni congressuali, al I emendamento. Già dal 1948 coloro che erano stati convocati dinanzi alle commissioni cominciarono infatti ad appellarsi al V emendamento che prevede il diritto a non autoincriminarsi, stabilendo che « nessuno potrà essere obbligato, in qualsiasi causa penale, a deporre contro se medesimo ». In questa circostanza la Corte suprema, superando il *self restraint* dimostrato a proposito della garanzia del I emendamento, sceglie invece di confermare l'applicabilità del V emendamento a coloro che venivano convocati dinanzi alle commissioni, nonostante il testo costituzionale si riferisca esplicitamente ai soli procedimenti penali⁽¹³²⁾: i giudici, come è stato scritto, « erano stati più disponibili ad intervenire sul terreno, apparentemente meno sensibile, della procedura »⁽¹³³⁾.

Il V emendamento sembrava quindi bloccare l'attività delle commissioni congressuali; ma non fu così, poiché nel 1954 il Congresso approvò un *Immunity Bill*, una legge che accordava la piena immunità penale a coloro che venivano convocati come testimoni dalle commissioni congressuali che stavano svolgendo inchieste sulle attività anticostituzionali⁽¹³⁴⁾: venuto meno il rischio di una condanna veniva meno anche la possibilità di giustificare il proprio silenzio sulla base del V emendamento. L'*Immunity Bill* trova il sostegno anche della Corte suprema che, nel 1956⁽¹³⁵⁾, lo considera

⁽¹³²⁾ V. il caso *Quinn v. United States* (349 U.S. 155) del 1955 in cui la Corte riconosce esplicitamente che le garanzie previste dal V emendamento della costituzione si applicano ai testimoni convocati dinanzi alla commissione per le attività antiamericane. Ben prima del 1955 tuttavia « i testimoni avevano frustrato le indagini congressuali appellandosi al diritto a non autoincriminarsi »: v. la nota *Federal Anti-subversive Legislation of 1954*, in « Columbia Law Review », LV, 1955, p. 634, nella quale oltre alle ragioni di fatto che furono alla base dell'*Immunity Bill*, si analizza dettagliatamente il contenuto del provvedimento.

⁽¹³³⁾ E. SCHRECKER, *The Age of McCarthyism*, cit., p. 68.

⁽¹³⁴⁾ Non si tratta del primo caso di una legge che garantisce l'immunità agli interrogati da una commissione congressuale: la prima fu approvata nel 1857. Sui precedenti dell'*Immunity Act* del 1954 e sulle modifiche occorse in seguito a tale provvedimento v. H. R. SKLAMBERG, *Investigation versus Prosecution: the Constitutional Limits on Congress's Power to Immunize Witnesses*, in « North Carolina Law Review », LXXVIII, 1999, pp. 157 ss.

⁽¹³⁵⁾ *Ullman v. United States*, 350 U.S. 422 (1956).

conforme alla costituzione statunitense poiché, garantendo l'immunità, risponde alla *ratio* del V emendamento che è quella di evitare l'autoincriminazione.

Di diverso parere tuttavia è il giudice Douglas, che redige una vigorosa opinione dissenziente nella quale sottolinea che il V emendamento, in realtà, completa il portato normativo del I, contribuendo a creare un vero e proprio "diritto al silenzio", che tutela la libertà di manifestazione del pensiero dalle ingerenze dei pubblici poteri e che non può essere adeguatamente tutelato da una legge che, pur garantendo l'immunità penale, costringe comunque un uomo a dichiarare i propri pensieri e le proprie idee dinanzi alle istituzioni ⁽¹³⁶⁾.

6. *Controlli e sanzioni per le organizzazioni del "movimento mondiale comunista": l'Internal Security Act.*

Le inchieste del Congresso e la loro influenza sull'opinione pubblica rappresentano l'*humus* nel quale, all'indomani dello scoppio della guerra di Corea, venne approvato, il 23 settembre del 1950, l'*Internal Security Act* ⁽¹³⁷⁾, che mirava ad arginare la minaccia della sinistra estrema costringendo alla registrazione le organizzazioni comuniste e quelle ad esse affiliate, nonché prevedendo per i loro componenti misure restrittive quali il ritiro del passaporto.

L'atto viene approvato dal legislativo federale cinque settimane prima delle *mid-term elections*, superando il veto del Presidente Truman con una maggioranza ben superiore a quella dei due terzi

⁽¹³⁶⁾ « La garanzia contro l'autoincriminazione contenuta nel V emendamento non è solo una protezione contro la condanna e il processo ma una difesa della coscienza, della dignità umana e della libertà di espressione. Il mio punto di vista è che i costituenti posero al di fuori dei poteri del Congresso il costringere qualcuno a confessare i propri crimini. Il male da cui ci si voleva guardare era in parte l'autoincriminazione tramite costrizione legale. Ma questa era solo una parte del male. La coscienza e la dignità di un uomo sono pure coinvolte. Come lo è il suo diritto alla libertà di espressione garantita dal I emendamento. I costituenti, quindi, crearono il diritto al silenzio protetto a livello federale e decretarono che la legge non può essere usata per aprire le labbra di qualcuno e renderlo testimone contro se stesso »: v. *Ullman v. United States* (Douglas dissenting), pp. 445 ss.

⁽¹³⁷⁾ Public Law 81-831, 64 Stat. 987 (1950).

richiesta dalla costituzione ⁽¹³⁸⁾: alla Camera dei Rappresentanti l'atto è approvato con 248 voti a favore e 48 contro, mentre al Senato i voti favorevoli sono 57 e quelli contrari solo 10.

Pur condividendo il timore della minaccia sovietica, il Presidente Truman aveva infatti deciso di opporsi all'approvazione della nuova disciplina ponendo il veto; nel messaggio con cui rinvia al Congresso il *bill*, il capo dello stato mostra non solo perplessità sull'efficacia del provvedimento ⁽¹³⁹⁾, ma soprattutto dubbi sul suo merito e sulla sua costituzionalità: gli Stati Uniti hanno già una legislazione sufficientemente rigida tramite lo *Smith Act*, cui la nuova legge non aggiunge nulla tranne forse, a parere del Presidente, il rischio di contribuire a creare il regime totalitario che essa mira invece a prevenire. L'elemento più problematico, prosegue Truman, è l'estensione della disciplina alle *Communist front organizations*, organizzazioni non identificabili come comuniste, ma che operano in supporto di organizzazioni che lo siano. In base a questa disciplina, ogni associazione o gruppo che proponga progetti politici sostenuti anche dal partito comunista rischia di vedersi applicata la nuova legislazione antisovversiva con una conseguenza, secondo il Presidente, inevitabile: nessuno si sentirà al sicuro e i cittadini, temendo

⁽¹³⁸⁾ V. art. I, sez. VII, clausola 2: «Qualsiasi progetto di legge, che abbia ottenuto l'approvazione della Camera dei rappresentanti e del Senato, dovrà essere sottoposto, prima che diventi legge, al Presidente degli Stati Uniti; qualora egli lo approvi, lo firmerà; in caso contrario, lo rinverrà, con le sue obiezioni, alla Camera da cui è stato proposto, e questa inserirà integralmente a verbale tali obiezioni e procederà a esaminarlo di nuovo. Qualora, dopo questo riesame, due terzi dei membri della Camera suddetta si dichiarino a favore del progetto di legge, questo sarà rinviato, insieme con le obiezioni del Presidente, all'altra Camera, da cui verrà riesaminato in maniera analoga; e se anche qui sarà approvato con una maggioranza di due terzi, acquisterà forza vincolante». Si noti che nonostante la costituzione non sia esplicita sul punto la Corte suprema, nel caso *Missouri Pacific Rl. v. Kansas* (248 U.S. 276; 1919) ha stabilito che la maggioranza necessaria a superare il veto sia quella dei due terzi dei *votanti*. Su questo v. G. NEGRI, *Il sistema politico degli Stati Uniti d'America — Le istituzioni costituzionali*, Pisa, Nistri-Lischi, 1969, p. 77, nt. 110.

⁽¹³⁹⁾ «L'idea di richiedere alle organizzazioni comuniste di divulgare informazioni su se stesse è una idea tanto semplice quanto attraente. Ma è utile come richiedere ai ladri di registrarsi presso l'ufficio dello Sceriffo. Ovviamente non vi è probabilità che alcuna organizzazione come il partito comunista si registri volontariamente»: v. il testo del messaggio con cui Truman pose il veto il 22 settembre 1950 in E. SCHRECKER, *The Age of McCarthyism*, cit., pp. 218 ss. e per questo stralcio p. 218.

che le loro opinioni vengano considerate vicine a quelle sostenute dal partito comunista, smetteranno di esprimerle ⁽¹⁴⁰⁾. Questo esito è pericoloso, conclude Truman, « non perché noi abbiamo alcuna simpatia per le opinioni comuniste, ma perché ogni forma di soffocamento da parte del governo della libertà di espressione è un lungo passo verso il totalitarismo » ⁽¹⁴¹⁾.

Il disegno di legge tuttavia, come si diceva, viene approvato. La chiave di lettura dell'intero provvedimento, anche noto come legge McCarran dal nome del senatore proponente, è che le organizzazioni comuniste operanti negli Stati Uniti vengono considerate tutte parte del movimento mondiale, controllato dall'Unione Sovietica, che opera per l'instaurazione di nuovi totalitarismi ispirati al marxismo-leninismo ⁽¹⁴²⁾. Tale *ratio* è esplicitata nella parte iniziale dell'*act* dove il legislatore afferma che dalle indagini delle commissioni congressuali è emersa la presenza di un movimento mondiale comunista il cui fine è stabilire nei vari paesi dittature analoghe a quella russa, movimento che si avvale di gruppi che, pur definendosi partiti, sono in realtà elementi costitutivi di esso ed agiscono non con metodi democratici ma con metodi cospiratori e coercitivi ⁽¹⁴³⁾.

Affianco alle ragioni di fatto, il legislatore individua anche i

⁽¹⁴⁰⁾ « Noi possiamo prevenire e noi preverremo spionaggio, sabotaggio, o altre azioni che mettano in pericolo la nostra sicurezza nazionale. Ma noi tradiremmo le nostre migliori tradizioni se noi tentassimo, come questa proposta di legge farebbe, di frenare la semplice manifestazione del pensiero. Questo non dovremmo mai farlo, non importa quanto negativa sia l'opinione della vasta maggioranza del nostro popolo. Il percorso proposto da questo disegno di legge delizierebbe i Comunisti, perché ridicolizzerebbe la nostra Carta dei Diritti e la nostra pretesa di combattere per la libertà nel mondo. E che tipo di effetto avrebbero queste disposizioni sulla manifestazione normale delle idee politiche? Ovviamente se questa proposta diventasse legge, sarebbe prudente non dire niente che potesse essere interpretato da qualcuno come non sufficientemente lontano dalla attuale linea di propaganda comunista. E poiché nessuno potrebbe essere sicuro in anticipo di quali opinioni potrebbero essere espresse senza correre rischi, la tendenza inevitabile sarebbe quella di non esprimere alcuna opinione sui temi controversi »: *ivi*, p. 220.

⁽¹⁴¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴²⁾ V. J. CORCUERA ATIENZA, J. TAJADURA TEJADA, E. VIRGALA FORURIA, *La ilegalización de políticos políticos en las democracias occidentales*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 265.

⁽¹⁴³⁾ V. Titolo I, sezione I, clausole 1-6.

principi giuridici che fondano la nuova disciplina ⁽¹⁴⁴⁾; essa sarebbe giustificata in particolare: dalla tutela della *republican form of government*, che il governo federale deve garantire in ogni stato dell'Unione in base alla quarta sezione dell'art. IV della costituzione; dalla tutela del pluralismo e delle libertà, che il totalitarismo comunista annullerebbe; dal principio giuridico del *clear and present danger* ⁽¹⁴⁵⁾, poiché il pericolo creato dalla minaccia comunista per la sicurezza nazionale è, appunto, "chiaro e imminente".

Anomalo è tuttavia il riferimento all'art. IV della costituzione in base al quale « gli Stati Uniti garantiranno a ogni Stato dell'Unione una forma repubblicana di governo »: tale clausola infatti, come evidente, è formulata in maniera da essere riferibile ai soli stati membri e non al governo federale ⁽¹⁴⁶⁾; è negli stati cioè che la norma chiede di garantire la forma di governo repubblicana, senza imporre alcunché al modello federale. Le istituzioni di quest'ultimo quindi, in base al contenuto di tale disposizione, non sono destinate del divieto di creare una forma di governo non repubblicana così che, se anche si immaginasse tale disposizione come fondamento di una protezione della rappresentanza, essa non sarebbe comunque utilizzabile per giustificare provvedimenti di protezione della democrazia in riferimento alle istituzioni federali ⁽¹⁴⁷⁾. A tale clausola la dottrina ⁽¹⁴⁸⁾ ha in ogni modo ricondotto un diverso significato: essa rappresenterebbe una tutela per gli stati dalle interferenze della federazione che possano minare la natura repubblicana dei loro governi e un limite per gli stessi stati che, a loro volta, non potrebbero adottare forme di governo non repubblicane ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ Le individua A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., pp. 202 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ Quest'ultimo, tuttavia, viene utilizzato non nella originaria accezione garantista, che la Corte suprema aveva utilizzato fin dal caso *Herndon* del 1937 (v. *supra*, par. 4), ma in quella, molto più restrittiva, che la Corte stessa sceglierà di accogliere negli anni del maccartismo e che, come vedremo, esplicherà nel caso *Dennis* del 1951.

⁽¹⁴⁶⁾ G.H. FOX, G. NOLTE, *Intolerant Democracies*, in « Harvard International Law Journal », XXXVI, 1995, p. 24, nt. 109.

⁽¹⁴⁷⁾ Così A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., pp. 205.

⁽¹⁴⁸⁾ V. D. J. MERRITT, *The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*, in « Columbia Law Review », LXXXVIII, 1988, p. 25.

⁽¹⁴⁹⁾ Ampio è il dibattito, nella dottrina statunitense, su cosa implichi la garanzia della « forma di governo repubblicana » ad opera della federazione; diversi sono i

Per quanto concerne il contenuto dell'*Internal Security Act* occorre premettere che esso è composto da due titoli: il *Subversive Activities Control Act* e l'*Emergency Detention Act*. Il primo disciplina la registrazione delle organizzazioni comuniste, apporta modifiche alle leggi sullo spionaggio e incide sulla disciplina di immigrazione e naturalizzazione; il secondo concerne invece la detenzione di potenziali spie⁽¹⁵⁰⁾. Particolarmente rilevante, ai fini della nostra ricerca, è il primo titolo e in particolare la normativa relativa alla registrazione delle associazioni che si ispirano all'ideologia comunista e che, come ricordato, vengono considerate *a priori* parte del movimento mondiale comunista e, pertanto, nemiche della costituzione. La disciplina tuttavia si rivolge, come accennavamo, non solo alle associazioni propriamente comuniste; essa è destinata infatti sia alle *Communist-action organization* sia alle *Communist-front organization*.

Le prime, costituenti le organizzazioni propriamente comuniste, sono identificabili come tutte le formazioni sociali che: *a*) siano sostanzialmente dirette, dominate, o controllate da un governo straniero o da una organizzazione straniera che a loro volta controlli il movimento mondiale comunista *b*) operino inoltre per realizzare gli obiettivi di tale movimento mondiale⁽¹⁵¹⁾.

Le seconde, che potremmo identificare come organizzazioni affiliate a quelle comuniste, sono invece tutte le formazioni sociali

significati proposti fin dall'epoca dei Padri fondatori e tuttora oggetto di dibattito. La disposizione precluderebbe ad esempio modifiche in senso monarchico, oppure potrebbe essere strumento per legittimare l'opposizione ad eventuali ribellioni interne, o ancora, secondo altri, precluderebbe l'adozione di eccessivi strumenti di democrazia diretta a discapito di quelli della democrazia rappresentativa: v. in tema L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2000³, cit., p. 909 e in particolare la letteratura citata in nt. 27. Si noti che le difficoltà ermeneutiche in materia sono amplificate dal fatto che nei rari casi in cui tale disposizione è stata invocata davanti alla Corte suprema, quest'ultima ha affermato che il contenuto di tale clausola debba essere definito dal circuito politico, rappresentando un caso di *political question*: ivi, pp. 368 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Tale titolo autorizza il Presidente a dichiarare un "emergenza per la sicurezza interna" in caso di guerra, invasione e insurrezione e il Capo del Dipartimento di Giustizia a trattenere in detenzione tutte le persone per le quali ci sia motivo ragionevole di credere che saranno coinvolte in atti di spionaggio o sabotaggio o stiano cospirando con altri per farlo, di fatto legittimando la detenzione prima che un atto sia compiuto: su questo v. W. M. WIECEK, *The Legal Foundations of Domestic Anticommunism*, cit., pp. 426 ss.

⁽¹⁵¹⁾ Del citato titolo I del provvedimento v. la sezione 3, clausola 3.

che: a) siano sostanzialmente dirette, dominate, o controllate da una *Communist-action organization* e b) la cui principale finalità sia aiutare e supportare un'organizzazione comunista, un governo straniero comunista o il movimento mondiale comunista ⁽¹⁵²⁾.

Entrambe le associazioni hanno l'obbligo di registrarsi presso l'*Attorney General*, indicare la lista dei loro dirigenti specificandone le funzioni, e dichiarare le loro fonti di finanziamento ⁽¹⁵³⁾. Tali informazioni dovranno inoltre essere aggiornate attraverso una relazione annuale. A tali obblighi le *Communist-action organization* vedono aggiungersi quello di dover indicare anche la lista e i recapiti di tutti i loro componenti ⁽¹⁵⁴⁾.

Nel caso in cui un'organizzazione manchi di registrarsi, l'*Attorney General* può attivare una procedura davanti al Consiglio di controllo delle attività sovversive, il *Subversive Activities Control Board* ⁽¹⁵⁵⁾ che, dopo un'udienza cui entrambe le parti sono legittimate a partecipare con l'ausilio di un legale, ha il potere di decidere se un'organizzazione sia comunista o affiliata ad associazioni che lo siano ⁽¹⁵⁶⁾. La decisione del *Board* è tuttavia impugnabile presso la Corte di Appello del Distretto di Columbia, nonché, in ultimo grado, dinanzi alla Corte suprema ⁽¹⁵⁷⁾.

Nell'assumere tali decisioni il *Subversive Activities Control Board* deve tenere conto di una serie di criteri, alcuni dei quali implicano una forte discrezionalità: per le *Communist-front organization*, ad esempio, occorre tenere conto non solo di elementi oggettivi come il sostegno finanziario da parte di organizzazioni comuniste, ma anche — come denunciava Truman ponendo il veto — « della misura in cui le posizioni politiche assunte da una

⁽¹⁵²⁾ V. sezione 3, clausola 4.

⁽¹⁵³⁾ V. sezione 7, clausola d, (1)-(3).

⁽¹⁵⁴⁾ V. sezione 7, clausola d, (4).

⁽¹⁵⁵⁾ Il Consiglio è composto da cinque membri nominati dal Presidente con l'*advice and consent* del Senato; non più di tre componenti possono appartenere al medesimo partito: v. sezione 12.

⁽¹⁵⁶⁾ V. sezione 12, clausola e, (1).

⁽¹⁵⁷⁾ V. sezione 14 (a). Si noti tuttavia che la Corte d'Appello può svolgere uno scrutinio limitato poiché la legge (*ibidem*) prevede che le conclusioni raggiunte in primo grado sui fatti, se supportate da prove, non possono più essere messe in discussione. Si tenga conto infine che la Corte suprema, come in tutte le richieste di *certiorari*, è libera di non esaminare il caso.

associazione non si allontanino da quelle di qualunque *Communist-action organization*, di qualunque governo straniero comunista o del movimento mondiale comunista »⁽¹⁵⁸⁾.

Il *Subversive Activities Control Board* non gode solo di un'ampia discrezionalità nella sua attività di giudizio, ma si avvale anche, nella sua attività istruttoria, di rilevanti strumenti di indagine che si avvicinano a quelli dell'autorità giudiziaria; esso infatti può convocare testimoni, raccogliere testimonianze giurate, chiedere la produzione di documenti e corrispondenza e, in caso di mancata comparizione del testimone, può rivolgersi ai giudici ordinari perché spicchino un ordine di comparizione che, se non ottemperato, può essere causa di un'incriminazione formale per *contempt*⁽¹⁵⁹⁾. La legge inoltre esclude esplicitamente l'invocabilità del V emendamento, stabilendo che nessuna persona può essere esentata dal deporre o produrre prove « in ragione del fatto che la testimonianza, la prova o i documenti a lei richiesti possano tendere a incriminarla »⁽¹⁶⁰⁾. La garanzia costituzionale contro l'autoincriminazione che, come abbiamo visto, era utilizzata in quel periodo davanti alle commissioni congressuali per rivendicare il diritto a tacere, viene

⁽¹⁵⁸⁾ Per i criteri cui la commissione si ispira nel decidere se una associazione sia una *Communist-front organization* v. sezione 13, clausola f. Svariati sono poi i criteri di cui la legge chiede alla Commissione di tenere conto per qualificare una organizzazione come propriamente comunista: la misura in cui le sue politiche siano formulate secondo le direttive di governi o organizzazioni straniere che sono controllate o parte del movimento mondiale comunista; la misura in cui le sue opinioni non si allontanino da quelle di queste organizzazioni e di questi governi; la misura in cui riceve da esse, direttamente o indirettamente, finanziamenti; la misura in cui invia componenti e rappresentanti in paesi stranieri perché si istruiscano secondo i principi e le strategie del movimento mondiale comunista; la misura in cui essa presenta rapporti e relazioni a tali governi e organizzazioni; la misura in cui i suoi leader riconoscono un potere disciplinare a tali governi e organizzazioni; la misura della segretezza dei suoi membri o delle sue riunioni; la misura in cui la lealtà dei suoi leader e dei suoi componenti nei confronti degli Stati Uniti sia inferiore a quella che hanno verso quei governi e quelle organizzazioni: v. sezione 13, clausola e.

⁽¹⁵⁹⁾ La procedura dinanzi al *Board* è disciplinata nella sezione 13, clausola c.

⁽¹⁶⁰⁾ V. sezione 13, clausola c. Si noti tuttavia che tale disposizione verrà abrogata da una legge di modifica del 1968 (Public Law 90-237, 81 Stat. 765). Il testo originario della disposizione è ricordato da A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., pp. 216 ss.

esplicitamente negata nelle procedure previste davanti al Consiglio di controllo delle attività sovversive.

Il procedimento davanti al *Board*, nei casi in cui questo ritenga di essere in presenza di una organizzazione *Communist-action* o *Communist-front*, si conclude con un *final order* che impone all'associazione l'obbligo di registrarsi per non incorrere in sanzioni pecuniarie. A queste ultime si aggiungono le sanzioni penali che possono invece essere comminate ai singoli: anche su questi ultimi, infatti, grava un obbligo di registrazione individuale presso il Dipartimento di Giustizia nel caso in cui sia adottato un *final order* nei confronti di una associazione di cui siano funzionari o membri ⁽¹⁶¹⁾.

La registrazione tuttavia non è l'unica misura adottata nei confronti delle organizzazioni comuniste: ben più rilevanti sono infatti le conseguenze della registrazione stessa. I gruppi registrati e ogni individuo che agisca per loro conto non possono infatti diffondere pubblicazioni tramite le poste federali, se non specificando sull'involucro delle missive che si tratta di un documento « disseminato da una organizzazione comunista » ⁽¹⁶²⁾; una dicitura analoga deve precedere eventuali trasmissioni radiofoniche promosse da un'organizzazione registrata ⁽¹⁶³⁾ e i componenti di tali organizzazioni non possono avere incarichi ⁽¹⁶⁴⁾ nell'amministrazione federale e non possono utilizzare il passaporto né chiederne il rinnovo ⁽¹⁶⁵⁾.

Il provvedimento, che pur viene accolto con critiche in dottrina ⁽¹⁶⁶⁾, non manca di trovare anche illustre sostegno ⁽¹⁶⁷⁾ tra i

⁽¹⁶¹⁾ V. sezione 8.

⁽¹⁶²⁾ V. sezione 10 (1).

⁽¹⁶³⁾ V. sezione 10 (2).

⁽¹⁶⁴⁾ A parte gli incarichi elettivi, che i registrati possono invece ricoprire: v. sezione 5 (B).

⁽¹⁶⁵⁾ Vedi sezione 6. La *ratio* di tale divieto è rinvenibile nella prima sezione del provvedimento in cui si legge che: « a causa della natura e degli scopi del movimento mondiale comunista, dell'esistenza di elementi costitutivi affiliati che lavorano verso obiettivi comuni nei vari stati del mondo, il viaggiare di componenti, rappresentanti e agenti comunisti da un paese all'altro facilita le comunicazioni ed è un prerequisito per portare avanti le attività necessarie a perseguire le finalità del movimento comunista »: v. sezione 1, clausola 8.

⁽¹⁶⁶⁾ V. ad esempio F. BIDDLE, *La Paura della Libertà*, cit., pp. 36 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Sulle pagine dell'*Harvard Law Review* compare, nel 1951, il saggio del

giuristi dell'epoca, i quali sottolineano, da un lato, che le misure previste limitano ma non precludono l'esercizio di libertà come la libertà di associazione, e, dall'altro, che, anche in presenza di soluzioni radicali, « occorre ricordare che nessuna libertà è assoluta e che conciliare la libertà e la sicurezza è una necessità che ricorre periodicamente in ogni generazione »⁽¹⁶⁸⁾. A ciò la stessa dottrina aggiunge un ulteriore principio, quello del *self restraint* giudiziario, del rispetto cioè che il terzo potere dovrebbe avere, nelle circostanze di pericolo per la sicurezza nazionale, nei confronti delle valutazioni che il potere legislativo svolge circa la sussistenza di un *clear and present danger*: « il Congresso ha emesso tramite la legge un giudizio sul pericolo chiaro ed attuale creato dal Comunismo negli Stati Uniti; la Corte suprema, ovviamente, non è vincolata da questa valutazione legislativa, ma tale valutazione deve avere qualche peso »⁽¹⁶⁹⁾.

Proprio a questo *self restraint* sembra ispirarsi la Corte suprema nel 1961, quando la normativa del *Subversive Activities Control Act* viene impugnata dal partito comunista per incostituzionalità dinanzi ai giudici di Washington nel caso *Communist Party of United States v. Subversive Activities Control Board*⁽¹⁷⁰⁾.

In primo luogo la Corte rifiuta di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle sanzioni amministrative derivanti dalla registrazione, poiché il caso concreto deriva dall'impugnazione del *final order* che ha imposto la registrazione al partito comunista statunitense: nella fattispecie analizzata, quindi, le sanzioni non sono ancora state applicate e l'eventuale intervento della Corte sul punto, secondo la maggioranza dei giudici, si trasformerebbe in una *advisory opinion*, assegnando alla Corte suprema una funzione consultiva che le è invece preclusa⁽¹⁷¹⁾. Tale preclusione, secondo i giudici, si lega direttamente « ad una concezione del ruolo del potere giudiziario

Professor Sutherland, docente della Scuola di Legge di Harvard, che sostiene il carattere equilibrato del provvedimento. V. A. E. SUTHERLAND, *Freedom and Internal Security*, in « Harvard Law Review », LXIV, 1951, pp. 383 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Ivi, p. 414.

⁽¹⁶⁹⁾ Ivi, p. 404.

⁽¹⁷⁰⁾ 367 U.S. 1 (1961).

⁽¹⁷¹⁾ Sul divieto di *advisory opinion* v. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2000³, cit., pp. 328 ss.

quale è quella di un sistema istituzionale basato sulla separazione dei poteri, un ruolo che preclude interferenze da parte della corti nelle funzioni legislative ed esecutive quando queste non si siano ancora concretizzate in misure che incidono sui diritti individuali » (172).

I giudici si limitano così ad analizzare la costituzionalità della sola registrazione.

In primo luogo essi escludono che tale disciplina costituisca un provvedimento *ad personam* nei confronti del partito comunista, così da non incorrere nel divieto sancito dalla costituzione di emanare *bill of attainder* (173), ossia atti legislativi che individuino una o più persone e « infliggano loro una sanzione senza la garanzia di un processo » (174).

Pur non negando che il provvedimento sia nato per contrastare l'azione di tale partito, la Corte afferma tuttavia che esso non si rivolge nominalmente al partito comunista statunitense, ma impone la registrazione a tutte le organizzazioni che svolgano determinate attività la cui sussistenza è verificata del Consiglio di controllo delle attività sovversive; quest'ultimo infatti nel valutare se una organizzazione sia una *Communist-action organization* deve ad esempio stabilire la misura in cui le politiche dell'organizzazione siano formulate secondo le direttive di governi parte del movimento mondiale comunista, la misura in cui riceve da questi finanziamenti o quella in cui invia componenti in paesi stranieri perché si istruiscano secondo i principi e le strategie del movimento mondiale comunista (175). La legge non è pertanto un *bill of attainder*, in quanto non si rivolge a specifiche organizzazioni ma a tutte quelle che svolgano determinate attività (176), e se anche il legislatore si aspettava di censurare con tale legge il partito comunista americano, tale tipo di valutazione — secondo la maggioranza della Corte suprema — non spetta ai giudici che, in virtù della separazione dei poteri, non possono sindacare i motivi che si celano dietro l'azione del legislatore (177).

(172) 367 U.S. 72.

(173) V. art. I, sezione IX, clausola 3.

(174) V. *United States v. Lovett* (328 U.S. 303; 1946), p. 315. Per un'analisi della giurisprudenza in materia R. BERGER, *Bills of Attainder: A Study of Amendment by the Court*, in « Cornell Law Review », 1978, LXIII, pp. 355 ss.

(175) V. *supra* nt. 158.

(176) 367 U.S. 86.

(177) « Questo tipo di analisi ignora il nostro obbligo di rispetto per l'esercizio del

Da escludersi è anche la violazione del I emendamento, poiché la registrazione non è *conditio sine qua non* per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà di associazione: la registrazione è in realtà necessaria allo svolgimento di attività diverse dall'esercizio di tali diritti, attività riconducibili invece « alla promozione degli obiettivi del movimento mondiale comunista »⁽¹⁷⁸⁾. Lo stesso obbligo di svelare i nomi di tutti componenti delle organizzazioni comuniste non violerebbe la libertà di associazione, poiché quest'ultima deve comunque essere bilanciata con il valore dell'interesse pubblico che la disciplina vuole garantire⁽¹⁷⁹⁾. Ed è proprio in questo bilanciamento che la Corte dichiara esplicitamente il suo *self restraint* nei momenti di pericolo per la sicurezza nazionale. Essa sostiene infatti che, nonostante le libertà fondamentali non possano essere distrutte con il pretesto di preservare le istituzioni, « quando il problema di conciliare le esigenze dell'auto-preservazione e i valori delle libertà è complesso e intricato come è descritto nelle premesse del *Subversive Activities Control Act* — quando cioè il governo esistente è minacciato da un movimento mondiale che utilizza ogni strumento [...] per distruggere il governo stesso — il giudizio del potere legislativo su quale sia la modalità migliore per affrontare questa minaccia compatibilmente con la garanzia delle libertà personali, non può essere messo da parte

potere legislativo del Congresso e, più specificatamente, ignora il significato costituzionale cruciale di ciò che il Congresso ha fatto: ha rifiutato l'approccio di censurare uno specifico partito, indicandolo nominalmente, e ha accettato invece una disciplina legislativa che non regola organizzazioni che vengono elencate ma determinate attività. Noi ci abbandoneremo a un potere di revisione legislativa su ciò che proviene dal Congresso — un potere che i Costituenti hanno sottratto a questa Corte — se interpretassimo ciò che il Congresso si è rifiutato di fare e ciò che in realtà ha fatto; il che vuol dire che considereremmo questa legge come un semplice stratagemma che il Congresso ha utilizzato per aggirare le garanzie costituzionali [...]. Finché il Congresso agisce nell'attuazione delle sue competenze costituzionali, il Giudiziario non ha il potere di intervenire sulla base dei motivi che hanno attivato l'esercizio di quelle competenze»: 367 U.S. 85-86.

⁽¹⁷⁸⁾ V. 367 U.S. 90.

⁽¹⁷⁹⁾ V. 367 U.S. 91. Sugli esiti poco liberali dell'applicazione della tecnica del « bilanciamento » nel periodo maccartista v. A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in « Enciclopedia del diritto », Milano, Giuffrè, Annali, II, 2008, pp. 186 s.; G. SCACCLA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 315 ss.; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002, pp. 17 ss.

semplicemente perché i giudici avrebbero di primo acchito scelto modalità diverse »⁽¹⁸⁰⁾.

Completamente differente è l'approccio del giudice Black, che scrive una vigorosa *dissenting opinion*: la legge analizzata viola non solo il divieto di *bill of attainder* perché sanziona determinate organizzazioni senza che queste abbiano ricevuto un processo, ma soprattutto viola il I emendamento e la relativa garanzia del *free speech*. La questione, spiega il giudice, è se il Congresso abbia il potere di rendere illegale un'associazione, un gruppo o un partito sulla base del fatto che o invochi politiche di sovvertimento violento del governo o sia ideologicamente sottomesso a un governo straniero. A suo parere nessuno di questi comportamenti giustifica la violazione del I emendamento, data la funzione costruttiva che le idee rivoluzionarie hanno invece avuto nella creazione di migliori istituzioni politiche: « parlare della desiderabilità della rivoluzione — scrive il giudice Black — ha una lunga e onorevole storia » sia in stati stranieri sia negli Stati Uniti d'America. L'argomento più importante, tuttavia, è che, se anche tali discorsi dovessero essere usati con finalità sbagliate e distruttive, nell'ordinamento costituzionale americano « il rimedio per questo pericolo deve essere lo stesso rimedio applicato al pericolo che proviene da ogni altro discorso erroneo, ossia l'istruzione e le contro-argomentazioni. E se questi rimedi non sono sufficienti, il vero significato della garanzia del *free speech* deve essere che le idee rivoluzionarie saranno lasciate prevalere »⁽¹⁸¹⁾.

7. *L'ideologia comunista diventa un "pericolo chiaro e imminente": la Corte suprema e il caso Dennis.*

Il maccartismo, che aveva preso corpo con le indagini congressuali e l'*Internal Security Act* del 1950, era destinato a trovare un nuovo fondamentale tassello nella decisione *Dennis v. United States*⁽¹⁸²⁾, che la Corte suprema adottò nel 1951.

Protagonisti della vicenda sono undici dirigenti del partito comunista americano incriminati sulla base dello *Smith Act* che,

⁽¹⁸⁰⁾ V. 367 U.S. 96-97.

⁽¹⁸¹⁾ 367 U.S. 147-148.

⁽¹⁸²⁾ *Dennis et al. v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

come ricordato ⁽¹⁸³⁾, anche se entrato in vigore nel 1940, trovò applicazione effettiva solo al termine del secondo conflitto mondiale.

Gli imputati del caso *Dennis* erano stati condannati, in particolare, sulla base delle disposizioni che rendono illegale « cospirare » al fine di « organizzare un gruppo di persone che insegni e propugni il sovvertimento o la distruzione di qualunque governo degli Stati Uniti con la forza o la violenza » e « cospirare » al fine di « propugnare e insegnare coscientemente o volontariamente il dovere e la necessità di sovvertire e distruggere il governo degli Stati Uniti con la forza o la violenza ». Lo *Smith Act*, in effetti, affianco alle fattispecie, già problematiche, che abbiamo avuto modo di ricordare, e che limitano la libertà di parola, di stampa, di insegnamento e di associazione, dilata la possibilità di condanna prevedendo che sia illegale anche il solo « tentare di commettere o cospirare al fine di commettere qualunque condotta tra quelle vietate dal provvedimento » ⁽¹⁸⁴⁾.

Il giudizio di condanna dei dirigenti del partito comunista era stato pronunciato in primo grado e confermato in appello sulla base della prova di un duplice fatto: gli imputati erano sostenitori della dottrina marxista-leninista e quest'ultima, analizzata davanti alla giuria attraverso i testi di Marx, Engels, Lenin e Stalin ⁽¹⁸⁵⁾, sosteneva la necessità di rovesciare i governi con la violenza. Da questi due fatti, come in un sillogismo, derivava la prova che gli imputati, in quanto sostenitori della dottrina marxista-leninista, non potevano non dividerne il disegno sovversivo e non potevano non cospirare per propugnare ed insegnare il sovvertimento del governo degli Stati Uniti.

In presenza di una legge che limita la libertà di associazione, di manifestazione del pensiero e di insegnamento, il ricorso dinanzi alla Corte suprema, inevitabilmente, è basato sulla violazione del I

⁽¹⁸³⁾ V. *supra* par. 3.

⁽¹⁸⁴⁾ V. Tit. I, sez. 3.

⁽¹⁸⁵⁾ Le opere analizzate dinanzi alla giuria furono in particolare i “Le basi del Leninismo” di Stalin, il “Manifesto” di Marx e Engels, e “Stato e Rivoluzione” di Lenin. L'iter argomentativo del giudizio adottato in primo grado è ripercorso rapidamente da A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., p. 157, nt. 82.

emendamento ⁽¹⁸⁶⁾, considerato fondamento, come abbiamo visto, di una generale libertà di espressione.

La Corte, tuttavia, conferma la condanna dei dirigenti del partito comunista.

Apparentemente, le argomentazioni utilizzate dal giudice Vinson nell'*opinion* della Corte ⁽¹⁸⁷⁾ sembrano riecheggiare alcune di quelle affermatesi con la giurisprudenza liberale della Corte Roosevelt: l'idea che il libero dibattito garantisca la prevalenza della verità secondo lo schema del "libero mercato di idee" ⁽¹⁸⁸⁾, la possibilità di modificare con mezzi pacifici la forma di governo esistente ⁽¹⁸⁹⁾, la necessità che il *free speech* sia limitato solo in caso di *clear and present danger* ⁽¹⁹⁰⁾, sono tutti temi rinvenibili anche nella sentenza *Dennis*. Coerentemente con tali premesse, la Corte ricorda che poiché la costituzione fornisce gli strumenti per un mutamento pacifico della forma di governo, quest'ultima non può essere mutata

⁽¹⁸⁶⁾ La Corte suprema analizza la fattispecie anche in riferimento alla presunta violazione della clausola del *due process* sancita dal V emendamento per la vaghezza (*vagueness*), mancanza di tassatività della fattispecie censurata nello *Smith Act*. Sul punto la Corte si sofferma brevemente escludendo la genericità della locuzione che non sarebbe superiore a quella di molte altre locuzioni normative, sottolineando peraltro che il suo significato è specificato dalla clausola del *clear and present danger*: «Noi concordiamo che la fattispecie come definita non costituisce una limpida formula matematica. Come tutti gli enunciati verbali è soggetta a critiche sulla base della vaghezza. Ma gli stessi ricorrenti sostengono che lo standard adeguato è quello del *clear and present danger*. Così noi non vediamo alcuna differenza, dal punto di vista della vaghezza, se lo standard del *clear and present danger* è contenuto in *haec verba* all'interno del provvedimento legislativo o se esso sia il criterio giurisprudenziale della sua applicabilità costituzionale » (341 U.S. 515).

⁽¹⁸⁷⁾ Si tenga presente tuttavia che tale *opinion* è sottoscritta da quattro giudici (Vinson, Reed, Burton, Minton); Frankfurter e Jackson, come vedremo, scrivono un'opinione concorrente in cui, pur confermando la condanna, sostengono l'opportunità di utilizzare una diversa *ratio decidendi*; il giudice Clark non ha partecipato alla decisione e i giudici Black e Douglas dissentono.

⁽¹⁸⁸⁾ «La base del I emendamento è l'idea che la parola può confutare la parola, la propaganda risponderà alla propaganda, il libero confronto di idee si concretizzerà nell'adozione del modello di governo migliore»: 341 U.S. 503.

⁽¹⁸⁹⁾ «La finalità ovvia della legge esaminata è proteggere il governo esistente non da un mutamento tramite strumenti pacifici, legittimi e costituzionali, ma da un mutamento tramite la violenza, la rivoluzione, il terrorismo»: 341 U.S. 501.

⁽¹⁹⁰⁾ «In questo caso noi siamo chiaramente di fronte all'applicazione del *clear and present danger test*»: 341 U.S. 508.

con la forza, così che lo stato, pur non potendo vietare la mera discussione accademica su ideologie sovversive, che lo *Smith Act* infatti non precluderebbe ⁽¹⁹¹⁾, può tuttavia senza dubbio vietare gli atti volti a sovvertire con violenza le istituzioni ⁽¹⁹²⁾. Il punto, nel caso di specie, è se gli strumenti che il governo ha utilizzato a tal fine siano o meno compatibili con la costituzione ⁽¹⁹³⁾: il metro di giudizio deve essere, secondo il giudice Vinson, in linea con i precedenti della Corte, la sussistenza di un *clear and present danger*.

E a questo punto, però, che si realizza la rottura sostanziale, anche se non formale, con la precedente giurisprudenza. Il test del *clear and present danger*, nella formulazione applicata a partire dal caso *Herndon* del 1937, infatti, richiedeva che la limitazione alla libertà di manifestazione del pensiero nelle sue varie forme — parola, stampa, associazione o riunione — potesse essere considerata legittima solo quando vi fosse un'alta probabilità che l'esercizio di tale libertà producesse un danno grave e imminente.

Nel caso *Dennis*, invece, la Corte sostiene che il governo, nella sua attività di protezione da ribellioni violente, può intervenire nella fase di preparazione della rivoluzione ⁽¹⁹⁴⁾, adottando quindi misure preventive senza aspettare che « la rivolta stia per essere compiuta ». ⁽¹⁹⁵⁾ Il pericolo non deve essere più presente, ma è sufficiente che sia probabile: il *clear and present danger* diventa *clear and probable danger* ⁽¹⁹⁶⁾.

Il criterio da applicare è in particolare, secondo Vinson, quello di chiedersi se « la gravità del danno, scontata della sua scarsa

⁽¹⁹¹⁾ « Il reale linguaggio dello *Smith Act* nega l'interpretazione che ne forniscono i ricorrenti. Esso è diretto alla propugnazione non alla discussione (di una idea) [...]. Il Congresso non intendeva sradicare la libera discussione delle teorie politiche per distruggere i tradizionali diritti degli americani di discutere e valutare le idee senza timore di una sanzione delle istituzioni »: 341 U.S. 502.

⁽¹⁹²⁾ V. 341 U.S. 501.

⁽¹⁹³⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁹⁴⁾ Sul punto v. A. I. BIGEL, *The First Amendment and National Security: The Court Responds to Governmental Harassment of Alleged Communist Sympathizers*, in « Ohio Northern University Law Review », XIX, 1993, pp. 906 ss.

⁽¹⁹⁵⁾ V. 341 U.S. 509.

⁽¹⁹⁶⁾ A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., p. 161.

probabilità, giustifichi la limitazione alla libertà di parola »⁽¹⁹⁷⁾: gravità del danno e imminenza dello stesso, cioè, non devono più essere presenti contestualmente, poiché nei casi in cui il pericolo sia di estrema gravità, tale gravità “compensa” in qualche misura la scarsa probabilità che il pericolo stesso si verifichi.

Il criterio per valutare la legittimità dei reati di istigazione diventa quindi, a partire dal caso *Dennis*, come è stato sottolineato⁽¹⁹⁸⁾, quello del *risk formula test*, in base al quale la protezione della libertà di parola dipende dalla gravità del danno comparata con il rischio che esso si verifichi. Nel caso di specie, la mancanza di prove sull'imminenza del pericolo è compensata dalla gravità dello stesso, poiché il rischio implicato dall'attività dei funzionari comunisti è quello del sovvertimento delle istituzioni.

La decisione *de qua*, tuttavia, ha sollecitato letture più radicali, secondo cui il test del *clear and present danger* non sarebbe semplicemente applicato nella versione più blanda della *risk formula*, ma sarebbe invece completamente disatteso⁽¹⁹⁹⁾.

I supremi giudici, infatti, secondo tale ricostruzione, non solo rinunciano a verificare che il pericolo sia imminente, ma rinunciano anche a verificare che esso sia, nella realtà dei fatti, quantomeno probabile. Prova di ciò è il fatto che la Corte non chiede la prova concreta che gli imputati mirino a sovvertire le istituzioni americane; al contrario ignora, come il tribunale di primo grado e di appello, le prove addotte circa la rinuncia del metodo violento realizzata dai dirigenti processati⁽²⁰⁰⁾. Lo stesso governo non adduce né tenta di addurre alcuna prova che la ribellione sia imminente, minimamente preparata o pianificata⁽²⁰¹⁾. Ciò che rileva dal punto di vista probatorio è solo l'ideologia comunista, prescindendo anche dalla verifica che gli imputati la condividano in ogni sua parte; non è richiesta una analisi caso per caso sulla sussistenza della pericolosità della condotta di ciascun imputato, perché tale pericolosità è dedotta *a priori* dal fatto che ciascuno di essi sia un dirigente del

(197) V. 341 U.S. 510.

(198) V. E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., p. 970.

(199) T. HENTOFF, *Speech, Harm and Self-Government*, cit., p. 1456.

(200) W. M. WIECEK, *The Legal Foundations of Domestic Anticommunism*, cit., p. 434.

(201) M.H. REDISH, *The Logic of Persecution*, cit., p. 83.

partito: « le teorie economiche e politiche di Marx e Lenin vengono utilizzate per provare la colpevolezza dei leader comunisti »⁽²⁰²⁾.

L'*opinion* di Vinson tuttavia non rispecchia il punto di vista di tutti i giudici: mentre Jackson e Frankfurter votano per la condanna, sostenendo tuttavia la necessità di non utilizzare il test del *clear and present danger*, Black e Douglas si oppongono con due distinte *dissenting opinion*.

Particolarmente interessante, tra le opinioni concorrenti, è quella del giudice Frankfurter⁽²⁰³⁾ il quale recupera il modello ermeneutico del *reasonableness test*⁽²⁰⁴⁾, sostenendo l'inopportunità di una valutazione giudiziaria del provvedimento legislativo tramite il test del *clear and present danger*. A parere del giudice è evidente che ad essere in conflitto siano due interessi fondamentali: la libertà di espressione e la sicurezza nazionale. Il punto cruciale è quindi come tali interessi debbano essere conciliati e, soprattutto, chi debba conciliarli; secondo il giudice tale compito spetta al Congresso e la Corte suprema deve ricordare che « la sua attività di *judicial review* non costituisce l'esercizio di una competenza di super-legislatore »⁽²⁰⁵⁾. Non spetta alla Corte bilanciare gli interessi coinvolti verificando la sussistenza del *clear and present danger*; ad essa spetta invece intervenire solo quando « la legge non sia esercizio ragionevole dell'attività di giudizio del legislatore »⁽²⁰⁶⁾.

Di opinione diametralmente opposta sono invece i giudici Black e Douglas, che sostengono la necessità che la Corte suprema assolva al suo ruolo di garante dei diritti, sindacando le decisioni del legislatore e applicando, nella sua originaria versione, il test del *clear and present danger*.

⁽²⁰²⁾ P. L. STEINBERG, *The Great "Red Menace": United States Prosecution of Communists, 1947-1952*, Westport, Greenwood Press, 1984, p. 160.

⁽²⁰³⁾ Per il giudice Jackson la fattispecie in oggetto è un reato di *conspiracy* che escluderebbe la garanzia del I emendamento e la necessità, pertanto, di applicare la garanzia del *clear and present danger test*: v. in particolare 341 U.S. 572.

⁽²⁰⁴⁾ Il giudice richiama esplicitamente il caso *Gitlow* (341 U.S. 541), considerato esempio di emblematica applicazione di tale test: v. *supra* nt. 83.

⁽²⁰⁵⁾ 341 U.S. 526.

⁽²⁰⁶⁾ « It is sufficient that the defendant's conduct falls within the statute, and that the statute is a reasonable exercise of legislative judgment »: 341 U.S. 536.

I giudici rifiutano esplicitamente il blando criterio della *reasonableness* ⁽²⁰⁷⁾, sostenendo che la condanna dei dirigenti comunisti non sia un atto che punisce il tentativo di sovvertire le istituzioni, ma solo « una forma virulenta di censura preventiva della parola e della stampa » ⁽²⁰⁸⁾. Essi non sono condannati perché cospiravano per sovvertire le istituzioni, ma semmai solo perché costituiscono un partito, si riuniscono in assemblee, insegnano e propagandano l'opportunità di sovvertire le istituzioni ⁽²⁰⁹⁾.

Il *free speech* è essenziale — spiega Douglas — per la sopravvivenza di una democrazia, poiché, secondo il modello miltoniano, solo il libero confronto di idee conduce alla verità; non è un caso che esso sia garantito nel I emendamento del *Bill of Rights*: la piena e libera discussione è, secondo il giudice, il primo tra i valori in cui gli americani credono ⁽²¹⁰⁾.

Per questi motivi la libertà di espressione deve essere la regola e non l'eccezione. Nel rispetto del test del *clear and present danger*, i limiti a tale diritto, « per essere costituzionali, devono essere basati su qualcosa di più della paura », « su qualcosa di più del disgusto per il contenuto di una opinione »: « vi deve essere invece un danno immediato per la società, danno che verosimilmente si verificherà se si consente l'esercizio della libertà di espressione » ⁽²¹¹⁾.

Il caso *Dennis* rappresenta la più emblematica tra una serie di decisioni che la Corte assume nei primi anni cinquanta. Si susseguono infatti le decisioni nelle quali i supremi giudici considerano non incostituzionali i provvedimenti adottati da federazione e stati contro i comunisti: vengono così considerate legittime le esclusioni di questi dagli impieghi municipali ⁽²¹²⁾ e dall'insegnamento nelle scuole pubbliche ⁽²¹³⁾, così come la riduzione delle garanzie per i

⁽²⁰⁷⁾ 341 U.S. 580 (Black, *dissenting*).

⁽²⁰⁸⁾ 341 U.S. 579 (Black, *dissenting*).

⁽²⁰⁹⁾ 341 U.S. 582 (Douglas, *dissenting*).

⁽²¹⁰⁾ 341 U.S. 584 (Douglas, *dissenting*).

⁽²¹¹⁾ 341 U.S. 585 (Douglas, *dissenting*).

⁽²¹²⁾ *Garner v. Board of Public Works*, 342 U.S. 716 (1951).

⁽²¹³⁾ *Adler v. Board of Education of City of New York*, 342 U.S. 485 (1952). Sulla questione dei limiti posti alla libertà di espressione dei loro dipendenti dalle amministrazioni federali e statali v. *supra* par. 5 e in particolare nt. 109.

sindacati i cui rappresentanti non prestino giuramento anticomunista e antisovversivo ⁽²¹⁴⁾.

Le ragioni di questo atteggiamento della Corte suprema sono molteplici. In primo luogo occorre ricordare che era mutata la sua composizione: il Presidente Truman aveva nominato il *Chief Justice* Vinson e i giudici Burton, Clark e Minton, provenienti tutti dalla politica attiva e, per questo motivo, probabilmente, più inclini al *self restraint* rispetto alle decisioni adottate dai poteri politici per la sicurezza nazionale ⁽²¹⁵⁾.

Le decisioni della Corte tuttavia non denotano, secondo alcuni autori ⁽²¹⁶⁾, una semplice deferenza nei confronti delle istituzioni aventi una diretta legittimazione popolare; esse rappresentano qualcosa di più: la costruzione di uno status giuridico speciale e dimidiato per i comunisti, le cui libertà sono sottoposte a un più blando scrutinio di costituzionalità. La spiegazione di tale opzione ermeneutica, secondo tale dottrina, va cercata nel contesto culturale, storico e sociale e in particolare nei decenni di anticomunismo e di “paura rossa” che avevano preceduto gli anni cinquanta; la guerra fredda fu solo l’ultimo tassello, che portò anche la maggioranza dei giudici della Corte suprema a temere che « la costituzione potesse essere usata per distruggere se stessa » ⁽²¹⁷⁾.

Il caso *Dennis* non era tuttavia l’ultimo clamoroso capitolo del maccartismo: nel 1954 il Congresso avrebbe infatti approvato una legge *ad hoc* contro il CPUSA, il *Communist Party of the United States of America*.

8. *L’ultimo atto del maccartismo: il Communist Control Act.*

Le indagini congressuali, che tra la fine degli anni quaranta e l’inizio degli anni cinquanta avevano raggiunto il loro apice ed alimentato la “paura rossa”, erano destinate a stemperarsi con l’elezione di Dwight Eisenhower nel 1953. Il partito repubblicano

⁽²¹⁴⁾ *American Communication Assn. v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950).

⁽²¹⁵⁾ Sulla Corte Vinson v. G. BOGNETTI, *La libertà d’espressione*, cit., pp. 49 ss.

⁽²¹⁶⁾ W. M. WIECEK, *The Legal Foundations of Domestic Anticommunism*, cit., p. 377 ss.

⁽²¹⁷⁾ Ivi, p. 378.

infatti, ottenuta la presidenza, non aveva più alcun interesse a sostenere che vi fossero infiltrati di estrema sinistra nelle istituzioni governative. Ciò nonostante, il senatore McCarthy tentò di proseguire le attività di indagine che lo avevano reso celebre, sfruttando la sua posizione di presidente della sottocommissione di inchiesta permanente della *Government Operations Committee*. La sua ricerca di infiltrati nell'amministrazione si interruppe, però, quando accusò esponenti dell'esercito federale di favorire il comunismo: fu istituita una speciale commissione di inchiesta per indagare, questa volta, l'operato dello stesso McCarthy, accusato di aver esercitato pressioni su esponenti dell'esercito al fine di ottenere privilegi per un componente del suo staff. Alla fine del 1954 il Senato votava una censura formale nei suoi confronti, così che la sua attività di denuncia, che pur sarebbe continuata, avrebbe perso ogni forma di legittimazione ⁽²¹⁸⁾.

Il 1954 è però anche l'anno in cui viene adottato l'ultimo provvedimento legislativo indotto dalla *red scare*: il *Communist Control Act*.

Tale legge nasce sostanzialmente per rispondere alla scarsa applicazione ricevuta dall'*Internal Security Act* adottato nel 1950. Quest'ultimo, infatti, era stato reso poco efficace sia dai provvedimenti dei giudici ordinari, che annullavano frequentemente i *final order* del Consiglio di controllo delle attività sovversive, sia dagli espedienti che le organizzazioni adottavano per sottrarsi agli ordini di registrazione, come il mutamento del nome dell'organizzazione stessa ⁽²¹⁹⁾. Si tenga presente, ad esempio, che la vicenda giudiziaria della registrazione dello stesso CPUSA si concluderà dopo varie impugnazioni, in prima battuta, solo nel 1961, con la citata sentenza della Corte suprema *Communist Party of United States v. Subversive Activities Control Board* ⁽²²⁰⁾.

⁽²¹⁸⁾ E. SCHRECKER, *The Age of McCarthyism*, cit., pp. 73 ss.

⁽²¹⁹⁾ V. A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., p. 222. L'Autore ricorda ad esempio i casi delle associazioni *Washington Pension Union*, *American Peace Crusade* e *Labor Youth League* che mutarono denominazione ancor prima che si concludesse a loro carico il procedimento che li avrebbe obbligati alla registrazione.

⁽²²⁰⁾ In realtà la vicenda giudiziaria andrà avanti fino alla metà degli anni sessanta tramite l'impugnazione della sentenza che darà esecuzione a quella della Corte suprema.

Per superare tali difficoltà, il *Communist Control Act*, da un lato prevede, una terza forma di organizzazione sottoposta alla registrazione, in modo da ampliare il raggio di azione del *Subversive Activities Control Act* ⁽²²¹⁾ e, dall'altro, individua direttamente e nominalmente il *Communist Party of the United States of America* ⁽²²²⁾ come associazione sovversiva cui applicare *ipso iure* l'*Internal Security Act* ⁽²²³⁾.

In primo luogo, quindi, la disciplina del 1950 viene estesa alle c.d. *Communist-infiltrated organization*, individuabili come le organizzazioni che non siano *Communist-action organization* o *Communist-front organization* e che siano tuttavia « sostanzialmente dirette, dominate o controllate da individui che nel triennio precedente siano stati attivamente coinvolti, abbiano aiutato o supportato una *Communist-action organization*, un governo comunista straniero o il movimento mondiale comunista » ⁽²²⁴⁾. Tale elemento non è tuttavia sufficiente: perché una organizzazione sia riconducibile alla categoria in oggetto occorre anche che essa stia servendo, o abbia servito nei tre anni precedenti, da supporto a una *Communist-action organization*, a un governo comunista straniero o al movimento mondiale comunista, oppure sia stata strumento per l'indebolimento della forza militare degli Stati Uniti o della sua capacità industriale di fornire supporto logistico o comunque militare all'esercito ⁽²²⁵⁾.

La definizione è, come evidente, estremamente generica ⁽²²⁶⁾:

Questa decisione verrà annullata nuovamente in appello, appello che non verrà invece esaminato dalla Corte suprema che negherà il *writ of certiorari*, lasciando sostanzialmente il CPUSA libero di non registrarsi in base all'*Internal Security Act*: ivi, p. 221.

⁽²²¹⁾ Su questo profilo del *Communist Control Act* v. la nota *The Communist Control Act of 1954*, in « *The Yale Law Journal* », LXIV, 1955, pp. 754 ss.

⁽²²²⁾ V. sez. 4, (b): « per le finalità di questa sezione il termine "partito comunista" significa l'organizzazione oggi nota come *Communist Party of the United States of America*, il partito comunista di ogni stato o di ogni suddivisione territoriale, e ogni unità o suddivisione di ognuna di queste organizzazioni, che ci sia o meno in seguito un mutamento nella loro denominazione ».

⁽²²³⁾ V. A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., p. 225.

⁽²²⁴⁾ V. sez. 7, (a).

⁽²²⁵⁾ *Ibidem*.

⁽²²⁶⁾ La genericità non è attenuata dai criteri di cui il Consiglio di controllo delle attività sovversive deve tenere conto per determinare se una organizzazione è una *Communist-infiltrated organization*: essi sono molteplici e altrettanto vaghi (v. sez. 10).

tale genericità, di cui la dottrina del tempo non ha mancato di sottolineare la potenziale incostituzionalità ⁽²²⁷⁾, corrisponde tuttavia allo scopo del legislatore, che è appunto quello di ampliare le “maglie” del *Subversive Activities Control Act*.

Il cuore del provvedimento del 1954 è tuttavia la disciplina riservata al partito comunista statunitense, cui è riferita esplicitamente la premessa dell'atto legislativo ⁽²²⁸⁾. In essa si afferma infatti che il partito comunista americano, pur essendo apparentemente una associazione politica, costituisce « in realtà uno strumento di cospirazione per sovvertire il Governo degli Stati Uniti » ⁽²²⁹⁾. Segnali inequivocabili della non riconducibilità di tale organizzazione ad un partito sarebbero il fatto che le sue politiche e i suoi programmi sono indicati da *leader* stranieri del movimento mondiale comunista; che i suoi iscritti non hanno alcun ruolo nella determinazione di queste politiche, e che anzi essi sono reclutati per essere indottrinati e per perseguire i programmi « in modo servile » ⁽²³⁰⁾.

Ma l'elemento che più di tutti precluderebbe a tale organizzazione la qualifica di “partito politico” è che « differentemente dai partiti politici, il partito comunista non riconosce alcun limite legislativo o costituzionale alla sua condotta e a quella dei suoi membri » ⁽²³¹⁾: il Congresso, come è evidente, individua esplicitamente il partito comunista americano come una forma di opposizione anticostituzionale, poiché rifiuta i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico ed in particolare dell'ordinamento costituzionale. Dalla natura anticostituzionale di tale opposizione il legislativo federale fa poi derivare la non riconducibilità del CPUSA alla categoria del partito politico.

Il *Communist Control Act* esplicita, così, una scelta che le istituzioni avevano in quegli anni di fatto già compiuto: tra la costituzione e i suoi nemici l'America aveva deciso di difendere la costituzione.

La negazione dello status di “partito politico” è la chiave di

⁽²²⁷⁾ V. la nota *The Communist Control Act of 1954*, cit., pp. 756 ss.

⁽²²⁸⁾ V. sez. 2, *Findings of Fact*: si tratta di una premessa sui fatti che hanno reso necessaria l'adozione della legge, analoga a quella presente nell'*Internal Security Act*.

⁽²²⁹⁾ *Ibidem*.

⁽²³⁰⁾ « Slavishly »: *ibidem*.

⁽²³¹⁾ *Ibidem*.

lettura dell'intero provvedimento: nella legge non si trova infatti alcuna dichiarazione di scioglimento del partito ⁽²³²⁾ o dichiarazione di illegalità ⁽²³³⁾ dello stesso, ma ad esso vengono negati i diritti e le garanzie che spettano a tutte le altre associazioni politiche.

La sezione terza prevede infatti che il partito comunista e ogni suo successore « che miri a sovvertire il Governo degli Stati Uniti » non siano titolari di alcun diritto, privilegio, o garanzia riconosciuti a soggetti giuridici nella giurisdizione degli Stati Uniti o in quelle delle sue suddivisioni territoriali ⁽²³⁴⁾.

I diritti che, secondo la dottrina, sarebbero in questo modo negati al partito comunista sono in particolare: la capacità contrattuale, la legittimazione attiva e passiva in giudizio, nonché il diritto di presentare candidature alle elezioni ⁽²³⁵⁾.

Quest'ultimo profilo appariva inevitabilmente, anche alla dottrina del tempo, il più problematico, nonostante il sistema elettorale maggioritario di tipo *plurality*, utilizzato sia nelle elezioni federali sia in quelle statali, rendesse puramente ipotetica l'elezione di un candidato comunista ⁽²³⁶⁾.

⁽²³²⁾ V. J. CORCUERA ATIENZA, J. TAJADURA TEJADA, E. VIRGALA FORURIA, *La ilegalización de partidos políticos*, cit., p. 267.

⁽²³³⁾ Si noti che la sezione seconda si conclude dicendo che « pertanto il Partito comunista *dovrebbe* essere messo fuori legge » (*Therefore, the Communist Party should be outlawed*) e non che esso “è” fuori legge: al di là dell'interpretazione di tale locuzione si tenga presente comunque che la sezione seconda non ha valore precettivo ma ha la sola funzione di indicare le ragioni di fatto alla base del *Communist Control Act*. Sul valore non precettivo di tale sezione v. P.R. HAERLE, *Federal Anti-subversive Legislation. The Communist Control Act of 1954*, in « *Michigan Law Review* », LIII, 1955, p. 1158.

⁽²³⁴⁾ Con una locuzione che gli stessi commentatori statunitensi definirono allora « criptica » (v. la nota *The Communist Control Act of 1954*, cit., p. 717) la sezione terza prevede testualmente che: « are not entitled to any of the rights, privileges, and immunities attendant upon legal bodies created under the jurisdiction of the laws of the United States or any political subdivision thereof ».

⁽²³⁵⁾ V. P.R. HAERLE, *Federal Anti-subversive Legislation*, cit., p. 1159.

⁽²³⁶⁾ Al di là della copiosissima letteratura sui sistemi elettorali e sugli effetti del c.d. *first past the post* (v. per tutti M. DUVERGER, *I partiti politici*, Milano, Comunità, 1980), si veda in particolare G. BLIGH, *Extremism in the Electoral Arena: Challenging the Myth of American Exceptionalism*, in « *Brigham Young University Law Review* », 2008, pp. 1367 ss. Il lavoro è dedicato a tutti gli strumenti elettorali (es. formula elettorale, numero di firme necessarie a presentare una candidatura) utilizzati nel sistema statunitense per escludere dalla rappresentanza i partiti estremisti e lo stesso partito comunista.

Diverse tuttavia erano le argomentazioni che la stessa dottrina individuava a favore della legittimità di tale disposizione.

Essa, in primo luogo, non privava radicalmente dell'elettorato passivo i componenti del partito comunista, ma imponeva loro soltanto di non partecipare alle elezioni sotto il simbolo di quel partito ⁽²³⁷⁾.

A ciò si aggiungeva che la legge federale non faceva che ribadire ciò che le legislazioni della maggior parte degli stati già prevedevano ⁽²³⁸⁾: questi ultimi infatti avevano, fin dagli anni trenta, imposto giuramenti anticomunisti ai candidati, escluso dalle elezioni i componenti di organizzazioni che invocavano il sovvertimento delle istituzioni nonché, esplicitamente, escluso i candidati che si presentassero sotto le insegne del partito comunista ⁽²³⁹⁾. La stessa Corte suprema, nel caso *Gerende v. Board of Supervisors* ⁽²⁴⁰⁾ aveva sostenuto la legittimità di una legge del Maryland che imponeva ai candidati di giurare che non avrebbero mai propugnato il sovvertimento violento del Governo degli Stati Uniti o del Maryland.

A tali argomenti la dottrina affiancava anche la sussistenza di due autonomi fondamenti costituzionali per il *Communist Control Act*: da un lato l'art. I, sez. IV della costituzione che, pur prevedendo la competenza degli stati a definire le modalità di elezione di senatori e rappresentanti, prevede in capo al Congresso federale il potere « in qualsiasi momento di stabilire o modificare le norme relative » ⁽²⁴¹⁾;

⁽²³⁷⁾ V. la nota *The Communist Control Act of 1954*, cit., p. 738, dove si ricorda che nell'ottobre del 1954 la Corte suprema del New Jersey, nel caso *Salwen v. Rees* (16 N.J. 216), ha rifiutato di riesaminare la decisione di un giudice inferiore che sosteneva la legittimità di tale misura del *Communist Control Act*, specificando che al ricorrente era sufficiente partecipare alle elezioni evitando di presentarsi come candidato del Partito comunista: su tale decisione v. P.R. HAERLE, *Federal Anti-subversive Legislation*, cit., pp. 1157 ss.

⁽²³⁸⁾ V. S. JAY, *The First Amendment*, cit., p. 924. Si tenga presente che in virtù dell'art. I, sez. 4 della costituzione, in base al quale « date, luoghi e modalità delle elezioni per i senatori e per i rappresentanti saranno fissate in ogni stato dai rispettivi organi legislativi », alcune leggi statali al momento di entrata in vigore del *Communist Control Act*, ponevano (non senza suscitare dubbi di incostituzionalità) già limiti sulle candidature anche per il il Congresso federale: v. la nota *The Communist Control Act of 1954*, cit., p. 739.

⁽²³⁹⁾ Ivi, p. 739, nt. 156; G. BLIGH, *Extremism in the Electoral Arena*, cit., *passim*.

⁽²⁴⁰⁾ 341 U.S. 56 (1951).

⁽²⁴¹⁾ V. *supra* nt. 238.

dall'altro, gli *implied powers*, i poteri impliciti, in virtù dei quali il *Communist Control Act* sarebbe uno strumento « necessario e opportuno » ⁽²⁴²⁾ alla tutela della sicurezza nazionale ⁽²⁴³⁾.

Anche il principale argomento di incostituzionalità del *Communist Control Act*, ossia il fatto che esso sia un provvedimento *ad hoc* nei confronti del CPUSA, in apparente contrasto con il divieto di *bill of attainder* previsto dal primo articolo della costituzione, era superato, secondo la dottrina, dalle decisioni in materia della Corte suprema federale. Quest'ultima infatti, in riferimento ad una legge limitativa dei diritti sindacali dei comunisti, aveva specificato nel 1950 ⁽²⁴⁴⁾, che il divieto di *bill of attainder* si applicava solo ad eventuali sanzioni retroattive e non a sanzioni non ancora inflitte. Nel caso di specie, in particolare, era legittimo secondo la Corte il *National Labour Relations Act*, nella parte in cui negava le garanzie da esso previste ai sindacati i cui dirigenti rifiutassero un giuramento anticomunista: la sanzione per i sindacati, pur imposta per legge senza alcuna forma di processo, non era incostituzionale in quanto non retroattiva, poiché sarebbe stata applicata dopo l'entrata in vigore della legge stessa, permettendo così alle organizzazioni sindacali di evitare la sanzione chiedendo ai loro leader di rinunciare all'affiliazione con il Partito comunista ⁽²⁴⁵⁾.

9. *Gli Stati Uniti alla luce del maccartismo: una democrazia procedurale "militante"?*

I provvedimenti legislativi adottati tra gli anni quaranta e cinquanta nella lotta al comunismo non verranno mai dichiarati *in toto* incostituzionali dalla Corte suprema ⁽²⁴⁶⁾.

⁽²⁴²⁾ In base all'art. I, sez. VIII, clausola 18, al Congresso spetta il potere di « porre in essere tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri di cui sopra, e di tutti gli altri poteri che la presente costituzione conferisce al Governo degli Stati Uniti, o a qualsiasi Dicastero o suo ufficio interno ».

⁽²⁴³⁾ P.R. HAERLE, *Federal Anti-subversive Legislation*, cit., pp. 1160.

⁽²⁴⁴⁾ *American Communications Association v. Douds*, cit.

⁽²⁴⁵⁾ 339 U.S. 413-414.

⁽²⁴⁶⁾ La pronuncia più coraggiosa è quella di un giudice distrettuale dell'Arizona che, isolatamente, ha dichiarato esplicitamente incostituzionale la sezione terza del *Communist Control Act* che, come abbiamo visto, nega al partito comunista la generalità

Pur andando incontro ad una graduale disapplicazione a partire dagli anni sessanta ⁽²⁴⁷⁾, essi saranno infatti oggetto, di tanto in tanto, di decisioni della Corte che, in alcuni casi, adotterà sentenze di tipo interpretativo per rendere meno illiberali tali provvedimenti, e, in altri casi, adotterà decisioni di incostituzionalità, dirette tuttavia sempre a singole e limitate fattispecie.

La svolta post-maccartista nella giurisprudenza comincia a maturare con la nomina, nel 1953, del *Chief Justice* Warren, forte sostenitore « dei diritti eterni dell'uomo » ⁽²⁴⁸⁾, cui seguono le nomine dei giudici Harlan e Brennan, altrettanto sensibili al tema della tutela delle libertà civili.

Nel 1957 la Corte suprema decide così il caso *Yates v. United States* ⁽²⁴⁹⁾ che, secondo alcuni autori ⁽²⁵⁰⁾, segnerebbe appunto la fine del periodo maccartista nella giurisprudenza della Corte suprema.

Il caso concreto nasce dalla condanna, sulla base dello *Smith Act*, di quattordici dirigenti del partito comunista californiano. La

dei diritti spettanti ai partiti politici: « in mancanza di prove che queste persone, che formano il partito comunista in Arizona e negli Stati Uniti, siano colpevoli della vietata *advocacy*, le leggi sono semplicemente la soppressione di una odiata minoranza. Tutte le idee politiche non possono e non devono essere incanalate nei programmi dei nostri due maggiori partiti. La storia ha ampiamente provato la virtù dell'attività politica di minoranze e gruppi dissidenti che innumerevoli volte sono stati all'avanguardia nel pensiero democratico e i cui programmi sono stati poi accolti. La mancanza di queste voci sarebbe un sintomo di malessere nella nostra società [...]. Il diritto a partecipare al processo politico attraverso propri gruppi non può essere vietato o limitato senza il rispetto del *due process*. Le leggi impugnate, in quanto *bill of attainder*, non soddisfano tale parametro [...] »: v. *Blawis v. Bolin, Secretary of State of Arizona*, 358 F. Supp. 349 (1973), p. 357.

⁽²⁴⁷⁾ V. G.H. FOX, G. NOLTE, *Intolerant Democracies*, cit., p. 25. Si tenga presente tuttavia che solo dopo la fine della guerra fredda gran parte dell'*Internal Security Act* e, conseguentemente, delle collegate disposizioni del *Communist Control Act* sono state abrogate grazie al *Friendship Act*, approvato il 17 dicembre 1993: in tema v. D. F. VAGTS, *Repealing the Cold War*, in « The American Society of International Law », LXXXVIII, 1994, pp. 506 ss.

⁽²⁴⁸⁾ Si sofferma su questa ulteriore modifica della composizione della Corte suprema G. BOGNETTI, *La libertà d'espressione*, cit., p. 59.

⁽²⁴⁹⁾ 354 U.S. 298 (1957).

⁽²⁵⁰⁾ G. R. STONE, *The Role of the Judge in the Twenty-first Century: Civil Liberties v. National Security, in the Law's Open Areas*, in « Boston University Law Review », LXXXVI, 2006, p. 1331.

Corte decide di cassare la sentenza di appello e rinviare la decisione alla giuria, allegando indicazioni per un'interpretazione più garantista della fattispecie normativa in oggetto. A parere dei supremi giudici, infatti, l'*advocacy*, ossia il "propugnare" la necessità di sovvertire il governo degli Stati Uniti, non deve essere interpretata come la mera propaganda di un'astratta dottrina socio-politica, ma richiede invece, per la sussistenza del reato, che vi sia istigazione allo svolgimento di azioni: « non è l'astratta dottrina del sovvertimento delle istituzioni con mezzi illegittimi che è sanzionata da tale legge, ma il propugnare l'azione per la realizzazione di quella finalità » (251).

La Corte non recupera, come è evidente, la formulazione più garantista del test del *clear and present danger* (252), ma, quantomeno, stabilisce che « l'elemento chiave è se l'imputato stia istigando all'azione o semplicemente sostenendo idee » (253).

Più radicale è, ancora una volta, la posizione del giudice Black, che dissente dalla maggioranza dei giudici, sostenendo la necessità di scagionare definitivamente gli imputati poiché anche l'interpretazione proposta dalla Corte non salva dalla censura di incostituzionalità la norma in oggetto: secondo il giudice « le disposizioni di legge sulle quali si basano le condanne violano la libertà di parola, di stampa e di riunione, in contrasto con il I emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America » (254).

Di tenore analogo è la decisione *Scales v. United States* (255), adottata dalla Corte suprema nel 1961. Oggetto di giudizio stavolta è la *membership clause* dello *Smith Act*, che sanziona l'essere associato ad un'organizzazione che propugna il sovvertimento con la

(251) 354 U.S. 318.

(252) Tale formulazione verrà recuperata definitivamente a partire dal caso *Brandenburg v. Ohio* su cui vedi *infra* nt. 273.

(253) T. HENTOFF, *Speech, Harm and Self-Government*, cit., p. 1456. Si tenga presente che tale specificazione rese difficile in seguito l'applicazione del reato di *advocacy* contenuta nello *Smith Act*, poiché i leader comunisti cominciarono ad utilizzare molte precauzioni nel linguaggio affinché i loro discorsi apparissero unicamente speculazioni dottrinali: v. A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., p. 175.

(254) 354 U.S. 339.

(255) 367 U.S. 203 (1961).

violenza del governo degli Stati Uniti. Ancora una volta la Corte fornisce della clausola un'interpretazione più restrittiva, che ne diminuisce la capacità sanzionatoria: secondo i giudici, l'essere componenti di una tale associazione è una condotta che può essere punita solo quando l'affiliazione sia *purposive* ed *active*, quando cioè l'imputato condivida le finalità sediziose dell'organizzazione e sia di quest'ultima un componente operativo ⁽²⁵⁶⁾. La Corte, in sintesi, richiede « una prova chiara che l'imputato cerca di realizzare gli obiettivi dell'organizzazione » ⁽²⁵⁷⁾.

Nonostante le sentenze *Yates* e *Scales*, sarebbe tuttavia errato sostenere che la Corte suprema, sul finire degli anni cinquanta, abbia avviato un processo univoco di ridimensionamento della legislazione anticomunista: non si dimentichi al contrario che, proprio nel 1961, oltre al caso *Scales*, la Corte decide anche il caso *Communist Party of United States v. Subversive Activities Control Board* e in questa occasione, come abbiamo visto ⁽²⁵⁸⁾, posta dinanzi alla possibilità di censurare uno dei provvedimenti principali del maccartismo, quello che istituisce l'obbligo di registrazione delle organizzazioni comuniste, decide invece di sostenerne la legittimità costituzionale.

Col passare degli anni, « anche se con ritardo » ⁽²⁵⁹⁾, la Corte suprema adotta anche alcune decisioni di illegittimità costituzionale, come nei casi *Subversive Activities Control Board v. Albertson* ⁽²⁶⁰⁾, del 1965, e *United States v. Robel* ⁽²⁶¹⁾ del 1967. Nel primo caso viene dichiarato incostituzionale l'obbligo di registrazione individuale previsto dal *Subversive Activity Control Act* per violazione del V emendamento che, come abbiamo visto, garantisce il diritto a non auto-incriminarsi ⁽²⁶²⁾; nella seconda decisione è dichiarato invece

⁽²⁵⁶⁾ 367 U.S. 221-222.

⁽²⁵⁷⁾ A. I. BIGEL, *The First Amendment and National Security*, cit., p. 908.

⁽²⁵⁸⁾ V. *supra*, par. 6.

⁽²⁵⁹⁾ J. CORCUERA ATIENZA, J. TAJADURA TEJADA, E. VIRGALA FORURIA, *La ilegalización de partidos políticos*, cit., p. 266.

⁽²⁶⁰⁾ 382 U.S. 70 (1965).

⁽²⁶¹⁾ 389 U.S. 258 (1967).

⁽²⁶²⁾ Si tenga presente che a seguito di questa decisione il regime della registrazione è stato sostituito, con una modifica legislativa del 1968, da dichiarazioni costitutive pronunciate dal *Subversive Activities Control Board*: su tale modifica v. A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., p. 232, nt. 97.

contrario alla libertà di associazione garantita dal I emendamento il divieto di essere impiegati in qualunque struttura di difesa, previsto a carico dei componenti delle organizzazioni comuniste.

Negli stessi anni tuttavia, a dimostrazione della cautela che la Corte suprema ha continuato a mostrare sul tema, i supremi giudici evitano di decidere sulla costituzionalità del diniego del passaporto ai membri delle organizzazioni comuniste. Nel caso *Aptheker v. Secretary of State* ⁽²⁶³⁾, infatti, pur sottolineando che la libertà di espatriare è strettamente legata alla libertà di parola e di associazione ⁽²⁶⁴⁾, la Corte decide di cassare tale disposizione solo sulla base della sua « vaghezza » ⁽²⁶⁵⁾ e così « evita di rispondere a un quesito, e cioè se il I emendamento proibisca una legislazione che limita la mobilità degli individui che non sottoscrivono i principi politici del modello di governo previsto dalla costituzione del Paese, e che si associano con altre persone per divulgare le loro idee » ⁽²⁶⁶⁾.

Come evidente da questo *excursus*, nonché, più esplicitamente, dalla *ratio* del caso *Dennis* del 1951, la Corte suprema statunitense ha teso ad evitare un confronto diretto con il potere legislativo, lasciando quasi inalterate le scelte che questo ha compiuto in nome della sicurezza nazionale.

Queste scelte, lo abbiamo visto, sono state pressoché univoche: la premessa del *Communist Control Act* nega esplicitamente ai nemici della costituzione lo status di “associazione politica” e la *ratio* dell’intera legislazione maccartista, come ha spiegato il giudice Goldberg retrospettivamente, è stata che « il partito comunista non è un partito politico ordinario o legittimo, quali quelli noti negli Stati Uniti, e a causa di questa natura l’esservi associati è un possibile oggetto di regolamentazione legislativa » ⁽²⁶⁷⁾.

La peculiarità del caso americano, tuttavia, non deriva tanto dalla legislazione: il testo costituzionale e soprattutto la centralità che in esso ha il *free speech* avrebbero infatti permesso un ampio

⁽²⁶³⁾ 378 U.S. 500 (1964).

⁽²⁶⁴⁾ 378 U.S. 507.

⁽²⁶⁵⁾ Anche la *vagueness* è un criterio di legittimità costituzionale dei provvedimenti che limitano il *free speech*: v. *supra* nt. 43.

⁽²⁶⁶⁾ A. I. BIGEL, *The First Amendment and National Security*, cit., p. 923.

⁽²⁶⁷⁾ *Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee*, 372 U.S. 539 (1963), p. 547.

judicial review della normativa anticomunista, permettendo di ripristinare la legalità costituzionale. Ciò che è invece peculiare del sistema statunitense è il *self-restraint* che la Corte suprema, secondo la dottrina ⁽²⁶⁸⁾, ha mostrato rispetto ai provvedimenti che incidono sulla *national security*.

Il testo costituzionale statunitense ci consegna, indubbiamente, una democrazia aperta, fondata sulle virtù del *marketplace of ideas* ⁽²⁶⁹⁾ e sull'idea che il « principio fondamentale di ogni governo repubblicano consiste nel diritto del popolo di intervenire a modificare o abolire la costituzione esistente, ogni qualvolta essa sia reputata contraria al suo benessere » ⁽²⁷⁰⁾.

Ciò nonostante, la lettura del sistema alla luce del *self-restraint* giudiziario ci consegna un modello più sfaccettato che, affianco ad un'opzione costituzionale a favore di una democrazia procedurale, propone, a livello legislativo e giurisprudenziale, quantomeno in riferimento al periodo maccartista, alcuni elementi di protezione della democrazia ⁽²⁷¹⁾ che ne fanno, come è stato osservato, una democrazia « procedurale militante » ⁽²⁷²⁾.

L'esperienza statunitense, tuttavia, non ci affida solo tale modello: il test del *clear and present danger*, comparso nella giurisprudenza della Corte suprema fin dal 1919, snaturato nel caso *Dennis* e oggi giorno nuovamente applicato ⁽²⁷³⁾, fornisce anche un modello ermeneutico per un potere giudiziario maggiormente interventista.

Tale dottrina, infatti, accolta anche in altre esperienze costituzionali ⁽²⁷⁴⁾, permette forse « di percorrere la via che porta alla

⁽²⁶⁸⁾ Per una ricca ricostruzione in materia v. G. R. STONE, *The Role of the Judge in the Twenty-first Century*, cit.

⁽²⁶⁹⁾ V. *supra* nt. 39.

⁽²⁷⁰⁾ V. A. HAMILTON, *Saggio n. 78*, in *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 587.

⁽²⁷¹⁾ Riconduce alle democrazie protette l'esperienza statunitense del maccartismo anche A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit., p. 234.

⁽²⁷²⁾ G.H. FOX, G. NOLTE, *Intolerant Democracies*, cit., p. 26.

⁽²⁷³⁾ V. *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444; 1969) in cui la Corte suprema annulla la condanna di un leader del Ku Klux Klan, stabilendo che si possa essere condannati per un reato di istigazione solo quando vi sia un pericolo imminente, la forte probabilità che si cagioni una condotta contraria alla legge e vi sia l'intento di causare l'imminente atto di illegalità: v. E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., pp. 989 ss.

⁽²⁷⁴⁾ Si tenga presente che anche nell'ordinamento tedesco la cui costituzione,

società aperta », « usando quel po' di ragione che abbiamo per realizzare, nella migliore maniera possibile, entrambi questi fini: la sicurezza e la libertà » (275).

all'art. 21 c. 2, prevede esplicitamente l'incostituzionalità dei partiti che « per le loro finalità [...] si prefiggono di attentare all'ordinamento costituzionale democratico e liberale », il Tribunale costituzionale ha comunque chiarito, nella sentenza di scioglimento del partito comunista del 1956 (BVerfGE, 5, 85 ss.) che il disconoscimento dei valori fondamentali dell'ordinamento non è sufficiente a integrare la fattispecie del partito vietato, ma è necessario che all'opposizione ideologica si affianchi un comportamento « attivamente combattivo ed aggressivo nei confronti dell'ordinamento giuridico vigente »: v. S.M. MAESTRELLI, *Il partito politico*, cit., p. 130. Un analogo modello interpretativo è rinvenibile anche nella giurisprudenza italiana relativa al reato di istigazione: v. L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 225 ss.

(275) K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici - Platone totalitario*, Roma, Armando, 1977, p. 279.

I nemici della sicurezza

SEBASTIÁN MARTÍN

CRIMINALIDAD POLÍTICA Y PELIGROSIDAD SOCIAL EN LA ESPAÑA CONTEMPORANEA (1870-1970) (*)

1. La inmunización de la comunidad católico-liberal. — 2. Criminalidad política: I. El enemigo político: socialistas, reformistas e izquierdistas; II. El enemigo de la patria: separatistas y republicanos; III. El enemigo del orden público: los anarquistas; IV. El enemigo económico: sindicalistas y comunistas. — 3. Peligrosidad social: I. El enemigo parasitario: vagos y maleantes; II. El enemigo sexual: prostitutas e 'invertidos'. — 4. Saber y poder en torno al enemigo.

1. *La inmunización de la comunidad católico-liberal.*

Desde al menos los años cuarenta del siglo XIX hasta el final de la dictadura franquista, la historia del Estado español ha sido prácticamente obra del liberalismo conservador. Las dos excepciones republicanas, si atendemos a su materialización institucional, apenas suman un lustro, y el Sexenio democrático distaba con mucho de canalizar políticamente determinadas exigencias críticas. Ahora bien, este práctico monopolio del aparato estatal no se correspondía con un predominio efectivo en el mapa social, en el que circulaban, con extensión creciente, fuerzas diametralmente opuestas a las que acaparaban las instituciones. Es en esta hendidura

(*) Proyecto HICOES III, *Cultura jurisdiccional y orden constitucional en España y América*, ref. SEJ2007-66448-C02-01. Subprograma Juan de la Cierva del Ministerio de Ciencia e Innovación. En el presente artículo serán citados con frecuencia textos normativos. Vaya por delante la leyenda de abreviaturas: Cir. (circular), O. (orden), RO. (real orden), RD. (real decreto), D. (decreto), DL. (decreto-ley), L. (ley), CP48 (código penal de 1848), CP50 (código penal de 1850), CP70 (código penal de 1870), CP32 (código penal de 1932), CP44 (código penal de 1944), LOP70 (ley de orden público de 1870), LOP33 (ley de orden público de 1933), LOP59 (ley de orden público de 1959), MFTS (memoria del fiscal del Tribunal Supremo), STS (sentencia del Tribunal Supremo), CE76 (Constitución española de 1876), CE31 (Constitución española de 1931).

entre un Estado hegemónico y una sociedad fracturada donde hay que colocar el despliegue de la función punitiva en su aspecto menos garantista, cuando no ajeno por completo a cualquier garantía constitucional, pues por entonces se trataba, en efecto, de preservar el Estado y no de realizar la Constitución. Y para el mantenimiento de dicha hegemonía estatal hicieron falta no solo legislaciones especiales, jurisdicciones militares y prácticas gubernativas, sino también dos dictaduras prolongadas y una guerra civil, durante las cuales, evidentemente, la represión penal se despeñó ya por la pendiente de la enemistad y la beligerancia. Mas, por encima de ciertas discontinuidades de gran calibre, conviene retener, ahora que proliferan los estudios sobre la represión franquista, que ésta resulta ininteligible si no se enmarca en un recorrido más global, coincidente con el dominio de ese conservadurismo — interiormente plural, como todas las corrientes políticas — y con la defensa de sus postulados morales y políticos.

A este conjunto de premisas políticas y creencias morales que se intentaba inmunizar frente a toda agresión podríamos denominarlo *comunidad católico-liberal*. Con tal expresión se identifican sus componentes fundamentales: en primer lugar, el elemento comunitario designa una concepción nacionalista de las relaciones de pertenencia, incluida también la forma monárquica de Estado en que necesariamente éstas han de cristalizar; en segundo lugar, el factor católico, más que al credo cristiano, alude de nuevo a la identidad nacional, indisolublemente unida al catolicismo, así como a la relevancia estructural de la institución eclesiástica y a la intangibilidad, por su origen divino y regulación canónica, de la familia patriarcal; y en tercer lugar, el componente liberal subraya la importancia de la propiedad privada, del trabajo como factor productivo al tiempo que como canal de socialización y del intercambio mercantil resultante, todo ello distribuido conforme a las pautas de la espontaneidad y la jerarquía. Protegiendo penalmente esta comunidad católico-liberal se trataba, en efecto, de preservar la integridad de la patria española frente a los particularismos, de defender a la iglesia católica y el orden doméstico ante la descreencia y la igualación, y de blindar la propiedad privada frente a los ataques que la asediaban.

Entre los diferentes vectores englobados en esta noción existían, por supuesto, fricciones, como la inclinación nacionalista por el

proteccionismo o la vaporosa limitación del capital procedente del catolicismo social. El producto, sin embargo, gozaba de gran coherencia, en cuanto postulaba el liberalismo económico como factor de progreso y, al mismo tiempo, neutralizaba las divisiones por éste producidas apelando a la nación y la religión, factores cohesivos prácticamente identificados en el caso hispano. Además, a estas alturas, de renovado predominio y patente visibilidad del liberalismo devoto y conservador, no puede resultar paradójico asociar lo tradicional y lo liberal, mucho menos después de que Michel Foucault distinguiese, certeramente, dos formas de liberalismo: uno « revolucionario » consistente en « hacer valer en su totalidad y de una vez los derechos fundamentales », y otro utilitarista e ilustrado que, situado en la lógica gubernamental, reconoce y jerarquiza los derechos con la finalidad de permitir el desenvolvimiento espontáneo del mercado, el libre movimiento de aquello que ha de suministrar las reglas a cumplir y los límites a respetar por un poder público legítimo (1).

Las conexiones entre ambas esferas son, por otra parte, múltiples. Sociológicamente, la ortodoxia católico-liberal obedecía a la consonancia, reflejada en las instituciones, entre los sectores aristocráticos y de la alta burguesía y, por otro lado, presuponía la continuidad del orden doméstico patriarcal. Culturalmente, aunque decayese, con más apariencia que realidad, el paradigma organista (2), el ensamblaje entre el discurso tradicional y el programa liberal encontraba varios puntos de conexión: de la jerarquía estamental se pasaba a la jerarquía de los dones y talentos individuales, que en buena parte traía causa y posibilidad de la primera y que también fundamentaba el mando y la obediencia en la legitimidad, antes que en la legalidad; del orden providencial se transitaba hasta un orden espontáneo donde también resonaba el eco de la divinidad, sirviendo ambos para sustraer un supuesto estado prepolítico al voluntarismo colectivo; y del escolástico *bonum commune* se llegaba al interés general como principio legitimador y como fundamental prevención frente al individualismo exacerbado.

(1) Michel FOUCAULT, *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Madrid, 2009, pp. 34, 70 y 105.

(2) Colin BIRD, *The Myth of Liberal Individualism*, Cambridge, 1999.

La hegemonía católico-liberal — situada, repito, en el aparato estatal, mas no en la sociedad — no pudo menos que orientar la función punitiva, haciéndose presente en la legislación penal, en las resoluciones judiciales y en el tratamiento penitenciario ⁽³⁾. La defensa de la integridad nacional y de la institución monárquica encontraba su lugar en los títulos dedicados a los « delitos contra la seguridad interior del Estado » ⁽⁴⁾, « contra la Constitución » ⁽⁵⁾ o ya, desde 1906, y con explícita consagración en el código penal de 1928, contra la misma « Patria » ⁽⁶⁾. En ellos la preservación de la unidad patriótica no sólo se manifiesta castigando la rebelión, la sedición y los atentados contra la autoridad con penas de suma severidad, sino militarizando a « los sentenciados á confinamiento mayor » (art. 107.2 CP48), ondeando « la bandera nacional frente a los sublevados » en las cargas policiales y militares (art. 181 CP48 y CP50, art. 257 CP70) y, sobre todo, incriminando la misma proclamación pública de ideales contrarios a « la forma de Gobierno » o que « ultrajaren a la Nación » (arts. 169.4 CP50, 182.1 CP70 y, especialmente, 231 CP28).

También la religión — más bien la iglesia — católica estaba expresamente protegida por las leyes penales, que le reservaban un título en el código ⁽⁷⁾ o bien la defendían mediante interpretación extensiva, legislación especial y represión gubernativa, como acon-

⁽³⁾ Para lo que sigue a continuación y, en general, para el grueso del presente trabajo, vid. Alicia FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1936)*, Salamanca, 1994², pp. 233-283 y 320-336.

⁽⁴⁾ Tit. III del Lib. II de los CP48 y CP50, denominación y ubicación que retoma, demostrando nuevamente su filiación liberal-conservadora, el código franquista de 1944. Para la consulta de la legislación penal codificada, empleo Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (et al.), *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Madrid, 1987.

⁽⁵⁾ Tit. II del Lib. II del CP70.

⁽⁶⁾ Como más adelante recordaremos, de 23 de marzo de 1906 es la conocida « Ley de represión de los delitos contra la Patria y el Ejército », parcialmente incluida en el CP28, Cap. I, Tit. I del Lib. II.

⁽⁷⁾ Tit. I, Lib II de los CP48 y CP50 y Secc. III, Cap. II, Tit. II del Lib. II de los CP28 y CP44. En ellos se tipificaban como delitos, por ejemplo, el proselitismo o fomento público de « la inobservancia de los preceptos religiosos », la publicación de doctrinas « condenadas por la Autoridad eclesiástica » (art. 130 CP48 y CP50) o el « escarnio de la religión católica de palabra o por escrito » (art. 274 CP28 y 209 CP44). En todos los casos mencionados se inhabilitaba al condenado para el ejercicio de la enseñanza.

tecia durante la Restauración ⁽⁸⁾. La intervención punitiva en este ámbito no se limitaba a la defensa de la institución eclesiástica en sí, empapando toda la regulación concerniente a la institución familiar, a la mujer y, más en general, a la moral pública. La clara inspiración católica de las normas criminales se hacía especialmente patente en los llamados «delitos contra la honestidad», que tipificaban el amancebamiento, el adulterio cometido por la mujer o la violación, y establecían asimismo, para este último caso, la exención de toda responsabilidad cuando el «ofensor» contraía matrimonio con la víctima ⁽⁹⁾. Los tipos normativos que hacían referencia a las ofensas contra «el pudor ó las buenas costumbres» realizadas «con hechos de grave escándalo no comprendidos en otros artículos de este Código» (art. 456 CP70) invitaban también, desde luego, a la consolidación de los prejuicios católicos como doctrina jurisprudencial. Y, en la medida en que era factor primerísimo de socialización para la clase detentadora del poder, su importancia llegaba al campo penitenciario, ya sea en la forma de «naciones de moral» aprendidas por los vigilantes de prisiones (art. 16, RD. 27 enero 1909, «sobre oposiciones al Cuerpo de Prisiones»), o bien, y sobre todo,

⁽⁸⁾ Hubo varios intentos frustrados de reforma del título sobre «delitos relativos al ejercicio de la libertad de cultos» del CP70 para su adecuación a la confesionalidad católica y la tolerancia religiosa consagradas en la Constitución de 1876, art. 11: vid., sobre el primer proyecto de reforma, las críticas coetáneas formuladas por Enrique GARCÍA ALONSO, *Delitos religiosos*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (RGLJ, en lo sucesivo) LII (1878), pp. 447-473. Cf. asimismo Domingo TERUEL CARRALERO, *El delito de blasfemia*, «Anuario de Derecho penal» (ADP, en adelante) IV/III (1951), pp. 546-563, con celebración de la nueva inclusión de la figura en el CP44 y recuerdo tanto de la persecución gubernativa del irreligioso bajo la vigencia del CP70 como de sentencias que incluían la blasfemia en las faltas contra «los sentimientos religiosos» y «la moral y las buenas costumbres» establecidas en el art. 586 CP70.

⁽⁹⁾ Tit. X, Lib. II de los CP48 y 50, Tit. IX, Lib. II del CP70, Tit. X, Lib. II del CP28 — donde ya se incluyen, como veremos, «los delitos relativos a la prostitución» — y Tit. IX Lib. II del CP44. El CP70, art. 452.3, concedió, con una redacción bien confusa, el derecho de querrela también a la mujer contra el adulterio del marido: José VICENTE Y CARAVANTES, *De la determinación, carácter y penalidad del delito de adulterio*, «RGLJ» XLIII (1873), pp. 341-357. Aunque mantuvo los «delitos contra la honestidad» y la presunción de perdón «por el matrimonio de la ofendida con el ofensor» (art. 443), el código penal republicano de 1932, mera reforma del de 1870, suprimió el delito de adulterio y el de amancebamiento. Antes del CP44, el franquismo restableció el adulterio con la L. 11 mayo 1942.

en la enseñanza « ético-religiosa » de los reclusos como medio de readaptación social ⁽¹⁰⁾.

En lo referido a la protección penal de la propiedad privada, destacan la dureza de las penas impuestas y la adopción de medidas extraordinarias, como la eximente por legítima defensa de los propios bienes (arts. 58 CP28 y 8.4 CP44) o la consideración como « delitos militares » de « los delitos de robo a mano armada realizados contra establecimientos de comercio y banca » (RD. 13 abril 1924) ⁽¹¹⁾. Este cerco defensivo venía además reforzado, en el ámbito jurídico-penal, por la neutralización del movimiento obrero a través, por ejemplo, de la persecución de los delitos de sedición y de la disolución de las « asociaciones ilícitas ».

¿Pueden considerarse sin más estos elementos como indicios de un derecho penal del enemigo o estamos más bien ante evidencias de un modelo de derecho penal autoritario?, ¿eran normalmente tratados los culpables de delitos contra la seguridad del Estado, la patria, la religión o la propiedad como enemigos de la comunidad? Si atendemos al nivel de garantías vigente en la justicia criminal de todo este tracto histórico, y examinamos también la concepción de la responsabilidad penal, probablemente hallemos motivos para responder de modo afirmativo. A ello contribuyen la creación gubernativa de delitos y faltas (art. 3 RD. 19 marzo 1848, art. 5 CP28), la existencia de figuras indeterminadas, la derogación o suspensión por decreto de preceptos del código, la administración policial del castigo, la dimensión subjetiva de los tipos, la imposición

⁽¹⁰⁾ Y como vía para redimir penas: D. 23 noviembre 1940 « por el que se concede el beneficio de redención de pena a los condenados que logren instrucción religiosa o cultural ». Sobre la organización práctica de esta inoculación católica informaban, por ejemplo, los Maestros Oficiales de la Prisión Central de Burgos, *La educación en las Prisiones Españolas*, « Revista de Estudios Penitenciarios » (REP, en adelante) I (num. 5, agosto 1945), pp. 73-78. Para comprobar la extensión cronológica, vid., por último, los arts. 120 (« clases de enseñanza ») y 383 (« obligaciones de los capellanes ») del D. 25 enero 1968 sobre reforma del reglamento de prisiones de 1956.

⁽¹¹⁾ Delitos que habían de ventilarse por « juicio sumarísimo ». La fiscalía del Tribunal Supremo precisó que tal consideración no implicaba una atribución jurisdiccional, sino la equiparación de penas entre la ordinaria y la militar. Para las circulares y memorias de la fiscalía que emplearé, cf. la recopilación comentada de José SERRANO PEREZ, *Normas jurídicas. Compendio de la doctrina legal establecida en las Memorias y Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Madrid, 1926.

de condenas bárbaras, el trato vejatorio a los reclusos («llevarán siempre una cadena al pie [...] se emplearán en trabajos duros y penosos», art. 107 CP70) y la comprensión predominante del delito como alteración o quebranto de un orden natural restablecido por la pena (12). A todo lo cual se suman no sólo dos dictaduras, bajo las que no existía ni justicia independiente ni reconocimiento efectivo de las garantías más allá de la mera predeterminación legal o reglamentaria de los delitos, sino también el crónico recurso a los estados de excepción, regulados por las sucesivas leyes de orden público, y en los que dichas garantías eran suspendidas y la jurisdicción militar podía entrar en escena (13).

Con estas evidencias bastaría para descalificar globalmente este modelo punitivo como opuesto frontalmente a los derechos ciudadanos. Sin embargo, aunque irrespetuoso con las libertades de un modo que seguidamente veremos, acaso no sea del todo exacto atribuirle en bloque la condición de derecho penal de guerra. Puede que sus previsiones comunes, y su aplicación rutinaria, aun reflejando las pulsiones del sector social dominante, estuviesen generalmente inspirados, o al menos estructuralmente mediatizados, por el discurso y los procedimientos propios de un régimen no ajeno del todo a las garantías. Habría entonces que detectar la línea divisoria

(12) Sobre algunos de estos puntos trato extensamente en *Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad* (1874-1944), «Quaderni Fiorentini» 36 (2007), pp. 503-609. Vid. asimismo la primera parte de la obra de Agustín RUIZ ROBLEDÓ, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, 2004.

(13) Me refiero a las leyes de 23 abril 1870 y de 28 julio 1933. Vid., como bibliografía, el excelente y exhaustivo estudio de Manuel BALLBE, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1983, y las dos monografías fundamentales de Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA, *La razón de la fuerza. Orden público, subversión y violencia política en la España de la Restauración (1875-1917)*, Madrid, 1998 y *El máuser y el sufragio. Orden público, subversión y violencia política en la crisis de la Restauración (1917-1931)*, Madrid, 1999. En calidad de fuente, cabe consultar la esclarecedora disección llevada a cabo por el principal comentarista de la legislación criminal en el momento de su codificación, José VICENTE Y CARAVANTES, *Jurisdicción competente para conocer de los delitos de rebelión y sedición*, en «RGLJ» LII (1878), pp. 518-531, a quien Jesús VALLEJO dedica estudio en *Justicia en casos. Garantía, código y prueba en el procedimiento penal decimonónico*, en Marta LORENTE (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, Madrid, 2006, pp. 325-360, texto que sirve asimismo para apreciar la escasa relevancia de las garantías penales bajo el «período moderado».

a partir de la cual la intervención punitiva dejaba atrás toda consideración por los derechos, aquella zona exterior donde el Estado libraba un combate con sus enemigos con el objetivo preponderante de la eficacia político-criminal. Y para guiar nuestra búsqueda bien puede servirnos la famosa doctrina contemporánea del *Feindstrafrecht*, que precisamente propone a la penalística como labor prioritaria el deslinde de la *Bekämpfungsgesetzgebung* y del *Bürgerstrafrecht*.

Aunque no llegue a inventar nada, Günther Jakobs, a quien evidentemente nos referimos ⁽¹⁴⁾, codifica en términos teóricos una vieja y permanentemente posible deriva de la función penal de toda sociedad. Como he sugerido, de su caracterización del derecho penal del enemigo pueden extraerse herramientas útiles también para nuestra prospección historiográfica, tanto en lo que se refiere a su conceptualización general como a su localización normativa específica. En este sentido, a juicio de Jakobs, la enemistad, más que calificar un orden punitivo en su conjunto, conformaría uno de sus polos, una tendencia parcial dentro de un mismo « contexto jurídico-penal ». Este aspecto se distinguiría por la consideración del autor como enemigo y la consiguiente pérdida de su « estatus de ciudadano »; una consideración apoyada en dos notas: la peligrosidad del sujeto, entendida como la defraudación de la expectativa general de que se comporte conforme al derecho vigente, y su ataque frontal a la « legitimidad del ordenamiento jurídico », su oposición a las « significaciones identitarias básicas » de la comunidad, con el consiguiente riesgo para su misma subsistencia ⁽¹⁵⁾ y la consecuente necesidad de tomar medidas protectoras de carácter excepcional. Y, entre dichas estrategias represivas adoptadas por el Estado para

⁽¹⁴⁾ Cf., para lo que sigue, los siguientes textos de Günther JAKOBS, *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, en Id. *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, (trad. Enrique Peñaranda Ramos, et al.), pp. 293-324; *Comentario*, en Albin ESER (et. al.), *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (1999), Valencia, 2004, pp. 53-64; *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo* (2003), en Günther JAKOBS, Manuel CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006, pp. 21-56. Como bibliografía, baste por ahora citar la completa recopilación de estudios al cuidado de Manuel CANCIO MELIA y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, 2006, 2 vols.

⁽¹⁵⁾ Xacobe BASTIDA FREIXEDO, *Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo*, en CANCIO MELIA, GÓMEZ-JARA (eds.), *Derecho penal del enemigo I*, cit. (n. 14), pp. 277-304, pp. 286 y 294.

defenderse de esta clase de sujetos — « para amenazar a sus enemigos » — destacarían el « adelantamiento de la punibilidad » a « los actos preparatorios », castigados con igual pena que los hechos consumados, la « tendencia a la subjetivación », la « supresión de las garantías procesales » y el endurecimiento del régimen penitenciario ⁽¹⁶⁾, a las que cabría añadir, si nos colocamos en el terreno de la historia, otras medidas más rotundas como la adopción de leyes de emergencia, el incremento y severidad de las penas y la habilitación de jurisdicciones especiales.

Protección de la comunidad en su conjunto, peligrosidad del autor para la misma subsistencia colectiva, expropiación de sus derechos ciudadanos y medidas excepcionales amparadas en un supuesto « estado de necesidad » componen entonces las coordenadas en que situar nuestro excurso historiográfico. En él abordaremos técnicas de defensa penal utilizadas tanto contra quienes activamente, de modo organizado y con un programa político propio, atacaban la *comunidad católico-liberal*, como ante quienes negaban con sus actuaciones, o con su mera presencia, algunos de sus valores fundamentales. Esta doble vía de lucha contra los enemigos de la ortodoxia ordena la economía de la presente exposición, que se despliega, por un lado, en el análisis de la regulación de la *criminalidad política*, y por otro, en el examen del régimen jurídico de la *peligrosidad social*, incluyéndose en el primer caso a separatistas, anarquistas, comunistas y demás izquierdistas, y en el segundo a los por entonces llamados vagos y maleantes, y a las prostitutas y los homosexuales.

Todos los aspectos mencionados van a ser abordados con una doble prevención: se está tratando en ellos la anécdota española de unos asuntos de radio occidental y se hace adoptando deliberadamente la perspectiva del derecho, esto es, de la minoría que detenta el poder estatal y lo instrumentaliza para combatir con la violencia a sus oponentes o para anular a los disfuncionales ⁽¹⁷⁾. Por afán de

⁽¹⁶⁾ Recuerda este último punto Luis GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo*, en CANCIO MELIA, GÓMEZ-JARA (eds.), *Derecho penal del enemigo* I, cit. (n. 14), pp. 1051-1080, p. 1059.

⁽¹⁷⁾ Cf., para el primero de los casos, Eduardo GONZALEZ CALLEJA, *La violencia en la política: perspectivas teóricas sobre el uso deliberado de la fuerza en los conflictos de poder*, Madrid, 2008, pp. 261 ss.

síntesis, y en ciertos casos por falta de propia autonomía que exija en nuestro caso estudio independiente, han de quedarse atrás otros sujetos, también desposeídos de sus derechos por ser considerados con frecuencia enemigos del bien común. Me refiero, en primer término, a los bandoleros, *enemigo atávico* vinculado al « régimen latifundista », perseguido con medios extrajudiciales, frecuentemente abatido so pretexto de « tentativa de fuga », objeto de leyes especiales que conminaban los delitos de secuestro con « pena de cadena perpétua á muerte » impuesta por un « Consejo de guerra » establecido al efecto y responsables de un tipo de criminalidad transformada, o asimilada, ya en el siglo XX, a la « lucha social »⁽¹⁸⁾, hasta tal punto que la guardia civil continuaba llamando « bandoleros » a los integrantes del maquis, resistencia antifranquista que operaba principalmente en el espacio rural⁽¹⁹⁾. En segundo lugar, los masones, *enemigo secreto* que con sus lealtades extraestatales y sus influencias racionalistas minaba desde dentro la unidad patriótica y confesional. En tercer lugar, han también de mencionarse los gitanos, *enemigo racial* al que se sustraían gubernativamente derechos reconocidos por la Constitución como la presunción de inocencia o la propiedad privada⁽²⁰⁾. En cuarto, no debe olvidarse el caso del rey Alfonso XIII, considerado tras la proclamación de la II República « enemigo público » excluido de la « ley común que

(18) Para lo indicado, vid., principalmente, la obra consagrada de Constancio BERNALDO DE QUIROS y Luis ARDILA, *El bandolerismo. Criminología del campo andaluz*, Madrid, 1931, pp. 64, 131-135 y 233-234, donde se proponía solución civil: « la Reforma agraria ». Las normas referidas son los arts. 2 y 3 de la ley 8 enero 1877 « dictando disposiciones para perseguir y castigar el bandolerismo ». Como bibliografía puede consultarse Emilio SOLER PASCUAL, *Bandoleros. Mito y realidad en el romanticismo español*, Barcelona, 2006, especialmente pp. 281 ss.

(19) Así se deduce de algunos expedientes de la Dirección General de la Guardia Civil conservados en el Archivo General de la Administración (AGA, en adelante). Cf., por ejemplo, la ficha de Guillermo Archilla Rodríguez de 1946, en caja 44/12420. La denominación, de cualquier modo, se ajustaba a la terminología legal, que reflejaba con transparencia la genealogía del legislador: vid. DL. 18 abril 1947 « para la represión de los delitos de bandidaje y terrorismo ».

(20) Bartolomé CLAVERO, *Legislación universal para pueblos modernos (1868-1914): un programa de textos para una comunidad de naciones*, en Víctor TAU (ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, 1997, pp. 31-55, p. 52.

protege a los ciudadanos » (21). En quinto, cabe citar también a la mujer en cuanto tal, enemigo potencial contra el que se sofisticaban los medios represivos y disciplinarios con la finalidad de reconducirla a su supuesta función natural doméstica y reproductora (22). Y en último lugar, puede también aludirse a cierto *enemigo insólito*: los alteradores arbitrarios de los precios, delincuentes ordinarios que durante la guerra civil pasaron a ser considerados « enemigos de España y del Movimiento Nacional » (23).

2. *Criminalidad política.*

Nuestro relato comienza en la década de los setenta del siglo XIX. De entonces datan no sólo la ley de enjuiciamiento criminal y el mismo código penal, sino también una nítida inflexión en la delincuencia política. Hasta ese momento, las regulaciones punitivas de 1848 y 1850 se habían cuidado de mencionar expresamente en sus figuras a las « autoridades civiles » y a los « eclesiásticos » que fuesen autores del delito de rebelión o de sedición (arts. 169.1 y 175.1 CP50). Se trataba ante todo de proteger la construcción del Estado liberal frente a los beligerantes sectores nostálgicos del Antiguo Régimen. Las menciones continuaron en el código de 1870, pero sin desempeñar ya cometido tan fundamental. Los ataques a la joven organización estatal comenzaron a provenir de grupos conectados al mundo del trabajo y, en general, vinculados a la problemática de la cuestión social.

Es la represión de este tipo de delincuencia la que habrá de interesarnos, porque en ella se emplearán unos dispositivos de lucha

(21) Eran expresiones de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Derecho penal vigente en la República española*, en *Revista de Derecho público* I (1932), pp. 39-48, reflejo de una fundada convicción que alcanza a nuestro presente en forma de historiografía: Pedro L. ANGOSTO, *Alfonso XIII: un rey contra el pueblo*, Sevilla, 2005. Con esta enemistad nos colocaríamos de todos modos en la inmunización de la sociedad constitucional, racional y republicana, asunto que no es el de estas páginas.

(22) Según veremos al tratar de las prostitutas, hubo incluso creación de establecimientos penitenciarios orientados a la evangelización y « regeneración de las mujeres caídas » (D. 6 noviembre 1941).

(23) Así lo expresaban, reiteradamente, las disposiciones aprobadas en el bando sublevado, por ejemplo, O. 18 noviembre 1936, O. 19 diciembre 1936, Cir. 4 mayo 1938.

que nos permiten identificar la lógica penal de la exclusión. Como se ha sugerido, estaba en juego la constitución y protección de la comunidad católico-liberal. Los oponentes de todo este proceso constitutivo fueron varios, sus reivindicaciones múltiples y diversas sus estrategias de confrontación. Si bien su respectiva identidad política estaba claramente diferenciada en el terreno teórico, en el plano de la acción sus objetivos eran con frecuencia homogéneos y sus actuaciones similares y compartidas, como compartido era el enemigo a abatir. Por otra parte, los medios de represión destinados a neutralizar estos movimientos contestatarios no siempre los distinguían con exactitud, ni falta que hacía, porque la coherencia de los mandatos penales respondía a una identificación meridiana de las instituciones a proteger. Por todo esto, el intento de clasificación aquí operado no puede ser sino parcial, aunque sí tenga presente un elemento a mi juicio eficazmente distintivo: el uso de la violencia, pues mientras unos grupos no aceptaban de modo regular su empleo, o lo consideraban como última salida, otros, en cambio, lo estimaban un expediente indispensable para lograr sus fines revolucionarios. Será este criterio el que nos sirva para clasificar en una suerte de espectro a los enemigos penales y nos permita así dar cuenta cabal y sistemática de la armadura con que fue inmunizada la comunidad católico-liberal.

Principiaremos con su válvula de cierre: la represión de los sujetos no distinguidos por el uso de la violencia, principalmente los socialdemócratas, reformistas o simplemente izquierdistas. Contra lo que suele superficialmente sostenerse, la expulsión violenta de la ciudadanía no afectó en exclusiva a sectores radicales como el anarquismo, el sindicalismo o el comunismo. Consentido cierto margen de actuación, también la burguesía progresista fue perseguida en las esferas en que maniobraba, principalmente la opinión pública, y terminó siendo objeto de una represión enfurecida durante la guerra civil y después de ella. Un estatuto similar, parcialmente integrados en la ciudadanía y en las instituciones, aunque excluidos en sus manifestaciones más rotundas, tuvieron los republicanos y los nacionalistas, cuyas acciones se desenvolvían igualmente en el ámbito de la prensa y la asociación ⁽²⁴⁾, aunque

(24) Sobre el papel pacífico de ambos grupos durante la Restauración véase

recurrieron en mayor grado a la violencia, ya fuese durante la primera década de la Restauración, mediante rebeliones impulsadas por oficiales fieles a la I República, o bien una vez comenzado el siglo, con la creciente radicalización del catalanismo ⁽²⁵⁾. Las medidas penales y gubernativas adoptadas para controlar ambos sectores tenían asimismo como destinatarios a los movimientos revolucionarios, contra los que además se activaron estrategias especiales de ataque y derribo. De ellas nos ocuparemos a continuación, dando comienzo con el análisis de la represión del anarquismo, para concluir abordando la guerra abierta contra el sindicalismo primero y el comunismo después. De cualquier manera, e independientemente del uso respectivo de la violencia, en todos los casos se manifestaba por igual una persecución, no de terroristas que pudieran mediante la participación política intervenir activamente en la creación de sus condiciones de existencia, sino de colectivos políticos social, económica y políticamente excluidos o postergados que flacos recursos tenían para ver implantadas sus reivindicaciones más allá de la violencia. Incluidos, en efecto, los reformistas de izquierda y los republicanos, según vino desafortunadamente a demostrar el fracaso de la democrática, burguesa e ilustrada II República.

I. *El enemigo político: socialistas, reformistas e izquierdistas.*

El delito político en general constituía en el arranque de nuestro período una contradicción difícilmente resoluble. Colocaba a sus detractores oficiales ante la tesitura de condenar el empleo de unos medios que la memoria de todos aún ponía en manos de sus predecesores inmediatos. La superación de la aporía implicaba sustraer a los autores de tal delito cualquier atisbo de legitimidad: ni actuaban por la noble fe en un ideal de justicia, ni se sublevaban frente a un gobierno tiránico, como ellos hicieron frente al absolu-

Manuel SUAREZ CORTINA, *El reformismo en España. Republicanos y reformistas bajo la Monarquía de Alfonso XIII*, Madrid, 1986.

⁽²⁵⁾ Vid. GONZALEZ CALLEJA, *La razón de la fuerza* cit. (n. 13), «La monarquía restaurada frente a sus enemigos tradicionales: las insurrecciones republicanas», pp. 75 ss.; «En el avispero catalán (1904-1909)», pp. 347 ss.; GONZALEZ CALLEJA, *El máuser y el sufragio* cit. (n. 13), «Los años del pistolero en Barcelona», pp. 105 ss.

tismo. Bajo el manto retórico de sus proclamas, lo que subyacía era un « carácter díscolo y descontentadizo, de aviesa y revoltosa condición », un « interés bastardo y corrupto » mal avenido con el interés general y expresado no tanto en delitos políticos como en aquellos otros de « desórdenes públicos » (26). Poco importaba, al parecer, que a esta desposesión ideológica no siguiese una degradación penal efectiva, traducida en un trato idéntico al dispensado a los delincuentes comunes.

El trascurso del tiempo fue disipando la necesidad de este tipo de autojustificaciones. La represión empezó a basarse, ya en exclusiva y sin contemplaciones, en la presunta inmutabilidad de las instituciones protegidas. Los mecanismos inmunitarios diseñados por la política criminal católico-liberal para su defensa trazaban un círculo en cuya periferia podemos encontrar las medidas encaminadas a controlar, y en su caso neutralizar, las actividades desplegadas en la esfera intelectual de la opinión pública, a la cual, como se ha indicado, recurrían muy principalmente aquellos sujetos que abogaban por una reforma socioeconómica radical. Su paralización política, como veremos, atravesó diversas fases, hasta alcanzar su punto culminante y final, el propio de la enemistad, en la guerra civil y en los años posteriores. Y los expedientes desplegados para lograrla trataban, entre otros objetivos, de contener la difusión de ciertas doctrinas mediante la regulación de la prensa, la represión de la apología o el control del ejercicio de las libertades de reunión y asociación.

La Constitución de 1876 reconocía, en su art. 13.1, la libertad de prensa « sin censura previa » (27); cuatro artículos después, en el 17, contemplaba la posibilidad de suspenderla « temporalmente », junto a otros derechos, si así lo exigiese « la seguridad del Estado ». En principio, el marco legal castigaba a los « autores, editores e impresores » de « publicaciones clandestinas » — es decir, las carentes de

(26) Eran juicios del presidente del Tribunal Supremo, Cirilo Álvarez, en su discurso de apertura del año judicial titulado *Del determinismo y de los delitos políticos*, publicado en la « RGLJ » XLV (1874), pp. 147-158, pp. 152-153.

(27) Sobre lo indicado a continuación, vid. Demetrio CASTRO ALFÍN, *Los males de la imprenta: política y libertad de prensa en una sociedad dual*, Madrid, 1998 y Juan Ignacio MARCELLO BENEDICTO, *La libertad de imprenta y su marco legal en la España liberal*, en *Ayer* 34 (1999), pp. 65-91, pp. 85-88.

« pié de imprenta » — y a los directores y editores de periódicos que no hubiesen comunicado a la « Autoridad local el nombre del director » (art. 203, CP70; MFTS, 1905). Implantada la Restauración, pronto se sintió la necesidad de estrechar la regulación gubernativa de la imprenta. Ya en 1875, se estableció por decreto la « necesidad de autorización previa para publicar periódicos », obligación confirmada, una vez vigente la Constitución, por una ley posterior, de 1879, que emulaba las « muy restrictivas » disposiciones que se estaban adoptando en Alemania « contra la prensa democrático-socialista » (28). Dicha norma, entre otras cosas, sólo permitía fundar periódicos a notables contribuyentes, establecía una suerte de censura previa, al imponer la presentación anticipada de ejemplares ante « la Fiscalía de imprenta », diseñaba una jurisdicción especial y creaba todo un elenco de delitos imprecisos como la ridiculización de la religión estatal, la desfiguración maliciosa de « lo discursos de Senadores y Diputados » y hasta la proclamación de « máximas contrarias al sistema monárquico constitucional » o la simple exposición de « doctrinas contrarias á la organización de la familia y la propiedad » (art. 16, L. 7 enero 1879).

Con la entrada en el gobierno de los liberales progresistas, y ante la notoria estrechez de tales previsiones, pronto comenzó a proyectarse otro régimen que ponía bajo control gubernativo la impresión de « folletos, hojas sueltas, carteles » y periódicos. No faltaron críticas certeras a la normativa que se estaba preparando: resultaba improcedente realizarla mediante una norma especial, hurtaba al ministerio fiscal el control de las publicaciones, cediéndoselo, con el depósito obligatorio de originales, al gobierno civil, y, por si no bastase, con el requisito para publicar y editar del pleno goce de los « derechos civiles y políticos », se excluía de la libertad de prensa a buena parte de la población, comenzando por la mujer. De poco sirvieron estas objeciones. Un año después, en julio de 1883, se aprobaba, en unos términos prácticamente idénticos a los proyectados, la ley de « policía de imprenta », que habría de estar vigente durante más de medio siglo.

(28) Francisco de Asís PACHECO, *La legislación sobre la prensa. El proyecto de ley de policía de imprenta*, en « RGLJ » LXII (1883), pp. 178-213, pp. 193-4, a quien pertenecen las críticas posteriormente consignadas (pp. 182 y 188-9).

A esto se añadía la permanente oscilación entre los estados de normalidad y los de excepción, regulados por una ley, la de orden público de 1870, que estuvo funcionando de modo intermitente y fragmentario desde el mismo período constituyente — con un estado de guerra que se extendió de 1874 a 1877 — hasta la implantación del directorio militar ⁽²⁹⁾. En esta norma, para el « estado de prevención o alarma », se preveía la suspensión de la libertad de publicar cuando la autoridad civil estimase que los contenidos difundidos « preparan, excitan o auxilian » la comisión de delitos de carácter político-social, lo que evidentemente comprendía el ejercicio de la censura previa, según reconocían circulares del Ministerio de Gobernación (O. 18 mayo 1919). Tal prerrogativa quedaba además trasferida al ejército en los casos de « estado de guerra », los cuales, por cierto, podían ser declarados unilateralmente, aun de modo provisional hasta su aprobación gubernamental, por las autoridades militares.

Con la dictadura de Primo de Rivera, junto a la persistencia de este régimen jurídico, el uso extrajurídico de la fuerza y el empleo de la censura ⁽³⁰⁾, se introdujeron en este punto novedades de calado, que hicieron incluso augurar que « la libertad de imprenta fenecer[ía] de muerte alevosa » ⁽³¹⁾. Me refiero a la previsión en el código de drásticas « medidas de seguridad » dirigidas específicamente al control de las publicaciones periódicas y consistentes en la disolución, supresión o suspensión tanto de la editora como de la publicación en sí, incluida la prohibición temporal de fundar nuevas empresas de periódicos (arts. 126-128, CP28). A lo que cabría además agregar, por su comisión mediante algún medio de publicidad, la primera tipificación en el cuerpo codificado del delito de apología ⁽³²⁾, con tan amplio espectro que comprendía todos « los

⁽²⁹⁾ Cf. BALLBE, *Orden público* cit. (n. 13), pp. 247-272, quien deja patente la uniformidad de criterio, en lo concerniente a orden público y suspensión de garantías, entre liberales conservadores y progresistas, y GONZALEZ CALLEJA, *La razón de la fuerza* cit. (n. 13), pp. 54-73.

⁽³⁰⁾ Censura que la RO. 24 mayo 1924 ponía en manos de las « Autoridades militares », al menos en lo referido a « Prensa periódica ».

⁽³¹⁾ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Al servicio del Derecho penal. Diatriba del código gubernativo*, Madrid, 1930, p. 90.

⁽³²⁾ Con anterioridad, existían la figura de provocación al delito realizada « por

delitos penados en el Código y en las leyes especiales » (art. 315, CP28).

Durante la República, pese a la amplia y rotunda proclamación de la libertad de prensa por la Constitución de 1931, pronto llegaron las excepciones, primero con la aplicación de la ley de defensa de la República ⁽³³⁾, y después, durante el período conservador y amparadas en el art. 42 sobre suspensión de garantías, con la aplicación de la ley de orden público de 1933. Pero si en un caso se trataba de reprimir una oposición política anticonstitucional, en el otro estamos todavía ante la defensa con medios excepcionales del *ordo* católico-liberal. Como esta norma de orden público, en lo concerniente a los derechos, fue la verdadera constitución desde la victoria de las derechas en noviembre de 1933 ⁽³⁴⁾, la libertad de prensa quedó seriamente mermada, ya sea por la preceptiva autorización gubernativa para publicar impresos de contenido político-social en los estados de prevención (art. 28.3, LOP33), por la admisión de la « censura previa » durante los estados de alarma (art. 39) o bien por colocarla en los de guerra bajo la ilimitada discrecionalidad de la autoridad militar (art. 58).

Con el inicio de la contienda, en la zona rebelde, se estableció la « previa censura », y quedó bajo jurisdicción militar cualquier delito cometido « por medio de la imprenta » (O. 28 julio 1936), y ya bajo el franquismo, huelga afirmar que no existía libertad de prensa que regular ni que someter a cortapisas nominalmente excepcionales. Así lo confirmaba la primera ley que sobre la materia sancionó el nuevo Estado (L. 22 abril 1938), en la que, extirpado ya todo rastro de la « Prensa sectaria y antinacional », se instituía la subsistente como función orgánica « encargada de transmitir al Estado las voces de la

medio de la imprenta, el grabado ú otro medio mecánico de publicación » (art. 582, CP70), la falta de apología « de acciones calificadas por la ley de delito, ú ofendieren á la moral, á las buenas costumbres o á la decencia publica » (art. 584.4) y la apología contemplada en diversas leyes especiales que seguidamente veremos.

⁽³³⁾ « Art. 1.3. Son actos de agresión a la República [...] la difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito o perturbar la paz o el orden público », L. 21 octubre 1931.

⁽³⁴⁾ Desde el D. 10 diciembre 1933, un mes después de las elecciones, se concatenó, prácticamente sin solución de continuidad, una serie de decretos suspensivos de garantías que llegó hasta 1936.

Nación y comunicar a ésta las órdenes [...] de su Gobierno ». Poco alteró la sustancia del planteamiento el posterior estatuto de la prensa (L. 18 marzo 1966), vista la limitada extensión que confería a una ilusoria libertad de expresión que debía en todo momento respetar « la verdad y la moral » y acatar unos « Principios del Movimiento Nacional » que el legislador franquista acababa de revalidar como « permanentes e inalterables » (L. 17 mayo 1958). El control mediante la intervención penal de la opinión pública continuaba con la represión de la apología (art. 268, CP44), limitada ahora a los delitos políticos pero comprendiendo todos los « medios de divulgación sin excepción »⁽³⁵⁾. Seguía igualmente con el castigo de « los autores, directores, editores o impresores de impresos clandestinos » (art. 165, CP44) y de quienes « realizaren propaganda contra los Principios del Movimiento »⁽³⁶⁾, sujetos que en más de una ocasión fueron colocados bajo la jurisdicción militar, y no precisamente en la primera posguerra (D. 21 septiembre 1960 y D. 16 agosto 1968). Pero ya, como veremos, los destinatarios de estas amenazas estatales habían dejado de ser las agrupaciones reformistas.

Otro ámbito constantemente intervenido con el fin de neutralizar a los enemigos políticos fueron las libertades de reunión y asociación. La estructura y aplicación de las estrategias de control eran semejantes a las ya apreciadas en relación con la libertad de imprenta. Dejando aparte su implacable limitación en la España isabelina y durante el período constituyente de la Restauración⁽³⁷⁾ — lo que da buena cuenta del grado de legitimidad originaria del régimen canovista —, desde 1876 a 1936, estos derechos oscilaban entre su proclamación constitucional y su limitación legal, desplegándose esta última o bien en preceptos contenidos en el código criminal o bien mediante leyes especiales de enmarque gubernativo. A esta situación de normalidad, ya de por sí limitadora de derechos, se le adjuntaban los estados de excepción — prevención, alarma y

⁽³⁵⁾ Incluidos, por ejemplo, « el canto, el dibujo, la pintura », en opinión de Diego MOSQUETE, *El delito de apología*, en « REP » II (num. 10, enero 1946), pp. 14-19.

⁽³⁶⁾ Según dictaba el art. 164 bis a), introducido por la L. 8 abril 1967 de reforma del código.

⁽³⁷⁾ FIESTAS, *Los delitos políticos* cit. (n. 3), pp. 234-235 y 260.

guerra — regulados por las leyes de orden público, resultando un cuadro bien precario aplastado por completo tras el comienzo de la guerra civil.

Junto al reconocimiento constitucional (arts. 13.2 y 3, CE76), y la previsión de posibles suspensiones (art. 17), la Restauración se atenía a una laxa regulación penal, que declaraba ilícita toda asociación « contraria á la moral pública » (art. 198.1, CP70), y sometía el asociacionismo a un riguroso control policial con la ley de asociaciones (L. 30 junio 1887). Entre otras medidas fiscalizadoras, en ella se contemplaba (art. 12.1) la penetración de la « Autoridad gubernativa », « en cualquier tiempo » y sin permiso judicial, en el domicilio asociativo con el fin de suspender reuniones que se estimasen convocadas para delinquir. También la libertad de reunión quedaba disminuida por el obligatorio conocimiento previo de la convocatoria y la potestativa supervisión *in situ* por el gobernador o sus mandatarios (arts. 1, 4 y 5.1, L. 8 junio 1880 ⁽³⁸⁾), presencia que fomentó entre « los Delegados de la Autoridad » la « práctica viciosa », contraria al tenor legal, de « intervenir de una manera, más o menos ostensible, en la dirección de las discusiones », según reconocía el mismo Ministro de Gobernación en una circular de octubre de 1888. Por otra parte, a sabiendas de la insuficiencia de esta legislación especial para controlar eficazmente el ejercicio del derecho de reunión, la fiscalía del Tribunal Supremo, en otra circular de 28 de noviembre de 1912, recomendaba invocar, por su « generalidad » y « amplitud de términos », el delito de provocación al delito (art. 582, CP70) o la falta de apología de acciones delictivas, inmorales o indecentes (art. 584.4, CP70) cuando se tratase de sancionar las ideas disolventes manifestadas en reuniones públicas.

El reverso excepcional de este estrecho cuadro consentía, en los estados de prevención y alarma, la disolución forzosa de los « grupos » que se formaren (art. 5, LOP70) y la imposición gubernativa de la pena de destierro hasta el restablecimiento de las garantías constitucionales (art. 9). Se cerraba así un círculo inmunitario igualmente en vigor durante el directorio de Primo y, por lo que se

⁽³⁸⁾ Vale la pena indicar que la disposición precedente, la L. 22 junio 1864, obra también del liberalismo conservador, permitía en su art. 1º disolver una reunión celebrada sin permiso de la autoridad como si de una rebelión o sedición se tratase.

refiere a las leyes especiales, en pie bajo el franquismo, al menos hasta 1964 ⁽³⁹⁾. En la República, la situación se precisó y endureció con la nueva regulación del orden público. En ella se cedían a la autoridad civil, bajo el estado de prevención, amplias facultades discrecionales para controlar las reuniones públicas y fiscalizar las asociaciones (arts. 28.4 y 28.8, LOP33), y, ya en caso de estado de alarma — en el que, junto al de guerra, estuvo sumida España, como se ha indicado, desde diciembre de 1933 hasta el comienzo de la conflagración —, tal cesión se transformaba en un permiso para suspender discrecionalmente el ejercicio de los derechos de reunión, manifestación y asociación (arts. 45 y 46).

Con el enfrentamiento civil, se eliminaron por completo en territorio sublevado los cauces para la acción colectiva de los sectores reformistas (y de todos los colectivos de izquierda en general). De haber tenido hasta el momento un complicado y angosto encaje en el Estado, pasaban ahora, por una suerte de catarsis explosiva del poder, a ser los enemigos de España. Además de la calificación de reos de rebelión militar atribuida por los rebeldes a los que celebrasen « cualquier reunión sin permiso previo de la Autoridad » (art. 6 c), O. 28 julio 1936), pocos meses después de la insurrección fueron expulsadas de « la Ley las agrupaciones de actividades ilícitas que siempre estuvieron al margen de ella » (D. 13 septiembre 1936), pues las leyes republicanas, ajenas al *nomos* católico-liberal, carecían, ya se ve, de toda validez. Tales agrupaciones no eran sino las integrantes del Frente Popular (art. 1), entre otras Izquierda Republicana o el Partido Socialista, cuyos bienes y recursos fueron incautados por comisiones establecidas al efecto (DL. 10 enero 1937). Semejante proscripción fue confirmada por la *ley de responsabilidades políticas* de 9 de febrero de 1939 (arts. 2 y 3), se reforzó por obra de la *ley de seguridad del Estado* de 29 de marzo de 1942, cuyo art. 35 castigaba los intentos de refundación de dichas

⁽³⁹⁾ Si bien el D. 25 enero 1941 introdujo algunas modificaciones en el régimen asociativo con la finalidad de ajustarlo a las instituciones del nuevo Estado, eximiendo de la autorización gubernativa, por ejemplo, a las « asociaciones cooperativas registradas en el Ministerio de Trabajo » o a las « sujetas a la Legislación sindical y a la disciplina de la Falange ».

agrupaciones y también la apología de sus doctrinas, y se mantuvo expresamente en el código (art. 173.3, CP44).

Pero la eliminación civil del izquierdismo no se detuvo en el desmantelamiento de su dimensión organizativa. Al exterminio alegado de sus militantes y simpatizantes llevado a cabo en las sucesivas ocupaciones de las localidades « liberadas » (40), siguió el sumarísimo enjuiciamiento militar de los apresados y su posterior ejecución o reclusión realizados con la bendición de la iglesia católica tanto durante la contienda, sobre todo a partir de 1937, como después de ésta, dado que el estado de guerra declarado oficialmente « para todo el territorio nacional » el 28 de julio de 1936 continuó vigente hasta abril de 1948 (41). Si con la constitución del ejército ya se le

(40) Hablamos de una violencia carente de reglas cuya condición formalmente extrajurídica, más que situarnos fuera de la lógica de la enemistad, nos muestra su paroxística y forzosa terminación. De la inacabable bibliografía sobre la represión durante la guerra, baste citar Francisco ESPINOSA, « Julio de 1936. Golpe militar y plan de exterminio », en Julián CASANOVA, *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Barcelona, 2002, pp. 61-93, mencionando las prácticas que iban desde el « fusilamiento ejemplar tras la primera misa de campaña » hasta las « matanzas »; Javier RODRIGO, *Hasta la raíz: violencia y represión durante la Guerra civil y la dictadura franquista*, Madrid, 2008, pp. 31-49 y 85-110, con indispensable indicación de las « asimetrías » de las violencias de ambos bandos y alusión al carácter finalista del terror franquista de la retaguardia; y Pelai PAGÉS I BLANCH, *La represión franquista durante la guerra civil*, en Margalida CAPELLA y David GINARD (coords.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Mallorca, 2009, pp. 19-42.

(41) Sobre la represión, ya durante el régimen de Franco, y en sus primeros años, entresaco del abundante material disponible al respecto Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Derecho represivo en España durante los períodos de guerra y posguerra (1936-1945)*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 3 (1980), pp. 97-128; Mónica LANERO TABOAS, *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Madrid, 1996, pp. 318-328; José RODRÍGUEZ OLAZABAL, *La administración de justicia en la guerra civil*, Valencia, 1996; Marc CARRILLO, *El marco legal de la represión en la dictadura franquista durante el período 1939-1959*, en Felipe GÓMEZ ISA, *El derecho a la memoria*, Bilbao, 2006, pp. 501-527; Julián CASANOVA, *Una dictadura de cuarenta años*, en Id., *Morir, matar, sobrevivir* cit. (n. 40), pp. 3-50, especialmente pp. 19 ss.; Pablo GIL VICO, *La noche de los generales. Militares y represión en la época de Franco*, Barcelona, 2004, pp. 51-63 y 105-123; Javier RODRIGO, *Hasta la raíz* cit. (n. 40), pp. 161-197, más atento a la dimensión penitenciaria; Marcial SANCHEZ MOSQUERA, *Del miedo genético a la protesta. Memoria de los disidentes del franquismo*, Sevilla, 2008, pp. 65-78; y David GINARD I FERÓN, *La represión contra los vencidos y los resistentes en la*

había asignado la defensa de « la integridad de la patria » (art. 1º, L. 19 julio 1889) ⁽⁴²⁾, y si las décadas anteriores se caracterizaban por su constante presencia en los problemas de orden público y en el gobierno de una dictadura, después de la victoria franquista, tanto con el apoyo del estado de guerra aún vigente como con la cobertura de ciertas normas, las leyes de seguridad del Estado y de « rebelión militar » ⁽⁴³⁾ y el decreto-ley sobre « bandidaje y terrorismo » ⁽⁴⁴⁾ muy principalmente, la jurisdicción militar atrajo para sí prácticamente todo el enjuiciamiento criminal vinculado con los delitos político-sociales creados por ella misma. Juicios sumarísimos, fruto de « causas multitudinarias » y desprovistos de las más elementales garantías, concluían con la inculpación (en algún grado) por delito de rebelión (por haber luchado en el bando derrotado) y con la consiguiente imposición de larga condenas y, en su caso, de la pena capital. Los militares insurrectos condenaban así por rebeldía cometida contra el mancillado orden natural católico-liberal a quienes habían enfrentado con las armas a los rebeldes del orden legal y racional republicano.

Al juicio seguía la dura experiencia en los campos de concentración, en los « Batallones de Trabajadores », en las « Colonias Penitenciarias » y en las abarrotadas cárceles franquistas ⁽⁴⁵⁾, donde

posguerra española (1939-1948), en CAPELLA, GINARD (coords.), *Represión* cit. (n. 40), pp. 43-103.

⁽⁴²⁾ La norma precedente, la L. 29 noviembre 1878, le atribuía directamente la defensa de la patria frente a « los enemigos exteriores é interiores », pero la posterior de 1889 retocaba de modo sustantivo su tenor aludiendo al mantenimiento « de la Constitución y las leyes », que muy bien podían ser, como hemos visto, limitativas de la primera. Procede la indicación, porque son muchos los historiadores que refieren, acertadamente en espíritu, pero equivocadamente en términos legales, la actuación del ejército franquista a la primera ley del setenta y ocho.

⁽⁴³⁾ L. 2 marzo 1943, que incluía, como tal rebelión, tipos tan extensos como la propagación de « noticias falsas » que alterasen el « orden público interior ». Téngase en cuenta además que la O. 28 julio 1936 consideraba rebelde a cualquier sospechoso de disidencia política.

⁽⁴⁴⁾ DL. 18 abril 1947, que dejaba la puerta abierta a la aplicación de la pena de muerte aunque de la perturbación de « la tranquilidad, el orden o los servicios públicos » no se derivase daño alguno.

⁽⁴⁵⁾ Sobre asunto tan crucial, que aquí sólo podemos tocar de pasada, vid. MOLINERO, SALA, SOBREQÜÉS, *Los campos de concentración y el mundo penitenciario durante la guerra civil y el franquismo*, Barcelona, 2003; Mirta NÚÑEZ DÍAZ-BALART, *El*

se intentaban anular las facultades ciudadanas tanto con la derrota inexorable del cuerpo, mediante técnicas disciplinarias cual el trabajo forzoso, como con el adoctrinamiento masivo en « los principios fundamentales de la España nacional » (46). A la vida penitenciaria, en el caso de los reformistas y de los restantes delincuentes políticos aún vivos, sucedían una tortura mental y un férreo control de la vida. La tortura, seguramente impuesta por circunstancias materiales de falta de recursos y espacio, consistía en condenar con suma dureza en consejo de guerra, para después de un tortuoso proceso de revisión de condenas, y con el funcional pretexto de la clemencia del soberano, ir reduciendo las penas hasta pasar, en pocos años, al régimen de « libertad atenuada ». Con esta práctica, además del ruín juego con vidas humanas, se ponía de relieve el carácter estructuralmente irregular de una función punitiva que condenaba hechos homogéneos con penas radicalmente dispares entre sí. El objetivo de la represión — la desarticulación total de cualquier colectivo izquierdista — se perseguía, en efecto, de un modo masivo, pero no tanto legalista, « planificado y sistemático » (47), pues en su despliegue material, y bajo el manto retórico del orden, la jerarquía y la unidad, se aplicaba con medios desordenados y sin concierto, de un modo que no hacía sino reflejar la irracionalidad de los fines trazados. Y es que, por más que simplificada querían asociarse los sistemas totalitarios y el iuspositivismo formalista, no era un orden legal taxativo y racional, capaz de

dolor como terapia. La médula común de los campos de concentración nazis y franquistas, en *Ayer* 57 (2005), pp. 81-102; y JAVIER RODRIGO, *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*, Barcelona, 2005.

(46) En expresión de la O. 26 noviembre 1938 sobre la refundación del orden penitenciario bajo el nuevo Estado. Poco antes, por O. 7 octubre 1938, se había creado un Patronato Central dependiente del Ministerio de Justicia, que, entre otras competencias, tenía asignadas algunas estrechamente conectadas, bajo el pretexto reeducador, con el disciplinamiento ideológico de los reclusos, como la indicación de los « libros, folletos y artículos de periódico que han de ser leídos en común » en los establecimientos penitenciarios o la organización de conferencias dirigidas a extraer « de los presos y de sus familiares el veneno de las ideas de odio y antipatria ».

(47) Subrayan esta dimensión DAVID GINARD I FERÓN, *La represión* cit. (n. 40), p. 47; RODRIGO, *Hasta la raíz* cit. (n. 40), p. 95 y CASANOVA, *Una dictadura* cit. (n. 41), p. 20. GIL VICO, *La noche* cit. (n. 41), pp. 57-59, realza en cambio las irregularidades crónicas de la represión; no por casualidad, conoce la obra de Franz Neumann (pp. 286 y 287).

infundir la máxima seguridad jurídica y de pautar milimétricamente las actuaciones del poder, lo que en aquel tiempo estaba vigente. Hubiera sido entonces un Estado de derecho, aun sin ser constitucional ni democrático, y no en cambio una vil tiranía. Más bien se hallaba en vigor la arbitraria y heteróclita plasmación normativa de una violencia irracional y desatada. Y la furia emocional no puede contenerse ni reglarse en un ordenamiento racionalmente concebido y sistemáticamente articulado. De ahí las crónicas irregularidades procesales y de ahí también las numerosísimas categorías evanescentes, de clara estirpe iusnaturalista, con que se rellenaban los preceptos punitivos.

Pero regresemos a nuestro asunto. Tras haber recaído sobre ellos el implacable peso de ser condenados a muerte o por varias décadas, los reclusos excarcelados en libertad condicional permanecían vigilados durante largo tiempo por las comandancias respectivas de la guardia civil o las brigadas político-sociales ⁽⁴⁸⁾. Es en esta burocracia gubernativa donde sí puede apreciarse cierta regularidad, transmutada de nuevo en arbitrariedad desde el momento en que los formulismos empleados y las decisiones registradas por los vigilantes en sus fichas no se correspondían con los hechos supuestamente comprobados. Así, poco importaba que quince años después de la victoria franquista se cumpliera efectivamente el objetivo principal de la represión — a saber, la desactivación política del excluido, la privatización de su existencia — para que éste dejase de ser calificado, a los efectos de su vigilancia gubernativa, como « desafecto » o, en su caso, « peligroso ». Sólo una clara conversión ideológica, manifestada por la asistencia a misa o por la proclamación pública de convicciones derechistas, e incluso por un notable aumento de la « capacidad económica » del sospechoso, podían hacer desaparecer el estigma ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Enrique ÁLVAREZ CORA, *La técnica normativa en el Nuevo Estado: la libertad condicional*, Córdoba, 2008.

⁽⁴⁹⁾ Basten algunos ejemplos para fundamentar lo afirmado: Manuel Ajenjo Losada, natural de Sevilla y militante de Izquierda Republicana, fue condenado a muerte en consejo de guerra cinco veces consecutivas, para terminar imponiéndosele una pena de doce años y un día. Santiago Cobo Pardo, natural de Dos Hermanas (Sevilla), fue condenado inicialmente a doce años, siendo excarcelado en 1940 y llevando desde entonces, y hasta 1955, una « vida retraída », pese a lo cual la guardia civil continuaba

Esta persecución genocida, enderezada a la supresión física y cívica de un grupo humano identificado por su ideario político, afectó desde luego a todos los enemigos que vamos a estudiar. Pero al estar caracterizados cada uno de ellos por el uso de unos determinados medios y la persecución de unos determinados fines, las estrategias represivas se diferenciaban a tenor de los colectivos perseguidos. En lo que se refiere a la burguesía progresista y a los reformistas de izquierda el principal instrumento, junto a la represión militar y la libertad vigilada, fue sin lugar a dudas la ley de « responsabilidades políticas » (L. 9 febrero 1939), con cuyo nombre represaliaba cínicamente las normas y actuaciones que la República desplegó en sus comienzos precisamente para depurar las « responsabilidades políticas » de la dictadura primorriverista en materias tales como la guerra de Marruecos o la « política social de Cataluña » (art. 1, L. 27 agosto 1931) ⁽⁵⁰⁾. Presentada de nuevo como ejemplo de combinación entre indulgencia cristiana y justa severidad, con esta ley de emergencia no se trataba tanto de anular unos derechos políticos ya inexistentes cuanto de eliminar, mediante sanciones económicas y penas de inhabilitación, extrañamiento o destierro, toda proyección socioeconómica de individuos progresistas, en especial de los que gozasen de « consideración social, cultural, administrativa o política » (art. 7), consciente como era el

considerándolo « peligroso al Régimen actual ». Gabino Rojas Pérez, natural de Toledo, continuaba siendo considerado, en 1955, « desafecto a la causa nacional », aun teniendo sólo una vaga y juvenil — contaba con apenas dieciocho años en 1936 — simpatía izquierdista y demostrando tras su condena, y a juicio gubernativo, ser « amante de la familia, trabajador, honrado y » apolítico. Castor Godoy Santos, natural de Badajoz y militante del Partido Socialista, tuvo durante la contienda « una actuación muy moderada », salvando incluso a « personas de derechas », no obstante lo cual la guardia civil « le considera peligroso para la Causa Nacional ». Vid. los expedientes en cajas AGA 44/12420 y 44/12447.

⁽⁵⁰⁾ Precisamente de proceso sin garantías, realizado por un tribunal (parlamentario) especial y parcial, acusaban a esta primera depuración de « responsabilidades políticas » los ultraderechistas condenados, orgullosos de ser tomados como « enemigos » por los republicanos, quienes, a su juicio, ya les habían declarado la « guerra civil » por el medio « incivil » de « la subversión de valores y la desaparición de órganos consustancializados con la raza y el alma hispanas »: vid. las palabras, firmadas en 1932, de José CALVO SOTELO en su presentación del título *Las responsabilidades políticas de la Dictadura. Un proceso histórico*, Madrid, 1933, pp. 7-22.

franquismo, y todo el liberalismo conservador, de que el poder político más firme se apoya siempre en el poder social.

El ámbito de aplicación, « taxativo » según los abogados del régimen ⁽⁵¹⁾, no podía ser más vago y extenso: comprendía desde a los líderes y afiliados de las agrupaciones de izquierda hasta a quienes se habían « significado públicamente » como afectos al Frente Popular, incluyendo por supuesto una cláusula abierta que permitiese perseguir a quien de cualquier manera hubiese fomentado « con eficacia la situación anárquica en que se encontraba España y que ha hecho indispensable el Movimiento Nacional » (art. 4). Donde se hacía más patente la funesta lógica de la enemistad era en la conculcación abierta de las garantías penales, « unos moldes ya caducados », según rezaba la exposición de motivos. El principio de legalidad se vulneró con el recurso a un amplísimo arbitrio judicial, consecuencia inevitable de los frecuentes preceptos indeterminados, y también con la violación de la irretroactividad de las leyes punitivas. No sólo se castigaba retrospectivamente a quien durante la guerra se hubiese opuesto a la victoria de los sublevados, o sea, a todo ciudadano que se mantuvo leal a la República. Se condenaba asimismo a aquellos que desde el 1º de octubre de 1934, fecha de la revolución de Asturias, y hasta el 18 de julio de 1936, día del « Alzamiento », hubiesen estado vinculados a los sindicatos y los partidos integrados en el Frente Popular (art. 1º). El quebranto de las garantías terminaba con la puesta en planta de toda una sesgada jurisdicción especial sobre « responsabilidades políticas » (arts. 18 ss.), en funcionamiento hasta 1945 y compuesta por miembros procedentes del ejército, la Falange y de una magistratura ya completamente depurada ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Máximo CAJAL, *La Ley de Responsabilidades Políticas comentada y seguida de un apéndice de disposiciones legales*, Madrid, 1939, p. 21.

⁽⁵²⁾ Sobre tal jurisdicción, vid. ERNESTO PEDRAZ PENALVA, *La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España Nacional (Jurisdicciones ordinaria y especiales)*, en VVAA, *Justicia en guerra*, Madrid, 1990, pp. 317-371, especialmente 357-360; Manuel ÁLVARO DUEÑAS, « Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo ». *La Jurisdicción Especial de Responsabilidades Políticas (1939-1945)*, Madrid, 2006, pp. 65 ss.; y LANERO TABOAS, *Una milicia de la justicia* cit. (n. 41), pp. 328-34, quien además se ocupa largamente (pp. 211-287) de la depuración y nueva cooptación de la magistratura, punto que afectaba por entero a la independencia judicial.

La aplicación de esta norma bárbara se basaba con frecuencia en las sentencias militares previas y también en los expedientes abiertos por las comisiones de depuración. El ciudadano afectado por ella, el « enemigo », procedía habitualmente de la burguesía progresista o de sectores reformistas ⁽⁵³⁾, excluidos ya hasta por decreto de la psiquiatría, que tachaba de « paranoico » a quien, arrastrado por un « delirio místico o de reforma », pretendiese alterar las bases inmovibles de la comunidad, o bien descalificaba como « neuróticos » a quienes actuaban según « el fenómeno llamado ‘poder de la idea’ » ⁽⁵⁴⁾. Se ponía con ello de relieve el infernal círculo tautológico en que se encerraban el saber médico y el poder punitivo: el primero sancionaba los axiomas políticos y morales impuestos por el segundo, mientras que el poder se remitía a las ciencias para legitimar sus decisiones constituyentes. A lo que debe sumarse además alguna disposición que ya claramente cortaba de raíz cualquier veleidad reformista, al castigar con reclusión de « quince a treinta años » al que sin mediar « lucha armada » « ejecutare actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación » ⁽⁵⁵⁾. La burguesía progresista, o estaba en el exilio (interior o exterior) o se encontraba políticamente anulada. El conservadurismo más integrista volvía a dejar la vía revolucionaria como la única expedita, pero dejando previamente la secuela de haber grabado en la memoria colectiva las terribles consecuencias que aguardan a las tentaciones realmente reformadoras.

II. *El enemigo de la patria: separatistas y republicanos.*

El panorama recién esbozado englobaba a todo aquel que emplease los resortes propios de la opinión pública y la acción

⁽⁵³⁾ ÁLVARO DUEÑAS, “*Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo*” cit. (n. 52), pp. 213-219, indicando la exigua representación del Partido Comunista entre los sentenciados (un 3,35%).

⁽⁵⁴⁾ José María CODÓN e Ignacio LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría jurídica penal y civil*, Barcelona, 1951, pp. 191 y 326.

⁽⁵⁵⁾ Así lo establecía el art. 2.1 de la L. 29 marzo 1942, integrado después en el 163 CP44. La reforma del código introducida por la L. 8 abril 1967, con sus nuevos tipos, también blindaba la comunidad católica frente a cualquier acto contrario a « los Principios del Movimiento ».

colectiva pacífica, fuese asociativa o partidaria. En estos planos se movieron todos los enemigos de cariz político, pero algunos de ellos lo hicieron de un modo mediato o complementario, sin renunciar a medios revolucionarios, mientras que otros lo hicieron prácticamente en exclusiva, o al menos de modo preferente. Como se ha indicado, entre estos últimos no figuraban tan solo quienes pretendían transformar las bases del modelo socioeconómico, sino también aquellos otros que deseaban conformar España con un patrón bien diverso del oficial. Ciertamente es que en ocasiones se caracterizaron por el empleo de la violencia, y buena cuenta de ello dan los delitos reactivos que seguidamente veremos, pero, integrados como estaban en las instituciones, su persecución, como también apreciaremos en las medidas penales, se desenvolvía ante todo en la esfera pública, intentando paralizar la difusión de sus doctrinas.

Tanto conservadoras como progresistas, las filas nacionalistas se habían compuesto en sus comienzos, a juicio del oficialismo, de « intelectuales y ricos ». Más que una verdadera secesión, su seña de identidad era la continua interferencia en la acción del gobierno con la finalidad de obtener réditos para el propio territorio. No obstante su elitismo, al despertar el siglo algunos ya comenzaron a alertar de la creciente presencia en el movimiento catalanista de unos « cuantos locos y descamisados »⁽⁵⁶⁾. Esta imparable tendencia independentista del catalanismo hizo pensar apenas una década después que estábamos ante « una herida abierta en el pecho de España ». Los motivos no resultaban incomprensibles: había sido la laboriosidad conjunta del pueblo catalán mostrada tras el desastre bélico la que había ido configurando su sentido de la diferencia, el germen « de una conciencia colectiva » impregnada de civismo, cosmopolitismo e industria. Pero de un lado el centralismo asfixiante, y de otro el egoísmo particularista, habían terminado haciendo de la cuestión catalana una gangrena necesitada de la rápida intervención « de un cirujano de hierro »⁽⁵⁷⁾. Y es que tanto del nacionalismo radical,

⁽⁵⁶⁾ Vid. Antonio CORTÓIN, *El fantasma del separatismo*, Valencia, 1901, pp. 26-32.

⁽⁵⁷⁾ Julio MILEGO, *El problema catalán. ¿Separatismo ó regionalismo?*, Madrid, 1916, pp. 10-29, quien, después de las metáforas biológicas autoritarias, sostenía principios mucho más cabales y flexibles.

como también del republicanismo más osado, procedían ataques a « las mismas entrañas de la patria », a una identidad nacional profunda concentrada en torno a tres instituciones colocadas fuera del alcance del poder constituyente y de la historia: la monarquía, la religión católica y el ejército. Símbolos de la hispanidad, estos tres pilares se integraban en un concepto monolítico y unitario de la nación que no dejaba espacio ni al sistema republicano, ni al laicismo, ni al antimilitarismo, ni tampoco a la autonomía política — no solamente administrativa — de las regiones y municipios.

Supuestamente instaurado para salvar de la « degeneración » a la « raza hispana »⁽⁵⁸⁾ y librar a la patria del « separatismo francmasónico »⁽⁵⁹⁾, el régimen franquista — único sistema político que, aun rehabilitándola patrimonialmente⁽⁶⁰⁾, expulsó durante décadas a la monarquía — fue el que con mayor rotundidad y precisión reprimió a estos enemigos de la patria. Entre las agrupaciones prohibidas durante la guerra figuraban Acción Republicana, Esquerza Catalana y los Partidos Galleguista y Nacionalista Vasco, cuyos miembros fueron sometidos a la jurisdicción de responsabilidades políticas. Las acciones encaminadas de cualquier modo a socavar la « unidad » o reformular los « variados elementos espirituales y materiales »⁽⁶¹⁾ constitutivos de la nación fueron tipificadas expresamente como delitos. Primero, en la ley de seguridad del Estado de 1942, donde eran colocadas bajo la jurisdicción militar y duramente

(58) Vid. Antonio VALLEJO NAGERA, *Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza*, Burgos, 1937, pp. 110-119. Como bibliografía, Eduardo GONZALEZ CALLEJA y Fredes LIMÓN NEVADO, *La Hispanidad como instrumento de combate*, Madrid, 1988, pp. 47 ss.

(59) Cf. el folleto del presbítero Juan TUSQUETS, *Masonería y separatismo*, Burgos, 1937. Su autor era el director de unas « Ediciones antisectarias » con títulos muy representativos de la guerra paralela de la propaganda.

(60) Se le reintegraban « todos los bienes, derechos y acciones » de los que había sido desposeído durante la República por L. 15 diciembre 1938. La monarquía quedaba, con la L. 26 julio 1947, como una vaga promesa de futuro para cuando llegase la vacancia de la jefatura del Estado y siempre y cuando el futuro rey jurase « las Leyes fundamentales, así como lealtad a los principios que informan el Movimiento Nacional » (art. 9).

(61) En expresión de una sentencia del Tribunal Supremo de 15 mayo 1959, retomada por otra de 15 octubre 1965, intentándose en ambas la delimitación entre las censuras al régimen político y sus instituciones y « los ultrajes a la Nación española » tipificados en art. 123 CP44.

castigados la rebelión armada « contra la Patria bajo banderas separatistas », cualquier forma de atentado « contra la integridad de la Nación española », « los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad », incluso los « encubiertos », y la promoción doctrinal o material de « actividades separatistas ». Después, en el código de 1944, que integraba en sus preceptos la mencionada ley de 1942 y añadía una sección sobre delitos « contra la Religión Católica ». Y por último, tanto en la reforma del código de 1967, destinada entre otras cosas a proteger la « esencialidad del Ejército como animación del sentimiento patriótico »⁽⁶²⁾, como en decretos especiales, que aún justificaban la represión y la irrupción de la jurisdicción militar invocando « la defensa de la unidad nacional » y « la integridad de la patria » (D. 16 agosto 1968)⁽⁶³⁾.

Pero la represión del republicanismo y de los nacionalismos no españolistas no era un invento de Franco. Si por algo se distinguió la dictadura de Primo de Rivera fue por hacer del bolchevismo y del separatismo los enemigos internos contra los cuales aglutinar a la comunidad hispana. Cinco días después del golpe de Estado, el 18 de septiembre de 1923, el presidente del directorio aprobaba un decreto sancionado por el monarca para « purgar » el « virus » del separatismo, inoculado « por audaces minorías » que « ofenden el sentimiento de la mayoría de los españoles ». Con lenguaje médico-castrense desprovisto de todo indicio de técnica jurídico-penal, esta norma pretendía extirpar « tan grave mal » conminando con la muerte, la prisión o con sanciones pecuniarias a todo aquel que « tienda a disgregar la Patria, restarle fuerza o rebajar su concepto », ya fuere con difusión de doctrinas o bien alzándose en armas o resistiendo en « partidas » a la « fuerza pública », equiparándose en

(62) Así lo interpretaba el magistrado Domingo TERUEL CARRERO, *La nueva rubricación 'delitos contra los altos organismos del Estado'*, en « ADP » XXI/II (1968), pp. 117-122, p. 118.

(63) Debe además anotarse, para estas continuas reentradas de la justicia uniformada y para su ordinario ámbito jurisdiccional, que la aprobación en julio de 1945 del código de justicia militar supuso un aumento del arbitrio judicial, con posibilidad, para fijar la pena, de atender al « grado de perversidad del delincuente », y el conocimiento de los delitos de « ultraje, insulto, ofensa o menosprecio a la Nación, su Bandera e Himno Nacional »: vid. Ramón REVUELTA BENITO, *El nuevo Código de Justicia Militar*, « REP » I (num. 7, octubre 1945), pp. 17-20.

todo caso las penas por delito consumado a las impuestas por delito frustrado y conspiración, equiparación que, según sabemos, constituye una seña inequívoca de la lógica perversa de la enemistad.

La nación, más que defenderse en cuanto bien jurídico preexistente, siguió construyéndose mediante la violencia institucional con la llegada del código de 1928. Además de incorporar los preceptos de la ley de jurisdicciones que más adelante abordaremos (arts. 230 y 231, CP28), integrados en el capítulo sobre «delitos contra la Patria», este cuerpo legal protegía penalmente los restantes factores constitutivos de la nación oficial persiguiendo los ilícitos cometidos «contra la Religión del Estado» (arts. 270 ss.) y castigando todo tipo de ataque al monarca (arts. 253 ss.). Esta defensa del rey no se quedaba en la lógica inclusión de los delitos de lesa majestad, conminando igualmente con penas de hasta cuatro años de prisión a quienes impugnasen su «legítima autoridad», a quienes lo ofendiesen de cualquier modo, aun con «alusiones, alegorías o imágenes», e incluso a quienes se atreviesen a responsabilizarlo de «los actos del Gobierno» (arts. 257 y 269). De tal modo no sólo se acorazaba la institución regia, menguando de paso el derecho básico de censurar a los propios dirigentes, pues dirigente seguía siendo por entonces un monarca en quien residía el poder ejecutivo, sino que también se condenaban la manifestación y difusión mismas del ideario republicano, basado, en sustancia, en discutir la legitimidad de la corona.

La causa de todo esto, la caracterización del nacionalista o del republicano como enemigo de la comunidad, viene sin embargo de más atrás. Sin infravalorar los antecedentes que podemos encontrar en los años 1840 para la defensa de la monarquía católica, será de nuevo durante la Restauración cuando el derecho penal se ponga también al servicio de objetivos nacionalizadores y encuentre frente a sí a viejos y nuevos opositores. En cuanto a los viejos, los republicanos, ya el mismo código de 1870, junto a la comprensible criminalización de los «hechos encaminados á conseguir reemplazar el Gobierno monárquico-constitucional» (art. 181.1), condenaba asimismo las reuniones o manifestaciones en las que se proclamasen, de palabra o por escrito, «provocadores» principios republicanos (art. 182). Y ya fuese por tales figuras o por la no menos laxa de «desórdenes públicos» — «273. Se impondrá arresto mayor á los

que dieran gritos provocativos de rebelión o sedición » —, el caso es que proferir en público un ¡*Viva la República!* podía ser un acto constitutivo de delito aun cuando a tal proclama no sucediese tumulto alguno (STS 12 enero 1882, 11 abril 1887, 24 abril 1893).

Si la norma codificada suministraba algunos medios para contener la expansión de las doctrinas republicanas mediante los delitos de opinión, no facilitaba en cambio la parálisis del nuevo « peligro nacional », el « catalanismo » (64). Para ello hubo que recurrir al control gubernativo y a la legislación especial, producto de la cual fue la ignominiosa ley de « represión de los delitos contra la Patria y el Ejército », conocida como *ley de jurisdicciones*, aprobada el 23 de marzo de 1906 tras un debate caracterizado por las presiones e injerencias de los militares en el proceso legislativo (y en la misma marcha de la sociedad) (65). La orden de 23 de abril del mismo año que acompañaba su publicación resulta esclarecedora. Un insoslayable estado de necesidad, una « imperiosa exigencia » común a muchos países europeos, había llevado a crear algunos tipos delictivos, ausentes hasta el momento del código, con el fin de enfrentar nuevos peligros para la estabilidad social. No se trataba — insistía el gobierno — de establecer la « delincuencia por el pensamiento », ni de prohibir la « exposición de las aspiraciones regionales », ni tampoco de reprimir simples ofensas « á las reglas de la educación ó de la conveniencia social ». El motivo de la norma no era otro que preservar de la destrucción, con medios excepcionales, unos « principios fundamentales », de los que dependía la misma subsistencia de la comunidad, a saber: la « unidad » y « santidad de la Patria » y la « disciplina del Ejército », « expresión de la Patria armada ». Y

(64) Sobre el que alertaban José MARTOS O'NEAL y Amado REYGONDEAUD DE VILLEBARDET en *Peligro nacional. Estudios e impresiones sobre el catalanismo*, Madrid, 1901, en cuyo frontispicio rezaba de modo elocuente « por nuestra España todo; para nuestra España todo ». Por D. 15 abril 1902 se ordenó abastecer los anaques de las bibliotecas públicas con dicho panfleto, avalado por una Real Academia de Ciencias Morales y Políticas que encomiaba, pese a sus errores de bulto, el intento de los autores por encadenar « los vientos de disolución que con gran violencia soplan ».

(65) Para los acontecimientos que rodearon la adopción de la citada ley, vid. Rafael NÚÑEZ FLORENCIO, *Militarismo y antimilitarismo en España (1888-1906)*, Madrid, 1990, pp. 363-374, y Manuel ÁLVARO DUEÑAS, *Poder militar y práctica política en el reinado de Alfonso XIII: de la suspensión de garantías constitucionales en Barcelona a la Ley de Jurisdicciones*, en « Revista de Estudios Políticos » 65 (1989), pp. 265-283.

para ello se condenaba al separatista que tomase « las armas contra la Patria », a los ciudadanos que por cualquier medio — « grabado, estampas, tarjetas, alegorías, caricaturas, signos, gritos o alusiones » — « ultrajaren á la Nación, á su bandera, himno ú otro emblema » y a aquellos otros que también de cualquier modo ofendiesen o injuriasen « al Ejército » o « instigaren á la insubordinación », cerrándose el círculo con el castigo de la apología de cualquiera de dichos delitos (arts. 1-4, L. 23 marzo 1906).

Acaso de mayor interés que la parte sustantiva, era la dedicada a materia procedimental. Se atribuían en ella competencias a la jurisdicción militar para los citados delitos de ofensas e injurias a un cuerpo armado en el que entraba la guardia civil, y, además, se adoptaban medidas conducentes tanto a espolear los procesos incoados por dichos « crímenes » como a no dejar resquicio alguno a la « impunidad », poniendo continuas trabas a las peticiones de sobreseimiento o absolución y favoreciendo así la función ejemplarizante expresamente deseada. Por otra parte, los derechos políticos afectados por sus previsiones eran precisamente aquellos en que ya sabemos se desenvolvían los actores independentistas y republicanos: las libertades de prensa y de asociación, menoscabadas con posibles suspensiones motivadas no sólo por reiteradas condenas, sino también por reiterados autos de procesamiento (art. 12, L. 23 marzo 1906).

Las fuertes censuras y el desprestigio público de la ley de jurisdicciones llegaron nada más obtener vigencia. Ante este « estado de opinión, por todos conocido », la respuesta gubernamental se limitó a la presentación de sucesivos proyectos de reforma (1913, 1914-15, 1919) con el fin de derogarla, pero para integrar en el código sus tipos penales, « en cuanto responden a exigencias de la realidad y a necesidades de carácter permanente » (RD. 5 diciembre 1914; RD. 15 noviembre 1919). Los deseos de los gobernadores de la Restauración, que se limitaban a querer borrar la tacha de especialidad de la citada « ley de Excepción » normalizando (codificando) su contenido, se hicieron realidad con el código primorri-verista de 1928, cuyos arts. 230 y 231 asimilaban finalmente los delitos en ella previstos, añadiendo algún otro: el de atentado « contra la integridad de la Nación española » conminado, pese a su laxitud, con una pena nada menos que de « veinte a treinta años de

reclusión » (art. 230.2, CP28). Sólo la llegada de la República el 14 de abril de 1931 supuso, en primer lugar, la anulación del « Código gubernativo » (D. 15 abril), y después, la derogación definitiva de la ley de jurisdicciones, porque, a juicio del gobierno provisional republicano, la patria y el ejército quedaban bien protegidos « por disposiciones de mayor normalidad » y, sobre todo, porque la « cohesión del sentimiento patrio se afirma felizmente sin la presión de severidad coactiva excepcional », con la libre unión entre los ciudadanos y las regiones que, reconociendo su solidaridad histórica, gozan de su « derecho natural e histórico a la personalidad libre y autónoma » (D. 17 abril). Había llegado el momento en el que republicanos y nacionalistas dejaron de ser, siquiera por un instante, enemigos públicos.

III. *El enemigo del orden público: los anarquistas.*

El conjunto de medidas examinadas hasta ahora contaba con un radio de alcance que trascendía el caso de los republicanos y separatistas, afectando asimismo a otros enemigos todavía más peligrosos. Respondía tal extensión a una clara confluencia entre el independentismo catalanista más activo, los grupos libertarios y los postulados revolucionarios obreristas ⁽⁶⁶⁾. La convergencia entre estas tres líneas de confrontación con la ortodoxia católico-liberal no sólo hallaba reflejo en la legislación y en los movimientos sociales. También la literatura consagró la identidad de este catalanismo anarco-sindicalista. En uno de sus capítulos más emblemáticos, obra de Ramón M^a del Valle-Inclán y muy significativo también a los efectos de este estudio, pues expresa las dos vías de escape frente a una oficialidad quietista y providencial, se encontraban en el calabozo del « Ministerio de Gobernación » un poeta arrestado por embriaguez y un anarquista catalán encerrado por rebelión. Max

⁽⁶⁶⁾ Cf. la clásica obra de Josep TERMES, *Federalismo, anarcosindicalismo y catalanismo*, Barcelona, 1976, y Pere GABRIEL, *Anarquisme i catalanisme*, en VVAA, *Catalanisme. Historia, Política i Cultura*, Barcelona, 1986, pp. 195-210, quien señala (p. 205) a la represión del régimen alfonsino como causante de la confluencia entre anarquismo y catalanismo por « necesidad de autodefensa ».

Estrella, el maleante, decía a Mateo, el preso anarquista (cuya verdadera historia conoceremos después):

« Max: ¡Paria!... Solamente los obreros catalanes aguijan su rebeldía con ese denigrante epíteto. Paria, en bocas como la tuya, es una espuela. Pronto llegará vuestra hora; El Preso: Tiene usted luces que no todos tienen. Barcelona alimenta una hoguera de odio, soy obrero barcelonés y a orgullo lo tengo; Max: ¿Eres anarquista?; El Preso: Soy lo que me han hecho las Leyes [...] Max: ¿De qué te acusan?; El Preso: Es cuento largo. Soy tachado de rebelde... No quise dejar el telar por ir a la guerra y levanté un motín en la fábrica [...] Conozco la suerte que me espera: cuatro tiros por intento de fuga » (67).

Se refería « El Preso » a una vil práctica gubernativa consentida y hasta tácitamente legalizada en las primeras décadas del siglo xx, consistente en liquidar deliberadamente al sospechoso o delincuente con la excusa de su tentativa de escapar a la autoridad. La mal llamada *ley de fugas*, pues, que yo sepa, no era una ley sino la sanción y complacencia oficiales con este tipo de ejecuciones ilegales, fue aplicada en la represión del bandolerismo, de los anarquistas y del anarcosindicalismo catalán, sobre todo durante la etapa del general Severiano Martínez Anido al frente del gobierno civil de Barcelona (1920-22) (68). Los detenidos eran sacados del calabozo con el falso propósito de ser trasladados a prisión. En el trayecto, los escoltas ralentizaban el paso y, cuando los presos se habían alejado lo suficiente, o bien intentaban vanamente evadirse del final que les aguardaba, abrían fuego y los asesinaban por la espalda. La execrable dinámica de la enemistad, que combate el mal incluyendo en el derecho lo que se pretende excluir, se superaba aquí a sí misma, desplegando su violencia sin conformidad a regla alguna, más bien institucionalizando la regla con el reiterado empleo de una violencia que reducía al sujeto a una « vida desnuda », expoliada de todo derecho, desposeída de cualquier atributo de humanidad.

Consciente de su brutalidad, el liberalismo formulario y procedimental, cuando no se encontraba desbordado por las circunstan-

(67) VALLE INCLAN, *Luces de bohemia* (1924), Madrid, 2002, pp. 97 ss.

(68) Carlos SECO SERRANO, *Estudios sobre el reinado de Alfonso XIII*, Madrid, 1998, pp. 221 ss.

cias por él mismo creadas, prefirió pautar el uso desmedido de la fuerza ⁽⁶⁹⁾. Así lo hizo en 1894 y 1896 con la aprobación de dos leyes dirigidas específicamente a luchar contra el anarquismo ⁽⁷⁰⁾. En vísperas de la primera de estas leyes, la fiscalía del Tribunal Supremo exhortaba en una circular al ministerio público de todas las audiencias a que su acción frente a los anarquistas se hiciese sentir « tan inmediata como inexorable » (Cir. 17 noviembre 1893). Se deduce de su contenido que para combatir a estos « fanáticos secuaces de doctrinas » que pretenden subvertir « por el fuego y el terror, condiciones perdurables de la sociedad », aún bastaba con aplicar severamente las leyes especiales de imprenta, asociación y reunión y el código, en especial los tipos de sedición y desórdenes públicos, y acaso recurrir con mayor insistencia, para frenar la propaganda ácrata, a las ya conocidas figuras de provocación al delito (art. 582, CP70) y de apología de acciones ilegales e inmorales (art. 584.4, CP70).

No obstante, poco tardó en parecer insuficiente este marco punitivo. A sustituirlo en materia de criminalidad anarquista vino en

⁽⁶⁹⁾ Centrada la exposición siguiente en el anarquismo urbano, no debe dejarse atrás, siquiera sea dándole entrada al pie, la cita de la represión del anarquismo obrerista rural, de una tipología también compleja, pues con motivo de su represión el poder instrumentalizaba toda la ritualidad procesal para fines políticos y extrajurídicos. Me refiero al famoso caso de *La Mano Negra* (1883), donde se fundían la criminalidad rural y la represión de la lucha social: vid., al respecto, la serie *Los procesos de La Mano Negra* integrada en la colección *Crónica de los Tribunales españoles* editada, entre 1883 y 1886, por la RGLJ, y, como bibliografía, el clásico de Clara E. LIDA, *Anarquismo y revolución en la España del XIX*, Madrid, 1972, pp. 247-260 y, más recientemente, José Luis PANTOJA ANTÚNEZ, *La Mano Negra: memoria de una represión*, Cádiz, 2000 y José Luis GUTIÉRREZ MOLINA, *El Estado frente a la anarquía. Los grandes procesos contra el anarquismo español (1883-1982)*, Madrid, 2008, pp. 25-63.

⁽⁷⁰⁾ Sobre los antecedentes, vid. GONZALEZ CALLEJA, *La razón de la fuerza* cit. (n. 13), pp. 270 ss. Téngase en cuenta que no se banalizan aquí en absoluto las muertes producidas por los atentados anarquistas; no obstante, sí me acojo al principio de estricta igualdad entre los hombres que, en principio, condena por igual el uso terrorista de la violencia por parte de las personas que dirigen el Estado y de aquellas otras que actúan en movimientos sociales, y en conclusión, censura más gravemente actos antijurídicos cometidos por el poder público que por colectivos sociales sin cauce alguno para ver materializadas sus aspiraciones, cauce desde luego abierto en el presente Estado constitucional.

primer lugar la ley de 10 de julio de 1894 ⁽⁷¹⁾, respuesta gubernamental a varios atentados perpetrados en Barcelona ⁽⁷²⁾. En ella se sancionaban todas las acciones relacionadas con la figura del atentado cometido con explosivos, desde la misma comisión o la fabricación de aparatos al efecto, hasta la conspiración, proposición, amenaza o provocación. La severidad de las penas establecidas llegaba incluso a la posible aplicación de la pena capital cuando de la detonación sólo hubiese resultado « riesgo para las personas ». De nuevo, era específicamente reprimida la difusión de doctrinas, en este caso las apologeticas de la llamada acción directa, castigada con « presidio correccional » en lugar de con la multa prevista en el código, y también otra vez se intervenía la libertad de asociación, quedando disueltas las agrupaciones « que de cualquier forma » facilitasen los delitos aludidos. También eran arbitradas medidas que permitiesen « practicar con urgencia las actuaciones » y, en su caso, castigar prontamente a los « confesos y convictos ». Y el único atisbo de garantismo, la preceptiva presencia del jurado en los juicios por las ilegalidades contempladas en la norma, ya había quedado suficientemente atemperado con la explícita regulación del instituto, que sólo podía ser integrado por mayores de treinta años, que supiesen leer y escribir, estuviesen en pleno goce de los derechos civiles y políticos y fuesen « cabeza de familia » (art. 8, L. 20 abril 1888).

Este régimen se endureció aún más en 1896, con una nueva norma, de 2 de septiembre, aprobada en pleno estado de excepción dos meses después de un atentado cometido en Barcelona contra la procesión del Corpus Christi ⁽⁷³⁾. Muestra evidente de la guerra

⁽⁷¹⁾ Una primera exposición, con análisis del proyecto e incluidas concordancias, puede encontrarse en Manuel CALVO Y CONEJO, *Leyes para la represión del anarquismo vigentes en España y Francia*, Madrid, 1894, pp. 13-25.

⁽⁷²⁾ Para el contexto histórico-social y cultural, vid. Rafael NÚÑEZ FLORENCIO, *El terrorismo anarquista (1888-1909)*, Madrid, 1983, pp. 51-60 y Julián CASANOVA, *Anarquía y violencia política en la España del siglo XX*, Zaragoza, 2007, pp. 160-161 y 197-222.

⁽⁷³⁾ Al proyecto de la citada ley dedicaba un estudio el director de la prisión celular de Madrid, Fernando CADALSO, cuyo apellido anunciaba las únicas medidas que él proponía contra la « perversidad anarquista »: « [basta de] jeremiadas y sentimentalismos ridículos », « a grandes males, grandes remedios: la muerte y la deportación », en *El anarquismo y los medios de represión*, Madrid, 1896, pp. 14, 18 y 55.

abierta al anarquismo, esta disposición otorgaba al ejército la jurisdicción sobre los delitos ya indicados y con su vigencia, lo que antes suponía la suspensión de las libertades de expresión, reunión y asociación, implicaba ahora la directa supresión de « periódicos y centros anarquistas » y el cierre de sus lugares de encuentro. Y para los actos propagandísticos, del presidio correccional se pasaba al extrañamiento o, en caso de quebranto, a la « relegación á una colonia lejana » por no menos de tres años, materializando físicamente la exterioridad en la que ya, *de iure*, habitaban, excluidos, los libertarios. La única concesión humanista prevista en ella, otra vez inscrita en la lógica de la clemencia y gracia del soberano, permitía a los tribunales solicitar al gobierno una « rebaja o conmutación de la pena si entendieran que ésta es notablemente excesiva ». Aunque inicialmente la citada ley sólo tuvo vigencia en Madrid y Barcelona (RD. 16 septiembre 1896), después del mortal atentado contra el presidente del consejo de ministros, Antonio Cánovas del Castillo, poco tardó en extender su validez a todo el reino (RD. 12 agosto 1897). Pero su aplicación no se completaba sin la eliminación del peligro desde su raíz intelectual, y con tal fin la fiscalía del Tribunal Supremo volvió a dirigirse al ministerio público, « no para recordarle textos legales », sino para impelerle a « vigilar toda clase de publicaciones » y perseguir la apología de los crímenes cometidos por los « nuevos enemigos de la sociedad », apología que comprendía hasta la disminución de « la enormidad de los delitos, presentando a sus autores con caracteres simpáticos » (Cir. 13 agosto 1897).

El período de aplicación inicialmente previsto de la ley de 1896 era de tres años, prorrogable por decreto en un año más. Efectuada dicha prolongación (RD. 6 septiembre 1899), el ministro de Gracia y Justicia, a la sazón catedrático neotomista de derecho natural, Javier González de Castejón, presentó a las Cortes un proyecto para restablecer su vigencia durante otros tres años, vista la persistencia del anarquismo y la consiguiente necesidad de que « la sociedad se aperciba á la defensa, correspondiendo á la naturaleza excepcional del delito, castigo también excepcional » (RD. 21 noviembre 1900). Hasta donde alcanzo a saber, dicho proyecto no prosperó, recordando su vigencia la anterior ley de 1894, que fue también objeto

de varios intentos de reforma ⁽⁷⁴⁾ y cuya derogación, o más bien sustitución, no llegó hasta 1934, año en que se sancionó una ley contra el terrorismo. Perduraba de este modo un régimen excepcional *ad hoc* diseñado para un colectivo políticamente denotado. No se trataba ya del constante balanceo entre la vigencia constitucional, legislativamente limitada, y la suspensión de garantías por razones de orden público, sino de un estado de excepción permanente que envolvía a buena parte de los disidentes políticos. Y su justificación no podía ser otra que la propia de la llamada por Michel Foucault « gubernamentalidad liberal » ⁽⁷⁵⁾, de la *biopolítica* que reconoce como « muy sagrados los derechos fundamentales », pero colocando sobre ellos « el derecho de defensa » de la sociedad en su conjunto ejercido por el Estado, porque « la defensa del interés social » procede « del propio derecho á la vida », derecho supremo y clave « para resolver el grado de intervención del Estado como Poder preventivo y represivo ». Y en el caso de los atentados anarquistas, contra lo que sostenían algunos políticos republicanos como Gumersindo de Azcárate, dicha intervención había, según el oficialismo, de principiar por el control de la « mera exposición de la idea » ⁽⁷⁶⁾.

La legitimación de esta excepcionalidad permanente respondía también a una estratégica caracterización del anarquista. Lo más evidente resultaba relacionarlo con la cuestión social ⁽⁷⁷⁾ e identificarlo con la negación de « Dios », la « Patria », la familia, el Estado

⁽⁷⁴⁾ En el proyecto de reforma de 1904 (RD. 23 noviembre 1904) se ampliaban los tipos de amenaza, inducción y apología, y en el de 1908 (RD. 24 enero 1908), el conocido como « proyecto de Ley de Represión del terrorismo », se volvía a permitir la supresión de publicaciones anarquistas y el cierre de sus locales de reunión. Sobre el promotor y los extremos de este polémico proyecto, vid. María Jesús GONZALEZ, *El universo conservador de Antonio Maura*, Madrid, 1997, pp. 216 ss.

⁽⁷⁵⁾ Vid. sobre esto la conclusión del presente trabajo.

⁽⁷⁶⁾ Era el revelador parecer de Ramón FERNANDEZ HONTORIA, *El anarquismo contemporáneo: sindicalismo revolucionario. Deberes del Estado y sociales frente a su propaganda*, Madrid, 1912, pp. 50-56, compartido por Martín de ASÚA Y MENDÍA, *El anarquismo ante el Derecho*, Madrid, 1914, pp. 134 y 151.

⁽⁷⁷⁾ Antonio M^a de MENA, *Del anarquismo y su represión*, Madrid, 1906, pp. 11 ss. (« El anarquismo es una aberración del socialismo », sostenía su autor); y ASÚA Y MENDÍA, *El anarquismo* cit. (n. 76), pp. 9-14 y 38 ss. (« El anarquismo no es, en substancia, sino un aspecto de la cuestión social », afirmaba el doctorando).

y, en general, de cualquier forma de autoridad y coacción (78). En este punto, más que unilateral rechazo, se suscitaba en el burgués una extraña y comprensible simpatía. En el fondo, el anarquista no hacía « sino sacar las consecuencias extremas de la famosa Declaración de los derechos del Hombre » (79), no era sino un liberal que había olvidado que la defensa de la libertad también requiere de la autoridad. La simpatía por su individualismo extremo, reflejado incluso en la preparación solitaria de los artefactos explosivos, llegaba a transformarse en una fascinación secreta y pequeñoburguesa ante el halo de misterio que los envolvía y hacía de ellos sujetos cosmopolitas, de elegante extravagancia, protegidos por oscuros banqueros (80) y capaces, en última instancia, de incumplir la ley más poderosa de la naturaleza, la autoconservación, sacrificando su propia vida. Y aun escamaba su capacidad para instalarse y reproducirse en la esfera ocupada pretendidamente en exclusiva por el liberalismo devoto, la de la opinión pública (81), canal de evangelización al tiempo que límite del poder. Era justo aquí, en la distinción entre un « anarquismo filosófico » y otro « práctico », donde se producía la criminalización de este movimiento social. En principio, nada había que temer de una doctrina que no pasaba de ser « un bello ideal filosófico », « una aspiración generosa », adolecida tanto de romántico utopismo como de falta de coherencia y sistematicidad, o sea, carente de veracidad y factibilidad. La disyunción se producía con la comisión de sanguinarios atentados en nombre de principios teóricamente nobles (82), cuando la « acción directa »

(78) Manuel GIL MAESTRE, *El anarquismo en España y en especial el de Barcelona*, Madrid, 1897; Gustavo LA IGLESIA Y GARCÍA, *Caracteres del anarquismo en la actualidad*, Barcelona, 1907², pp. 12-13 y 71. José María PUERTA Y DE LA CRUZ, *El anarquismo*, Sevilla, 1907, p. 43, recordaba en cambio la existencia de una corriente « *nomista* » que reconocía las normas jurídicas emanadas de contratos voluntarios.

(79) FERNANDEZ HONTORIA, *El anarquismo contemporáneo* cit. (n. 76), p. 11.

(80) En relación a estas cuestiones, resulta de interés la consulta del anónimo, prologado por el inspector de policía Juan José LOPEZ SERRANO, *Descubriendo los misterios ó un detective a la fuerza (informaciones de un periodista). Sensacionales relatos de los complots y atentados anarquistas realizados en España en los últimos años*, Madrid, 1913, especialmente pp. 116, 144 y 148.

(81) Vid. el discurso del penalista Enrique de BENITO, *La anarquía y el Derecho penal*, Oviedo, 1906.

(82) Precisamente a desconectar los crímenes anarquistas de su presunto sustento

sustituía a la acción reflexiva propia de la libertad, cuando la « propaganda por el hecho » reemplazaba a la racional y convincente propagación de las ideas. Desacreditado entonces el ideal anarquista por sus deplorables consecuencias, la argumentación tornaba a sus comienzos para concebir al anarquista como mercenario despiadado, cuyo medio de vida es prodigar la muerte, y para criminalizar también la doctrina, considerada ahora como una simple invitación a delinquir, « como un atentado contra los eternos sentimientos humanos » (83). Deber del Estado no podía entonces ser otro que la persecución del anarquismo desde su misma formación intelectual.

¿Qué sucedía en la práctica procesal?, ¿eran distinguidos pulcramente la comisión del delito y la libertad de creencias o se criminalizaba también la doctrina e incluso la conducta privada, sin esperar a que se « origine el delito », aplicando así un « derecho de guerra » y concediendo « carácter de beligerantes á los anarquistas » (84)? Si, a modo de ejemplo, consultamos el sumario de un proceso célebre contra el anarquismo español las conclusiones han de ser pesimistas. Me refiero al procedimiento incoado con ocasión del intento de regicidio cometido el 31 de mayo de 1906 en el que resultaron imputados, entre otros, Francisco Ferrer Guardia, propietario de la Escuela Moderna de Barcelona, y Mateo Morral, bibliotecario de la misma (85). El día de la boda del rey Alfonso XIII,

teorético se dirigía la tesis doctoral de Eugenio CUELLO CALÓN, *La criminalidad anarquista*, Salamanca, 1910. Vid., en el mismo sentido, LA IGLESIA Y GARCÍA, *Caracteres del anarquismo* cit. (n. 78), pp. 332-333.

(83) ASÚA Y MENDÍA, *El anarquismo* cit. (n. 76), p. 53, recomendando la represión de la doctrina, lo mismo que PUERTA Y DE LA CRUZ, *El anarquismo* cit. (n. 78), p. 85.

(84) Según alertaba a los miembros del jurado el abogado demócrata y republicano José CARVAJAL Y HÜE en *Los anarquistas en Madrid. Informe oral en las sesiones del Jurado de 30 de diciembre de 1893 y 2 de enero de 1894 en defensa de Juan María Debats*, Madrid, 1894, pp. 121 y 132.

(85) Las piezas del sumario se encuentran en cajas AGA 43/4056, 43/4057 y 43/4058, donde se contienen cartas, testimonios y datos empleados a continuación. Vid. sobre este particular, Juan AVILÉS FARRÉ, *Francisco Ferrer y Guardia. Pedagogo, anarquista y mártir*, Madrid, 2006, pp. 167-196. No se ocupa de este proceso concretamente José Luis GUTIÉRREZ MOLINA, *El Estado frente a la anarquía* cit. (n. 69), que sí aborda (pp. 97-145), en cambio, la causa que habría de acabar con su vida, como también lo hacen, en conmemoración del centenario de su ejecución, Francisco BERGASA, *¿Quién mató a*

cuando la comitiva nupcial atravesaba una de las calles más céntricas de Madrid, arrojaron sobre ella desde un balcón una bomba envuelta en un ramo de flores cuya explosión produjo decenas de muertos y heridos. Visto por algún testigo en dicho balcón, Morral fue declarado en busca y captura. El joven anarquista catalán, hijo de un empresario textil, universitario, viajero, conocedor de varias lenguas y de elegante indumentaria, fue detenido apenas dos días después, pero en el traslado a prisión dio muerte al guardia que lo conducía, suicidándose a continuación. El principal sospechoso y más que probable autor había fallecido; no obstante, la acción judicial continuó su curso para depurar responsabilidades por complicidad y conspiración.

Y en esta fase del sumario entra Francisco Ferrer, antiguo republicano exiliado en París que a su regreso fundó un centro de enseñanza laico, libertario y racionalista. Adinerado por los bienes que una amiga francesa, Ernestina Menine, le dejó en herencia y por las operaciones especulativas que sobre ellos hizo, dedicó todo su caudal a fundar una escuela-editorial volcada en la difusión del anarquismo. De las investigaciones judiciales realizadas sobre el pedagogo se desprende claramente que el objetivo no era sólo averiguar su implicación en los hechos, sino también fiscalizar, y en su caso paralizar, un foco de adoctrinamiento laico y librepensador. Su fortuna fue innecesariamente embargada, la biblioteca de la escuela registrada y algunos de sus títulos requisados, su correspondencia intervenida, entre otras cosas, para demostrar que recomendaba a los maestros libertarios aleccionar a los niños para que no rezasen. Hasta se practicaron diligencias para, a sabiendas de que era separado, conocer « los antecedentes que pudieran existir acerca de los motivos de las discusiones matrimoniales con su legítima esposa ». Tras haber pasado algo más de un año en prisión preventiva, y habiendo sido sometida su actividad a un control exhaustivo, fue finalmente absuelto. Dos años después, con España en estado de guerra, sería juzgado de modo sumarísimo por un tribunal militar, declarado culpable de rebelión e inmediatamente ejecutado.

Ferrer i Guardia?, Madrid, 2009, y Dolores MARÍN, *La Semana Trágica. Barcelona en llamas, la revuelta popular y la escuela moderna*, Madrid, 2009.

IV. *El enemigo económico: sindicalistas y comunistas.*

El sindicalista revolucionario, y después el bolchevique, sucedieron al anarquista como enemigo público. La sucesión evidentemente no fue mecánica y el comunismo y sus objetivos eran ya bien conocidos en la España finisecular. No obstante, desde la primera década del siglo xx se observa, tanto en las leyes como en los autores ortodoxos, una paulatina sustitución de la problemática anarquista por el peligro de una revolución social. El motivo no era otro que la expansión del movimiento obrero y la creciente importancia de sus actuaciones. El uso de la violencia individual contra el orden social establecido va dejando paso a la violencia colectiva contra el modelo económico imperante, los atentados unipersonales contra grandes personalidades en nombre de la libertad son reemplazados por la lucha de clases en pro de la emancipación y al artefacto explosivo lo sustituye la huelga general revolucionaria. Es, en efecto, la impresionante oleada de huelgas, intensificada entre los años 1909-1912, y, sobre todo, después de 1917, el acontecimiento que determinará esta progresiva inflexión y la consiguiente irrupción de los enemigos económicos.

Si el liberalismo conservador mostraba atisbos de simpatía hacia el liberalismo patógeno de los anarquistas, ante el sindicalismo revolucionario, y después el comunismo, no va a exhibir sino el más rotundo rechazo, aunque reconozca con arrepentimiento que el afán igualador nació con las revoluciones burguesas. Desde el mismo comienzo de la mentalidad oficial de la Restauración, coagulada en torno a los valores de orden, armonía y progreso espontáneo, las doctrinas sindicalistas y comunistas eran aborrecidas, fundamentalmente, por dos motivos: por su colectivismo, que rompía el indispensable equilibrio entre el interés individual y el social, y por su materialismo, que reducía la fenomenología social al más grosero de sus aspectos, con reprochable menosprecio de su dimensión más decisiva, la espiritual. Si en un caso reaccionaba el alma liberal frente a las creencias que « matan el génio creador, haciendo imposible todo progreso », en el otro era el alma católica la que recordaba que el « sentimiento religioso » era la base más estable del orden y que « Dios no dio á todos los hombres igual aptitud ». Pero en ambos extremos, de lo que se trataba era de defender « las leyes inmutables

de la naturaleza » — familia patriarcal y propiedad privada — contra los « bárbaros » de « las civilizaciones adelantadas »⁽⁸⁶⁾.

Ya se advertía entonces que estos « bárbaros no est[aban] a las puertas de Roma; sino dentro », aunque en principio no dejaron de ser considerados más que « media docena de utopistas perezosos que jamás tuvieron amor al trabajo »⁽⁸⁷⁾. Preocupaban mucho más, como sabemos, los ataques anarquistas. Sin embargo, terminada la primera década del siglo xx, el anarquismo pasó a identificarse en bloque con el anarcosindicalismo o « sindicalismo revolucionario », y su instrumento de lucha, « la huelga general », fue concebida como « la síntesis de todas las violencias imaginables »⁽⁸⁸⁾. Interesaba ahora a las instituciones oficiales estudiar a fondo « la evolución de la escuela socialista » en su doble vertiente, la reformista, organizada en un partido político, y la sindical, visible por las huelgas y urgida de la « intervención del poder público »⁽⁸⁹⁾. Temido por sus boicots, sabotajes y paros⁽⁹⁰⁾, el profundo error del sindicalismo, comenzando por su máximo exponente Georges Sorel, consistía en conceder prioridad a la praxis frente a la reflexión, a la acción frente a la meditación. A ojos del oficialismo, aquí radicaba el equívoco sobre el que se alzaba toda su propuesta de una « sociedad de productores libremente asociados »: al creer los sindicalistas que solamente el trabajo confiere valor a las cosas, olvidaban la imprescindible contribución, planificadora y eficiente, de las ideas del emprendedor. Ahí se encontraba también la razón de su equivocada preferencia por la clase, como unidad de experiencia, en lugar del

(86) Eran palabras de Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Impugnación de las sectas llamadas filosóficas y conocidas bajo los nombres de individualistas, comunistas y socialistas*, en « RGLJ » XLIII (1873), pp. 369-382, pp. 374-376 y 382.

(87) Andrés AGUILERA VERA, *Anticomunismo*, en « RGLJ » XLVII (1875), pp. 143-153, p. 149.

(88) FERNANDEZ HONTORIA, *El anarquismo contemporáneo: sindicalismo revolucionario* cit. (n. 76), pp. 29 y 38; ASÚA Y MENDÍA, *El anarquismo* cit. (n. 76), p. 104: « Último figurín del anarquismo es el sindicalismo revolucionario ».

(89) A la mejor memoria sobre estos asuntos ofrecía un sustancioso premio la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid en diciembre de 1910, ganado por Antonio MORENO CALDERÓN, *Evolución de la escuela socialista: su incorporación á los partidos políticos. Las huelgas en sus aspectos político, jurídico y económico*, Madrid, 1911.

(90) Vid. el discurso del civilista Calixto VALVERDE, *El sindicalismo revolucionario*, Valladolid, 1912, pp. 32-37.

partido — asociación en torno a una idea — o de la patria — depósito sentimental común —. Por eso, en suma, cifraban la posibilidad del cambio real en la acción directa de los sindicatos en vez de en el intercambio racional de programas ideológicos.

A la presunta esterilidad práctica atribuida a estos planteamientos materialistas, hubo por fuerza de suceder, tras la revolución bolchevique, una comprensión menos intelectualizada. El sindicalismo revolucionario ya no era el último ropaje del anarquismo, ni un movimiento basado en un error filosófico, sino una amenaza bien real que interpelaba tanto a los sectores dominantes como a la menguada clase media ⁽⁹¹⁾. Se convirtió de este modo en el bolchevismo ⁽⁹²⁾ o más lisamente en el comunismo ⁽⁹³⁾, ya en toda regla el « enemigo interno » alrededor del cual aglutinar a la comunidad natural ⁽⁹⁴⁾. De suponer una corriente pragmatista volcada en la acción directa, pasó a constituir una cosmovisión hiperracionalista — « avanzada », se dirá después, bajo el franquismo —, convencida de que el mundo podía organizarse de acuerdo a criterios estrictamente racionales e igualitarios, desconociendo la jerarquía providencial de los talentos, las flaquezas del hombre y su divina imperfección, y, en consecuencia, cubriendo con constituciones y leyes

⁽⁹¹⁾ Vid., como fuente, José María FARRÉ, *Los atentados sociales en España*, Madrid, 1922, y como bibliografía, Juan AVILES FARRÉ, *La fe que vino de Rusia. La revolución bolchevique y los españoles (1917-1931)*, Madrid, 1999, pp. 43 ss., Fernando del REY REGUILLO, *El empresario, el sindicalista y el miedo* y Rafael CRUZ, ¡Luzbel vuelve al mundo! Las imágenes de la Rusia soviética y la acción colectiva en España, ambos en Rafael CRUZ y Manuel PEREZ LEDESMA (eds.), *Cultura y movilización en la España contemporánea*, Madrid, 1997, pp. 235-272 y 273-303, respectivamente.

⁽⁹²⁾ Desde una perspectiva general, no sólo española, y con esclarecedora secuencia expositiva, vid. Edmundo GONZALEZ BLANCO, *Los sistemas sociales contemporáneos. Colectivismo, anarquismo, sindicalismo, bolchevismo*, Madrid, 1930, pp. 152-154 y 227 ss.

⁽⁹³⁾ La secuencia del oficialismo era ésta: del socialismo, y como forma radicalizada suya, nació el bolchevismo, mientras que el anarquismo engendró el sindicalismo, fusionándose ambas criaturas tras la Gran Guerra en el comunismo. Vid. las reflexiones del administrativista y político Antonio ROYO VILLANOVA, *Bolchevismo y sindicalismo*, Madrid, 1920, pp. 10-16.

⁽⁹⁴⁾ No fue con el franquismo, sino con la dictadura de Primo cuando el anticomunismo comenzó a tener esta función nacionalizadora. Vid. la tesis ejemplar de Alejandro QUIROGA, *Haciendo españoles. La nacionalización de las masas en la Dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)*, Madrid, 1930, pp. 96 ss.

perfectas una realidad de opresión, división y miseria ⁽⁹⁵⁾. Se construía así un habitual argumento conservador, destinado en lo sucesivo a tachar de fatalmente comunista toda propuesta encaminada a transformar el *statu quo* basándose en criterios racionales, es decir, toda propuesta netamente constitucional. Poco importaba, como veremos, que el Partido Comunista no tuviese apenas arraigo en España hasta el mismo año de 1936, pues se trataba de desacreditar como comunistas — es decir, como enemigos de los intereses privados de buena proporción de la sociedad — a reformistas, republicanos y sindicalistas, es decir, a las fuerzas que prestaron base a la II República y, por extensión, a esta misma ⁽⁹⁶⁾.

A ello contribuían también quienes se dedicaban al saber. De concebir a sus militantes como bárbaros bajo el progreso civilizador de la *belle époque*, se pasó primero a tipificar en la teoría los miméticos crímenes de la muchedumbre ⁽⁹⁷⁾, para después, doctrina psiquiátrica mediante, considerar directamente como dementados a los responsables de las acciones subversivas ⁽⁹⁸⁾. Se dejaba de este modo la puerta abierta a una intervención penal especializada bendecida por una ciencia con apariencias de neutralidad. Era, en efecto, el comunismo el principal peligro político que la función punitiva había de apartar. Y es que a medida que avanzaba el período de entreguerras, el anticomunismo fue agotando prácticamente la identidad política de los conservadores españoles y ga-

⁽⁹⁵⁾ Cf. las opiniones del criminalista Quintiliano SALDAÑA, *La revolución rusa. La Constitución rusa de 10 de julio de 1918*, Madrid, 1919.

⁽⁹⁶⁾ Un ejemplo propagandístico entre mil puede encontrarse en Mauricio KARL, ya en las mismas vísperas republicanas, en el repetidas veces editado *El comunismo en España*, Madrid, 1931, y posteriormente, ya con la Constitución de 1931 vigente, en el elocuente título *El enemigo: marxismo, anarquismo, masonería*, Madrid, 1935⁴, donde transmitía su «convencimiento de que esta república traería el comunismo a España», p. 193.

⁽⁹⁷⁾ Agustín DURAN, *La violencia en las luchas sociales*, Madrid, 1911, pp. 44 y 58-59, tesis manuscrita depositada en la Biblioteca de la Universidad Complutense con signatura T. 3456.

⁽⁹⁸⁾ Cf. las ocurrencias del psiquiatra oficial del régimen Antonio VALLEJO NAGERA en *Psicopatología de la conducta antisocial*, San Sebastián, 1938. Tamaños despropósitos, bien identificativos del totalitarismo hispano, no podían quedar desatendidos científicamente bajo el régimen constitucional: Enrique GONZALEZ DURO, *Los psiquiatras de Franco: los rojos no estaban locos*, Barcelona, 2008.

nando cada vez más proyección internacional: si en un primer momento, ya fuese durante el directorio de Primo como, sobre todo, desde 1933, implicaba una vinculación a la retórica y a la práctica del fascismo primero, y del nacionalsocialismo después, ya tras la II Guerra Mundial, supuso una clara asociación con la rentable lucha por la libertad que empezaba a librarse desde los Estados Unidos contra el «único» régimen totalitario subsistente. En definitiva, si en el primer tracto la ideología católico-liberal encaraba el peligro comunista acentuando el factor nacional y religioso frente al enemigo eslavo, después de vencidos los fascismos alemán e italiano, era de nuevo el factor liberal el que cobraba auge, aprovechando el franquismo para presentarse como el primero que fue capaz de divisar el carácter global de la amenaza roja y de derrotarla en su territorio, es decir, como ejecutor político de una «unidad histórica» y «providencial» signada por el destino para acabar en la tierra con todas las encarnaciones del diablo, siendo el comunismo la última y más feroz de ellas.

La defensa penal de la propiedad privada precedía desde luego a la aparición del enemigo económico. Ya en 1870 hizo falta recurrir al delito de sedición para castigar a quienes despojasen «con un objeto político ó social, de todos ó de parte de sus bienes propios á alguna clase de ciudadanos» (art. 250, CP70). Durante las primeras décadas de la Restauración bastó para la contención del incipiente movimiento obrero con el código, las conocidas leyes de asociación, reunión y prensa y con los sucesivos estados de alarma y guerra, irrumpiendo, en el último de ellos, la jurisdicción castrense, competente para depurar responsabilidades por rebelión o sedición realizadas por «milicianos populares armados» (arts. 28 y 29, LOP70). También el marco especial diseñado para combatir el anarquismo servía para frenar los repuntes violentos del sindicalismo. No fue sino la convocatoria de centenares de huelgas desde principios de siglo lo que condujo a la regulación gubernativa del fenómeno (L. 27 abril 1909). Respondiendo a los postulados del liberalismo individualista, este nuevo marco normativo oscilaba entre la protección de la autodeterminación para declararse en huelga y la preservación de lo establecido en los contratos laborales. Importante era el deber de dar a conocer las convocatorias con suficiente antelación a la autoridad, pero lo crucial era evitar las

coacciones, amenazas, desórdenes u obligaciones asociativas que, condicionando las decisiones de los trabajadores aislados, pudiesen extender el virus huelguístico. Y, en caso de dudas, se sometía de todos modos la celebración de las huelgas — una acción colectiva — al respeto de los derechos y cumplimiento de los deberes « que dimanen de los contratos » verificados entre trabajadores y patronos — una interacción individual —.

La aplicación de este régimen especial, caracterizado por la vaguedad de sus tipos, suscitó alguna confusión, que el ministerio público hubo de aclarar: para el delito de coacciones y amenazas dirigidas a « forzar el ánimo de obreros ó patronos », se subrayaba que la ley de huelgas sólo era aplicable de modo subsidiario, cuando el hecho no fuera constitutivo de una infracción prevista en el código con mayor pena. La represión de estas coacciones, recordaba el fiscal del Tribunal Supremo, contaba además con otros recursos extraordinarios, como la atribución del rango de autoridad pública, por ejemplo, a empleados de ferrocarriles o a los mismos carteros, con lo que toda presión ejercida sobre ellos, e incluso sobre cualquier particular que auxiliase a la autoridad, había de considerarse delito de atentado. No obstante, lo más perturbador era justo aquello que desbordaba el patrón individualista con que había sido concebido el control de las huelgas, a saber: la evidencia de que aquellas que « sólo afectan al interés personal de los obreros y patronos » eran sustancialmente diversas, y estaban además siendo rebasadas, por la huelga general, que paraliza el país, toca de lleno el interés público y requiere de una intervención gubernativa y « militar » excepcional (Cir. 28 marzo 1909, Cir. 2 octubre 1912).

Hasta el golpe de Estado de Primo, eran justamente las medidas de emergencia previstas en las leyes de orden público las destinadas a reprimir un derecho, el de huelga, implícitamente reconocido por las leyes de la Restauración. También se arbitraban medidas e instituciones de conciliación previas, o simultáneas, al conflicto laboral (L. 19 mayo 1908). En este sentido, se hizo un último intento antes de la dictadura de disminuir los paros, sofisticando, extendiendo e imponiendo procedimientos conciliatorios dirigidos por el Ministerio de Trabajo (RD. 25 agosto 1923). Ya bajo el directorio, como corresponde a todo sistema autoritario, se produjo un desdoblamiento entre el régimen legal formalmente previsto, que era

prácticamente el mismo que estaba vigente con anterioridad, y la represión material del movimiento obrero ⁽⁹⁹⁾, administrada primero por la jurisdicción militar y conducida también por bandas de pistoleros a sueldo de los patronos y muy especialmente por el Somatén, célula paramilitar extendida por el nuevo régimen a todas las provincias españolas con el fin de que «hombres de buena voluntad, amantes del orden», conservasen «la paz pública» con el uso de «armas de su propiedad» (RD. 17 septiembre 1923) ⁽¹⁰⁰⁾. Este cuerpo terrorista, considerado como «fuerza armada» en los estados de guerra, y laureado con honores oficiales por el gobierno y el monarca cuando se pasó del directorio militar al civil (RD. 4 diciembre 1925), actuó con total impunidad. Así lo demostró el bochornoso indulto general, amparado en el derecho de gracia regia, de que disfrutaron todos sus miembros que, «ansiosos de auxiliar a las Autoridades» y «con exceso de celo», fueron condenados a prisión por los tribunales por la comisión de cualquier delito, excepto «contra la propiedad» (RD. 16 mayo 1927) ⁽¹⁰¹⁾.

La dictadura de Primo no sólo se valió del terrorismo de Estado, dando prueba de su procedencia última al conceder mayor valor al derecho de propiedad que a la misma libertad personal. También trufó su código penal de medidas conducentes a la represión de las acciones revolucionarias inscritas en la dinámica de la lucha de clases. La justificación teórica que les prestaba cobertura era asimismo de genuina ascendencia liberal: el derecho, conjunto de reglas espontáneamente nacidas de la libre concurrencia entre sujetos, ha de ser protegido coactivamente por el Estado, en primer

⁽⁹⁹⁾ Vid. los elogios que merecían estas medidas para quien fue el penalista del régimen, el pragmatista Quintiliano SALDAÑA, *El atentado social. Doctrina y legislación*, Madrid, 1927, que consideraba la situación como de «guerra civil» y juzgaba la conveniencia de los medios empleados en función de su éxito político-criminal.

⁽¹⁰⁰⁾ Sobre la procedencia, naturaleza, composición y actuaciones del citado cuerpo, vid. Eduardo GONZALEZ CALLEJA, Fernando del REY REGUILLO, *La defensa armada contra la revolución. Una historia de las guardias cívicas en la España del siglo XX*, Madrid, 1995, pp. 165 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Años después, con el fin también de garantizar la impunidad de quienes hacían la guerra al enemigo fuera de la ley, el franquismo exoneró retrospectivamente de toda culpa a quienes delinquieron durante la República «en defensa de los ideales del Movimiento». Así agradecía los servicios prestados. Sobre esta ley de 23 de septiembre de 1939, vid. Marc CARRILLO, *El marco legal* cit. (n. 41), pp. 507-509.

lugar frente a los « enemigos interiores » que intentan alterar « la interdependencia de la libertad individual » (102). Y tales enemigos interiores no eran ya sino los comunistas. Para combatirlos se introdujeron cambios sustantivos en los delitos de desórdenes públicos, rebelión y sedición. Como desórdenes eran considerados los destrozos causados « con propósito de producir alteración del orden público » (art. 312, CP28), constitutivo de rebelión era « promover la guerra social » (art. 283.2) y de sediciosas eran tachadas tanto la excitación « a la lucha violenta de clases » (art. 297) como las huelgas revolucionarias (art. 290). A impedir la convocatoria, celebración y desarrollo de éstas se dirigía además una serie de tipos que sancionaban las coacciones en « el ánimo de obreros o patronos » para apoyar u oponerse a las huelgas, las perturbaciones en las actividades laborales, la exigencia de cuotas asociativas para fines « ilícitos » y los sabotajes (arts. 677-680 y 754). Lo revelador de todo ello era que las sanciones previstas para tales delitos se justificaban según el esquema de la enemistad, es decir, como un adelantamiento de la punibilidad, pues reprimiendo la huelga no se castigaba tanto un « período preparatorio de la revolución », sino « actos que, en sí mismos, constituyen ya delito », porque delictivo era el comunismo por su misma existencia y sus fines genuinos en la medida en que pretendía subvertir el orden legal vigente (103).

La llegada de la República supuso la anulación de las disposiciones antedichas y, en el plano constitucional, el reconocimiento del derecho de sindicación, mermado también por la invocación de su futura regulación legal y la conocida cláusula suspensiva. Éste fue el desagüe por el que se vació el citado derecho y el correlativo de huelga, sometido a estricta vigilancia, suprimido para los casos que afectasen a « servicios públicos » durante el estado de prevención y suspendido ya del todo en los estados de alarma y guerra (arts. 45-46, LOP33), que fueron, como sabemos, los preponderantes desde 1933. A la crónica situación excepcional se sumó una ley contra el terrorismo, sustitutiva de la vetusta sobre atentados con explosivo de 1894, aprobada en plena revolución obrera (L. 11

(102) Luis de ANDRES Y MORERA, *El comunismo en el nuevo Código penal*, Madrid, 1929, pp. 15 y 16.

(103) *Ibid.*, pp. 20-21 y 33.

octubre 1934). A las penas de «reclusión mayor a muerte» para quienes atentasen con sustancias inflamables, de «prisión menor» para los militantes de agrupaciones subversivas y a las demás, no menos severas, previstas para el «robo con violencia e intimidación» — delito elevado así a la categoría de terrorismo —, acompañaba una remisión a la ley de orden público para que, en caso de estado de guerra, rigiese el singular procedimiento en ella diseñado para las situaciones de suspensión de garantías (arts. 63 ss. LOP33). Declarado dicho estado de excepción, se encontraba de este modo estatuido el marco que prestó cobertura a la brutal represión de los movimientos revolucionarios en el otoño de 1934: las autoridades militares podían adoptar «cuantas medidas [fuesen] necesarias para el restablecimiento del orden» (art. 58, LOP33), los consejos de guerra también podían aparecer para lo que correspondiese a la jurisdicción militar y, sobre todo, se activaba una red de tribunales de urgencia impulsados por el solo objetivo de la celeridad y la ejemplaridad, ajenos, por tanto, a garantías procesales ordinarias como los recursos frente los autos de procesamiento y prisión o el beneficio de la condena condicional.

Este episodio represivo anunciaba lo que habría de llegar dos años más tarde. Tanto durante la guerra como tras la victoria de los militares insurrectos, los movimientos sindicalistas y, ya sí, comunistas, fueron eliminados y perseguidos por los cauces ya vistos con que se reprimía toda disidencia política. El Partido Comunista y los sindicatos de clase fueron expulsados de la ley, la apología de sus doctrinas sancionada, la huelga prohibida y hasta convertida en rebelión militar (art. 1.4, L. 2 marzo 1943). Fueron también establecidos delitos elocuentes como la acción colectiva encaminada a subvertir la «organización económica del Estado» o la fundación de asociaciones que «intentaren la implantación de un régimen basado en la división de clase» (arts. 28, 38 y 43 L. 29 marzo 1941, art. 173.4, CP44). Pero no bastaron tales previsiones para la persecución del comunismo. Consciente de que la sublevación se había intentado justificar en una falsedad, a saber, en el riesgo de una inminente invasión soviética, el franquismo quiso endurecer aún más el régimen punitivo contra el que ya era el enemigo — interno y externo — por excelencia con la creación de una jurisdicción

especial, la infame para la « represión de la Masonería y el Comunismo » (L. 1 marzo 1940) ⁽¹⁰⁴⁾.

Aparte de su carácter paralelo con respecto a los consejos de guerra, lo que hacía que se resintiese sensiblemente el principio *non-bis* in idem, dos conclusiones saltan a la vista con la puesta en planta de esta jurisdicción y la consecuente tipificación de delitos *ad hoc*. En primer lugar, con su habitual trazo grueso, el legislador franquista incluía en el concepto del comunismo a toda « fuerza anarquizante », a las « múltiples organizaciones subversivas » a él asociadas, a cualesquiera tendencias « soviéticas, trotskistas, anarquistas o similares ». La criminalización del comunismo se consagraba así como el pretexto para perseguir, en realidad, cualquier movimiento político de izquierda radical. Y en segundo lugar, la citada ley, tal y como confesaba su exposición de motivos, no hacía sino extirpar por fin un profundo mal que había padecido España desde su primera aventura constitucional, agravado con los ataques a la « Monarquía constitucional » y culminado, durante la República, en « la terrible campaña atea, materialista, antimilitarista y antiespañola que se propuso hacer de nuestra España esclava de la criminal tiranía soviética ». El franquismo se declaraba de este modo continuador de la patria eterna, debelador último y efectivo del enemigo interno con mil caras que llevaba siglo y medio atacando el orden natural católico-liberal.

Sin perjuicio de las depuraciones que se estaban llevando a cabo, de los consejos de guerra y de lo que correspondiese a los tribunales de responsabilidades políticas, y sirviéndose de los datos sobre filiación política que pudiesen revelar los sumarios instruidos en cada una de tales secciones, la nueva jurisdicción había de sancionar la pertenencia al comunismo — a ese concepto lato de comunismo — con la separación definitiva del cargo profesional, fuera este público o privado, la « inhabilitación perpetua » y el « confinamiento » o « expulsión ». Los únicos medios para librarse de esta persecución eran, o bien presentar ante las autoridades una contraproducente retractación autoinculpatoria, o bien la aplicación, por parte del tribunal especial o del mismo consejo de ministros, de alguna de las « excusas absolutorias » previstas, encamina-

(104) Vid. LANERO TABOAS, *Una milicia de la justicia* cit. (n. 41), pp. 334-335.

das todas ellas a demostrar el auxilio prestado a la insurrección fascista. A esta supresión civil del opositor, se sumaba además el castigo de la propagación de « ideas disolventes contra la Religión, la Patria y sus instituciones fundamentales », en un gesto que hacía rememorar la primera ley de imprenta de la Restauración. Y para llevar a cabo todas estas funciones se instituyó un tribunal formado por un presidente elegido por Franco, un general del ejército, un representante de la Falange y dos letrados, que resultaron ser, en un principio, el penalista Isaías Sánchez Tejerina, quien ya había trabajado en la comisiones de depuración de catedráticos, y el internacionalista Antonio Luna García (D. 4 junio 1940). Dicho tribunal estuvo en funcionamiento hasta su relevo por los tribunales de orden público en 1963, sección integrada en la jurisdicción ordinaria que podía conocer de los mismos delitos que la especial de comunismo puesto que éstos, a fin de cuentas, se caracterizaban por « su tendencia a subvertir los principios básicos del Estado, perturbar el orden público o sembrar la zozobra en la conciencia nacional » (L. 2 diciembre 1963).

Antes de que llegase tal momento, acabada la contienda según el parte oficialista, el anarcosindicalismo y el comunismo adoptaron la forma de guerrillas de resistencia, contra las cuales el régimen reaccionó recurriendo al fuero de guerra y prodigando la pena capital. En un decreto que derogaba la conocida *ley de seguridad del Estado*, ya parcialmente integrada en el código de 1944, volvía de nuevo a justificarse la conveniencia de un régimen excepcional « para las más graves formas de la delincuencia terrorista y del bandolerismo », aquellas que tuviesen como objeto, entre otros, « realizar venganzas o represalias de carácter social o político » (DL. 18 abril 1947). Destilando y « actualizando » todas las normas históricas aprobadas sobre el particular durante la Restauración, la dictadura de Primo y el bienio conservador de la República, la citada norma sancionaba los atentados con explosivos, los robos — aún considerados acciones terroristas —, los secuestros y la formación de grupos armados « para dedicarse al merodeo, bandidaje o subversión social ». Si por algún extremo contrario a las garantías se caracterizaba tal disposición, además de por su carácter reglamentario y dictatorial, era por un ilimitado arbitrio concedido a los sumisos y vindicativos tribunales militares, los cuales, en procedi-

miento «sumarísimo», podían imponer la pena de muerte por casi cualquier conducta, incluida «la mera colocación» de explosivos sin que se produjese detonación o el robo intimidatorio con arma de fuego sin lesiones. Importaba, en efecto, dar un escarmiento castigando desde la misma disposición a delinquir, siendo irrelevante la comisión efectiva del hecho penado por decreto.

Pasados los años más cruentos de la represión del maquis, el territorio español fue sellado para aquellos exiliados que, a juicio del poder, pretendían cruzar las fronteras «en forma subrepticia sin otros propósitos que los de perturbar el orden público». En una muestra más del provecho que rindieron las doctrinas defensistas — suma de positivismo y retribucionismo —, se adjudicaba a los tribunales, esta vez ordinarios, aunque no menos subordinados, plena libertad para aplicar «la pena de prisión menor en la extensión que estimen justa, atendiendo a los antecedentes y peligrosidad del responsable» (L. 22 diciembre 1949). Tal consideración de peligrosos afectaba también, y sobre todo, a la multitud de disidentes políticos que, salvándose de la ejecución, fueron excarcelados y puestos bajo libertad vigilada después de su estancia en los campos de concentración, en los batallones de trabajos forzados y en las masificadas cárceles franquistas. Desbordados por el «gran número de penados por hechos cometidos con ocasión de la Rebelión Marxista que disfrutaban de los beneficios de la libertad condicional», el presidente de la Comisión Central de Libertad Vigilada encargaba a todas las juntas provinciales que extremasen el rigor y la eficacia en su tarea instruyendo «expediente de observación de conducta» a los liberados que mostrasen «mala conducta político-social o privada con grave escándalo» o que exhibiesen algún indicio de «peligrosidad» (Cir. 22 mayo 1945). Pero, ¿en qué consistía tal peligrosidad de carácter político, diversa a la de tonalidad social que seguidamente examinaremos?

Las fichas de la guardia civil y la policía nos dan una idea de ella y nos ponen también ante una dolorosa evidencia: de los millares de sujetos «políticamente peligrosos» controlados por las autoridades, una aplastante mayoría de ellos había sido simpatizante, o militante, de agrupaciones izquierdistas antes de la sublevación en julio de 1936, sólo después de la cual habían pasado a formar parte, con diversos grados de implicación, de los colectivos comunistas, siendo

además muchos de ellos en aquel momento prácticamente adolescentes o jóvenes de poco más de veinte años ⁽¹⁰⁵⁾. Quiere esto decir no sólo que los individuos más destacados del anarcosindicalismo y del comunismo se habían exiliado o habían sido llanamente exterminados. También significan tales pruebas que el crecimiento exponencial del comunismo en España había sido un fenómeno reactivo y defensivo para enfrentar el ataque del sector fascista del conservadurismo español. *La guerra que se había desencadenado para salvar a España del enemigo rojo prácticamente creó y extendió el comunismo entre nosotros*. Pero, ¿qué significaba tal peligrosidad en que podían incurrir los delincuentes políticos excarcelados?

Tomemos el caso de Antonia García García, considerada « muy peligrosa para la Causa Nacional » porque durante la guerra, con tan solo veinte años, fue « muy extremada en sus ideales », denunció a « personas de derechas » y « alardeaba con el puño en alto » de su obediencia al « Gobierno rojo ». Salvador Amades Pastor, peón de albañil, militante primero del sindicato reformista UGT, comunista tras la guerra, condenado primeramente a veinte años y excarcelado después, era también considerado por la guardia civil « peligroso para el Régimen » pero por otros motivos, en concreto porque « observaba mala conducta moral y privada, haciendo vida marital con una mujer de malos antecedentes, siendo un borracho y mal trabajador ». A Juan Giles Monge, se le achacaban unos « instintos perversos » con la sola prueba de su pasada pertenencia a las

⁽¹⁰⁵⁾ Valgan algunos ejemplos: Pedro Antonio Garrido Bastias, con treinta y dos años en 1936, « perteneció al Partido Socialista desde antes del 18 de julio; estallado el Glorioso Movimiento Nacional se afilió al Partido Comunista tomando las armas desde el primer momento ». Gervasio Campos Millán, « afiliado al Partido Radical e Izquierda Republicana » antes del « Movimiento » y militante comunista durante la guerra. Vicente Hernández Rielves, « sindicado a la UGT y de significación izquierdista sin conocerse actuación alguna » antes de 1936, afiliado al comunismo después. José García García, « pertenecía al Partido Socialista, siendo uno de sus fundadores. Estallado el Glorioso Movimiento, fue uno de los organizadores del Partido Comunista ». Luis Moreno Gómez, con quince años al comenzar la guerra y cuyo padre « fue pasado por las armas », « era muy simpatizante de las izquierdas » y se afilió al « Partido Comunista » después de 1936. Todos ellos eran considerados peligrosos o desafectos a la « Causa Nacional » en 1946, 1947 y 1955, fechas a las que corresponden las fichas respectivas, conservadas en cajas AGA 44/12447, 44/12430 y 44/12434, de donde también extraigo los datos expuestos a continuación.

« Juventudes socialistas ». Y en Julián García Manchado la peligrosidad radicaba en que había desempeñado la presidencia de « la casa del pueblo » de su localidad, en su adhesión al Frente Popular, en « sus tendencias disolventes y falta de convencimiento », en su carácter « antirreligioso » y descreído, en su falta de militancia a la Falange. Otros, en fin, eran tachados de « muy peligrosísimos » tanto por su filiación comunista durante la guerra como por no avenirse a las costumbres « de orden » pasada aquella.

La peligrosidad vinculada a la oposición comunista no era una novedad franquista. Ya en los años treinta existía en Madrid una « división de investigación social » muy al tanto de las actividades de sus militantes, castigados, entre otras cosas, por « formar escándalo, dar gritos subversivos » y celebrar « reuniones clandestinas » con el expediente de la prisión gubernativa sustitutoria, recurso aplicado principalmente, como veremos, a « vagos y maleantes »⁽¹⁰⁶⁾. Pero en la posguerra la peligrosidad cobró una nueva dimensión. Era una suerte de estatus que englobó a todo aquel superviviente que de un modo u otro, próximo o remoto, tenía lazos de unión con el bando derrotado. El acoso, la vigilancia permanente, el temor a las delaciones y la exclusión implacable⁽¹⁰⁷⁾ hubo de convertir en muchos casos una adolescente y reactiva filiación comunista en un mal sueño, en una profunda equivocación contra la cual había que inmunizar a las generaciones posteriores. Pero si tal era su aspecto negativo, el de negar « hasta la raíz » unas pasadas inclinaciones ideológicas, la peligrosidad política, o, más en general, las múltiples (des)calificaciones de « desafección a la Causa Nacional », tenían en su lado afirmativo un intento de masiva homogeneización cultural en los valores preponderantes del régimen.

Peligrosos y desafectos eran declarados quienes no se avenían al código axiológico impuesto por las armas e integrado por los dogmas de la religión católica, la familia patriarcal y la existencia despolitizada. Desde luego, en la estigmatización policial primaban

⁽¹⁰⁶⁾ Vid. el expediente del encuadernador Ramón Fuentes Rodríguez archivado por la sección de investigación y vigilancia de la Dirección General de Seguridad del Ministerio de Gobernación y conservado hoy en caja AGA 10847.

⁽¹⁰⁷⁾ Enrique GONZÁLEZ DURO, *El miedo en la posguerra. Franco y la España derrotada: la política del exterminio*, Madrid, 2003.

las pasadas lealtades políticas, y aunque antiguos rojos, trascurridos quince años de la guerra, demostrasen « trabajar honradamente, ser amante[s] de la familia, concurrir a tabernas y alternar con personas de distintos ideales », continuaban siendo « conceptualizado[s] desafecto[s] » (108). Pero con tal nivelación espiritual salían a la luz dos de los caracteres más distintivos del totalitarismo hispano. En primer lugar, el encierro generalizado en una suerte de claustrofóbica tautología: el empleo de la violencia contra los enemigos se fundamentaba en la supuesta naturalidad de los valores inculcados y protegidos, y éstos carecían al parecer de vigencia sin el apoyo de tal violencia desmedida. Ambos polos, la violencia y el orden católico-liberal, se remitían mutuamente hasta su práctica fusión. Y en segundo lugar, la evidente afinidad electiva entre el liberalismo económico de la autoconservación y el franquismo despolitizador, que venían a coincidir en su concepción del trabajo « como origen de jerarquía, deber y honor » de los individuos, según proclamaba el décimo principio del « Movimiento Nacional » (L. 17 mayo 1958). El propósito último de ambas cosmovisiones, en efecto, no era sino reducir al sujeto, en el caso liberal, y al disidente supérstite, en el caso franquista, a una existencia privatizada y productiva, de trabajo abnegado, calor familiar y lúdica amistad libre ya de la tentación de crear activamente, mediante el ejercicio de la ciudadanía, las condiciones socio-políticas y económicas de la propia vida.

Este intento de contener la vida en su dimensión política, exitoso en buena parte y cargado de destino, no fue de todos modos completo. La doctrina liberal-conservadora, unánime en sostener que las instituciones han de reflejar la composición real de la sociedad, volvía una vez más a demostrar que por tal entendía unas creencias sostenidas por una minoría y presentadas como leyes naturales, mas no la verdadera correlación de fuerzas que operaba en la arena social. A continuar combatiendo el enemigo comunista, operativo ahora en la clandestinidad, se destinaron ciertas medidas que intentaron « administrativizar la represión » (109), comenzando por las disposiciones de la nueva ley de orden público de 1959 enderezadas a reprimir « los paros colectivos », « las reuniones

(108) Vid. la ficha de Sebastián Rojas Hormigos en caja AGA 44/1240.

(109) BALLBE, *Orden público* cit. (n. 13), pp. 427 ss.

públicas ilegales», «la apología de la violencia» y, para evitar estrecheces, cualquier otra actividad que de algún modo «alterase la paz pública o la convivencia social» (art. 2, L. 30 julio 1959). A este marco diseñado para los «estados de excepción y guerra» que podían ser declarados en un régimen de guerra y excepción permanentes, se añadía la persistente vigencia de las normas represivas de posguerra. Para actualizar su vigor y confirmar las competencias de la jurisdicción militar en los delitos político-sociales, fue aprobado un decreto en 1960 que refundía las disposiciones ya vistas sobre «rebelión militar» de 1943 y sobre «bandidaje y terrorismo» de 1947 al considerarse «necesaria su continuidad para reprimir eficazmente actuaciones subversivas o reveladoras de peligrosidad social» (D. 21 septiembre 1960).

Los disidentes comunistas y sindicalistas, responsables en casi su totalidad de la oposición clandestina al Estado franquista, eran así amenazados desde tres flancos diversos. En primer término, desde la jurisdicción ordinaria, encargada de sancionar, entre otros, los delitos de asociación ilícita y propaganda ilegal, castigando, por ejemplo, como «fundadores» del Partido Comunista a creadores de «células clandestinas» (STS. 12 mayo 1965). En segundo lugar, desde la jurisdicción militar, declarada competente para sancionar los delitos de orden público durante los estados de guerra (art. 49.4, LOP59), y facultada también en todo caso para atraerse la jurisdicción en aquellas acciones constitutivas de «delito de rebelión militar», tales como la conspiración para trastornar el «orden público interior» o las huelgas que «persigan un fin político» (art. 2, D. 21 septiembre 1960). Si de este modo quedaba en pie buena parte del cuadro jurídico que había amparado la represión militar más desbocaba, no se piense que fue cosa de un instante, vista la vigencia renovada que cobraron tales disposiciones en 1968, cuando, para evitar el contagio de la libertad, volvió a erigirse el ejército en guardián de los «valores intangibles solemnemente proclamados por los Principios del Movimiento Nacional» (DL. 16 agosto 1968). Y en tercer y último término, con «los trámites abreviados del procedimiento de urgencia» desde la jurisdicción de orden público, segregación de la «jurisdicción ordinaria» y sustitutiva de la especial para la represión del comunismo creada en 1963 para entender de los delitos políticos en general, y en especial de los relativos a las

actividades comunistas y de los previstos en el citado decreto de 21 de septiembre ⁽¹¹⁰⁾. Hasta el final de la dictadura estuvo funcionando este tribunal con la finalidad de neutralizar un comunismo clandestino indistinguible entre nosotros de la lucha por la democracia ⁽¹¹¹⁾.

3. *Peligrosidad social.*

Englobado tras la guerra en el vaporoso concepto de comunismo sostenido por el régimen franquista, el disenso político no fue combatido exclusivamente con la tipificación de delitos en leyes excepcionales y la intervención del fuero militar. A reprimirlo contribuían también las propuestas normativas clásicas del positivismo primero, y del « defensismo expiacionista » después, concretamente aquellas que abogaban por el establecimiento de un derecho penal preventivo basado, de una parte, en la peligrosidad de los agentes apreciada por arbitrio judicial y materializado, de otra, en la imposición de medidas de seguridad con fines reeducativos o directamente segregacionistas. No faltaban para ello autores tan consagrados como abyectos que desde la ciencia médica estigmatizasen al disidente como « psicópata » salido de su núcleo natural — « la masa anónima y pasiva » — por obra de la democracia, tentado por « aspiraciones superiores a sus disponibilidades » y afectado en consecuencia de « complejos afectivos de resentimiento » plasmados en « una conducta antisocial » ⁽¹¹²⁾. Esta consideración del disidente como « enfermo mental peligroso », que con sus « doctrinas e idealismos falsos » provoca « actuaciones perturbadoras » ⁽¹¹³⁾, fue además recogida explícitamente por la legislación positiva, en concreto por la reforma reactiva de la ley de vagos y maleantes de 1933,

⁽¹¹⁰⁾ Juan José DEL ÁGUILA, *El Top. La represión de la Libertad (1963-1977)*, Barcelona, 2001.

⁽¹¹¹⁾ Sebastián MARTÍN RECIO, *La transición en Manzanilla*, en Antonio CHECA (coord), 1973-1983. *Crónica de un sueño. Memoria de la transición democrática en Huelva*, Málaga, 2005, pp. 172-178.

⁽¹¹²⁾ Son palabras nuevamente del doctor nazi Antonio VALLEJO NAJERA, *Eugenesia de la Hispanidad* cit. (n. 58), pp. 127-130.

⁽¹¹³⁾ Dr. SANCHEZ MORATE, *El médico forense ante la Ley de Vagos y Maleantes*, en « Revista de Medicina Legal » (RML, en adelante) IV (1949), pp. 260-266, p. 262.

revisión aprobada durante el bienio conservador de la II República — auténtica antesala del franquismo — que para frenar los « abusos del derecho de libre emisión de ideas » incluía ya entre los « estados peligrosos » la apología y la propaganda « de los delitos de terrorismo o de atraco » sancionándolas con el internamiento en « establecimiento de custodia », el destierro y la sumisión a la vigilancia de la autoridad (L. 23 noviembre 1935).

Mostrando su carácter expeditivo y carente por completo de garantías, se ponía de este modo al servicio de fines políticos un novedoso mecanismo represivo concebido ingenuamente en sus inicios con exclusivos objetivos sociales y hasta, según veremos, garantistas. Son los destinatarios de esta estrategia punitiva los que han de interesarnos a continuación, porque en ellos continúa apreciándose en estado puro la lógica de la enemistad, aquella que desposee de derechos ciudadanos a determinados sujetos por su condición, modo de vida o ideología. Si en un caso hemos estudiado a los oponentes políticos de la comunidad católico-liberal, en este vamos a examinar el caso de sus despojos, de aquellos restos periféricos manifiestamente incapaces de socializarse con arreglo a los patrones morales y de conducta ortodoxos. Mientras que los enemigos políticos en general simbolizaban, con sus programas reformistas o su violencia política, la posible implantación de un orden alternativo, la aceleración indebida del progreso y la excesiva racionalización de la vida, los sujetos declarados peligrosos representaban la negación de todo orden, la brusca paralización del progreso y el consiguiente reinado fragmentario de los instintos más elementales. Si en un aspecto, por tanto, familia, propiedad, religión, trabajo jerarquizado y patria eran defendidos ante agresiones violentas pretensoras de un nuevo sistema político, en este otro de la peligrosidad social tales axiomas eran protegidos frente a su negación abstencionista y descreída, frente a una descomposición dispersa que hacía que se resintiese su validez socializadora. De ahí derivaban además las simpatías y desencuentros entre ambas clases de enemigos: si por una parte los solidarizaba su común exclusión del modelo en vigor y la consecuente y unánime oposición a sus fundamentos, por otra los distanciaba la pasividad, la falta de actuación conjunta exhibida por los peligrosos sociales, lo que suscitaba en los criminales políticos tanto un sentimiento paterna-

lista frente a las víctimas del sistema cuanto una difidente prepotencia ante un *lumpen* venal y sin principios.

Contemplados desde la perspectiva del poder, la naturaleza y los peligros que encarnaban unos y otros eran bien diversos, y así podía comprobarse en la entidad de su represión respectiva. De un lado, hemos podido apreciar cómo los medios empleados para perseguir y sancionar la disidencia política comenzaban por la limitación legal y gubernativa de los derechos para concluir con la imposición de penas severas, ejemplares y disuasorias. La dinámica del poder punitivo pretendía ser en estos casos implacable, retributiva y preventiva en términos generales, grabando en la conciencia colectiva las consecuencias inexorables de las actuaciones revolucionarias. De otro lado, en cambio, se pasaba de una cruenta represión a una prevención penal que poco o nada tenía que ver con medidas socioeconómicas realmente preventivas de la marginación social, medidas dejadas, en buena tradición liberal, a la discreción de la caridad, mas no a la imposición forzosa de la justicia. Esta irónica prevención penal, que más que intentar excluir el castigo lo extendía desafortadamente, no pretendía tanto escarmentar al opositor cuanto aislar y resocializar al anormal. Pero al ser conclusión generalizada durante todo el período de su aplicación que los fines reeducativos no eran, ni podían ser, alcanzados con los medios disponibles, la finalidad material que perseguía hubo de ser otra. En concreto, y a mi juicio, fueron al menos dos. En primer lugar, la defensa expeditiva, descargada de los engorros procesales ordinarios, de instituciones y principios capitales, como la familia, la propiedad y la seguridad personal, no ya contra una enmienda a la totalidad proclamada por enemigos políticos, sino frente a múltiples y dispersos ilícitos individuales que venían asimismo a quebrantar su estabilidad. Y en segundo lugar, el apartamiento de los sujetos peligrosos respecto de la colectividad no tanto, como solía decirse, porque supusiesen una amenaza delictiva, cuanto por representar un escándalo moral y un ejemplo vicioso. Se trataba, en efecto, de invisibilizar, y así neutralizar, a un sector de la sociedad que en relación principalmente al trabajo y la sexualidad encarnaban ejemplos torcidos y, en última instancia, disolventes. Puede así concluirse que mientras en el asunto visto de la criminalidad política se trataba de constituir un orden desprovisto de vigencia espontánea frente a sus adversarios, en el

asunto que vamos a ver de la peligrosidad social se trata de mantener y visibilizar un orden en el superficial plano de la apariencia, ocultando bajo la alfombra sus vergüenzas.

Trabajo y sexualidad son, en efecto, los dos núcleos sobre los que en mi opinión gravita al menos buena parte de la problemática de los entonces llamados « estados peligrosos ». Su exposición, por tanto, se ordenará en función de la importancia respectiva que obtenga cada uno de estos dos valores en las fuentes que ahora abordaremos. Si nos referimos al trabajo jerárquicamente ordenado como único medio lícito de subsistencia para los no propietarios, los sujetos que habrán de reclamar nuestra atención son aquella multitud que comprendía a mendigos, golfos, rufianes, proxenetas o jugadores y que se encontraba englobada bajo la rúbrica de vagos y maleantes. Y si nos referimos a la sexualidad, los ciudadanos deshumanizados mediante técnicas punitivas y disciplinadoras fueron básicamente las prostitutas y los homosexuales.

I. *El enemigo parasitario: vagos y maleantes.*

Dejando a un lado su larga historia, que se remonta mucho más allá del arco temporal aquí examinado, en lo que al Estado liberal hispano se refiere, la vagancia no había sido en absoluto indiferente al legislador penal. Fue objeto de una ley especial durante el período moderado (L. 9 mayo 1845), concebida aún como normativa de policía y puesta rápidamente en práctica como medio de control y vigilancia de quienes, « sin arraigo de ninguna especie ni amor al trabajo », aprovechaban en beneficio propio los « trastornos » revolucionarios (Cir. del Ministerio de Gobernación, 23 marzo 1848). Algunas de sus medidas fueron después integradas en un título del código expresamente dedicado a la represión de vagos y mendigos con penas de « arresto mayor », « prisión correccional » y « sujeción á la vigilancia de la Autoridad » (Tit. VI. Lib. II. CP48 y CP50). Lo castigado era ya una condición personal, y no la comisión de un hecho delictivo. En una definición que habría de inspirar leyes, órdenes y sentencias durante más de un siglo, el código aseveraba que vagos eran « los que no poseen bienes ó rentas, ni ejercen habitualmente profesión, arte ú oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupación lícita, ó algún otro medio legítimo y conocido

de subsistencia » (art. 251 CP48, art. 258 CP50) ⁽¹¹⁴⁾. En vísperas del Sexenio tal régimen jurídico fue endurecido con la aplicación a los casos de vagancia del procedimiento previsto para las infracciones de orden público, es decir, para delitos como la rebelión y la sedición (L. 27 marzo 1868) ⁽¹¹⁵⁾. Además de la derogación de esta última y radical disposición (D. 19 octubre 1868), la democracia constitucional eliminó del código el vergonzoso título sobre vagancia y mendicidad, aunque contempló la primera como circunstancia agravante (art. 10.23, CP70). Descontando la comprensible aparición de estudios criminológicos sobre el asunto ⁽¹¹⁶⁾, y vista la falta de culminación de algún proyecto de ley sobre el particular ⁽¹¹⁷⁾, la llegada de la Restauración no alteró en sustancia el marco punitivo vigente, en funcionamiento también durante la dictadura de Primo de Rivera hasta la sanción del nuevo código, el cual amplió hasta tal punto las agravantes « por las condiciones del infractor » » (arts. 67 ss., CP28) que normalizó en los tribunales la apreciación de peligrosidad y « predisposición a la delincuencia » por observar « muy mala conducta », llevar « una vida depravada », ser « pendenciero »

⁽¹¹⁴⁾ Precisaba el término Mario NAVARRO AMANDI, *La vagancia. Su carácter legal. Misión del Estado respecto a la vagancia*, en « RGLJ » LIV (1879), pp. 422-429 y 632-640, afirmando que consistía en « la no posesión de dinero lícitamente adquirido » (p. 428), dado que el rentista ocioso no incurría de ningún modo en vagancia. Sostenía además el autor que siendo ilícito el medio de subsistencia en el vago, cumplía entonces perseguir tal ilicitud y no la mera peligrosidad, aminorada, más que con prisiones, con instrucción y redistribución de la riqueza (pp. 634-636).

⁽¹¹⁵⁾ Procedimiento consignado en nuestra primera ley de orden público (RD. 16 marzo 1867), que en realidad, muy al estilo moderado, no era sino un decreto que daba rango legal a un proyecto de ley sin previa discusión parlamentaria, aun implicando éste una clara injerencia en los derechos. Habilitado este proceso de urgencia para reprimir la vagancia, el fiscal del Tribunal Supremo encarecía a sus subordinados para que, ya sin excusas, desplegasen « una acción perseverante » y promoviesen « la pronta sustanciación de los procesos », todo con el fin de « disminuir el número de delincuentes y de moralizar la sociedad » (RO. 28 marzo 1868).

⁽¹¹⁶⁾ No podía ser de otra forma en tiempos de abolengo positivista y difusión de la antropología criminal. De entre todos los textos, sobresalían, fuera de toda duda, los tratados de Rafael SALILLAS, *Hampa (Antropología picaresca)*, Madrid, 1898, y Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, José M^a LLANAS AGUILANIEDO, *La mala vida en Madrid. Estudio psico-sociológico*, Madrid, 1901.

⁽¹¹⁷⁾ Proyecto criticado por NAVARRO AMANDI, *La vagancia* cit. (n. 114), p. 422 n. 1.

e incurrir con frecuencia en « embriaguez » ⁽¹¹⁸⁾. Por último, el régimen republicano supuso la abolición del código primorriverista, la exclusión definitiva del código de la agravante por vagancia y la contrastante aprobación de una ley de peligrosidad sin delito destinada al control y reinserción de vagos y maleantes.

Hasta la publicación de esta nueva norma, la ignominiosa y autoritaria persecución de sujetos por su modo moral de conducirse discurría en otro plano. Las menciones explícitas en el código apenas reflejaban una mínima parte de la represión real de los marginados, amparada desde hacía tiempo en las atribuciones que los estatutos provinciales conferían al gobernador civil para « reprimir los actos contrarios á la religión, á la moral o á la decencia pública » imponiendo multas o, en « defecto de pago », ordenando el « arresto supletorio » del blasfemo, inmoral o indecente (arts. 81.3 y 82.6, L. 21 octubre 1868). Esta competencia gubernativa de carácter discrecional procedía de la legislación municipal del moderantismo y fue transitoriamente abrogada por los sucesivos regímenes provinciales de 1870 ⁽¹¹⁹⁾ y 1877, para volver a aparecer en la ley provincial de 1882, ya con la fórmula clásica del arresto sustitutorio de quince días por impago de multas impuestas por « actos contrarios á la moral ó a la decencia pública » (art. 22, L. 29 agosto 1882). Fue precisamente esta extendida práctica gubernativa lo que intentó atajar la ley republicana de vagos y maleantes de agosto de 1933, haciendo aflorar al ámbito judicial todo un submundo de incertidumbre jurídica y administración policial del castigo. Sus principales, ilusos y obligados artífices, los penalistas y políticos Mariano Ruiz Funes y Luis Jiménez de Asúa, justificaron de este modo la aprobación de una « ley, defensiva y biológica, en la que toma[ba]

⁽¹¹⁸⁾ Así se expresaba el informe de la fiscalía en un proceso célebre donde en realidad no se ventilaba más que un delito de lesiones, condenado finalmente, por la apreciación de la peligrosidad y por la ya entonces vigente presión periodística, a trece años de prisión. Vid. César GONZALEZ RUANO, *El crimen de la Gran Vía. Un proceso apasionante sujeto a comentarios y revisión crítica del caso y su proyección social*, Madrid, 1929, pp. 70 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Cf. Carmen SERVAN, *Configuraciones y desfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869*, en Marta LORENTE (coord.), *De justicia de jueces* cit. (n. 13), pp. 363-395, pp. 382-383.

realidad la doctrina del estado peligroso » (120). Llevaban tiempo denunciando el encierro indiscriminado, « sin previo enjuiciamiento », de estos sujetos marginales (121), y pensaban ahora que España se sumaba al progreso penal de los países desarrollados al abordar « de frente y con valentía » el problema de la peligrosidad social con un instrumento que, según esperaban, erradicase la limpieza « de los malvivientes por métodos policíacos [aplicados] a extramuros de la ley » que se estaba llevando a cabo en « las grandes ciudades con grave escarnio del derecho de libertad » (122).

Pero ni el ideal científico de sus creadores era exactamente el registrado en la ley final, ni menos aún su aplicación efectiva se correspondió con sus ingenuas previsiones. Apremiado al parecer por los efectos de una amnistía, el gobierno presentó ante las Cortes un proyecto de urgencia sin la previa intervención del organismo técnico consultivo, la Comisión Jurídica Asesora. En tal proyecto eran incluidos entre los estados peligrosos las contravenciones habituales « al orden, moral o decencia públicas » y la responsabilidad por delitos « contra la Constitución y el orden público », por infracciones de « escándalo público » o por cualquier otro crimen penado en las leyes especiales. Alegando la nítida diferencia entre una ley preventiva de carácter político y utilidad gubernativa y otra de naturaleza científica y « biológica », Asúa, y la minoría socialista a la que pertenecía, lograron vetar el proyecto, encargándose la perentoria redacción de uno nuevo al catedrático de Madrid y a Ruiz Funes. En él dichas disposiciones eran sustituidas por otras más precisas que aludían a « la comisión reiterada de faltas policiales » y a la « declaración expresa sobre la peligrosidad del agente » realizada por « el Tribunal sentenciador ». La veloz discusión parlamentaria de la nueva propuesta se saldó con retoques de importancia,

(120) Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito* LXXXII (1933), pp. 577-635.

(121) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Epílogo* de GONZALEZ RUANO, *El crimen de la Gran Vía* cit. (n. 118), p. 148. Asúa era además autor de un internacionalmente conocido estudio sobre *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, 1922.

(122) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley de Vagos* cit. (n. 120), p. 635. Se sumaba a esta percepción garantista Niceto ALCALA-ZAMORA CASTILLO, *El sistema procesal de la Ley relativa a Vagos y Maleantes*, en « Revista de Derecho público » V (1936), pp. 201-214.

auspiciados en su mayoría por el magistrado Javier Elola. Entre ellos cabe destacar la inclusión entre los individuos peligrosos de los « mendigos profesionales » y de quienes promoviesen « la embriaguez habitual », la sustitución de la mención a « las faltas policiales » por otra a las « contravenciones penales » en general — o sea, a todas las faltas del código, no sólo las policiales — y la agregación, entre las medidas de seguridad, de las « colonias agrícolas », ampliándose además el límite de encierro de uno a tres años. Y para la declaración judicial de peligrosidad de los responsables criminales se realizó un intento de categorización, ausente en el proyecto de Asúa, quien estimaba que tal declaración había de quedar al completo « arbitrio de los Jueces » ⁽¹²³⁾.

El resultado fue una ley que distinguía entre la peligrosidad sin delito y la criminal, comprendiendo esta segunda la reincidencia y la expresamente declarada por el tribunal sentenciador, e incluyendo entre otros la primera, que es la que aquí interesa, a « vagos habituales », « rufianes y proxenetas », « mendigos profesionales », explotadores de « juegos prohibidos », « ebrios y toxicómanos habituales » y a « los que observen conducta reveladora de inclinación al delito manifestada por el trato asiduo con delincuentes y maleantes [o] por la comisión reiterada de contravenciones penales » (art. 2, L. 4 agosto 1933). Exceptuando a los adictos, a quienes se imponía « el asilamiento curativo en Casas de templanza » por « tiempo absolutamente indeterminado », a todos los restantes se les aplicaba, como medidas de seguridad, el « internado en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola » por tiempo indeterminado hasta tres años, « prohibición de residir en un lugar determinado », « obligación de declarar su domicilio » y sumisión a una « vigilancia de Delegados » que había de tener « carácter tutelar y de protección ». El procedimiento habilitado al efecto contaba, en su aspecto garantista, con los trámites de audiencia, prueba y alegaciones concedidos al « presunto peligroso », y en su lado defensivo, con el peso de la presencia policial y, sobre todo, con su carácter inquisitivo, dado que coincidían en un mismo juez la instrucción y la

⁽¹²³⁾ Jiménez de Asúa, *La Ley de Vagos* cit. (n. 120), p. 613, de donde pueden extraerse todas las noticias consignadas y las que vienen a continuación (pp. 604, 627 y 632).

resolución de la causa. Los propósitos perseguidos, en boca del propio Asúa, eran « corregir el índice de peligrosidad y prevenir los delitos futuros » con la « adaptación e inocuización » del desviado, procurando con ello « defender a la sociedad » y « convertir al peligroso en un elemento útil » con la disciplina del trabajo. Sin embargo, ni el modo de preparar, discutir y aprobar la ley satisfizo a su progenitor — « esta ley es el ejemplo más típico de que *así* no se puede legislar », se lamentaba Asúa — ni tampoco le convencían los derroteros que estaba tomando su aplicación, pues la ley no imponía el « deber de sentenciar como temible » a todo aquel que entrase en la caracterización de los tipos, sino sólo a aquellos de cuya peligrosidad hubiese prueba fehaciente, ni tampoco permitía, esta vez a juicio de Ruiz Funes, interpretación analógica o extensiva, visto su carácter excepcional. Pero vanos fueron ya los intentos de descargar la norma de su « tinte defensivo de orden público », circunscribiéndola a su « lado científico biológico-jurídico », como estéril resultó la extemporánea petición de Asúa, formulada en la antesala de la guerra, de suspender su aplicación « en tanto se llenan las condiciones mínimas para su adecuado funcionamiento » (124). El correccionalismo humanista ya había puesto en manos del defensismo retribucionista un poderoso instrumento de control y represión (125).

Los peores pronósticos pronto se vieron confirmados. El triunfo electoral del derechismo se tradujo en « la creencia de que la ley de Vagos [era] una especie de complemento de la de Orden Público » (126). De poco valieron los esfuerzos de la fiscalía de la República por precisar las evanescentes descripciones de peligrosidad con el fin de conciliar « la defensa de la colectividad » y el « respeto debido a las libertades ciudadanas » (Cir. 12 marzo 1934).

(124) Sobre la petición de Asúa daba noticia ALCALA-ZAMORA CASTILLO, *El sistema procesal* cit. (n. 122), pp. 202-203.

(125) Y así lo agradecía su exponente más terrible, Federico CASTEJÓN, *El proyecto Pinies de profilaxis social (maleantes) de 1922 y la Ley relativa a Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933*, en « RGLJ » CLVIII (1933), pp. 214-254 y 435-454. Se ponía así de relieve un fenómeno de carácter general, pues la intensificación del poder estatal impulsada por la socialización democrática y el intervencionismo hubo de rendir provecho a los autoritarismos posteriores.

(126) ALCALA-ZAMORA CASTILLO, *El sistema procesal* cit. (n. 122), p. 203 n. 9.

A frustrar este intento de excluir del tipo de vagancia a los afectados por el « paro forzoso », de distinguir entre el jugador y quien viviese de juegos prohibidos o de sustraer de la figura de mendicidad a los obligados a ella por falta de protección social vino el reglamento sobre vagos y maleantes, norma de rango inferior que alteraba sensiblemente el contenido de la ley ampliando el sentido de los estados peligrosos e incluyendo una cláusula final que permitía la interpretación analógica (art. 1. G. D. 3 mayo 1935). Inútil resultó igualmente la reforma planteada antes de la guerra para delimitar de manera « inequívoca las categorías de sujetos peligrosos » y organizar « una Magistratura especial »⁽¹²⁷⁾, como tampoco tuvo trascendencia la tardía revisión de las sentencias sancionatorias, ordenada ya durante la contienda, con el fin de anular aquellas que tuviesen fundamentación política (D. 25 agosto 1936). Las bases para la represión de la peligrosidad social durante el franquismo estaban firmemente colocadas.

Si a nivel normativo los planes de Asúa y Ruiz Funes fueron visiblemente alterados, en el más decisivo plano de las prácticas se vieron completamente frustrados. Existía una inercia de décadas que confirió a la ley de vagos un valor muy preciso: supuso, en concreto, la confirmación judicial de los arrestos supletorios, ahora sustituidos por encierros más duraderos que nunca cumplieron su fin reeducativo y por penas complementarias como el destierro. Los arrestos gubernativos estaban a la orden del día meses antes de la entrada en vigor de la nueva legislación sobre vagancia. Tomemos el ejemplo de Emiliano Jiménez García, acusado de penetrar en una finca de la que sustrajo catorce kilos de « espigas de trigo ». Reconocido por la autoridad policial como « delincuente habitual contra la propiedad », carente de domicilio y profesión, se ordenó el 29 de junio de 1933 su ingreso en prisión « para que extinga un arresto de quince días en defecto de una multa que, *por faltas a la moral*, le ha sido impuesta ». Así rezaba el formulario que el policía de turno hubo de rellenar con los solos datos del encartado y la fecha. Era, por tanto, una práctica rutinaria consistente, sobre todo, en castigar de una forma expeditiva faltas o delitos menores contra la propiedad, sin

⁽¹²⁷⁾ *Ibid.*, pp. 202-203.

necesidad de acudir a los tribunales de justicia y, por supuesto, sin concesión de garantía procedimental alguna al insolvente arrestado.

Si esto acontecía en vísperas de la nueva legislación, de gran interés resultan las alteraciones producidas una vez vigente todo el marco legal sobre el particular, reglamento incluido. El cambio verificado, en sustancia, consistió en lo siguiente: de arrestarlo directamente por quincenas, las autoridades policiales pasaron a poner al « presunto peligroso » a disposición del improvisado juzgado de vagos ⁽¹²⁸⁾ facilitando los antecedentes del sujeto y realizando las oportunas acusaciones; y el juez, después de certificada por un forense la capacidad física para trabajar del procesado, y una vez oído el fiscal, emitía sentencia sobre la base de los « hechos probados » principalmente por la autoridad policial. Corroboremos esta impresión con un ejemplo paradigmático. Ildefonso Bellón Gómez, apodado *El Titón* y arrestado en varias ocasiones por hurto y tentativa de robo, resulta detenido en agosto de 1935 por jugar a los dados en un establecimiento clandestino. A petición del juez de instrucción, la Dirección General de Seguridad emite un informe sobre su « modo habitual de vivir » en el que se sostiene su « mala conducta », se indican sus « antecedentes por hurto, robo, uso de nombre supuesto y juegos prohibidos » y se dice ignorar sus « medios de vida ». Renunciando el encartado a proponer pruebas, limitándose el fiscal a pedir mecánicamente la aplicación de algunas medidas de seguridad y declarando el juez « el exíguo crédito que en principio merecen las manifestaciones del inculcado », en menos de quince días Bellón Gómez fue declarado peligroso por « su inclinación al delito patentemente demostrada por la comisión reiterada de contravenciones punibles » y, en consecuencia, fue condenado a internamiento en un centro de trabajo de uno a tres años, a no residir en Madrid una vez trascurrido el encierro y a ser vigilado durante tres años ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁸⁾ En la caja AGA 43/4125 se contiene el concurso para la provisión del personal del juzgado madrileño de vagos. Ganó un juez municipal carente de esas competencias antropológicas y criminológicas que según los positivistas habían de adornar al juez del derecho penal preventivo.

⁽¹²⁹⁾ Tanto este expediente como el anteriormente citado se encuentran en caja AGA 43/4124, de expedientes de peligrosidad del juzgado de instrucción número 5 de Madrid, « especial para la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes ». La mención de

Castigo automático de faltas y delitos contra la propiedad, rápida segregación de los alcohólicos crónicos, declaraciones de peligrosidad sin la más mínima disquisición antropológica ni el menor análisis criminológico o psicológico, con la sola apoyatura de informes policiales y hasta de alcaldes, falta consiguiente de individualización de la pena, evitación anticipada de cualquier forma de reincidencia, prolongación judicial ratificadora de las prácticas gubernativas, consecuente encierro masivo de sus víctimas, los llamados « quinceneros », y, en definitiva, limpieza automatizada de las calles de todos sus elementos marginales. Todo esto supuso, o comenzó a suponer, la puesta en planta de la jurisdicción de vagos y maleantes, una buena muestra de la distancia radical e insalvable que puede abrirse entre pensamiento jurídico y práctica institucional. Pero si republicanos conservadores y demócratas, burgueses progresistas y hasta socialistas democráticos consintieron tamaño engendro porque, en el fondo, daban por desperdiciadas para la sociedad las vidas de los pobladores desclasados del hampa, las circunstancias no pudieron sino empeorar con la entrada de un régimen, el franquista, que encontró a este respecto el terreno bien labrado.

Con el cambio político vinieron novedades culturales y normativas y se verificó una continuidad, compleja y expansiva, en lo

algunos expedientes más, todos contenidos en la misma caja, acaso pueda consolidar la convicción formulada a continuación. Detenido por « sospechoso » en 1935, Damián Gil Martín quien significativamente alegaba « no cometer delitos contra la propiedad » fue declarado « ebrio habitual » e internado en « casa de templanza por tiempo indeterminado » por dormir « una borrachera » en un parque. Luis Quevedo de Mingo, alias *Luis el Loco*, encerrado en un centro de trabajo por inclinación al delito, confesaba que todos sus « amigos [eran] quinceneros, gente conocida por la policía por tener antecedentes ». El caso del joven Antonio Gamó Méndez es realmente escandaloso. Con catorce arrestos gubernativos a sus espaldas con tan solo veintidós años, presentó como pruebas los testimonios de su cónyuge y su patrón. Mientras la primera aseguraba que su marido se había enmendado, abandonando las malas compañías, el segundo certificaba que se encontraba a su servicio como vendedor ambulante desde hacía catorce meses. El juez declaró probado que no contaba con « medios de vida » porque no había demostrado tener « trabajo fijo », lo cual le condujo a un establecimiento de trabajo al menos durante un año. En sólo una ocasión he encontrado un pliego de descargo suscrito por la defensa, concretamente el del procurador de José Charfole Díaz, quien había ya padecido nada menos que cincuenta y dos arrestos supletorios. En él se denunciaba la « cómoda vaguedad del parte policíaco » sobre el que se basaría el juez y la injusticia de castigar con nuevas medidas de seguridad delitos pasados contra la propiedad ya penados.

concerniente a la praxis judicial. La novedad cultural fue, sino la irrupción, sí al menos la intensa propagación de un determinado discurso médico y psiquiátrico, distante ya de la cosmovisión experimental y condescendiente del positivismo antropológico de fin de siglo. Los médicos forenses y los doctores carcelarios, habituales en las recién creadas revistas de *Medicina legal* y de *Estudios Penitenciarios*, adoptaban ya un tono claramente estigmatizador e inculpatario. La intervención facultativa en los procesos de vagos y maleantes — tres cuartas partes de los cuales terminaban con internamiento en centro de trabajo — se limitaba, como bien sabían sus protagonistas, a verificar «la aptitud física para el trabajo» del sujeto declarado peligroso, correspondiendo al juez el señalamiento de «los elementos de temibilidad». Sin embargo, no por ello dejaban de postularse como piezas indispensables de todo el engranaje, dada su competencia para detectar las pruebas inculpatorias del alcoholismo y la toxicomanía, de la corrupción de menores o del proxenetismo ⁽¹³⁰⁾. Ínfima en el plano procesal, su intervención se concentraba sobre todo en la legitimación científica del encerramiento de individuos por su sola peligrosidad. Poco importaba que no fueran los peritos mismos quienes certificasen la enfermedad mental del procesado. La función desarrollada por el discurso médico era otra, de índole cultural, consistente en tachar de psicópata a los inadaptados, a quienes entraban en conflicto con «la Familia, la Sociedad y el Estado» ⁽¹³¹⁾. La jurisdicción de vagos, ensalzada por los doctores oficiales del régimen ⁽¹³²⁾, se ocuparía así de «la eliminación profiláctica» de «psicópatas inestables» aquejados de «un psiquismo débil», «lábilis de estado de ánimo» y, sobre todo, faltos «de voluntad» y consistencia frente a las determinaciones insoslayables de la vida, lo que les hace incurrir inevitablemente «en responsabilidad al abstenerse de colaborar en una profesión deter-

⁽¹³⁰⁾ Acisclo FERNÁNDEZ CARRIEDO, *La legislación de Vagos y Maleantes en relación con las funciones Médico-Forenses*, en «RML» VII (1953), pp. 266-281, pp. 269, 271 y 277.

⁽¹³¹⁾ Ángel SERRANO SALAGARAY, *Psiquiatría médico-legal*, «RML» XI (1956), pp. 178-195, p. 188.

⁽¹³²⁾ Vid. las apreciaciones de uno de los más destacados, junto a Vallejo Nágera y Manuel Pérez de Petinto, Antonio PIGA PASCUAL, *Ideas modernas sobre la personalidad en sus relaciones con el derecho* «RML» (1949), pp. 377-401, p. 388.

minada », de modo que resulta muy conveniente su reclusión « en instalaciones adecuadas para devolverlos aptos para el servicio » (133). La cuestión es que en el trazado de este perfil entraban juicios poco científicos: los vagabundos eran considerados « psicópatas desalmados, insinceros, cobardes » dedicados a « negocios inmorales y a toda suerte de actos antisociales »; de ellos, además, era recomendable para calibrar su peligrosidad hacer un reconocimiento de su « comportamiento religioso », para comprobar si el sujeto era « místico, sectario, supersticioso, antirreligioso », y de su « comportamiento político », para detectar si era « independiente, idealista, materialista, revolucionario » (134). Salían así a la luz las claras infiltraciones morales de este pretendido discurso científico, plagado en realidad de prejuicios. Además de expresar el dominio de un sector social a través del saber, reflejaba también el « estado normal » que se intentaba forzosamente imponer con la estigmatización de los anormales, un estado normal encarnado por el buen padre de familia, laborioso, responsable, devoto, planificado y volcado en el cumplimiento de fines productivos, es decir, por el hombre que cumple con una « norma del término medio » que prescribe el trabajo jerárquico y la práctica religiosa como medios de integración y que, por tanto, proscribía a los inadaptados, a los que reclamaban el « derecho a la pereza » y hasta a « aquellos inestables, artistas de todo género, que recorren el mundo » (135). Pero lo relevante es que no se trataba tanto de resocializar al vagabundo, al mendigo y al maleante con arreglo a dicho patrón de conducta, cuanto de apartarlo de la vista para que éste pudiese continuar considerándose vigente y obligatorio.

En cuanto a las novedades legislativas, dejando aparte la crea-

(133) Eran opiniones de José María CODÓN e Ignacio LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría jurídica* cit. (n. 54), pp. 395-397; SERRANO SALAGARAY, *Psiquiatría médico-legal* cit. (n. 131), pp. 188-189; Rodrigo GONZALEZ LÓPEZ, *Vagabundos. Estudio psicopatológico*, « RML » III (1948), pp. 304-313, p. 309-312; y Luis AGUIRRE PRADO, *Pícaros, vagos y golfos*, « REP » II (num. 11, febrero 1946), pp. 21-29, p. 29.

(134) GONZALEZ LÓPEZ, *Vagabundos* cit. (n. 133), pp. 307 y 309; SANCHEZ MORATE, *El médico-forense* cit. (n. 113), p. 265.

(135) Eran indicaciones, nuevamente, de GONZALEZ LÓPEZ, *Vagabundos* cit. (n. 133), pp. 309 y 312. La alusión a la pereza no es sino una invocación del célebre opúsculo de Paul LAFARGUE, *El derecho a la pereza* (1883), Buenos Aires, 2004.

ción, con fines de control social, del Registro Central de Vagos y Maleantes (O. 24 febrero 1937), pueden éstas ordenarse según afectasen a la ampliación de los estados peligrosos o bien a la regulación del procedimiento. En relación a la parte sustantiva, hubo tres modificaciones de interés y, por último, una sustitución global. La primera de ellas, por efecto de la escasez de la posguerra, incluía entre los casos de peligrosidad sin delito a los especuladores que sustrajesen « de la lícita circulación mercaderías y otros artículos de comercio » (L. 4 mayo 1948). La segunda, demostrando otra vez que la defensa social degeneraba fácilmente en defensa política, añadía el caso de quienes « con su conducta perturben o pongan en peligro la paz social y la tranquilidad pública » (L. 15 julio 1954). Y la tercera incluía el tipo del « gamberrismo » y los actos vandálicos, mal que, según la motivación legal, podía atajarse mejor con « el arma eficaz y flexible de la Ley de Vagos » que con el libro tercero del código dedicado a las faltas (L. 24 abril 1958). El relevo lo tomó la llamada *ley de peligrosidad y rehabilitación social*, de 4 de agosto de 1970, encaminada, según el legislador franquista, a permitir « la adquisición de un conocimiento lo más perfecto posible de la personalidad biopsicopatológica del presunto peligroso », reconociendo implícitamente que tal conocimiento no había llegado nunca a darse en casi cuarenta años de vigencia de la anterior ley de vagos. Entre las incorporaciones a los estados peligrosos figuraban la exhibición de material pornográfico, el tráfico de drogas, la « predisposición delictiva » mostrada por la pertenencia a « bandas o pandillas » y la perversión moral en « menores de veintiún años abandonados ». El régimen de la peligrosidad social se extendía además a los « enfermos y deficientes mentales que por su abandono o carencia de tratamiento signifiquen un riesgo para la comunidad ». Y como muestra de la continuidad de ciertas prácticas más represivas que preventivas, se incluía, entre las medidas de seguridad, el « arresto de fines de semana » ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁶⁾ Sobre esta ley, que cierra cronológicamente el presente estudio, vid. Agustín Jorge BARRERO, *Las medidas de seguridad en el derecho español (Estudio doctrinal y jurisprudencial de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social)*, Madrid, 1976 y, ya en tiempo constitucional y con la ley aún parcialmente vigente, Juan TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981.

En lo relativo a materia procesal, la alteración principal consistió en la creación de juzgados especiales, empezando por dos de jurisdicción pluriprovincial ubicados en Madrid y Barcelona y extendidos poco a poco por todo el territorio nacional. Destinando específicamente a jueces, fiscales, secretarios y funcionarios de policía y de justicia para la resolución de las causas de vagos y maleantes, se esperaba facilitar el « estudio cuidadoso y atento de la persona y de su conducta », o sea, la consecución del principio legitimador de toda la jurisdicción de peligrosidad social que, en cambio, nunca llegó a cumplirse por entero (L. 24 abril 1958). Junto al establecimiento de esta planta judicial de excepción, se introdujeron además ciertas revisiones en el procedimiento, principalmente la adjudicación al ministerio fiscal de competencias instructoras, aun correspondiendo al juez en exclusiva la formación del expediente.

¿Qué sucedía en la práctica? En primer lugar, la persistencia de los arrestos ordenados por las jefaturas de policía sin intermediación judicial y por infracciones contra la propiedad ⁽¹³⁷⁾. Como confirmación legal de esta práctica se aprobó una nueva disposición que autorizaba los arrestos sustitutorios, « de uno a treinta días », por impago de multas impuestas por infracciones contra el orden público (L. 17 julio 1948), esto es, por cualquier alteración material « de la paz pública » (art. 3.6, LOP33, recurriendo a la analogía). De este modo, convivían dos instrumentos represivos para un mismo fin, el del encarcelamiento supletorio, confirmado ahora judicialmente e impulsado por los penalistas más reaccionarios ⁽¹³⁸⁾, y la aplicación de las medidas de seguridad por parte de los juzgados de vagos. En relación al funcionamiento de esta segunda herramienta, puede apreciarse una evidente continuidad en su función característica, a saber, la defensa de la propiedad privada frente a los numerosos ilícitos menores que perturbaban su disfrute. Desde luego, era ya opinión unánime que el sistema vigente sólo cumplía

⁽¹³⁷⁾ Cf., por ejemplo, la ficha policial de Nicasio Domínguez Palacios, encarcelado en noviembre de 1943 por sustraer mantas y harina de un cortijo, en caja AGA 10674.

⁽¹³⁸⁾ Federico CASTEJON, *Anteproyecto de un Código de Policía*, en « ADP » III/III (1950), pp. 491-518, quien proponía el enjuiciamiento sumario por « tribunales de policía » de todas las faltas, incluidas « faltas contra la religión », « contra la moral » y « contra el orden público ».

uno de sus fines, « el eliminativo », pero en absoluto alcanzaba el otro, « el corrector », debido a « la carencia de establecimientos de tutela y reforma » (139). Ahora bien, el objetivo cumplido, el de apartamiento e inocuización del sujeto peligroso, era conseguido de modo sistemático y, valga la expresión, kafkiano.

El procedimiento, muy mecanizado, solía comenzar a instancia de la policía o de la guardia civil. No pocos son los casos en que éstas solicitaban al juez el examen de la peligrosidad de un sujeto detenido con motivo de una tentativa de robo, acción que en realidad habría de inscribirse en el proceso criminal ordinario. Una vez concluido el juicio y dictada sentencia normalmente sobre la base de las acusaciones policiales, el procesado era habitualmente internado por un plazo indeterminado, no mayor de tres años, tras el cual había de cumplir la segunda medida de seguridad, consistente en la prohibición de residir en la ciudad de origen y en la obligación de comunicar el nuevo domicilio. Ante la manifiesta imposibilidad de cambiar de residencia, una buena proporción de los encartados resultaban de nuevo detenidos y acusados por quebrantamiento de la medida de seguridad, lo que suponía una revisión del expediente y la renovada imposición del internamiento en centro de trabajo, colonia agrícola o establecimiento de custodia. *La ley de vagos, destinada en principio a terminar con la vagancia, condenaba irremisiblemente a ella*, asegurando de forma deliberada el encierro prolongado de multitud de sujetos marginales (140).

II. *El enemigo sexual: prostitutas e 'invertidos'*.

Si los vagos y maleantes se caracterizaban por su inadaptación al presunto modo legítimo de vivir en sociedad, siendo refractarios al

(139) Antonio SABATER TOMAS, *Gamberros, homosexuales, vagos y maleantes*, Barcelona, 1962, p. 37.

(140) Baso mis apreciaciones en la consulta de expedientes de peligrosidad social, concretamente evacuados por el juzgado de apelación emplazado en Madrid y depositados entre otras, en cajas AGA, 41/4649 y 41/4724. Basten dos ejemplos: José Potente Rodríguez, declarado peligroso por ser « delincuente habitual contra la propiedad », fue sentenciado por primera vez en 1945 y encadenó sucesivos internamientos hasta 1968. Salvador Jiménez Cobos, « vago y delincuente habitual contra la propiedad » según el informe policial, tuvo la misma suerte desde 1948, cuando sumaba diecisiete años, a 1962.

trabajo, la constancia y el ejercicio productivo y finalista de la voluntad, las prostitutas y los homosexuales negaban con su comportamiento la supuesta función natural de la sexualidad. Mientras que en un caso se trataba de garantizar por atajos represivos el goce de la propiedad, en el otro importaba velar por la integridad familiar, demostrándose cómo el binomio liberal-conservador de familia patriarcal y propiedad privada volvía a señalar el ámbito de la enemistad.

Para la mentalidad imperante, caracterizada en todo momento por una visión también despolitizada y autoconservadora de la mujer ⁽¹⁴¹⁾, la prostitución no suponía en sí una agresión a la institución familiar, sino incluso una necesaria válvula de escape que le confería estabilidad. Lo temible era que se convirtiese o bien en tráfico de personas o sobre todo en un foco de contagio de enfermedades venéreas. Por eso, durante la Restauración ⁽¹⁴²⁾, la intervención gubernamental en la materia persiguió fundamentalmente dos fines: uno de carácter represivo, persecutor de la trata de blancas, y otro de carácter profiláctico y policíaco, consistente en garantizar la higiene en los burdeles, censar y controlar a las prostitutas y fiscalizar su oficio, considerado al fin y al cabo « una actividad económica ». Regía un modelo « reglamentarista », que sancionaba como faltas el incumplimiento de las « disposiciones sanitarias de Policía » (art. 596.2 CP70) pero no declaraba punible el ejercicio de la prostitución, ni siquiera cuando le dedicó un capítulo en el código penal, enderezado a perseguir los diversos modos de inducción a ella (Cap. III, Tit. X, CP28). Esta situación concluyó transitoriamente en 1935, fecha en que se estatuyó el primer puntal de un modelo « abolicionista » que ya sí dejaba de reconocer la prostitución « como medio lícito de vida » (D. 28 julio),

⁽¹⁴¹⁾ Autoconservadora porque la reducía al « instinto de maternidad » y, por su debilidad y sentimentalismo, la subordinaba al mando masculino. Y despolitizada porque su personalidad « superficial », « quebrable » e « irrealista » la hacía inapta para las responsabilidades políticas. Vid. el representativo estudio pretendidamente médico de Gregorio NIETO, *La personalidad de la mujer*, « RML » IV (1949), pp. 333-340, 455-463.

⁽¹⁴²⁾ Cf. Jean-Louis GUEREÑA, *La prostitución en la España contemporánea*, Madrid, 2003, pp. 205-337.

colocando en consecuencia a las prostitutas bajo la jurisdicción de vagos y maleantes.

La tradicional prevención y represión de la trata de blancas, organizada desde 1902 por un patronato conformado principalmente por damas de la aristocracia y autoridades de la iglesia, el ejército y la administración (vid. RD. 11 julio 1902, RD. 30 mayo 1904 y RD. 15 abril 1909), pasó en la posguerra a englobar también una función de inoculación cultural, al asignar como finalidad al recién fundado « Patronato de la Mujer » la « dignificación moral de la mujer, especialmente de las jóvenes, para impedir su explotación, apartarlas del vicio y educarlas con arreglo a las enseñanzas de la Religión Católica ». Y para tal finalidad los miembros de las juntas provinciales y locales del citado patronato tenían la facultad, entre otras, de adoptar « medidas protectoras en favor de las mujeres que se desenvuelvan en medios nocivos o peligrosos » (arts. 4 y 5, D. 6 noviembre 1941). Si el aspecto preventivo del problema se traducía en la catolización — y reducción a su función doméstica y reproductora — de las mujeres pertenecientes a sectores socioeconómicos desfavorecidos, en el lado represivo esta dimensión cultural no era menor, según demuestra la aprobación de ciertas disposiciones penitenciarias que acompañaban al castigo de proxenetas e inductores (arts. 431.2 y 438.1, CP44) ⁽¹⁴³⁾. Mostrando su ya citada persistencia, el régimen declaraba ineficaces los arrestos quincenales « para reprimir a fondo las faltas relacionadas con la prostitución », todavía previstas en el código franquista (art. 577.2 CP44). En lugar de los « calabozos de detención gubernativa », se crearon al efecto unos establecimientos penitenciarios especiales, colocados bajo la dirección espiritual de unas comunidades religiosas encargadas de ejercer « el apostolado de regeneración de mujeres caídas ». En dichos centros podían ser ingresadas, a propuesta del gobernador civil o del jefe de policía, aquellas « mujeres que reiteradamente cometan infracciones relacionadas con el ejercicio de la prostitución » (arts. 1 y 3, D. 6 noviembre 1941). Permanecía así en pie un sistema « reglamentarista » abrogado finalmente en 1956, por un

⁽¹⁴³⁾ Vid. Asummpta ROURA, *Mujeres para después de una guerra: informes sobre moralidad y prostitución en la posguerra española*, Barcelona, 1998; Mirta NÚÑEZ DIAZ-BALART, *Mujeres caídas: prostitutas legales y clandestinas en el franquismo*, Madrid, 2003.

decreto que, condenándola a la clandestinidad, declaraba la prostitución « tráfico ilícito » y clausuraba todas las casas de citas (DL. 3 marzo, STS 22 mayo 1965), poniendo a las afectadas o bajo la « vigilancia tutelar » del antes mencionado « Patronato de Protección a la Mujer » (O. 23 abril 1956) o bajo la jurisdicción de vagos.

En cuanto al régimen jurídico-penal de los homosexuales, tuvo sus primeras manifestaciones tanto en las faltas graves por ofender « públicamente el pudor con acciones deshonestas » (art. 471.1 CP48, 482.1 CP50) como en el delito de escándalo público por ofensa al « pudor ó buenas costumbres » (art. 456, CP70). Pero mientras tales figuras requerían de la publicidad y tenían un sentido general, la reforma penal de Primo de Rivera sí consideró expresamente como delito, conminándola con « inhabilitación especial para cargos públicos de seis a doce años », la comisión de « actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo », fuese realizada con « escándalo » o de un modo habitual (art. 616, CP28). Esta disposición no estuvo vigente más de tres años, tornándose con la República al tipo indeterminado de escándalo público (art. 433.1, CP32), vigente asimismo en el código de 1944 (art. 431.1) y que servía, en efecto, para sancionar « la sodomía » (STS 20 octubre 1948). La punición de la homosexualidad discurría además por la vía de los arrestos gubernativos. Así lo hizo hasta su inclusión expresa entre los estados de peligrosidad contemplados en la ley de vagos ⁽¹⁴⁴⁾. En efecto, invocando la necesaria protección de la « sana moral » y las « buenas costumbres », en 1954 los homosexuales fueron considerados sujetos peligrosos a quienes debía internarse en « Instituciones especiales », segregados en todo caso de los demás reclusos (L. 15 julio). Esta persecución, este *apartheid* destinado a erradicar un fenómeno considerado como perversión moral y como enfermedad mental ⁽¹⁴⁵⁾, continuó aún en 1970, con la nueva ley de

⁽¹⁴⁴⁾ Para este asunto, véase Arturo ARNALTE, *Redada de violetas. La represión de los homosexuales durante el franquismo*, Madrid, 2003 y Nathan BAIDEZ APARICIO, *Vagos, maleantes... y homosexuales. La represión de los homosexuales durante el franquismo*, Barcelona, 2007.

⁽¹⁴⁵⁾ CODÓN, *Psiquiatría jurídica* cit. (n. 54), pp. 384-389, invocando el « Código racista alemán » y su permisión de « la castración o esterilización de los homosexuales », p. 388.

peligrosidad y rehabilitación, cuya mención a la homosexualidad perduró hasta 1978.

4. *Saber y poder en torno al enemigo.*

Las prácticas represivas examinadas hasta ahora tuvieron también cierta resonancia en el saber jurídico-penal, bien en calidad de objeto de análisis, bien como consecuencia posible dentro de una mentalidad hegemónica o bien como aplicación material del poder necesitada de homologación científica. En este sentido, podemos distinguir cuatro declinaciones históricas de la disciplina penal hispana, además de realizar una exclusión relativa ⁽¹⁴⁶⁾. Comencemos por esta última. Existe una generalizada apreciación según la cual, en el campo de la teoría penal, la degradación del delincuente viene causada principalmente por el positivismo y sus bien conocidas consecuencias, principalmente la colocación de la peligrosidad en el lugar de culpabilidad y de la prevención en el puesto de la represión. Aunque cuente con un momento de verdad, en especial para doctrinas como la de Raffaele Garofalo, no puede sin más endosarse tal descalificación a escuelas deterministas que hacían recaer sobre el ambiente social toda la causación del delito (o de la inclinación a cometerlo), pues con tal planteamiento no hacían sino exculpar al criminal (o al sujeto peligroso). Además, Pedro Dorado Montero, exponente hispano de esta tendencia ⁽¹⁴⁷⁾, enfatizó al máximo la dimensión humanista de dichas concepciones, tratando de construir un sistema coherente de derecho penal, heredero del correccionalismo de Karl Röder y basado en la « protección » y « curación » de los desviados. Conceptuado así el delincuente como enfermo necesitado de terapia y como víctima de una organización social inquina, de ningún modo cabe entonces confundirlo con un enemigo de la comunidad, entre otras razones porque fue precisa-

⁽¹⁴⁶⁾ Al estudio de estas corrientes de pensamiento jurídico-penal, con especial atención al lugar que en ellas ocupan las garantías jurídicas, dedico el texto *Penalística y penalistas españoles* cit. (n. 12), a cuyas interpretaciones y bibliografía me remito, dejando ahora lugar tan sólo a la cita de materiales que allí no figuran.

⁽¹⁴⁷⁾ Cf., entre otros textos, alguno significativo a este respecto como DORADO MONTERO, *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, Madrid, 1910, pp. 36-38.

mente Dorado Montero el jurista que con mayor tesón denunció el carácter ideológico, minoritario y artificial de ese orden natural comunitario que los autores ortodoxos pretendían salvaguardar mediante la función punitiva. Otra cosa es que la mayor parte de sus sugerencias sobre la prevención, la peligrosidad y el arbitrio judicial habían por fuerza de prestar sólida base ⁽¹⁴⁸⁾ tanto a una escuela, la ecléctica y defensiva, claramente retributiva, como a una práctica legislativa y gubernamental encaminada, esta vez sí, a la deshumanización de ciertos delincuentes.

La enemistad penal, en cambio, sí tenía plena cabida en la penalística oficial de la Restauración, representada por Luis Silvela y José M^a Valdés Rubio. En ella, el delito fue concebido como un acto en primer término « inmoral » porque la legislación penal, y en general las leyes escritas, eran consideradas como « la expresión de la ley natural » ⁽¹⁴⁹⁾. De este modo, el delincuente no sólo era el sujeto infractor de un precepto, sino también el agresor de un « orden jurídico » trascendente e indisponible. Sólo era cuestión de calibrar la intensidad con que se atacaba dicha « ley objetiva del bien » para que se produjese la tacha de la enemistad. Esta escuela clasicista y devota, minoritaria y casi extinta desde la segunda década del siglo xx, reapareció, radicalizada en su integrista religioso, tras la victoria franquista. Sus autores más representativos, con creencias penales dispares entre sí, fueron el neoclásico Isaías Sánchez Tejerina y los neotomistas José Guallart López de Goicoechea y Manuel Serrano Rodríguez. Atravesada ya por el léxico de la dogmática penal, esta corriente sustituyó en parte las vetustas referencias al orden natural ⁽¹⁵⁰⁾ por el realce de « la antijuridicidad como ele-

⁽¹⁴⁸⁾ « [La pena] no es otra cosa sino un medio de lucha por la tranquilidad de un círculo social determinado », « á la función penal no le interesa absolutamente nada el delito [...] ; lo que principalmente le interesa es el delincuente probable del mañana », en DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, Madrid, vol. 1, 1915, pp. 131, 133 y 243.

⁽¹⁴⁹⁾ Tomo estas expresiones, y las consignadas a continuación, del tratado de VALDES RUBIO, *Derecho penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1903³, pp. 101, 129 y 151.

⁽¹⁵⁰⁾ Que, de todos modos, se mantenían en pie: cf. SERRANO RODRÍGUEZ, *Bases para un concepto del Derecho penal*, en « REP » I (num. 3, junio 1945), pp. 35-40.

mento del delito » (151), introduciendo por último las teorías subjetivistas y biológicas que servían para descalificar al delincuente como agresor de la comunidad o estigmatizarlo como elemento peligroso (152).

Antes de referirnos a la doctrina española del derecho penal de autor, conviene que nos detengamos en una segunda etapa anterior, la acaparada por el eclecticismo defensorista, que tuvo su momento de gloria durante la dictadura de Primo de Rivera y su expresión normativa más elocuente en el código de 1928. Si bien casi todos los penalistas de principios de siglo se alineaban en esta dirección, sus representantes más visibles y aguerridos fueron Eugenio Cuello Calón, Federico Castejón — traductor de Adolphe Prins en 1912 — y Quintiliano Saldaña. Orientada fundamentalmente por el valor de la seguridad y la eficacia político-criminal, esta tendencia daba entrada a la consideración del enemigo por una triple vía: en primer lugar, al mantener — a veces, como en Castejón, intactas — las categorías del iusnaturalismo legalista, continuaba posibilitando la noción del delincuente como agresor de los valores comunitarios; en segundo lugar, al mantener, sobre todo Saldaña, un concepto pragmático y utilitarista del derecho penal, la eficacia político-criminal siempre se colocaba por encima de los requerimientos garantistas; y en tercer lugar, al recibir gran parte de las indicaciones del positivismo en torno a la peligrosidad, el arbitrio judicial y las medidas de seguridad, pero repudiando expresamente cualquier residuo determinista y exculpatorio, comenzaba a legitimar una praxis punitiva basada en la incriminación apriorística de ciertos sujetos, así desposeídos de derechos y convertidos, pues, en enemigos.

Dejando a un lado la teoría jurídica del delito elaborada por Luis Jiménez de Asúa y sus discípulos, versión hispana de la dogmática penal políticamente connotada por su respeto a las garantías y que hubo de sobrevivir en el exilio, lo que aconteció en la penalística justo después de la guerra civil puede interpretarse

(151) GUALLART, *La antijuridicidad como elemento del delito*, en « Universidad » VII (1931), pp. 601-633 y la correspondiente tesis del carácter subalterno de la tipicidad en GUALLART, *El adecuado lugar de la tipicidad en la construcción técnica del delito*, en « Estudios Jurídicos » (Ej, en adelante), III (1943), pp. 423-453.

(152) Esta confluencia entre el neoescolasticismo y el derecho penal de autor puede comprobarse en SERRANO RODRÍGUEZ, *Culpabilidad y pena*, Santiago, 1945.

como un desdoblamiento de la disciplina en dos sectores diferenciados doctrinalmente pero unificados por su común religiosidad y, sobre todo, por el sometimiento a los dictados del poder. De un lado, encontramos a Cuello y sus discípulos — como Octavio Pérez Vitoria, Antonio Ferrer Sama o José Ortego Costales —, baluartes de un legalismo unidimensional que justificaba la enemistad por el mero hecho de que así lo ordenaban las normas sancionadas por la autoridad ⁽¹⁵³⁾. En realidad, no había una construcción teórica en torno al enemigo sino una mera justificación de la necesidad insoslayable de ciertas leyes represivas de carácter extraordinario, necesidad avalada supuestamente por el arbitraje de similares medidas de excepción en regímenes democráticos extranjeros.

De otro lado se sitúa Juan del Rosal, en cuyas críticas al « derecho penal del hecho » y su concepción comunitarista de la función punitiva sí podemos apreciar una reflexión teórica en torno al fenómeno de la enemistad. Me refiero, en concreto, a la recepción que hizo de la doctrina nacionalsocialista ⁽¹⁵⁴⁾, de su noción del delito como lesión de « un bien del Derecho objetivo de la comunidad popular, y no de un derecho subjetivo », y, en especial, de su concepción del tipo, no como descripción de una conducta reprobada, sino como criminalización del modo de ser y comportarse del autor ⁽¹⁵⁵⁾. La condición de posibilidad de la enemistad penal se hacía por otra parte bien patente en el ideario de Del Rosal, convencido de que con la guerra se había salvado, y de ese modo reconstituido, la monolítica comunidad nacional-católica, personificada en el jefe del Estado y necesitada de conveniente proyección legal e indispensable integración judicial ⁽¹⁵⁶⁾. La persecución de la

⁽¹⁵³⁾ Este legalismo acríptico era la seña de identidad de Cuello, autor de escasos vuelos teóricos. Algo bueno tuvo esta tendencia: más que una vocación comparatista, la descripción puntual de las novedades legislativas extranjeras, como la realizada, ya en estos primeros pasos del franquismo, en CUELLO CALÓN, *Desarrollo de la legislación penal a partir del año 1936*, en « Ej » I (1941), pp. 179-249.

⁽¹⁵⁴⁾ DEL ROSAL, *Una nueva concepción del delito*, en « Boletín de la Universidad de Granada » XIV (1942), pp. 303-342, p. 329.

⁽¹⁵⁵⁾ DEL ROSAL, *Reflexiones sobre el estudio de la parte especial del Derecho penal*, en Id., *Estudios penales*, Valladolid, 1948, pp. 17-76, pp. 69-71.

⁽¹⁵⁶⁾ « Hay casos en los cuales el sentimiento de la Comunidad jurídica exige un castigo de ellos, y, sin embargo, técnicamente no quedan ajustados a un tipo legal

disidencia mediante leyes de combate, la prevención frente a los sujetos peligrosos, e incluso la delincuencia ordinaria, eran ya de este modo inscritas en un cuadro teóricamente coherente, alérgico a las garantías, del que podía derivarse sin problemas la mácula de la enemistad.

El escenario cambió tras el final de la II Guerra Mundial. Las nuevas asambleas constituyentes europeas, horrorizadas ante la barbarie precedente, extremaron las precauciones y recogieron en las leyes fundamentales las garantías penales, tratando de impedir así la reaparición del derecho penal del enemigo. La respuesta de la penalística española ante tal mutación consistió en alegar el mantenimiento del principio de legalidad en el código y el carácter extraordinario y transitorio de la « legislación de guerra », así como en adjudicar exclusivamente el autoritarismo penal a « los países de organización comunista » e, incluso, a la jurisprudencia de Nuremberg ⁽¹⁵⁷⁾. También supuso la reunificación sincrética de los dos sectores escindidos, aquel concentrado en el imperativo de la norma estatal y aquel otro ocupado en destacar la necesaria dimensión comunitaria y subjetiva de la regulación penal, dimensión sancionada ya por un floreciente saber médico y psiquiátrico ⁽¹⁵⁸⁾. Esta

determinado. En este caso [ha de recurrirse a] la integración ética del Derecho [...] para que todo delito sufra una pena », en DEL ROSAL, *Nuevo sentido del Derecho penal*, Valladolid, 1942, pp. 210-218. Sobre el valor del arbitrio judicial bajo el totalitarismo, vid. la esclarecedora indicación de Pietro COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, en « Quaderni Fiorentini » 36 (2007), pp. 1-39, p. 19.

⁽¹⁵⁷⁾ CUELLO CALÓN, *Las normas penales de las modernas constituciones*, en « ADP » IV/I (1951), pp. 28-42, pp. 32-33 y 39.

⁽¹⁵⁸⁾ « Sin el derecho penal de autor retrocederíamos más de veinte siglos hacia la barbarie », indicaban José María CODÓN e Ignacio LOPEZ SAIZ en su célebre tratado *Psiquiatría jurídica penal y civil* cit. (n. 54), p. 22, con prólogo, no casualmente, de Juan del Rosal. Vid. asimismo Misael BAÑUELOS GARCÍA, *Personalidad y carácter: un estudio crítico*, Madrid, 1942 y Manuel PÉREZ DE PETINTO Y BERTOMEU, *Desarrollo del concepto psico-físico de la personalidad*, en « Revista de Medicina Legal » (RML) III (1948), pp. 19-40). Como ya se ha indicado, es evidente que por entonces pretendían pasarse por verdades médicas lo que no eran sino apegos doctrinales (« Las ideas de la Escolástica sobre la personalidad son hoy las más unánimemente admitidas por científicos de todo el mundo », CODÓN, p. 31) o prejuicios morales (« para calificar la personalidad individual [se] precisa conocer lo que ésta hace y si las orientaciones son justas y honorables », PÉREZ DE PETINTO, *Desarrollo*, p. 38). Este sustento médico del subjetivismo penal dio ocasión a un interesante cruce disciplinar (CASTEJÓN, *Misión del médico legista*

fusión quedaba simbolizada en la dirección compartida del órgano de la asignatura, el *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, asumida por Cuello Calón y Del Rosal. Con ella se reeditaba el anterior defensismo ecléctico y « expiatorio », que sin renunciar al legalismo — extraconstitucional y material — concedía suma importancia al estudio de « la persona del delincuente », estudio ya desligado del naturalismo positivista y útil sobre todo para legitimar la represión de la peligrosidad. Dicha confluencia fue — y continua siendo — ocasión para apreciar atenuaciones miserables, como la de Del Rosal, quien ya acusaba de romántico radicalismo e insoportable vaguedad a la doctrina nazi que antes había secundado ⁽¹⁵⁹⁾. Su conversión se amparaba en el intento de convertir la ciencia penal — y el pensamiento en general — en una teorización acrítica de lo existente, ya fuese una legislación penal desbordada cuanto pretendidamente normalizada. Lo cual no venía a demostrar sino la continua sumisión de la penalística al poder ⁽¹⁶⁰⁾, que en sus previsiones efectivas contemplaba influencias legalistas así como numerosas referencias subjetivas. Hubo que esperar hasta los años sesenta para que, alrededor de la cátedra salmantina de José Antón Oneca, comenzase a resurgir una penalística de vocación ciudadana que inmunizase a los sucesivos juristas de referencias brutales a la enemistad.

Además de inspirar el saber jurídico-penal, la lógica de la enemistad configuraba — y configura — de un determinado modo

en el jurado técnico, en « EJ » III (1943), pp. 411-421 y PÉREZ DE PETINTO, *La contribución de la psiquiatría a la profilaxis social del delito*, Madrid, 1950) y no fue sólo cosa de la posguerra: « se trata de perseguir, juzgar y tratar, no unas violaciones de la ley criminal, sino unos hechos y unos hombres criminales [...] con sus tendencias, sus taras, sus caracteres », Jean GRAVEN, *Introducción jurídica al problema del examen médico-psicológico y social de los delincuentes*, en « ADP » XIX/III (1966), pp. 343-386.

⁽¹⁵⁹⁾ DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid, 1949, pp. 51 ss., 71 y 80-82, prefiriendo un « Derecho penal voluntarista », tampoco necesitado de « daño efectivo », en lugar del « Derecho penal de autor », aunque manteniendo su inclinación por « lo tipos normativos », la subsiguiente « concepción más sustancial que formal del delito » y la consideración legal de « la personalidad » del « agente ».

⁽¹⁶⁰⁾ Ya fuese porque inspiraba al legislador, como ocurre en CASTEJÓN, *Hacia un Código penal subjetivo*, en « EJ » IV (1944), pp. 3-128, o ya fuese porque lo secundaba, DEL ROSAL, *La personalidad* cit. (n. 159), p. 63.

el ejercicio del poder. A mi juicio, es un modo fundado, al menos, en dos oposiciones conceptuales: la que distingue lo *normal* de lo *patológico* ⁽¹⁶¹⁾ y la que confronta el *pueblo* y la *población* ⁽¹⁶²⁾. La construcción social de la enemistad como patología a extirpar requiere, como hemos apreciado, una previa fabricación, también social y polémica, de la normalidad que se intenta preservar. Precisamente en este punto entran en juego los saberes científicos o las mismas doctrinas religiosas, con la finalidad de validar los presuntos atributos de la normalidad. Se trata, por tanto, de elaborar un « estado normal » desprovisto de existencia fáctica autónoma, caracterizado más bien por su clara proyección normativa, por su adhesión a algún valor subjetivo. Lo singular de esta articulación, de este intento de transformar en normalidad una determinada cosmovisión moral, es el hecho de que la identidad de lo normal no sólo se conforma con anterioridad y en oposición a lo patológico, sino también con posterioridad y de modo reactivo, de forma tal que lo teratológico termina siendo la principal fuente de normalidad, el correlato necesario de su vigor normativo. O dicho en términos menos abstractos: la existencia del enemigo no niega tanto la normalidad, sino que más bien resulta un factor imprescindible para consolidarla y universalizarla en cuanto patrón natural. Más llamativa aún resulta la circunstancia de que, en el caso de la persecución penal de los enemigos, antes que una pacífica y científica construcción de la normalidad social, hemos contemplado su implantación mediante el recurso constante a la excepcionalidad. Dada la intensidad, extensión y frecuencia de este tipo de defensa social durante nuestro período, el derecho penal del enemigo puede ser considerado en consecuencia un instrumento privilegiado para la imposición por medios excepcionales (anormales) de la normalidad.

Esta instauración forzosa basaba su legitimidad, según se ha visto, en la distinción entre el interés de la comunidad y los intereses

⁽¹⁶¹⁾ Vid. Georges CANGUILHEM, *Lo normal y lo patológico* (1966), Buenos Aires-Madrid, 2005, pp. 19, 28 y 33 y Michel FOUCAULT, *Los anormales. Curso del Collège de France (1974-1975)*, Madrid, 2001.

⁽¹⁶²⁾ Distinción, por cierto, que también forma la base del conjunto de prácticas gubernamentales identificadas bajo la rúbrica de la *biopolítica*. Cf. Michel FOUCAULT, *Seguridad. Territorio. Población. Curso del Collège de France (1977-1978)*, Madrid, 2008, pp. 54-56.

particulares, entre la salud de la población y la potencial carga disolvente, o la mera entidad funcional, del pueblo. Garantizar la subsistencia del conjunto aun frente a la libertad de sus miembros, tal fue, y sigue siendo, el pretexto de la represión penal del enemigo. En nuestro caso, supone una clara persistencia, en el interior del régimen liberal, de los planteamientos de la *raison d'État*, del recurso al « estado de necesidad » para conservar el Estado, de la vulneración excepcional — aunque crónica — de derechos naturales con el fin de proteger la estructura institucional que supuestamente posibilita la convivencia ⁽¹⁶³⁾. Pero también implica una variante propia del « arte liberal de gobernar », inspirado, por encima de cualquier otro principio, en el de la autoconservación, y caracterizado, en consecuencia, tanto por su afán de promover ciertas libertades funcionales a la supervivencia cuanto por la obligación de asegurarlas a través de la violencia. La modalidad represiva que hemos examinado podría, pues, entenderse como un devenir posible de la gobernación liberal distinguido porque « el temor al peligro » y el valor de la seguridad alcanzan indiscutible preponderancia ⁽¹⁶⁴⁾, hasta el mismo límite en que una política inicialmente pensada para proteger y fomentar la vida se transmuta en *tanatopolítica* ⁽¹⁶⁵⁾.

Si la defensa de derechos naturales, inherentes a vida humana misma, puede implicar el sacrificio de sujetos particulares, ¿cómo se resuelve la paradoja? Desde luego, por más que quieran proscribirse argumentos de este tipo, porque tales derechos ni eran universales ni tampoco se pretendió nunca que lo fueran, con lo que eran perfectamente compatibles con la exclusión de los seres ya previamente deshumanizados. Pero además, porque con el uso exclusivo y monopolista de la violencia estatal contra las violencias individuales no se intentaba tanto garantizar ciertos « fines naturales », cuanto « salvaguardar el derecho mismo » ⁽¹⁶⁶⁾, proteger el ordenamiento frente

⁽¹⁶³⁾ *Ibid.*, p. 252.

⁽¹⁶⁴⁾ FOUCAULT, *Nacimiento de la biopolítica* cit. (n. 1), pp. 72-75.

⁽¹⁶⁵⁾ Roberto ESPOSITO, *Bios. Biopolítica e filosofía*, Torino, 2004, p. 33-34. Con esta « trágica aporía » de que « la conservación de la vida » pueda conllevar también la producción de muerte no se quiere significar tan sólo, como bien advierte Esposito, la eliminación física de ciertos sujetos, sino también su neutralización política, la defunción civil de los afectos, tendencias y pulsiones que pudieran éstos encarnar.

⁽¹⁶⁶⁾ Cf. Walter BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt*, en Id. *Angelus Novus*, Frankfurt

a violencias que podían materializar en un ordenamiento alternativo. Con la persecución del enemigo nos hemos enfrentado así a un ejercicio institucional de la violencia legitimado por entonces conforme a parámetros iusnaturalistas — es decir, como defensa de « fines justos » con medios excepcionales — y que sociológicamente tuvo como propósito afianzar al grupo dominante, pero también consolidar el Estado mismo.

La forma en que se practicaba esta violencia es a la vez compleja y paradójica ⁽¹⁶⁷⁾. O bien el poder se retrotraía al mero « estado de naturaleza », persiguiendo a quienes habitaban en las afueras del orden jurídico establecido, actuando con los mismos medios que el enemigo e incluyendo en el derecho lo previamente proscrito, o bien había de prevenir el desbordamiento de derechos y libertades por él reconocidos, casos, como hemos apreciado, de la policía de prensa o de la represión de la huelga. Y si atendemos a las dos acepciones posibles de la violencia política, como fundadora del orden, o como conservadora de su vigencia ⁽¹⁶⁸⁾, hemos observado también que, pese a presentarse a sí misma como la fuerza indispensable para mantener el derecho establecido, con suma frecuencia, y no solamente con ocasión de las dos dictaduras, resultaba más bien una violencia constituyente, encargada de forjar las bases — discutidas, precarias y carentes de validez espontánea — sobre las que por fin pudiera imperar el dictado de la ley oficial.

No era esta la única función desempeñada por el poder soberano en su persecución de los enemigos. También se trataba tanto de producir a la comunidad misma como de preservar el poder. De constituir a la propia comunidad coagulándola alrededor del enemigo, haciendo coincidir la conservación de la vida colectiva con la sustracción de vidas particulares, entre otras formas, mediante el dispositivo inmunitario de sacrificar víctimas expiatorias ⁽¹⁶⁹⁾. Y de

am Main, 1988, pp. 42-66, pp. 46 y 49, y el comentario de Roberto ESPOSITO, *Immunitas. Protección y negación de la vida* (2002), Buenos Aires, 2005, trad. Luciano Padilla López, pp. 47 y ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Tal y como ponen de relieve Giorgio AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, y Roberto Esposito, *Immunitas* cit. (n.), p. 20.

⁽¹⁶⁸⁾ BENJAMIN, *Zur Kritik* cit. (n. 166), p. 53, y las sugestivas indicaciones de Giorgio AGAMBEN, *Homo sacer* cit. (n. 167), pp. 72-76.

⁽¹⁶⁹⁾ ESPOSITO, *Immunitas* cit. (n. 166), pp. 58-60.

consolidar la soberanía, cifrando en ella, como aconteció bajo el franquismo, la garantía indispensable de la integridad comunitaria y concediéndole, como contraprestación necesaria, poder de disposición sobre la vida ⁽¹⁷⁰⁾. Ya sea en un caso como en otro, el horizonte de sentido de esta bárbara práctica penal era siempre — y continua siendo — el de la autoconservación despolitizada, mientras que su modo de operar consistía en convertir el derecho en custodio del orden existente como si éste procediese del « destino » o la naturaleza, como si no derivase de un acto originario, violento y contingente, que el derecho se encargaba a diario de renovar.

Pero si estos eran los caracteres del poder estatal en su lucha abierta contra el enemigo, los rasgos que le asigna la actual doctrina de Jakobs no difieren prácticamente en nada. La aportación del penalista alemán nos facilita, en efecto, una buena muestra de cuáles continúan siendo las premisas culturales, morales y políticas — « liberales a la antigua usanza », según sus palabras — en que germina esta práctica punitiva. Destaca ante todo una concepción de la sociedad como *Gemeinschaft*, esto es, como entidad homogénea, unitaria y ordenada en torno a una intensa identidad religiosa, institucional y nacional ⁽¹⁷¹⁾. De ella se deriva una comprensión de la ciudadanía, o bien como « esfera civil interna », como mera privacidad despolitizada y afectada tan sólo por la lógica de la autoconservación, esto es, del trabajo, la propiedad y el intercambio, o bien como obediencia y « fidelidad al ordenamiento jurídico » ⁽¹⁷²⁾. Para esta mentalidad, el derecho como norma del Estado, o el Estado como poder para imponer coactivamente el derecho, no tendrían el cometido sino, por un lado, de personificar la monolítica identidad social, y por otro,

⁽¹⁷⁰⁾ ESPOSITO, *Communitas. Origen y destino de la comunidad* (1998), Buenos Aires, 2007, trad. Carlo Rodolfo Molinari, pp. 72-74.

⁽¹⁷¹⁾ « Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental » no puede sino presenciar un auge del *Feindstrafrecht*, a juicio de JAKOBS, *Comentario*, p. 60, citado en nota 14, remitiéndome ahora a las obras que allí figuran.

⁽¹⁷²⁾ Sobre esta concepción jurídico-política de carácter autoritario inherente al derecho penal del enemigo, véase Juan Antonio GARCÍA AMADO, *El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs*, CANCIO MELIÀ, GÓMEZ-JARA (eds.), *Derecho penal del enemigo I*, cit. (n. 14), pp. 887-924. En idéntico sentido, BASTIDA, *Los bárbaros* cit. (n. 15), pp. 288 y 297.

de canalizar el libre desenvolvimiento de las esferas privadas, resolviendo los conflictos que entre ellas surjan. Por eso el fenómeno penal se distingue principalmente, no por la « lesión de un bien jurídico », sino por « la lesión de una norma » estatal, que, en realidad, o regula la interacción subjetiva o traduce al lenguaje jurídico la estructura permanente de la comunidad. De ahí que la imposición de la pena, además de garantizar la vigencia de la norma quebrantada, suponga « la confirmación de la identidad de la sociedad »; de ahí también que el « Derecho penal de ciudadanos » se concentre, no tanto en custodiar y confirmar dicha identidad, cuanto de « optimizar las esferas de libertad ».

Habría entonces que determinar si este fermento cultural escindido entre la identidad comunitaria y la interacción libre de las esferas privadas, desdoblado en una concepción iusprivatista de los derechos y una noción autoritaria del Estado y las normas jurídicas, puede servir de base al Estado democrático y constitucional. En este sentido, resultan más que atendibles las réplicas formuladas por los críticos de Jakobs, porque además de ponernos sobre aviso acerca de la genealogía autoritaria y nacionalsocialista de la esencia del *Feindstrafrecht* ⁽¹⁷³⁾, parten de unos postulados filosófico-políticos ⁽¹⁷⁴⁾ que, a mi juicio, sí son los propios del constitucionalismo democrático. Unas premisas que, en lugar de caracterizar la sociedad como comunidad, lo hacen por su pluralismo irreductible, del que se deriva un entendimiento del Estado como marco inclusivo de convivencia y de las normas como reglas encaminadas al reconocimiento, protección y promoción de los derechos individuales y colectivos « del hombre » sin excepción ⁽¹⁷⁵⁾. Desde esta perspec-

⁽¹⁷³⁾ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el 'Derecho penal del enemigo'*, Buenos Aires, 2008², pp. 69-78.

⁽¹⁷⁴⁾ Bien visibles, incluidas sus consecuencias a continuación mencionadas, en Kai AMBOS, *Derecho penal del enemigo*, en CANCIO MELIA, GÓMEZ-JARA (eds.), *Derecho penal del enemigo I*, cit. (n. 14), pp. 119-161, especialmente pp. 131, 139 y 142; BASTIDA, *Los bárbaros* cit. (n. 15), p. 294-298, de quien líneas más adelante tomamos indicaciones sobre las funciones desempeñadas por la enemistad penal; GARCÍA AMADO, *El obediente* cit. (n. 172), p. 910; y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *De nuevo* cit. (n. 173).

⁽¹⁷⁵⁾ En efecto, del hombre, y no de la « persona » como entidad creada por la ley estatal, como acertadamente denuncia GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona* cit. (n. 16), p. 1077.

tiva, ningún sector de la sociedad puede arrogarse el papel de representante en exclusiva del bien común, el interés general o la identidad colectiva, pues todos ellos son conceptos polémicos cuya unidad sólo puede derivarse, precaria e instantáneamente, de la multiplicidad. En consecuencia, la criminalización de determinadas conductas como propias de enemigos de la sociedad, en vez de como infracciones de preceptos convencionalmente acordados, no supondría sino un medio desplegado por un sector social para « educar *en* la obediencia » y, en definitiva, para neutralizar, o en su caso excluir, a sus oponentes o a sus desechos.

Los principios típicos del liberalismo conservador que mantiene Jakobs y sustentan la enemistad penal chocan, en efecto, con los axiomas culturales indispensables para el mantenimiento del Estado constitucional y democrático, incompatible con la sustracción de los derechos fundamentales a los delincuentes, sean del tipo que sean, e incompatible también con una visión subordinada y funcional de la política, como reproductora de un interés comunitario ahistórico. Llevado a sus últimas consecuencias este aserto nos llevaría también a un inquietante dilema: ¿tiene también el orden constitucional sus propios enemigos?, ¿ha de defenderse, aun con todas las garantías pertinentes, frente a quienes socavan sus cimientos culturales?, ¿no podría resultar que quienes proclaman abiertamente la conveniencia del derecho penal del enemigo puedan ser considerados ellos mismos enemigos del orden democrático y constitucional? Si en el orden político la lógica del constitucionalismo conduce a estos interrogantes, en el orden de la historia parece además que los supuestos teóricos de la enemistad penal resultan empírica y duramente desacreditados, pues, como señalaba Walter Benjamin y hoy recuerda Roberto Esposito, con la inmunización preventiva frente a los enemigos penales y al « devenir » que ellos encarnaban, con el aseguramiento frente a los cambios y los « riesgos futuros », acaso no se estuviese protegiendo la vida sino más bien bloqueando « su irresistible impulso a superarse », su permanente vocación de traspasar su mera condición de « vida biológica » para transformarse en « una vida justa » (176). Parecer, efectivamente, corroborado por la

(176) ESPOSITO, *Immunitas* cit. (n. 166), pp. 49 y 52 y, más recientemente, *Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica*, Milano, 2008.

historia y la actualidad, que nos muestran como expresiones naturales de la vida lo que hace sólo décadas eran conductas aberrantes constitutivas de delito.

Para Roberto Martín, por un mundo sin enemigos

MONICA STRONATI

IL BRIGANTE TRA ANTROPOLOGIA
E ORDINE GIURIDICO: ALLE ORIGINI DI UN'ICONA
DELL'UOMO CRIMINALE NEL XIX SECOLO

1. La repressione 'legale' del nemico interno: il brigante tra codici e giustizia militare. — 2. La costruzione del 'nemico' nell'opinione pubblica: dalla rappresentazione dell'eroe romantico all'animalizzazione del brigante. — 3. La medicalizzazione del 'nemico': una diversa strategia per la sovranità dello Stato di diritto.

1. *La repressione 'legale' del nemico interno: il brigante tra codici e giustizia militare.*

La prima grande impresa del brigantaggio si compie nell'aprile del 1861: il brigante Crocco, con il suo esercito di ex militari e contadini occupa numerosi paesi del melfese in nome dei Borbone. Da questa data fino a tutto il 1862 il brigantaggio si diffonde con grande velocità incontrando l'appoggio dei contadini meridionali.

L'opinione pubblica nazionale è profondamente colpita, a Torino « Il Fischietto » pubblica una rappresentazione che interpreta il disordine pubblico in chiave anti-unitaria ed è piuttosto eloquente l'immagine diffusa dei briganti « sciagurati » che « non hanno il diritto di chiamarsi figli d'Italia », raffigurati nani, brutti, deformi ⁽¹⁾. Il Sud risponde sulla stessa linea attraverso i liberali conservatori che 'suggeriscono' ⁽²⁾ un intervento immediato e forte

⁽¹⁾ La raffigurazione, del 18 luglio 1861, è di Francesco Saverio Luigi Redenti: « una chiara anticipazione dell'atteggiamento, diffuso a livello di massa dai mezzi d'informazione settentrionali nei confronti del Sud dopo l'Unità d'Italia, atteggiamento che rasenta a tratti il razzismo », F. DIOZZI e M.A. FUSCO, *La risposta del nuovo Stato*, in *Brigantaggio lealismo repressione nel Mezzogiorno 1860-1870*, Napoli, Macchiaroli, 1984, p. 183.

⁽²⁾ Il generale Montefredini pubblica una propria rielaborazione delle memorie

da parte dello Stato. A Napoli vengono ripubblicate le memorie del generale Manhès che adottò i « metodi francesi » per la repressione del brigantaggio e « in pochi giorni distrusse i briganti senza spargere tutto quel sangue che si sparse in addietro » (3).

Viene accolto senza indugi lo stereotipo del 'nuovo' brigante: il fuorilegge rurale che attenta alla vita ed alla proprietà diventa definitivamente un ribelle all'ordine, un *brigant* (4), secondo la definizione dei francesi nel 1799.

Il 'brigante calabrese' è anche il mito di accesso all'opera di Cesare Lombroso che abilmente ha usato i cliché contemporanei fino ad ottenere la ribalta su scala mondiale (5).

Lombroso pubblica una 'scoperta' destinata a suscitare l'interesse dell'ambiente scientifico impegnato a ricercare la prova che l'uomo è la forma evoluta di un progenitore distinto ma vicino all'animale (6). Ciò che era semplice intuizione diventa un 'reperto'

del generale francese Manhès che si occupò della repressione del brigantaggio durante il decennio francese. Nel 1861 si limita alla pubblicazione mentre l'anno successivo il suggerimento si concretizza in consigli a uomini politici: cfr., V. VALITUTTO DI DONATO, *Il legittimismo armato*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., pp. 134-135.

(3) Nel 1862, il generale Montefredini scrive al deputato Ranieri, insistendo sull'adozione dei sistemi impiegati con successo dal Manhès: spionaggio e pubbliche punizioni, cfr., A. ESPOSITO, *Il legittimismo armato*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 135.

(4) Sono stati « i Francesi, scesi in Italia Meridionale nel 1799, ad adottare per primi questo termine per indicare coloro che ad essi si opponevano [...]. E continuano ad adottare il termine usato dai Francesi nel 1799 per indicare i ribelli anche i soldati di Napoleone venuti alla conquista del Regno di Napoli nel 1805 », (T. PEDÍO, *Brigantaggio e questione meridionale*, a cura di M. SPAGNOLETTI, Bari, Levante, 1982, pp. 120-121).

(5) Cfr., M.S. GIBSON, *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano, Mondadori, 2008; C. PETIT, *Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la modern criminal science americana*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, 36, 2007, II, pp. 801-875; P. BAIMA BOLLONE, *Dall'antropologia criminale alla criminologia*, Torino, Giappichelli, 2003; D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, Torino, Einaudi, 2003; *Delitto, genio, follia, scritti scelti*, a cura di D. FRIGESSI, F. GIACANELLI e L. MANGONI, Torino, Bollati Boringhieri, 1995; R. VILLA, *Il deviante e i suoi segni, Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano, Angeli, 1985; M. PORTIGLIATTI-BARBOS, *Medicina ed antropologia criminale nella cultura positivista*, in *Il positivismo e la cultura italiana*, a cura di E.R. PAPA, Milano, Angeli, 1985, pp. 427-443; L. BULFERETTI, *Lombroso*, Torino, Utet, 1970.

(6) La teoria di Lombroso si inserisce nel dibattito accessissimo intorno agli studi

misurabile e verificabile: una anomalia nel cranio che Lombroso rinviene « in quella varietà infelice d'uomo », più patologica dell'alienato « nell'uomo criminale » (7). La 'scoperta' (8) sarebbe stata fatta osservando il cranio di Giuseppe Villeda, un contadino solo sospettato di brigantaggio. Ma, non a caso, il tipo caratteristico del criminale Lombroso lo riconosce in un altro individuo, il famoso brigante Antonio Gasbarrone, questo « porge il vero tipo del delinquente nato » (9).

L'operazione non è priva di una certa scaltrezza perché all'epoca della pubblicazione la questione del brigantaggio s'è sostanzialmente chiusa a favore dello Stato, e Gasbarrone, morto a 89 anni, in realtà appartiene al passato tanto dal punto di vista generazionale quanto per la forma di banditismo che rappresenta.

Lombroso fa ricorso, però, a un'icona che evoca nei più il brigante 'cafone' con istinti primitivi e la repressione militare degli anni Sessanta. Il medico veronese, fondatore dell'antropologia criminale, necessita di quel 'mito' negativo che ben si presta alla propaganda della sua classificazione scientifica dei fenomeni criminali (10).

sull'origine dell'uomo. Vedi R. VILLA, *Il deviante e i suoi segni, Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, cit., p. 143; D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., pp. 117 ss.

(7) C. LOMBROSO, *Raccolta di casi attinenti alla medicina legale*, VIII. *Deformità cranica congenita in un vecchio delinquente*, AUM, 1874, vol. 227, in *Delitto, genio, follia, scritti scelti*, cit., p. 238. La prima pubblicazione della scoperta risale al 1871: *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, S. II, vol. IV, parte 1.

(8) Lombroso cade più volte in contraddizione nel ricordare quella scoperta (R. VILLA, *Il deviante e i suoi segni*, cit., pp. 148 ss.) ma ciò è comprensibile perché « la criminogenesi è ipotesi successiva all'attenzione per i segni dell'anormalità, essi vengono piegati di volta in volta alla documentazione delle ipotesi, e poiché la loro "oggettività" non è di per sé dimostrativa si deve ricorrere all'invenzione » (*ibidem*, p. 149).

(9) C. LOMBROSO, *Gasparone*, in *Archivio di Psichiatria*, 3 (1882), p. 274. Vedi anche V. MARCHI, *Sul cervello di Gasparone*, in *Archivio di Psichiatria*, 4, 1883, pp. 375-376.

(10) « La specificità lombrosiana sta nell'aver cercato nell'uomo criminale la presenza di un'anatomia e di una morfologia che potesse riferirsi a caratteri ancestrali, così da giustificare la varietà psicologica [...]. Esisterebbe dunque una correlazione tra caratteri atavici e comportamento abnorme, un dato non assoluto ma statisticamente frequente. Tale correlazione troverebbe la propria giustificazione appunto nel primitivismo; ché infatti, se l'immagine ottocentesca del selvaggio e del primitivo fosse stata quella del "buon selvaggio" o comunque quella di un essere pacifico, questa correlazione

L'espedito di Lombroso è anche il suo peccato d'ingenuità: lo stereotipo del criminale-nato gli permette di raggiungere con immediatezza un vasto ed eterogeneo pubblico, ma quest'ultimo si servirà del 'mito' per razionalizzare e confermare pregiudizi e stereotipi ormai radicati. Nel 1897 Lombroso si trova a dover 'giustificare' le sue conclusioni a proposito del brigante Tiburzi, perché non si comprende come possa aver classificato « un uomo così coperto di delitti » come criminaloide anziché criminale-nato. Lo stereotipo è più forte della scienza e soprattutto del nuovo metodo: « per chi studia il reo più che il reato, non sempre la gravità o la molteplicità del delitto corrispondono a quella congenita o precoce e continua ferocia che costituisce il delinquente-nato. Se si stesse al numero delle vittime, chi più delinquente di Napoleone » (11).

Cesare Lombroso edifica l'antropologia criminale, una scienza di confine tra medicina sociologia e penalistica, tra utilitarismo e solidarietà entro la cornice politico-culturale dello Stato liberale, una scienza che deve molto del suo successo alle esigenze e al gusto della società contemporanea nella quale l'icona del brigante ha assunto un rilievo straordinario. Lo Stato unitario anticipa l'operazione di identificazione del brigante-contadino con il nemico interno estra-

non avrebbe avuto senso, non sarebbe stata compresa né accettata » (R. VILLA, *Il deviante e i suoi segni*, cit., p. 147).

(11) C. LOMBROSO, *Il cervello del brigante Tiburzi*, in « Archivio di Psichiatria », 18, 1897, p. 156. Lombroso, non a caso, ripubblica gli articoli sulla Calabria nel 1898 (*In Calabria (1862-1897)*, Studii, Catania, Giannotta, 1898), quando ancora giovane « vestiva, senza arrossirne, la divisa militare » (p. III); e nel 1902 si interessa al bandito Musolino: « un che di mezzo fra il criminaloide ed il criminale-nato, tenendo più del primo che del secondo » (« Archivio di psichiatria », 23, 1902, p. 2); nello stesso anno scrive *L'ultimo brigante* (in « Nuova antologia », 1 febbraio 1902), suscitando la risposta polemica di N. Colajanni, (*Musolino, Cesare Lombroso e le Calabrie*, in « Domenica giudiziaria », VII, 22, 1 giugno 1902). Sono anni nei quali nuovi 'nemici-animali' mettono in discussione l'ordine borghese e la scienza giuridica sta finalmente affrontando la necessità di elaborare un nuovo codice di procedura penale (M.N. MILETTI, *Un processo per la terza Italia. Il Codice di procedura penale del 1913*, Milano, Giuffrè, 2003). Lombroso si sta giocando l'ultima chance di portare la scienza medica nel mondo giuridico. L'intento è di offrire una garanzia di obiettività attraverso caratteri verificabili, misurabili e comparabili. Una proposta che non può non affascinare la penalistica ottocentesca intenta a tradurre l'eguaglianza formale e astratta in giustizia equa nel caso particolare: dalle azioni criminali giuridicamente omogenee, alla moltiplicazione in concreto nelle individualità degli agenti.

neo ai circuiti delle garanzie liberali. Pur appartenendo a pieno titolo alla medesima cultura che ha espresso quell'icona, Lombroso non crea il nemico né molto probabilmente lo percepisce come tale ⁽¹²⁾, piuttosto sfrutta l'icona del brigante ben costruita dal regime liberale del quale condivide lo scopo ultimo: proteggere l'unità nazionale dai propri nemici, ivi compresa la criminalità.

Il brigante è l'eroe negativo protagonista dell'unità d'Italia, l'oggetto selezionato dalla storia e affidato all'interesse della scienza con i metodi e le spiegazioni del proprio tempo ⁽¹³⁾.

Lo stereotipo del brigante-criminale è, all'epoca, uno straordinario strumento comunicativo, anche Giovanni Verga lo impiega per presentare il manifesto verista ⁽¹⁴⁾. *L'amante di Gramigna* ⁽¹⁵⁾ non è

⁽¹²⁾ Ciò che Lombroso immette di nuovo rispetto « è la coscienza che il delitto risponde ad una profonda, radicata, lontana dimensione dell'*homo homini lupus* che non può essere modificata agendo sul singolo. Non c'è coscienza classista, o dispregio razziale, e neppure rigido determinismo, nel discorso atavistico. Semplicemente contrapposizione fra un raggiunto grado di civiltà e coloro che, dall'interno, ne minacciano le radici, riportandola alla ferinità dei bruti. È quindi per il delinquente nato che si afferma la privazione della libertà, mentre solo dopo il codice Zanardelli Lombroso si volgerà verso la pena di morte e l'indurimento delle pene ». R. VILLA, *Il deviante e i suoi segni*, cit., p. 158.

⁽¹³⁾ « l'enorme massa di segni che non presentano di per sé una realtà sociale ma che sono indicativi della logica, della mentalità, del gusto di un'epoca » (*ibidem*, p. 162). Lombroso sceglie, senza originalità per il tempo, di operare un incrocio disciplinare tra diritto e medicina « rifiutando, od integrando in via subordinata i contributi di carattere sociale, statistico, amministrativo » (*ibidem*, p. 162).

⁽¹⁴⁾ « Questa famosissima e appassionata perorazione », scrive Sandra Puccini, « condivide molti dei caratteri stilistici con i quali gli antropologi avevano esposto i principi della scienza *nuova* che grazie ad essi si affacciava sulla scena culturale e accademica del nostro paese [...]. Ma con una differenza non da poco: che mentre i fondatori della *storia naturale dell'uomo* affermavano come un dato di fatto la possibilità di realizzare il loro programma conoscitivo, Verga espone in forma interrogativa i cardini del suo piano e ne delinea dunque i tratti come aspirazioni, tendenze, sia pure convinte, al raggiungimento di una scrittura così oggettiva che in essa scomparirà "la mano dell'artista" », S. PUCCINI, *I selvaggi tra noi. Ignoti predecessori, infelicitissimi fratelli nostri*, in « Lares », a. LXX, n. 1, gennaio-aprile 2004, p. 61.

⁽¹⁵⁾ La novella appare nel 1880 nella Rivista minima, diretta da Salvatore Farina, con il titolo *L'amante di Raja*. Nella lettera a Farina, che precede la novella, Verga espone il concetto verista dell'arte: « l'opera d'arte sembrerà *essersi fatta da sé*, aver maturato ed esser sorta spontanea come un fatto naturale, senza serbare alcun punto di contatto col suo autore, alcuna macchia del peccato d'origine » (G. VERGA, *I grandi romanzi e tutte le novelle*, a cura di C. GRECO LANZA, Roma, Newton, 1996, pp. 547-550).

un racconto, scrive Verga, ma « un documento umano » raccolto nei campi. Come vuole lo stereotipo, il brigante Gramigna « un nome maledetto come l'erba che lo porta » anche da solo valeva per dieci, e quando viene ferito e catturato dai soldati appare con « la schiuma alla bocca, gli occhi lucenti come quelli del lupo ⁽¹⁶⁾ ».

Anche la scienza giuridica è rimasta profondamente segnata dagli anni della repressione del brigantaggio, come testimonia Francesco Carrara: « Io mi sono sventuratamente convinto che politica e giustizia non nacquerò sorelle; e che nel tema dei così detti reati contro la sicurezza dello Stato così interna come esterna, non esiste diritto penale filosofico; laonde come nella pratica applicazione la politica impone sempre silenzio al criminalista, così nel campo della teoria gli mostra la inutilità delle sue speculazioni e lo consiglia a tacere » ⁽¹⁷⁾.

Nelle pagine famose scritte nel luglio del 1870, osserva Mario Sbriccoli, Carrara espresse senza dubbio il rifiuto di pronunciarsi sui reati politici, ma quel rifiuto non fu una rinuncia « aveva certamente capito che entrare nel merito dei delitti politici [...] lo avrebbe

⁽¹⁶⁾ Quella del lupo è una figura ricorrente dall'età moderna a quella contemporanea, tanto da costituire per Lucarelli « un test di irruzione del non ordinario nell'area del senso. È la forza brutta nel suo aspetto di violenza più opposta alla socialità » (G.F. LUCARELLI, *Tenere in ordine. Sistemi di rappresentazione del pericolo tra età moderna e contemporanea*, in « Scienza e politica », 37, 2007, p. 81). Sul lupo si sono concentrati e stratificati caratteri volti ad identificarlo come nemico, antitesi dell'uomo e della comunità civile. Una metafora che si presta alla descrizione dell'uomo ai confini dell'umanità, che oggettivizza paure e anche bisogni di eliminazione degli elementi che mettono a rischio l'ordine sociale e politico. Un raro diverso atteggiamento si coglie in Kant che nelle 'Lezioni di etica', tra il 1775 e il 1781, « considera gli animali dotati di una natura analoga a quella degli uomini ». Gli uomini devono quindi essere benevoli verso gli animali, osservarne i comportamenti per concludere di non essere crudeli neanche verso il lupo (*ibidem*, p. 93). Non dissimile è l'atteggiamento di Lombroso verso quel tipo di delinquente che « agisce perché dominato da impulsi atavici che hanno prevalso sui meccanismi della civilizzazione » (V. COTESTA, *Normalità e modello biologico in Cesare Lombroso*, in « La Questione Criminale », anno VI, n. 2-3, maggio-dicembre 1980, p. 439). Rileva Cotesta che la neutralizzazione del delinquente per Lombroso è « il diritto della società a difendersi dall'individuo delinquente » con la conseguente « relegazione ai margini sociali (manicomio criminale) ». Il discorso, però, va inserito nell'idea lombrosiana del manicomio non come mero deposito di scarti sociali, ma sostanzialmente come struttura sanitaria.

⁽¹⁷⁾ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale, 2^a ed., Lucca, Giusti, 1871, VII, p. 636, § 3939.

portato inevitabilmente nel mezzo delle contraddizioni dello Stato liberale [...]. Opta così per una dichiarazione di inconciliabilità tra politica e diritto penale » (18).

Quel rifiuto toglieva « al potere la copertura dei dotti e, soprattutto, lo scudo della scienza, della sua neutralità e della sua capacità di avallare (quasi di 'purificare') le spregiudicate operazioni con le quali, facendo un uso poliziesco del diritto, il potere stesso riesce a mantenersi in sella ». Tuttavia quello di Carrara è anzitutto un forte gesto di protesta che può essere compreso solo in relazione alle « umilianti vicende di quegli anni Sessanta », quando esce la prima edizione della parte generale del *Programma*, ovvero « gli anni della repressione indiscriminata del brigantaggio meridionale [...] in cui 'la politica' fa entrare nel regime punitivo l'idea dell'emergenza e, attraverso essa, quella del doppio livello di legalità, costituito dal codice da un lato e dalle leggi di pubblica sicurezza dall'altro » (19).

È nei primi anni dell'Ottocento che il brigantaggio fa un salto di qualità, quando si pongono in diretta connessione la violazione dell'ordine pubblico e la strumentalizzazione politica di questi uomini armati concorrenti con la forza militare dello Stato. È a questo punto che anche la terminologia (20) indica la netta separazione tra

(18) M. SBIRICOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del Convegno internazionale, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988, Milano, Giuffrè, pp. 442-443. Mario Sbriccoli rileva il forte gesto del 'rifiuto' « che nella sua misura, e pur nel suo ambito di opzione scientifica, voleva essere in qualche modo clamoroso », ma a condizione di non considerarlo improduttivo perché Carrara è impegnato nell'azione pratica « che egli intanto veniva svolgendo in altre sedi, legislative ed anche *scientifiche* » (pp. 445-446), cfr., M. SBIRICOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 174 ss.

(19) M. SBIRICOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, cit., pp. 444-445.

(20) « È un termine questo nuovo nella lingua napoletana e lo ha sempre ignorato il legislatore: a Napoli sono stati sempre indicati come *banditi* o *fuorbanditi* i fuori legge datsi alla campagna e come *proditores*, distinti dai primi, i ribelli scesi in armi contro il potere costituito », T. PEDÍO, *Brigantaggio e questione meridionale*, cit., pp. 120-121. Il termine 'brigantaggio' è solo apparentemente più neutro di banditismo, osserva Maurice Aymard, una parola che ha origine militare e che « rinvia all'idea di una truppa organizzata: la "brigata" avrebbe preceduto la "banda"; essa ricorda quei soldati sottopagati o licenziati, in margine alle guerre del XIV secolo, che formano i primi gruppi di predoni e di cui i mercanti e contadini sono le prime vittime ». È evidente, prosegue Aymard, « come da questo punto di vista, il brigantaggio sia ben poco

il *brigant*, il *bandito napoletano* ⁽²¹⁾ e il brigante post-unitario. Uno slittamento semantico che si coglie prima nella stampa e nelle espressioni artistiche che formano l'opinione pubblica e costruiscono la base di consenso alla repressione 'legale'; e poi anche nella scienza giuridica e medica.

Il brigante commette i crimini di sempre ma ora viene percepito come un ribelle ad ogni ordine di convivenza civile, appare essere l'anello mancante tra la criminalità comune e quella politica: la via per insediare zone d'ombra anche nelle codificazioni liberali volte a colpire forme di dissenso collettivo senza intaccare i principi liberali dei, o per, i *galantuomini* ⁽²²⁾.

Per i contadini il brigante è sempre stato un eroe, ha un forte legame ⁽²³⁾ con le famiglie contadine che lo proteggono: « La morale

distinguibile dalla criminalità comune », M. AYMARD, *Proposte per una conclusione, in Bande armate, banditi, banditismo e repressione di giustizia negli stati europei di antico regime*, a cura di G. ORTALLI, Venezia, Jouvence, 1986, p. 505.

⁽²¹⁾ La prima differenza sta nel maggiore o minore riferimento alla commissione di reati rurali o urbani. Luigi Lacchè ha rilevato la differente origine dei termini: « Nell'uso moderno si conoscono due principali coppie di termini per definire il fenomeno del latrocinium: bandito/banditismo e brigante/brigantaggio. Oggigiorno questi vocaboli [...] hanno perduto alcune fondamentali qualità tipiche del latrocinium: [...] la predominante ruralità dell'azione quale carattere costante e ordinario del fenomeno » (L. LACCHÈ, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in antico regime*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 83). Il banditismo ha origine medievale dalla statuizione normativa del *bannum*, intorno al Cinquecento comincia a prevalere un'accezione moderna, che con bandito vuole indicare il *latro*. Il termine brigantaggio ha origini in tempi più recenti: « L'espressione brigante/brigantaggio sembra risalire, per un uso stabile e univoco, ad un'epoca di relativa prossimità storica, derivandoci, nel senso grosso modo corrispondente alla qualificazione tecnica di *latrocinium*, dal lessico francese; quando appunto alla fine del XVIII e nel primo decennio del secolo seguente gli eserciti transalpini incontrarono tenaci resistenze in alcune Regioni del Regno di Napoli. Si iniziò allora a parlare di brigantaggio » (*Ibidem*).

⁽²²⁾ L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁽²³⁾ Nonostante i contadini fossero spesso vittime delle azioni dei banditi non facevano mancare loro importanti reti di protezione, non solo per il timore di ritorsioni, ma per reali legami di parentela: « Se i briganti sfruttavano e opprimevano i poveri, questo non impediva che godessero talvolta di un forte sostegno popolare, che però si estendeva raramente oltre i vincoli ben definiti di una particolare comunità o di un gruppo di parentela », J.A. DAVIS, *Legge e ordine. Autorità e conflitti nell'Italia dell'800*, Milano, Angeli, 1989, p. 102.

deformità del brigante, la nefandezza delle sue opere e del suo mestiere sono velate agli occhi di quelle povere plebi », per queste il brigante è altro, « dinanzi ad esse si trasforma, diventa un essere fantastico, il simbolo delle loro contrastate aspirazioni, il vindice dei loro torti » (24).

Questo si legge nella Relazione di Massari, ma è nella prima fase del brigantaggio — dalle prime insurrezioni concomitanti o immediatamente successive ai plebisciti fino a tutto il 1861 — che si definisce la natura politica o sociale della sollevazione contadina. Si contrappongono due posizioni, quella di D'Azeglio che « vedeva nel brigantaggio una prova della ostilità delle popolazioni del sud all'unione con il resto d'Italia » e quella di Ricasoli che riduce « il brigantaggio ad un fatto di comune delinquenza, prodotto dalla degenerazione sociale dovuta alle responsabilità del passato regime, strumentalizzato dal revanscismo reazionario e pontificio, alimentato dalla diaspora del vecchio esercito borbonico » (25).

Di là dalle perplessità sulla interpretazione della politicità (26) del brigantaggio, rimane il fatto che il governo unitario realmente teme la coesione tra contadini e legittimisti per mezzo di capi-massa

(24) G. MASSARI, *Il brigantaggio nelle province napoletane. Relazione della Commissione d'Inchiesta Parlamentare letta dal deputato Massari alla Camera del Comitato segreto del 3 e 4 maggio 1863 seguita da quella letta dal deputato Castagnola nella tornata segreta del 4 maggio e dalla legge sul brigantaggio*, Milano, Ferrario, 1863, pp. 30-31.

(25) M. SBRICCOLI, *La Commissione di inchiesta sul brigantaggio e la legge Pica* in, *Il Parlamento Italiano, 1861-1888*. vol. II: 1866-1869 *La costruzione dello Stato da Lamarmora a Menabrea*, Milano, ESI, 1988, p. 118.

(26) « Ragioni sociali, dunque, alle origini della esplosione brigantesca del Mezzogiorno. Ragioni che vennero talora fraintese, talaltra comprese e perciò temute. Ma, per quanto esse potessero essere degne e comprensibili, lo Stato unitario non avrebbe potuto non reagire » (M. SBRICCOLI, *La Commissione di inchiesta sul brigantaggio e la legge Pica* in: *Il Parlamento Italiano, 1861-1888*. vol. II: 1866-1869 *La costruzione dello Stato da Lamarmora a Menabrea*, Milano, ESI, 1988, p. 118). La politicità del brigantaggio è generalmente individuata nella capacità delle forze politiche contemporanee di appropriarsi ed indirizzare le sollevazioni spontanee dei contadini, mentre si sottovaluta il valore interno al mondo contadino: « il brigantaggio appare connettersi in qualche modo ad un disegno politico specifico, ed un tentativo di unificare l'azione si manifesta sia attraverso comitati borbonici che attraverso l'invio di emissari. Ma assai più evidente è il suo rapporto con il mondo contadino » (M. BONAJUTO, *Una ricerca archivistica, in Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 32).

perché è impreparato a gestire eventuali dissensi popolari, mentre la situazione meridionale impone una risposta immediata, univoca ed autoritaria. Si percepisce la presenza di un dualismo tra Nord e Sud, anche nella divergente codificazione della fattispecie inerente il fenomeno dell'associazione tra malfattori, nonostante i codici penali — piemontese e napoletano — siano ispirati a quello francese del 1810 (27).

I francesi che occuparono Napoli chiamarono briganti i contadini-resistenti, ma non riuscirono ad impedire che il legislatore penale napoletano, del 1819, elaborasse una definizione differente da quella codificata in Francia. La stessa autonomia non si riscontra nel codice sardo esteso (28) a tutto il Regno.

Per l'art. 426 del c.p. sardo del 1859 ogni associazione di malfattori « in numero non minore di cinque, all'oggetto di delinquere contro le persone o le proprietà, costituisce per sé stessa un reato contro la pubblica tranquillità » (29). Il brigantaggio è, cioè, un crimine non perché ha prodotto azioni tipiche quali grassazioni, furti, estorsioni ma in quanto la sua esistenza presuppone l'intento di commetterli costituendo un pericolo permanente per la quiete pubblica.

L'art. 154 del codice delle Due Sicilie non coincide con il referente dei francesi. « È comitiva armata » infatti « quella che in numero non minore di tre individui, dei quali due sieno portatori di armi proprie, vada scorrendo le pubbliche strade o le campagne con animo di andar commettendo misfatti o delitti » (30).

I commentatori Chauveau e Faustin fanno notare come il

(27) Cfr. L. LACCHÈ, *Alle origini dell'associazione per delinquere. Crimen plurium, concorso e reato plurisoggettivo tra antico regime e XIX secolo*, in *Annali dell'Università degli Studi di Macerata*, « Storia del diritto e teoria della politica », 1989/II, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 613-620.

(28) U. Rattazzi, in qualità di guardasigilli, il 20 novembre 1859 firma l'ordine di promulgazione del codice penale a tutte le province del Regno, con esecuzione a partire dal 1° maggio 1860.

(29) In definitiva come per l'art. 265 del codice penale francese del 1810: « Ogni associazione di malfattori verso le persone o le proprietà, è un crimine contro la pubblica tranquillità », T. FERRAROTTI, *Commentario teorico-pratico del codice penale*, G. Biancardi, Torino, 1861, II, p. 65.

(30) A. CHAUXEAU e E. FAUSTIN, *Teorica del codice penale*, tomo III, Napoli, Capasso, 1856, p. 6.

legislatore francese, al contrario di quello napoletano, abbia volutamente adottato una formulazione aperta, senza definire quale sia il numero di componenti necessario, perché non è questo l'elemento che indica la pericolosità bensì la presenza di un'organizzazione, la quale viene verificata dal *giurì* caso per caso.

L'elemento decisivo, che non lascia dubbi sulla finalità della previsione, è la scelta del termine *malfattore*, cioè un termine volutamente generico, passibile di restrizione, tanto che viene decisamente respinta dai commentatori i quali, giustamente, intuiscono il possibile stravolgimento della previsione originaria finendo per colpire svariate forme associative socialmente pericolose, ma nel caso anche politicamente indesiderate: « L'associazione di malfattori, il vagabondaggio, la distribuzione di scritti clandestini, da ultimo le associazioni non autorizzate, hanno infatti un carattere comune, che è quello di mettere in inquietudine la società pei pericoli che le minacciano, anziché per la loro intrinseca immoralità, e pel loro pericolo presente, e di potersi a più buon diritto noverare fra gli atti preparatorji, anziché fra i reati consumati »⁽³¹⁾. In realtà l'associazione per delinquere codificata in Francia si inserisce in una serie di comportamenti considerati antisociali⁽³²⁾ dei quali l'associazione risulta l'epilogo praticamente ineluttabile: « Quei che d'ordinario formano le bande e le associazioni sono i vagabondi, le genti senza professione e gli accattoni, ma la parola usata dalla legge nulla ha di esclusivo »⁽³³⁾. La previsione francese, recepita dal codice sardo, pur traendo origine dal fenomeno del banditismo viene forzata ad un uso differente cercando di comprendere tutte le forme associative praticabili dai settori sociali che sfuggono ad un immediato controllo politico⁽³⁴⁾. La fattispecie viene progressivamente svuotata di quegli elementi oggettivi che la vincolano al fenomeno del brigantaggio, dapprima eliminando il requisito di un alto nu-

⁽³¹⁾ A. CHAUVEAU e E. FAUSTIN, *Teorica del codice penale*, cit., p. 43.

⁽³²⁾ « La scelta di politica criminale operata dal legislatore francese del 1810 », scrive Insolera, dev'essere considerata tenendo conto del « complessivo interesse — conducente ad un etichettamento criminale — per le *classi pericolose*, nella società della rivoluzione borghese: le associazioni di malfattori accanto al vagabondaggio e alla mendicizia », G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, Cedam, 1983, p. 6.

⁽³³⁾ A. CHAUVEAU e E. FAUSTIN, *Teorica del codice penale*, cit., p. 7.

⁽³⁴⁾ Cfr. L. LACCHÈ, *Alle origini dell'associazione per delinquere*, cit., pp. 621 ss.

mero di componenti, poi rendendo astratto e legato alle contingenze il contenuto della qualità di malfattore.

L'ambivalenza della fattispecie non viene totalmente accolta dal codice napoletano che limita l'influenza francese all'anticipazione della funzione repressiva al momento associativo ⁽³⁵⁾. Proprio codificando compiutamente la serie di elementi che costituiscono il reato di comitiva armata, così come si è manifestato per secoli in quelle terre, tecnicamente rimane ancorata all'immagine storico-sociale del banditismo. Di fatto, nella previsione napoletana per violare la pubblica quiete non è sufficiente l'aver costituito una banda, occorre provare la volontà di commettere crimini che si caratterizzano per la forma di violenza pubblica, così come recita l'art. 147 codice delle Due Sicilie: « È accompagnato da violenza pubblica ogni crimine commesso da tre individui almeno, riuniti a scopo criminoso, e di cui due sono portatori di armi proprie » ⁽³⁶⁾.

La tradizione giuridica napoletana segue un proprio autonomo percorso nella formulazione della forma associativa di banditismo ⁽³⁷⁾; la codificazione del 1819 costituisce il momento estremo di elaborazione ⁽³⁸⁾ che sancisce chiaramente la finalità e l'origine nella repressione del brigantaggio napoletano. Il momento di verifica legislativa si può far risalire al 1816 quando l'avvocato Nicolini, incaricato dai Borbone di redigere e sistemare la legislazione del Regno, per la prima volta dà una definizione: brigante è « solo colui che scorre la campagna in comitiva armata nella mira di rovesciare il governo » ⁽³⁹⁾. Tutt'altro risultato è conseguito dalla previsione francese che indica quale unico e certo elemento oggettivo del reato

⁽³⁵⁾ « Con il codice penale del 1819 la *comitiva armata* diviene reato associativo autonomo ». Tuttavia non si tratta della pura e semplice traduzione « del fondamentale art. 265 del *Code Napoleonico* (1810) che contemplava l'*association de malfaiteurs* », L. LACCHÈ, *Latrocinium*, cit., p. 340.

⁽³⁶⁾ T. FERRAROTTI, *Commentario teorico-pratico del codice penale*, cit., p. 65.

⁽³⁷⁾ La *comitiva armata* « deriva i suoi caratteri dall'opera legislativa e dai commenti a questa dei giuristi di diritto comune; figura radicata nello strumentario tecnico-giuridico del Regno prima della formulazione nel *Code Pénal* », L. LACCHÈ, *Latrocinium*, cit., p. 341.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, p. 345.

⁽³⁹⁾ La definizione scaturisce, a seguito del processo a carico di Carmine Venuti, dalla memoria del 26 maggio 1816 (cfr., A. ESPOSITO, *Episodi di brigantaggio preunitario*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 91).

l'organizzazione: « la sola organizzazione è quella che costituisce il reato essa forma la sola e necessaria condizione di questa reità, il fatto esterno che disvela il pericolo, e che può essere colpito dalla legge penale » (40).

L'altro elemento, indice di frattura, è la definizione da parte delle autorità del malfattore che dovrebbe, in teoria, ricalcare la rappresentazione storico-sociale del brigante. In effetti le previsioni che più sono ancorate al referente criminologico del brigantaggio richiedono non solo l'unione in numero molto alto, eredità diretta del banditismo tradizionale, ma soprattutto richiedono che la qualifica sia ancorata ad elementi oggettivi come *essersi già resi colpevoli di male azioni* (41).

La questione dell'ordine pubblico è in primo luogo un problema di controllo della marginalità e di prevenzione poliziesca già affrontata nel regno sabauda dove vigono sistemi di controllo capillare su tutta la popolazione, mentre le province annesse sono un enorme contenitore inesplorato, le informazioni esistenti inoltre sono spesso incompatibili con il sistema adottato dagli amministratori inviati dal Nord.

L'urgenza meridionale non può attendere né censimenti né commissioni d'indagine; mentre l'esercito ha il compito di riportare l'ordine, gli intellettuali italiani si impegnano nella elaborazione di un sistema di valori e concetti unitari nel senso dell'inequivocabilità e unilaterale d'interpretazione.

Nel 1860 *Torino* pretende che la magistratura attraverso lo strumento penale reprima un fenomeno sociale. Il progresso nelle tecniche militari e di polizia che il nuovo regime può vantare è condizionato, nella sua operatività, dal contesto statutario in cui opera. I principi liberali dello Statuto impediscono l'adozione di efficaci misure adottate in antico regime, d'altra parte gli stessi

(40) A. CHAUVEAU e E. FAUSTIN, *Teorica del codice penale*, cit., p. 6.

(41) La definizione del malfattore in ogni periodo storico risente delle opinioni e delle esigenze concrete che spingono verso la valorizzazione o la rinuncia ad elementi oggettivi che richiamino alla mente eventi e fenomeni contemporanei da criminalizzare. Una interpretazione restrittiva del termine impone un vincolo troppo rigido con lo "stereotipo della banda", mentre una interpretazione più ampia consente la inclusione di altre forme di comportamento ritenute pericolose (cfr., G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, cit., pp. 7 ss).

strumenti ordinariamente impiegati sono notoriamente inefficaci quando il fenomeno assume una consistenza superiore alla convenzionale endemicità ⁽⁴²⁾. Non a caso, nel regno delle Due Sicilie il banditismo armato viene combattuto efficacemente affiancando strumenti speciali ed extragiuridici.

Posto che spetta esclusivamente ai giurati « di tener conto della moralità degli accusati, delle circostanze, delle condizioni e dello scopo dell'associazione, ed il determinare se tutti concorrano gli elementi caratteristici della vera associazione di malfattori », la Corte di Cassazione di Milano, con sentenza del 16 ottobre 1863, ribadisce che il reato d'associazione di malfattori « esiste pel solo fatto dell'associazione di cinque individui all'oggetto di delinquere contro le persone o le proprietà ». L'associazione si rivela « nel fatto dell'organizzazione delle bande o della corrispondenza fra di esse ed i loro capi, o di preventivi concerti per esercitare in comune la loro colpevole industria » mentre per l'esistenza del reato non è necessario che « anteriormente all'associazione si sia verificato negli affiliati il concorso di taluno degli elementi che valga ad imprimere in essi la qualità di malfattori o per la perpetrazione di altri misfatti, o per sofferte condanne, o per la precedente loro prova condotta; imperocché il fatto semplice dell'associarsi, non già per commettere un'azione isolata, ma col sol proposito di delinquere in genere contro le persone o le proprietà, costituisce negli associati la voluta qualità di malfattori, né si può, senza urtare contro lo spirito della legge, attribuire un senso ristretto ed esclusivo all'espressione *ogni associazione di malfattori*, impiegata dal legislatore, in presenza del caso più ordinario e frequente che preoccupava la di lui attenzione, quello cioè che l'associazione si forma per lo più tra individui già dediti al misfare » ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ « l'associazione di malfattori è utile per realtà criminose "controllabili", la sorveglianza tradizionale riesce a prevedere e prevenire. Quale fattispecie di sospetto incardinata in un disegno tendenzialmente "garantistico" è strumento "dimezzato". Per questa ragione ... manca una completa figura associativa che sanzioni le condotte tipiche del banditismo in antico regime », L. LACCHÈ, *Latrocinium*, cit., pp. 305-306.

⁽⁴³⁾ Sentenza n. 811, Milano 16 ottobre 1863, in « Gazzetta dei Tribunali », anno Decimoquinto, seconda serie. *Collezione ufficiale delle sentenze della Corte di Cassazione del Regno. Giurisprudenza criminale*, Genova, Società Tipografica della Gazzetta dei Tribunali, 1863, p. 354.

La magistratura oscilla nel tentativo di contemperare le esigenze emergenziali con i principi liberali. È mutato il modo di intendere la normalità, si è inventata una diversa scala di valori delle violazioni in una società multiclasse che comincia a dare concrete possibilità di mobilità sociale.

Naturalmente i briganti confermano la logica di potere. Né i magistrati, né i giuristi intravedono un concreto pericolo per il sistema liberale nell'adozione di misure eccezionali per combattere il brigantaggio. Anzitutto perché i contadini-briganti non ricordano neanche lontanamente i soggetti destinatari delle garanzie giuridiche, in secondo luogo si ritiene che comunque si tratta di misure eccezionali ma temporanee che non avranno prolungamento oltre l'emergenza. I giuristi autorizzano così la creazione di un codice genetico che resterà iscritto in modo indelebile nel sistema penale "liberale" (44); di fronte alla scelta di essere garanti dei principi liberali o agenti attivi del Risorgimento, privilegiano la responsabilità di ceto e aprono la via ad un doppio livello di legalità (45).

Le misure illiberali applicate contro i briganti non sono una parentesi momentanea, residuo di antiche pratiche, ma al contrario un affinamento ed una evoluzione di meccanismi discriminatori e

(44) « Il Regno d'Italia nasce sotto il segno di una mortale emergenza [...]. Il modo in cui quella classe dirigente reagì sul piano normativo e su quello delle pratiche di giustizia impresse indelebilmente nel sistema penale italiano un segno che si sarebbe rivelato praticamente incancellabile: un *imprint* originario destinato a durare e a colorare di sé la politica penale dello Stato lungo l'intero arco della sua esistenza: una costituzione materiale penale si sarebbe affiancata stabilmente a quella formale », M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge Diritto e Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 1998, pp. 487-488.

(45) « non bisogna dimenticare che Francesco Carrara resta un uomo le cui idee, per quanto liberali, hanno l'età dei suoi tempi e che non sarebbe buona enfasi quella che ci spingesse a farne un 'garantista' da secolo ventesimo inoltrato. Il suo costante impegno politico e teorico per la legalità reca i segni della fase storica in cui si espresse, ne porta i limiti e va giudicato a quella stregua. Per lui era importante, per esempio, che il *codice* non venisse snaturato da norme dettate da questa o da quella contingenza, ma questo non lo spingeva fino a considerarsi contrario in via di principio a leggi eccezionali (che certo non amava), quando fossero imposte da situazioni eccezionali. L'importante era che quelle leggi non violassero i "cardini positivi della ragione punitrice" e che, una volta in vigore, venissero osservate. Questa era la sua idea della legalità » (M. SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, cit., p. 448).

autoritari pur in una loro riaffermazione “compatibile” con le regole dello Stato di diritto. Il formale rifiuto di tali principi inasprisce la loro perpetuazione attraverso canali più sottili ed efficaci e proprio attraverso la rappresentazione stereotipica della società si alimentano i pregiudizi che garantiscono una auto-legittimazione delle pratiche discriminatorie.

L’impegno prioritario del ceto giuridico sembra, invece, essere la ricerca ed il consolidamento del materiale legislativo. Il regno è costellato di statistiche, resoconti, circolari che testimoniano la frammentarietà del tessuto sociale e criminale dell’Italia. Le commissioni incaricate dell’elaborazione del codice si trovano di fronte ad un enorme lavoro di compendio, aggravato, di lì a poco, dalle nuove conoscenze sviluppate sotto il segno del positivismo europeo che annunciano di apportare un contributo irrinunciabile alla elaborazione di un codice penale veramente adeguato alle trasformazioni sociali. Mentre i giuristi sono impegnati nell’elaborazione tecnica, il governo li estromette dalla gestione giuridica della legalità nel meridione. Dopo una serie di manovre ai limiti della legalità, il governo riesce ad instaurare un regime militare a tutti gli effetti ⁽⁴⁶⁾, la magistratura ordinaria viene privata del potere di supervisione sulla creazione e gestione dei canali che stabiliscono quale sia la norma e quale la normalizzazione.

Il sistema penale subisce una dura torsione, da un lato i funzionari della giustizia vengono sottoposti al controllo e alle dirette dipendenze dell’esecutivo, d’altro lato il governo usa la politica penale come strumento di politica sociale. Quando si osservano in concreto le misure

(46) Di fatto il governo fece ricorso allo stato d’assedio come misura preventiva svincolata da limiti temporali e territoriali. La sospensione delle garanzie costituzionali viene attuata attraverso una manovra volta ad eludere il vaglio parlamentare. Nell’agosto del 1862 il governo estende le leggi emergenziali applicate in Sicilia anche all’Italia continentale: « il generale La Marmora fu autorizzato a servirsi dello stato d’assedio nel Mezzogiorno continentale, senza però eccedere nella repressione ». L’autorizzazione del governo Rattazzi veniva integrata dai provvedimenti dei generali La Marmora e Cugia. « Nell’estate del 1862 il ricorso alle misure d’emergenza [...] permetteva di legalizzare uno stato di fatto, contraddistinto da una repressione indiscriminata del movimento democratico e delle agitazioni contadine, e da arbitri perpetrati contro la popolazione civile », R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell’ordine pubblico nell’Italia liberale. Regime eccezionale e leggi per la repressione dei reati di brigantaggio (1861-1865)*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 36 ss.

adottate per combattere il brigantaggio, la tentazione è di leggerci un arretramento della risposta penale a sistemi di antico regime; nonostante le evidenti analogie i due momenti storici rimangono coerenti con sé stessi. Le corti militari instaurate con scadenze periodiche in antico regime individuano con esattezza il nemico politico da eliminare, la ragione dell'uso dell'esercito sta nel bene giuridico lesa: l'ordine pubblico che rimanda direttamente al Sovrano. Perché si abbia la lesa maestà occorre che lo scopo delle comitive armate sia di rovesciare il governo regio, occorre violenza pubblica cioè l'uso di armi. Le bande di briganti post-unitarie ledono un bene giuridico considerato superiore perché non è riferibile ad un soggetto, il Re, ma alla società nel suo diritto di sopravvivere secondo le regole che considera fondamentali. Ribellarsi allo Stato significa offendere ogni singolo suddito del regno, lesione estremamente più grave perché non si limita a colpire un sistema storicamente dato ma l'intera società nei suoi valori universali.

Lo Stato unitario non può rinunciare alla definizione del brigante nemico politico da affrontare con l'esercito, ma non può neanche fare a meno delle più radicali sanzioni che invece colpirebbero i criminali comuni. Il brigante nel suo duplice volto permette reazioni giuridiche di carattere eliminativo nei confronti di imputati politicamente pericolosi.

Dal punto di vista giuridico la 'scoperta' della rilevanza politica del banditismo sociale comporta l'apertura di brecce importanti nelle codificazioni di stampo liberale. L'uso dello strumento militare, per il brigantaggio sociale, sottende la presa di coscienza del fatto che anche i delitti comuni hanno rilevanza politica, quando assumono la forma di *delinquenza* collettiva. Per far fronte alla sollevazione contadina si evita ogni serio tentativo di conoscere le reali condizioni delle popolazioni meridionali; l'obiettivo è di mettere al bando i briganti favorendo la cattura dagli stessi contadini che li hanno partoriti.

In antico regime la 'pacificazione' della comunità contadina viene affidata alle stesse comunità locali ed anche la legislazione speciale è parte integrante d'una più ampia politica criminale ⁽⁴⁷⁾. Lo Stato li-

⁽⁴⁷⁾ Nel Mezzogiorno, scrive E. Papagna, tanto in età vicereale quanto nel Decennio francese lo Stato non si pone « come unico titolare del potere coercitivo, non

berale però formalmente nega la possibilità di affidare a leggi speciali, militari, la composizione di violazioni commesse dai sudditi comuni. Il brigantaggio viene allora situato di fatto nella linea di confine tra attentato alla pubblica tranquillità e quella all'ordine pubblico ⁽⁴⁸⁾. Al duplice livello di lesione corrisponde una duplice risposta che consente al governo di intervenire con il suo potere militare, soprattutto di introdurre sistemi di prevenzione e repressione di polizia. Le bande di briganti non hanno mutato la strategia di azione ⁽⁴⁹⁾: sequestri, ricatti, saccheggi, incendi, ciò che consente di incriminarle per attentato contro la sicurezza dello Stato è lo scopo della banda, accertato dalle giurie. Una volta che sia stata riscontrata la presenza di una organizzazione, chiunque si sia unito alla banda diventa automaticamente attentatore alla sicurezza dello Stato ⁽⁵⁰⁾.

era in grado di provvedere autonomamente all'ordine pubblico e nell'emergenza provocata dalle ricorrenti ondate di banditismo aveva bisogno della collaborazione di alcuni settori della società per esercitare un'efficace azione repressiva e per ricondurre all'ordine le province esposte agli "scorritori di campagna"», E. PAPAGNA, *Ordine pubblico e repressione del banditismo nel Mezzogiorno d'Italia (secoli XVI-XIX)*, in *Corpi armati e ordine pubblico in Italia, (XVI-XIX sec.)*, a cura di L. ANTONIELLI e C. DONATI, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, p. 71.

⁽⁴⁸⁾ Il codice Zanardelli ha segnato il passaggio dal concetto di pubblica tranquillità a ordine pubblico. Nel concetto di pubblica tranquillità «prevale la considerazione del turbamento materiale della quiete collettiva e degli stati d'animo dei soggetti ad essa corrispondenti»; mentre l'ordine pubblico comporta il superamento «della necessaria sussistenza di un effettivo pericolo di lesione concreta della sicurezza dei consociati come presupposto della sanzione penale — su cui era fondata, pur nell'indubbia valenza preventiva, la nozione di pubblica tranquillità — doveva inevitabilmente portare con sé la tendenza ad una configurazione dell'interesse protetto in termini "ideali"», G. BRUNELLI, *Alle origini dei limiti alla libertà di associazione politica (Giurisprudenza e prassi di fine Ottocento)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 18 (1989), Milano, Giuffrè, pp. 422-423.

⁽⁴⁹⁾ «le imputazioni più frequenti sono di "scorrieria", "furto qualificato", "estorsione". Frequenti era poi il cosiddetto "biglietto" ricattatorio fatto pervenire ai proprietari fin nelle città [...]. Da questo punto di vista, come da quello della composizione sociale a fortissima prevalenza contadina e bracciantile, l'analogia con la rubricazione dei reati nella stessa provincia dopo il '60 è strettissima», G. CINGARI, *Brigantaggio, proprietari e contadini nel Sud 1799-1900*, Reggio Calabria, Editori Meridionali Riuniti, 1976, p. 141.

⁽⁵⁰⁾ «In tema di reato contro la pubblica tranquillità basta il fatto dell'associazione a costituire un reato punibile», Sentenza n. 145, Milano, 7 marzo 1863, in «Gazzetta dei Tribunali», anno Decimoquinto, seconda serie. *Collezione ufficiale delle sentenze della Corte di Cassazione del Regno. Giurisprudenza criminale*, cit., pp. 78 ss.

Nel gran contenitore dell'emergenza vengono ricondotti nemici politici e nemici sociali: vagabondi, briganti, mafiosi, democratici, anarchici. Lo scopo del governo non è la pacificazione, ma la governabilità del territorio, pertanto la strategia di repressione non è diretta solo contro gli spietati briganti, ma può colpire anche altri soggetti ⁽⁵¹⁾. I contadini vengono sottoposti a penetranti controlli e divieti, ma con più difficoltà perché le misure di prevenzione 'stonano' con l'impianto garantista e prettamente repressivo dello Stato liberale ⁽⁵²⁾. La prima svolta nella repressione del brigantaggio si ha con il decreto del ministro dell'Interno Peruzzi che indice una sottoscrizione nazionale in favore delle vittime del brigantaggio ⁽⁵³⁾. Il mondo contadino viene frantumato al suo interno determinando una 'spontanea' rivolta contro i guerriglieri dei boschi. Il brigante isolato dal proprio contesto con le sue ragioni storiche ed economiche, può assumere il ruolo di nemico da affrontare con strumenti polizieschi, mentre lo Stato può continuare ad autorappresentarsi liberale, persino aperto al confronto con il dissenso politico. L'autorità prontamente fa sapere alle popolazioni, soprattutto alla « gioventù delle campagne », che non solo vengono accordati premi ai collaboratori ma che, addirittura, vengono elargite pensioni annue per chi « assicura alla giustizia i capi-banda e briganti » ⁽⁵⁴⁾.

È inaccettabile scendere a compromessi con un popolo che sostiene una giustizia primitiva praticata da briganti che si auto-eleggono ufficiali, che dettano memorie, mandano ordini alle auto-

⁽⁵¹⁾ Cfr., S.C. HUGHES, *Brigands, Mafiosi and Others: Italy*, in « Crime history and histories of crime », a cura di C. EMSLEY e L.A. KNAFLA, Westport, London, Greenwood Press, 1996, pp. 139-159.

⁽⁵²⁾ Le codificazioni di stampo liberale trovano difficoltà nel conciliare l'attività preventiva verso forme di pericolosità sociale incentrate su situazioni soggettive anziché su fatti concreti. La soluzione può passare per « due diverse vie: costruire, secondo il modello che si era imposto in Inghilterra, nuovi reati di oziosità e vagabondaggio, [...] oppure espungere dal codice penale queste ipotesi [...] sfruttando, però, al tempo stesso, un nuovo ambito operativo — le misure di polizia », D. PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 1997, pp. 894 ss.

⁽⁵³⁾ F. AUCIELLO, *La risposta del nuovo Stato*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 182.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*, p. 184.

rità, che pretendono incarnare una giustizia superiore a quella dello Stato. Allora le misure premiali, da sempre praticate contro il brigantaggio, assumono un valore diverso quando sono adottate dallo Stato unitario, perché mirano a qualcosa di più che alla semplice eliminazione di capi-banda: all'ammissione da parte dello stesso popolo della superiorità della legge dello Stato su cultura e tradizioni autonome dei contadini. In questo contesto *statalizzante* l'impegno dei giuristi è nella presa di coscienza che le scelte del legislatore non vengono prese in assenza di storia, ma discendono da valutazioni politiche e da scopi funzionali al nuovo regime.

La scienza giuridica vuole un sistema penale sobrio nelle sanzioni, certo e pronto nel perseguire le violazioni, ancorato al linguaggio prettamente giuridico, a garanzia del rispetto della legalità⁽⁵⁵⁾. Tuttavia nei confronti dei briganti-contadini si è disposti a sospendere quel progetto: i briganti simboleggiano il verdetto di inconciliabilità tra civiltà e arretratezza, tra ordine e libertà⁽⁵⁶⁾, tra Nord e Sud⁽⁵⁷⁾.

(55) « Il terzo potere sembra sviluppare il concetto di un suo ufficio eminentemente "giuridico" di applicazione della norma positiva, senza entrare nel merito delle implicazioni politiche del diritto. Prevale infatti la convinzione che anche nel settore del diritto penale politico si possa realizzare l'applicazione della norma come atto neutrale rispetto ai valori », F. COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 68.

(56) Tutta la riflessione penalistica dell'Ottocento è attraversata da una insopprimibile contraddizione, scrive Sbriccoli, la dialettica ordine-libertà: « Il conflitto potenziale e spesso attuale tra un bene politico (la sicurezza dello Stato, la tranquillità della società, la protezione dei singoli) ed i diritti di libertà, civili e politici, dei cittadini, mantiene infatti nel sistema penale una perenne questione di equilibri e confini: gran parte della storia di quel sistema è segnata da questo stabile carattere di continuità, e gira intorno alla ricerca di quegli equilibri e di quei confini » (M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., p. 494). L'ordine pubblico per i giuristi dell'Ottocento si configurava « come alcunché di' indeterminato », comunque prima del codice Zanardelli la scienza penalistica « in assoluta maggioranza si orientò per ammettere l'opportunità di una categoria specifica di reati contro l'ordine pubblico o la tranquillità pubblica » (A. CERNIGLIARO, *Sviluppi sistematici del concetto di ordine pubblico nell'Ottocento italiano*, in *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. LACCHÈ, C. LATINI, P. MARCHETTI e M. MECCARELLI, Macerata, eum, 2007, p. 326).

(57) « La questione meridionale, come già il suo nome rivela, è inerente a un Sud "guardato dal Nord": il Sud non è visto — anche quando da meridionali — a partire da sé, ma a partire dal Nord [...]. Non è dunque sentita, qual è, primariamente come una "divisione"; piuttosto come una particolarità del Sud rispetto al Nord, considerato,

Il 25 agosto del 1862 La Marmora dà attuazione ai poteri conferitigli dal governo e instaura il regime di stato d'assedio nelle province meridionali ⁽⁵⁸⁾.

questo, come normalità: una particolarità che crea, essa, la divisione » (U. ALLEGRETTI, *Le risposte dello stato liberale*, in « Storia d'Italia », annali 12, *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, pp.743 ss). Già Salvadori rilevava che « nonostante, l'ostilità contadina nelle province napoletane prendesse forma insurrezionale col brigantaggio, nessuna forza era in grado di contendere alla borghesia l'eredità storica italiana. Più che un pericolo, le difficoltà interne ed esterne [...] testimoniarono le difficoltà di un ordinamento borghese, che pure era l'unico storicamente possibile [...]. Difficoltà che furono appianate mediante la repressione spietata del brigantaggio e l'alleanza fra la borghesia del Nord e le forze retrive del feudalesimo meridionale, nel quadro sostanziale dell'egemonia borghese settentrionale » (M.L. SALVADORI, *Il mito del buon governo. La questione meridionale da Cavour a Gramsci*, Torino, Einaudi, 1976, p. 35). Di certo, rileva J. Dickie (*Darkest Italy. The Nation and Stereotypes of the Mezzogiorno, 1860-1900*, New York, St. Martin Press, 1999), gli stereotipi circolanti sul meridione « Africa del continente europeo », l'alterità geografica e non solo del Sud sono parte integrante del modo in cui la borghesia ha costruito la propria identità italiana. Un esempio è: « The army's conceptualization of brigandage as an Other is set in the broader frame of an imaginative geography in which the Italian nation is constructed as the opposite of its South » (p. 35), cfr., anche ID., *Una parola in guerra: l'esercito italiano e il brigantaggio, 1860-1870*, in « Passato e Presente », X, n. 26, maggio-agosto 1991, pp. 53-74.

⁽⁵⁸⁾ Il 10 agosto Rattazzi autorizza La Marmora a dichiarare lo stato d'assedio in caso di necessità e contemporaneamente con decreto riunisce i poteri militare e civile nelle sue mani. Cfr. D. ADORNI, *Il brigantaggio*, in L. VIOLANTE (a cura di), « Storia d'Italia », annali 12, *La criminalità*, cit., pp. 287-288. Il processo rocambolesco seguito per instaurare lo stato d'assedio è descritto da R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, cit., p. 36 ss. Sul tema degli stati d'assedio, della legislazione militare e d'emergenza vedere: *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, a cura di F. BENIGNO e L. SCUCCIMARRA, Roma, Viella, 2007; L. MARTONE, *Aspetti del sistema penale liberale e fascista tra leggi speciali e garanzie processuali*, Torino, Giappichelli, 2007; C. LATINI, *Governare l'emergenza, Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 121 ss.; P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo stato liberale allo stato democratico di diritto*, Napoli, Jovene, 2001; M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., pp. 490 ss.; M.G. MAIORINI, *Presidi e brigantaggio tra prassi giuridica e azione militare. La dialettica dei metodi di repressione nel Regno di Napoli durante il periodo borbonico*, in « Frontiera d'Europa », III, 2, 1997, pp. 137-231; F. COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento*, cit.; A. SCIROCCO, *Briganti e potere nell'Ottocento in Italia: i modi della repressione*, in « Archivio storico per le Calabrie e la Lucania », 48, 1981, pp. 80-97; L. VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in « Rivista di Storia Contemporanea », 1976, 4, pp. 481-524.

L'azione militare mira ad una soluzione esemplare, con condanne rapide, inesorabili, che fiacchino la cultura del dissenso, che al Sud si manifesta nella lotta per bande.

Il primo segnale di grave crisi dell'ordine giudiziario emerge durante lo stato d'assedio, quando sempre più frequentemente si verificano conflitti tra le autorità militari e quelle civili in ordine alle rispettive sfere di competenza. La magistratura meridionale non può dare una copertura legale agli abusi e all'arbitrarietà degli arresti e delle indagini delle forze militari e si trova in una imbarazzante situazione di intralcio alle azioni di polizia.

La presenza sempre più invadente dell'esercito fa precipitare gli eventi: il governo perde il controllo sulle repressioni indiscriminate e non riesce ad arginare la divulgazione delle straordinarie 'pulizie' delle zone infestate.

L'opposizione al governo esige ed ottiene un confronto parlamentare. Il governo Rattazzi ha esaurito il proprio tempo e con esso l'interpretazione 'politica' della sollevazione contadina; si è ormai pronti ad accettare la matrice sociale del brigantaggio. Con le dimissioni del governo si evitano ammissioni di responsabilità e si apre una nuova fase della storia dell'Unità che prende avvio dalla costituzione di una Commissione parlamentare con il compito di accertare le cause prossime e remote del brigantaggio.

L'iniziativa politica è sicuramente in ritardo: non più in grado di influire sull'opinione pubblica ormai avvezza all'uso di mezzi estremi per il governo del Mezzogiorno; impotente a mutare la strategia di guerra. La macchina militare ha innescato ulteriori fattori criminogeni che garantiscono l'auto-alimentazione del sistema repressivo. È in ritardo per colmare il vuoto di conoscenza e avviare un confronto dialettico anziché ragionare in termini di inevitabile scontro amico-nemico. La Commissione Parlamentare d'Inchiesta sul Brigantaggio non può far altro che confermare la possibilità per la classe dirigente di avviare la stretta finale sul brigantaggio attraverso una repressione mirata, legalizzata e definitiva, colpendo soprattutto le connivenze che lo fanno prosperare.

Lo stereotipo del brigante e della meridionalità hanno ormai una fisionomia precisa nell'immaginario collettivo. Per i contadini-briganti non si sollevano questioni di incostituzionalità ed illegali-

tà, i briganti sono genericamente e irreversibilmente assimilati a selvaggi, estranei alle regole civili ed umane: « Per la massima parte vigliacchi, posseggono tutti gli attributi della vigliaccheria, e massimo tra essi la ferocia [...]. Più che opera di creature umane sembrano essere quelle di cannibali e di belve selvagge » (59).

Il brigante gioca bene il proprio ruolo di “nemico”, tuttavia ci si rende conto che l'enfatizzazione della criminalità politica propria del Sud si presta ad ambiguità oltre che a critiche internazionali. Il brigantaggio viene infatti vissuto come fenomeno politico reazionario, espressione di una nostalgia del passato e non celebrazione corale di un radicato malessere sociale.

La magistratura assume posizioni altalenanti, talvolta osteggia la politica governativa, tanto che è fin troppo facile per il governo accusare il potere giudiziario di connivenze e di ‘strani’ atteggiamenti troppo tolleranti (60) nei confronti di briganti considerati dalla voce pubblica alla stregua di selvaggi, senza regole e senza morale.

In effetti sono rare le sentenze esemplari nei giudizi su reati di associazione di malfattori; con più frequenza le sentenze sono assolutorie e quando sanzionano non seguono le aspettative esemplari desiderate dal governo e comunque intervengono a tale distanza di tempo da non sortire alcun effetto deterrente.

Anche per il ceto giuridico il brigante è un nemico pubblico più che un semplice criminale comune, ma i magistrati non si adeguano senza contrasti alla criminalizzazione di un fenomeno sociale (61).

L'atteggiamento poco collaborativo della magistratura (62), alle

(59) G. MASSARI, *Il brigantaggio nelle province napoletane*, cit., p. 109 (cfr., *Inchiesta Massari sul brigantaggio: relazioni Massari-Castagnola; lettere e scritti di Aurelio Saffi; osservazioni di Pietro Rosano; critica della Civiltà cattolica*, a cura di T. PEDIO, Roma-Manduria, Lacaita, 1998, pp. 371).

(60) « L'energia nella repressione del brigantaggio deve essere accompagnata da energia non minore nella punizione pronta ed esemplare dei colpevoli [...]. Oggidi siamo ben lungi da ciò; i briganti consegnati al potere giudiziario stanno in carcere senza essere giudicati, mentre i loro complici passeggiano per le città ed i loro compagni proseguono le ruberie e le infamie », G. MASSARI, *Il brigantaggio nelle province napoletane*, cit., p. 139.

(61) « Certi scrupoli sono onorevolissimi e degni di essere ponderati; ma debbono tacere quando l'utile della società è evidente », *Ibidem*, p. 146.

(62) Come osserva Martucci a proposito della « diffidenza dei magistrati verso la pena di morte », non era diretta a « paralizzare la giustizia penale, mitigando la

richieste governative, determina la progressiva esclusione dalla gestione processuale del brigantaggio fino alla totale esautorazione: il 15 agosto 1863 entra in vigore la legge Pica. Una legislazione eccezionale che attribuisce alla magistratura militare la competenza a giudicare sui reati di brigantaggio, ovvero « i componenti comitiva, o banda armata, composta almeno di tre persone, la quale vada scorrendo le pubbliche vie o le campagne per commettere crimini o delitti, ed i loro complici » (art. 1) ⁽⁶³⁾.

La legge straordinaria per le province « infestate » dal brigantaggio crea una nuova forma di reato: « la banda armata dell'art. 162 e l'associazione di malfattori dell'art. 426 del Codice penale costituiscono un reato solo che è chiamato *brigantaggio* » ⁽⁶⁴⁾.

La struttura della legge ripropone la risposta istituzionale tipica dell'antico regime mostrando analogie impressionanti con la tradizione delle leggi napoletane. Addirittura si ispira alla versione più spietata delle leggi speciali ovvero al Decreto n. 110 del 30 agosto 1821 che ricalcava il Decreto n. 789 del 17 luglio 1817, ma privato delle moderazioni in ordine alle garanzie offerte ai fuorbanditi ⁽⁶⁵⁾.

repressione dei reati di brigantaggio; poggiava invece sulla tradizionale prassi giudiziaria napoletana che aveva portato i magistrati a interpretare i testi legislativi utilizzando tutti gli spiragli offerti dai codici per mitigare le pene » (*Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, cit., p. 79).

⁽⁶³⁾ Legge 15 agosto 1863, n. 1409.

⁽⁶⁴⁾ Sentenza n. 941 della Cassazione Napoli, 3 dicembre 1866 in « Giurisprudenza italiana. Raccolta generale progressiva delle decisioni delle Corti del Regno, Consiglio di Stato ecc. in materia civile, penale, commerciale, amministrativa », Torino, Unione tipografico-editrice, vol. 18, 1866.

⁽⁶⁵⁾ Il Decreto prevedeva la costituzione di una Commissione per formare le liste di fuorbandito. Trascorsi otto giorni dalla pubblicazione delle liste, senza che si fossero presentati, o che parenti ed amici avessero illustrato i motivi dell'assenza, gli iscritti venivano dichiarati rei e dunque passibili di morte sia dalla forza pubblica che dai sudditi. Non occorre più alcun processo, bastava la verifica dell'identità, tuttavia se il fuorbandito si fosse presentato volontariamente veniva giudicato da un tribunale ordinario (art. 9), inoltre per la condanna a morte occorreva il voto di cinque su sette commissari e con il voto di tre commissari non convinti della colpevolezza veniva immediatamente scarcerato (art. 17). Con il Decreto del 1821 queste garanzie vengono notevolmente ridimensionate (cfr., R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, cit., pp. 63 ss).

A prescindere dalle buone intenzioni di una parte della classe dirigente, la legislazione speciale non elimina il movente del brigantaggio, tanto che quasi contemporaneamente alla promulgazione della legislazione speciale, vengono attuate le istruzioni militari che di fatto aggirano i pochi limiti imposti a tutela di elementari diritti fondamentali.

La legge Pica è accolta quale naturale ed ovvia conseguenza di una singolare lettura dei risultati della Commissione d'inchiesta. Innanzi tutto si ha la conferma del sospetto che i briganti si avvalgono di forme di sostegno aperto o implicito di tutto il ceto contadino: una garanzia di sopravvivenza e, secondo alcuni, una dimostrazione di sostanziale ammirazione e affinità con quegli uomini che si oppongono all'unificazione.

La parola d'ordine, negli anni tra il 1863 ed il 1865, è di colpire le popolazioni facendo temere più la violenza del governo che quella dei briganti.

La legge speciale duramente repressiva contrasta invece con le premesse formulate a seguito della indagine parlamentare, ma è anche lontana dal parere di Massari sull'inopportunità politica di un intervento che miri a rafforzare il contingente militare ⁽⁶⁶⁾.

Una formula antica presiede alle scelte di politica criminale del governo, una formula che risale all' 'assolutismo' ma che si rinnova per mezzo di una moderna chiave di lettura. La legge Pica è il risultato di questa emancipazione ed è qualcosa di più della semplice riproposizione di pratiche assolutiste. Ora il brigante non dev'essere recuperato nella comunità, con lui non c'è negoziazione.

Nel lungo periodo, poi, genera un 'modello' praticabile e impronta di sé i successivi tentativi di approccio al dissenso politico.

L'entrata in scena dell'esercito svuota definitivamente lo stereotipo romanticheggiante del brigante-contadino, che diventa il ne-

⁽⁶⁶⁾ « Il brigantaggio è stato quando più, quando meno, ma in sostanza sempre, considerato come questione di forza, e quindi per combatterlo non si è saputo far altro di meglio se non contrapporre forza a forza. L'incarico di purgare il mezzodi della nostra penisola dalle orde che lo infestavano venne perciò affidato all'esercito. Ma il nodo del brigantaggio va sciolto con provvedimenti opportuni, non può essere reciso dalla spada [...] la parte militare è accessoria [...] non è né può esserne il principio informatore », G. MASSARI, *Il brigantaggio nelle province napoletane*, cit., p. 103.

mico assoluto senza dignità perché sostanzialmente senza identità storica. In questo clima appare sempre più improbabile la formula della 'pedagogia unitaria' consigliata da una parte dei governanti e sempre più lontana la possibilità di ispirare un atteggiamento di solidarietà verso il governo centrale.

Lo stereotipo sfruttato dal governo per dare legittimazione all'assedio militare ben presto segna il suo tempo: occorre una ridefinizione che consenta da un lato alla classe dirigente di non dover ammettere alcuna forma di responsabilità circa la repressione delle popolazioni meridionali e nello stesso tempo ponga gli stessi meridionali nella condizione di identificarsi ed accettare spontaneamente la nuova rappresentazione che in qualche modo li potrebbe riabilitare all'identità italiana.

La risposta allarmistica a forme collettive di delinquenza risente dello smarrimento politico nella gestione di una politica sociale che si basa sul controllo dell'intera popolazione. Si tratta di una strategia che presuppone una conoscenza ed una conoscibilità dell'ambiente e non può prescindere da un investimento oneroso sulle forze dell'ordine. L'Italia non è in grado di garantire né l'una, né l'altra condizione. L'unica soluzione immediatamente praticabile è quella di prevedere una legislazione speciale creata ad hoc per affrontare il problema concreto con gli strumenti più efficaci.

La classe dirigente si fa forte delle richieste di intervento urgente che risultano dalle stesse testimonianze della Commissione d'inchiesta e promuove una immagine del brigante selvaggio, con istinti primitivi che deve essere affrontato con gli unici mezzi che è in grado di comprendere: la violenza.

La rappresentazione delle terre fertili del Sud lascia il posto ad una visione quasi apocalittica dove i soldati italiani accorsi per portare la libertà e la civiltà hanno trovato morte e violenza, degrado ambientale e ostilità popolare.

La rappresentazione romantica del brigante vestito con abiti tradizionali che combatte per la propria libertà o per l'onore dell'amata non trova più alcuna ragion d'essere. I giornali si riempiono di immagini di uomini che a fatica si distinguono dalle bestie. Gli articoli si adeguano al repertorio visivo e sottolineano le stigmate morali di un popolo corrotto tanto nel fisico quanto nei sentimenti: i confini della civiltà sono arretrati fino ad escludere il Sud.

Non ci sono differenze sostanziali tra la cronaca grottesca letta sui giornali e l'opinione comune che emerge dalle testimonianze della Commissione parlamentare. Le idee degli uomini dell'esercito, come dei possidenti e dei funzionari non escludono una immoralità innata nei contadini-briganti. Tutti riferiscono della grave miseria in cui vengono mantenute le popolazioni, ma è convinzione comune che questa sia la condizione scatenante di una natura ribelle e della bassezza morale insita in quegli individui.

L'opinione pubblica accetta senza atteggiamento critico la nuova evoluzione dello stereotipo del contadino-brigante.

La stessa magistratura fa propria l'evidenza e avalla l'immagine del brigantaggio male naturale ⁽⁶⁷⁾, con il quale bisogna imparare a convivere come per secoli ha fatto la società meridionale.

A tutti i livelli sociali si radica l'idea che la criminalità meridionale sia una realtà insopprimibile e specifica, slegata da ragioni di ordine economico che in fondo la renderebbero comprensibile e tollerabile.

La legge Pica è la negazione del sistema penale ordinario e viene accettata in quanto percepita come l'unica soluzione capace di far fronte ad una forma di criminalità che ci si ostina a definire strettamente legata alla cultura e alla inferiorità del Mezzogiorno. Una forma atavica di devianza che suggerisce analogie con la vita dei primitivi dominata dall'istinto. La legge Pica pertanto non sarebbe legata al ceto dirigente che la promulga, ma rappresenta una sorta di ultimo atto di uno spettacolo proprio del passato ⁽⁶⁸⁾.

È questa, probabilmente, la ragione che non fa cogliere ai

⁽⁶⁷⁾ « La molestia derivante da forza maggiore che produce la perdita materiale della cosa locata, o impedisce l'uso ed il godimento di essa, dà diritto al colono a poter chiedere la risoluzione del contratto, o una giusta diminuzione del fitto. Il brigantaggio è in questo senso causa di forza maggiore », Sentenza n. 19 della Cassazione di Napoli, 9 gennaio, 1867, in « Giurisprudenza italiana. Raccolta generale progressiva delle decisioni delle Corti del Regno, Consiglio di Stato ecc. in materia civile, penale, commerciale, amministrativa », Torino, Unione Tipografico-Editrice, vol. 19, 1867.

⁽⁶⁸⁾ « torna agevole inferire come abbiano a grandeggiare le difficoltà nel periodo che intercede tra la [...] cessazione del regno della forza e l'inaugurazione, o, a dir meglio, l'attuazione di quello della legge. Il giorno in cui sarà compiutamente attuato in quelle province il sistema della legalità costituzionale [...] ognuno accorrerà fidente a riparare all'ombra d'una legalità », G. MASSARI, *Il brigantaggio nelle province napoletane*, cit., p. 45.

giuristi contemporanei la pericolosa involuzione della politica criminale che finisce per coinvolgere il sistema penale con i principi di legalità, umanità, uguaglianza, garanzia di difesa, diritto al giudice naturale, alla tutela della libertà personale.

Non mancano, certo, le critiche alla politica penale del governo; esse arrivano da tutti i settori e in genere vengono valutate all'interno delle ordinarie contestazioni proprie di uno Stato di diritto.

Il brigantaggio, vissuto generalmente ed anche dalla magistratura giudicante, come fenomeno politico reazionario o come espressione collettiva di un disagio sociale, provoca le medesime reazioni. I governanti rimangono prigionieri del ruolo di difesa ad ogni costo del privilegio politico. Il Sud con il suo brigantaggio non trova spazio costituzionale; di conseguenza viene affrontato con mezzi extracostituzionali ⁽⁶⁹⁾.

L'atteggiamento della magistratura rispetto alle aspettative dell'esecutivo è quello di un ceto che condivide con quello politico l'estrazione sociale e non può essere indifferente al processo storico che ha fatto del liberismo borghese il motore del processo di liberazione civile ed economica. Anche quando assume un atteggiamento non collaborativo, in realtà non si oppone alla politica criminale di Stato.

In sostanza il ceto dei giuristi lascia al governo il privilegio di trovare e imporre una soluzione politica che sposti l'attenzione dalle contraddizioni del sistema penale liberale. Accoglie il suggerimento del governo ⁽⁷⁰⁾ che permette di giustificare una prassi dolorosa, ma necessaria: il doppio livello di *giustizia* non compromette i principi e le garanzie affermati in dottrina, goduti dai nuovi privilegiati della

⁽⁶⁹⁾ Allegretti mette in luce la tendenza di tutti gli Stati liberali ottocenteschi a praticare una politica contro il dissenso volta all'estraneazione e all'esclusione dal sistema e dalle regole costituzionali. L'unico aspetto peculiare dell'esperienza nazionale è la vastità sociale e l'aspezzatura dei mezzi discriminatori rispetto alle forze di volta in volta definite extracostituzionali (U. ALLEGRETTI, *Le risposte dello Stato liberale*, cit. p. 750 ss).

⁽⁷⁰⁾ «Togliendo ai magistrati ordinari la cognizione dei reati, dei quali ci occupiamo ci assicura ciò che oggi manca, l'amministrazione, cioè spedita della giustizia, si preclude l'adito a qualsivoglia arbitrio e si sgrava la stessa magistratura da un peso che in tanta difficoltà e sviluppo di casi essa oggi mal regge », G. MASSARI, *Il brigantaggio nelle province napoletane*, cit., p. 155.

storia. Tuttavia tale ceto rischia di diventare mero meccanismo non essenziale al sistema. La nuova reale fonte di potere risiede nel momento che precede l'imputazione e in quello di esecuzione delle pene, in mano rispettivamente a chi seleziona i comportamenti devianti e a chi scruta e scopre i *pensieri* dei carcerati, cioè all'amministrazione e alle sue istituzioni di controllo.

Nessuna valida ragione può opporsi all'attuazione di una legislazione speciale che esime il ceto giuridico da gravi responsabilità e che oltretutto è formalmente sottoposta a rigide delimitazioni temporali e di contenuto. Una condizione, questa, che ha molto pesato sulla decisione di sospendere le garanzie costituzionali. Ma più di tutto rileva il consenso dell'opinione pubblica che opportunamente 'informata' elabora un giudizio sulla sollevazione contadina e interiorizza lo stereotipo del brigante-nemico.

2. *La costruzione del 'nemico' nell'opinione pubblica: dalla rappresentazione dell'eroe romantico all'animalizzazione del brigante.*

Il terreno della repressione 'legale' viene preparato dalla rappresentazione del brigante-contadino costruito sullo stereotipo del meridionale recalcitrante al progresso civile, inadatto alla vita moderna e alle regole comportamentali della società produttiva. Solo in un secondo momento, quando prevale l'allarmismo, emerge lo stereotipo del brigante-bestia, nemico assoluto irrecuperabile.

Nonostante le apparenze, Torino e Napoli sono molto vicine. I giornali "satirici" cominciano a diffondere immagini sempre più caratterizzate dei briganti: gli atteggiamenti di fierezza scivolano verso sguardi cupi e minacciosi, gli abiti curati ed etnicamente individuati diventano sgualciti, rozzi e di per sé comici, ma soprattutto abbandonando il garbato stereotipo romantico del brigante si apre la via ad una rappresentazione che lo assimila al delinquente.

Anche i più importanti giornali d'Europa si occupano delle vicende italiane e cominciano a diffondere nomi e immagini dei protagonisti. Chiavone è uno dei briganti più famosi, un eroe del popolo, un guardaboschi che si pone alla testa di una banda che opera con successo a ridosso del confine pontificio. Le sue imprese suscitano l'interesse della testata francese «L'Illustration» cui preme soddisfare l'esigenza professionale di 'documentare' in modo

neutrale ed esauriente gli avvenimenti. Mostrando una notevole tempestività, attraverso il corrispondente da Napoli ed un fotografo ⁽⁷¹⁾, anticipa la curiosità dell'opinione pubblica: « Chiavone est un homme à la figure franche et ouverte. Il est de moyenne taille, forte et bien proportionné. L'oeil est bleu, la barbe et les cheveux sont châains. Il y a beaucoup du général Türr dans sa physionomie. Il parle assez bien l'italien. En somme, c'est un homme dont l'aspect et le maintien tiennent le milieu entre le *contadino* aisé et le soldat » ⁽⁷²⁾.

Crocco, Chiavone, Ninco-Nanco, Centrillo, La Gala, questi sono i contadini-briganti che tra il 1861 ed il 1862 diventano protagonisti della 'storia' anche attraverso lo spazio giornalistico che viene loro dedicato ⁽⁷³⁾. Proprio dalla cronaca giornalistica comincia ad emergere la tendenza ad 'animalizzare' i briganti, preparando il terreno allo strumento fotografico che per eccellenza dominerà la produzione di documenti agghiaccianti non solo per l'uso medico-legale, ma anche per un pubblico non specializzato.

Uno tra i maggiori caricaturisti meridionali, Delfico, fa di necessità virtù e adottando lo stile economico della litografia, produce per « L'Arlecchino » una serie di caricature di pregevole valore artistico. Le sue caricature sono di notevole impatto visivo e spesso in esse presenta i briganti animalizzati come in "Stato Maggiore dei Briganti" ⁽⁷⁴⁾ e in "Fantasmagoria" ⁽⁷⁵⁾ o anticipa l'invasione di

⁽⁷¹⁾ Secondo le ricerche di S. Riccio si tratta del giornalista Jean du Pays e del fotografo Alphonse Bernoud, *L'opinione pubblica*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 75.

⁽⁷²⁾ 11 gennaio 1862, n. 985 de « L'Illustration », in *Il legittimismo armato*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 145.

⁽⁷³⁾ G. DI MATTEO, *Brigantaggio e Risorgimento. Legittimisti e briganti tra i Borbone e i Savoia*, Napoli, Guida, 2000.

⁽⁷⁴⁾ « Arlecchino », 17 dicembre 1861, n. 151, rappresenta Francesco II con il tipico cappello dei briganti, e con personaggi dello stato maggiore ispirati "agli animali di Grandville" (F. DIOZZI e M. A. FUSCO, *Borboni e brigantaggio*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 160).

⁽⁷⁵⁾ « Arlecchino », 12 febbraio 1863, n. 36: qui « Napoleone III è Giano bifronte, papalino e sanculotto; Francesco II guida un cocchio di briganti, in cui ritroviamo le figure animalesche riprese da Grandville », F. DIOZZI-M. A. FUSCO, *I giornali caricaturali*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 172.

immagini cruente come in “Brigantaggio” (76). I suoi sono racconti favolistici che rifuggono dalla cronaca della repressione, tendenti ad esorcizzare il brigantaggio, mentre non ottengono lo stesso effetto i suoi imitatori minori, che spesso diventano meri deformati di fotografie. Il percorso artistico, in questo caso visivo, non va disgiunto dagli avvenimenti politici, economici e giuridici di quegli anni. L’immagine proposta del brigantaggio è nel suo complesso negativa. Letteratura ed iconografia restituiscono all’opinione pubblica una rappresentazione talmente stereotipata da non lasciar spazio ad alcuna riflessione critica. Anche le storie d’appendice incastrano il lettore in un gioco di identificazioni, partecipazione ed aspettative che lo inducono ad acquistare i fascicoli numero dopo numero. I personaggi sono semplici, familiari all’immaginario collettivo. Anche lo stile, semplice e ripetitivo, non necessita di alcun coinvolgimento intellettuale, le valutazioni morali dei personaggi sono insite nelle descrizioni fisionomiche ed ambientali.

Entra in gioco l’opinione pubblica (77), facilmente raggiungibile con il messaggio iconografico efficace ed immediato. Il governo cerca così di recuperare un terreno di consenso e di legittimazione. La presenza dello Stato nel Mezzogiorno è impersonata dall’esercito, realtà eterogenea e strumento di propaganda della forza dello Stato (78). I militari danno vita ad un’altra forma di letteratura

(76) « Arlecchino », 15 aprile 1862, n. 105, in cui rappresenta la partenza ed il ritorno da una scorreria di un gruppo di briganti, tra cui un brigante con la testa sezionata: « si può apprezzare la sua capacità edulcorante nei confronti di realtà estremamente cruenta: il brigante con la testa spaccata [...] è quasi personaggio di fiaba », *Ibidem*, p. 169.

(77) Sulla valenza costituzionale dell’opinione pubblica nell’Ottocento si veda, *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. COLAO, L. LACCHÈ e C. STORTI, Bologna, Il Mulino, 2008; *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. MARCHETTI, Napoli, Esi, 2007; L. LACCHÈ, *Una letteratura alla moda. Opinione pubblica, “processi infiniti” e pubblicità in Italia tra Otto e Novecento*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di M.N. MILETTI, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 459-513; *Opinione pubblica. Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo*, numero monografico del « Giornale di storia costituzionale », a cura di L. LACCHÈ, n. 6/II semestre, 2003.

(78) L’esercito costituisce uno strumento di “nazionalizzazione” in quanto recluta su base nazionale ed adotta un sistema di rotazione dei reggimenti per ottenere un contatto tra le popolazioni, ma senza « fraternizzare con le popolazioni locali », una

minore che il governo non tarderà a sfruttare, ma lo strumento più efficace è l'immagine fotografica ⁽⁷⁹⁾. I militari stessi scattano foto sul campo e le inviano ai giornali per i notiziari sul brigantaggio, la grande innovazione tecnologica si presta alle esigenze di immediatezza e oggettività e permette la divulgazione della posizione governativa quale unica e tragica realtà.

I primi fotografi della guerra sono naturalmente quelli risorgimentali ⁽⁸⁰⁾, ma solo con la guerra al brigantaggio si assiste ad un

contraddizione tipica degli ordinamenti liberali italiani: « che nel momento in cui assumevano moderno carattere nazionale e coinvolgevano settori della popolazione più vasti dei gruppi borghesi a cui erano destinati, irrigidivano i rapporti di classe in un ordine autoritario ed esaltavano la estraneità delle masse popolari alle ragioni storiche degli ordinamenti », R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 55-56. la renitenza alla leva è, peraltro, uno tra i motivi che alimentano il brigantaggio, anche per via della 'macchina selezionatoria'. Farolfi fa notare che il grande fenomeno della renitenza alla leva è da mettere in relazione alla pratica di misurazione e controllo del corpo. Anche l'antropometria militare rientra nei problemi dei rapporti di potere e conflitti sociali [...] si può immaginare quale avversione potessero provare i contadini, spesso diffidenti verso i tentativi di misurare esattamente i terreni che lavoravano, verso l'obbligo di sottoporre a misura anche i loro corpi » (B. FAROLFI, *Dall'antropometria militare alla storia del corpo*, in « Quaderni Storici », 42, 1979, pp. 1077-1078).

⁽⁷⁹⁾ « La guerra al brigantaggio segna, in campo fotografico, il primo esordio di una pedagogia unitaria destinata a crescere rapidamente diramando in ogni direzione [...] la coesione si attua al livello più basso, smussando le punte dell'intelligenza, gli eccessi di moralità e le richieste troppo esigenti del gusto, che rappresentano altrettante minacce alla compattezza », G. BOLLATI, *L'immagine fotografica 1845-1945*, in *Storia d'Italia*, Annali 2, Torino, Einaudi, 1979, p. 28.

⁽⁸⁰⁾ In Italia prevalgono la ritrattistica e la vedutistica, solo con ritardo si affermano fotografie che riprendono soggetti in movimento. « Il ritratto fotografico fu un grande mezzo di propaganda risorgimentale ». I ritratti dei protagonisti del risorgimento hanno una enorme carica simbolica. Un esempio eccezionale è quello del fotografo Alessandro Pavia che nella sua monumentale e costosissima opera "L'Album dei Mille", testimonia lo spirito risorgimentale. Un Album assolutamente non commerciale, il cui unico scopo è quello commemorativo. Cfr. D. MORMORIO, *Il Risorgimento 1848-1870*, Roma, Editori Riuniti, 1998, pp. 14-15. I fotografi sono esclusi dalla possibilità di documentare il realismo della guerra, sono frequenti i divieti di fotografare i caduti e i campi militari, solo dopo l'uso propagandistico fatto dagli inglesi in occasione della guerra di Crimea, anche in Italia si apre la strada ad un uso funzionale. L'uso propagandistico comunque apre la strada alla possibilità di usare la fotografia anche per una maggiore libertà di informazione (G. BOLLATI, *L'immagine fotografica 1845-1945*, cit., pp. 26-27).

largo uso della fotografia quale documento essenziale per l'informazione. Il fotografo del brigantaggio riprende situazioni reali che rappresentano i protagonisti della guerra in pose imposte dalle aspettative di chi commissiona le opere. Il pubblico riceve l'informazione che può comprendere, ma è una informazione selezionata.

Roma è il centro propulsore della nuova moda turistica ⁽⁸¹⁾ che coinvolge necessariamente anche il brigante italiano. La fotografia ottiene immediatamente un posto rilevante nella lotta politica. Nel 1861 Torino e Napoli ingaggiano una battaglia fotografica ⁽⁸²⁾: la monarchia sabauda commissiona una serie di fotografie che riprendano il campo di battaglia di Gaeta a dimostrazione della superiorità dell'esercito piemontese; la monarchia borbonica risponde con due foto di Francesco II e Maria Sofia che avranno una grande influenza sull'opinione pubblica internazionale ⁽⁸³⁾. La fotografia diventa la migliore forma di documentazione, ma il suo successo non è dovuto alla scoperta delle sue potenzialità di commento, bensì di quelle economiche. La fotografia rende inutili i lenti e costosi ritratti, in tempi 'istantanei' e con bassi costi permette a tutte le famiglie piccolo borghesi di acquistare ricordi e *carte de visite* ⁽⁸⁴⁾. Una vera

⁽⁸¹⁾ « Nei primi trent'anni della fotografia, nata ufficialmente nel 1839, la produzione di immagini riguardanti le classi popolari è molto scarsa e segnata da un forte bozzettismo ad uso dei turisti stranieri », D. MORMORIO, *Il Risorgimento*, cit., p. 23.

⁽⁸²⁾ Probabilmente Eugène Sevaistre fotografò l'assedio piemontese a Gaeta su commissione delle autorità piemontesi, e comunque il governo unitario ne fece un uso di propaganda della forza militare della monarchia Sabauda. Sempre a Gaeta vengono scattate da Gustave Reiger le foto di Francesco II e di Maria Sofia che accompagneranno la campagna legittimista. *Ibidem*, p. 72.

⁽⁸³⁾ La resistenza di Maria Sofia fa nascere la leggenda della bella ed eroica sovrana che inaugura un motivo di successo: « la bellezza come fattore politico », S. RICCIO, *La fine di un Regno*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 115.

⁽⁸⁴⁾ La popolarità della fotografia si deve ad Adolphe Disdéri che nel 1854 brevettò la *carte de visite*. Non ne fu l'inventore, infatti il nome si deve alla somiglianza del formato fotografico a quella dei biglietti da visita e fu un fotografo marsigliese che nel 1851, per primo, mise il proprio ritratto sul biglietto da visita. Tuttavia il successo di Disdéri non è dovuto solo alla tempestività della brevettazione, bensì al fortunato incontro con Napoleone III. Infatti nel 1859 « alla testa del suo esercito in partenza per l'Italia si fermò davanti allo studio di un fotografo, in boulevard des Italiens, e si fece fotografare. Migliaia di soldati imitarono l'imperatore, dando inizio alla strepitosa fortuna di queste piccole fotografie incollate su un cartoncino di 10 centimetri per 6 », D. MORMORIO, *Il Risorgimento*, cit., p.120.

e propria 'rivoluzione' nei costumi sociali ed una novità che non poteva sfuggire alle impacciate forze dell'ordine a caccia di abili trasformisti. Già Cavour si fa recapitare un dagherrotipo di Mazzini per metterlo a disposizione della polizia genovese: è il 1856 e non si coglie ancora pienamente l'importanza della fotografia che rimane circoscritta al servizio della scienza o delle arti.

Le immagini della società o i reportage di guerra non hanno autonomia espressiva e non abbandonano gli stereotipi diffusi e solo raramente lasciano trapelare sentimenti ed atteggiamenti spontanei. Lo scopo sociale della fotografia non va oltre la denuncia di una realtà popolare degradata, non vuole trasmettere alcuna denuncia del sistema che la produce. L'aspetto più sconvolgente della fotografia è la sua capacità di riprodurre in modo fedele la realtà. In effetti, questa capacità finirà per negare il valore artistico prima e di documentazione poi, fino a quando il fotografo si renderà conto che con la propria personale capacità di osservazione può imprigionare in una immagine, in una forma estetica, una realtà complessa che non si risolve nel guscio degli abiti folclorici, ma che può penetrare la realtà.

Il fotografo, della prima metà dell'Ottocento, insegue immagini ed idee già formulate dall'opinione pubblica o dal suo committente, non ha coscienza di sé né delle possibilità dello strumento fotografico. Il suo brigante in posa diventa un prodotto di successo commissionato dalla borghesia straniera che ha visto nelle numerose vetrine degli studi fotografici i trofei visivi di qualche ardito operatore che sfidando pericoli e avversità ha immortalato il feroce brigante. Il brigante viene ad assumere la stessa posa e lo stesso aspetto per medici legali, giudici, avvocati, ufficiali militari e contadini che lo incontrano per i campi. Per la prima volta la fotografia viene usata su larga scala a scopo segnaletico ⁽⁸⁵⁾.

Le autorità europee si trovano a dover affrontare enormi problemi di ordine pubblico e l'uso segnaletico della fotografia per-

⁽⁸⁵⁾ La prima fotografia criminale risale al 3 marzo 1860 nel Regno di Napoli, ma non è una innovazione introdotta né da criminologi, né da sociologi. È una *carte de visite* che ritrae Garibaldi e viene inviata dal Ministero e reale segreteria di Stato all'Intendente di Caserta. Cfr. U. DI PACE, *Il legittimismo armato*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., pp. 135-136.

mette il superamento delle maggiori difficoltà delle forze di polizia. A maggior ragione si rende utile ai militari che rincorrono briganti, già protetti dai territori sconosciuti, mantenuti nella latitanza dalle difficili operazioni di identificazione. Il *ritratto* fotografico era l'arma che mancava alla politica criminale per dare attuazione ad un completo controllo sociale ⁽⁸⁶⁾. Ora i corpi vengono imprigionati nei loro stereotipi ancor prima di essere catturati.

Nonostante la tecnologia, i briganti rimangono esperti sia di tecniche di guerriglia che delle condizioni ambientali; come nelle leggende contadine sembrano imprevedibili, immortali, feroci ed imprevedibili, con facilità sfuggono ai goffi militari male equipaggiati e peggio ancora dislocati sul territorio. La classe dirigente si affida all'opera dei comandanti ed è disposta a concedere notevoli deroghe alla legalità nella certezza che si tratti di una condizione temporanea, che non potrà avere conseguenze sui principi liberali acquisiti. In tale situazione di emergenza per l'unità statale, lo stereotipo romantico non fa grossa resistenza nell'essere sostituito con quello criminalizzante proposto dal governo ⁽⁸⁷⁾. In conformità con lo spirito positivista ⁽⁸⁸⁾ si impone una rappresentazione della

⁽⁸⁶⁾ L'opinione pubblica italiana percepisce la possibilità di un abuso nel sistema di identificazione segnaletica adottato per i briganti: «fu proprio partendo dalla fotografia segnaletica che si arrivò all'uso dell'immagine fotografica come mezzo di riconoscimento sulle carte di identità» (U. DI PACE, *Il legittimismo armato*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., pp. 135-136). I due maggiori caricaturisti italiani fanno proprio l'atteggiamento sospettoso e diffidente dell'opinione pubblica. Delfico raffigura «probabilmente il generale Lamarmora, che ha sul grembo un'enorme pila di "fotografie dei Capi briganti"», mentre il resto del corpo è soffocato da altre immagini. C. Teja propone una serie di caricature: in una un carabiniere e una guardia nazionale impugnano il fucile avendo appoggiata sulla canna una *carte de visite* raffigurante un ritratto di brigante. In un'altra «rappresenta quattro personaggi vestiti da briganti dinanzi ad una prefettura nel momento in cui il fotografo li riprende [...] l'autore paventa il pericolo [...] che le autorità possano utilizzare la fotografia come un sistema per schedare tutta la popolazione», U. DI PACE, *La fotografia*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 56.

⁽⁸⁷⁾ «le fotografie dei briganti costituiscono una rottura violenta con la tradizionale rappresentazione grafica di ispirazione romantica e inseriscono finalmente nell'immaginario collettivo una visione impregnata di uno sconvolgente realismo», U. DI PACE, *Briganti in posa*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 243.

⁽⁸⁸⁾ «Ai gradi più alti la fotografia è in ottimi rapporti con la scienza positiva intenta a riordinare l'intero universo del sapere, e con la letteratura e l'arte percorse da aspirazioni al realismo e al verismo», G. BOLLATI, *L'immagine fotografica 1845-1945*, cit., p. 31.

realtà ordinata e classificata. Lo strumento fotografico, con la compiacenza dei fotografi, dà allo Stato l'opportunità di sostituire alla realtà una serie di immagini da divulgare e imprimere nell'immaginario collettivo.

L'obiettività delle fotografie di briganti non lascia dubbi sulla loro indole criminale e selvaggia, nemici non solo della borghesia, ma soprattutto del popolo. Il nuovo linguaggio fotografico perde la grande occasione per un uso democratico, le doti di documentazione passano in secondo piano per privilegiare un ruolo politicamente gradito e utile al governo unitario ⁽⁸⁹⁾. I briganti fotografati ed esposti nelle vetrine, pubblicati nei giornali o inseriti nei romanzi costituiscono l'unica interpretazione della realtà che possa sostituire i pregiudizi fino ad allora solo immaginati, il brigante nemico dell'umanità è l'unica realtà conosciuta e quindi accettata dall'opinione pubblica.

Il brigante-contadino vede aggiungere ai nemici storici le nuove tecnologie.

I briganti, con il seguito di contadini, vengono estrapolati dal loro contesto ambientale e storico e costretti in precostituite e pregiudiziali categorie sociali che inevitabilmente impronteranno quelle giuridiche. Viene presentato all'opinione pubblica un nemico interno da contrastare con la solidarietà di tutti gli strati sociali, di ogni schieramento politico e con tutti i mezzi, siano essi sociali, politici, giuridici, scientifici; istituzionali o privati. Si osserva, cioè, il tentativo d'innescare un processo di differenziazione ⁽⁹⁰⁾ dai ribelli meridionali coinvolgendo anche i contadini meridionali, che abissalmente distanti dai canali di propaganda, sono raggiungibili attraverso operazioni dissuasive ⁽⁹¹⁾, spesso fuori da ogni legalità.

⁽⁸⁹⁾ « Un vasto campo si apre alla fotografia come strumento di unificazione. Occorre inventariare, catalogare, classificare, per far conoscere, mettere in comune, esaltare ». *Ibidem*.

⁽⁹⁰⁾ « Il dato della devianza è la spia che avverte, il termine che segna i bordi del sistema stesso [...] i confini di una società il cui compito è, ogni volta, quello di ri-conoscersi [...]. Benché la storia della devianza appaia come una serie di rotture e frammenti, in un quadro non lineare, essa può contribuire a ridare compiutamente volto ai valori, alla mentalità, ai comportamenti quotidiani di una società », R. VILLA, *Sullo studio storico della devianza: note su alcuni aspetti storiografici e metodologici*, in *Società e Storia*, Anno III, n. 13, 1981, p. 643.

⁽⁹¹⁾ Già il 21 ottobre 1860 Cialdini telegrafa al governatore del Molise: « Faccia

La necessità di semplificare la realtà può spiegare, anche se solo parzialmente, quale meccanismo abbia imbastito lo stereotipo del brigante primitivo, senza la 'dignità' dell'avversario militare, perché posto ai margini dell'umanità e perseguibile con ogni mezzo. L'epilogo del processo di *demonizzazione* dei briganti è l'esclusione⁽⁹²⁾ dalla sfera di tutela giuridica di tutti quei soggetti che, per varie ragioni, sfuggono ad una gerarchia prevedibile dal sistema che dimostrano di rifiutare, non importa se siano incapaci di comprenderlo o se invece ne disconoscono il valore.

Le garanzie di uguaglianza e mitezza nelle pene, di rispetto della dignità umana, equità di giudizio, sono formalmente assunte nello spirito del nuovo governo liberale, ma non hanno valenza universale, trovano un limite insuperabile nella sopravvivenza prima, nella sua durata poi⁽⁹³⁾.

pubblicare che fucilo tutti i paesani armati che piglio, e do quartiere soltanto alle truppe. Oggi ho cominciato », (F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio dopo l'Unità*, Milano, Feltrinelli, 1974, pp. 54-55). Tale proclama aveva indotto Vimercati, addetto militare a Parigi, a scrivere a Cavour che negli ambienti diplomatici esso aveva provocato dissenso e che « bisognava farlo e non dirlo ». *Ibidem*, p. 393.

(92) Secondo André Taguieff si possono distinguere due « diverse logiche della razzizzazione: l'eterorazzizzazione, basata sul principio di una logica del dominio e dello sfruttamento che impone di conservare in vita l'Altro — certo inferiore, ma fonte di profitto; e l'autorazzizzazione, che prescrive invece la logica dell'esclusione radicale, la cui finalità è l'abolizione della differenza in quanto tale attraverso lo sterminio totale dell'altro, perché possa conservarsi l'identità propria » (*La forza del pregiudizio. Saggio sul razzismo e sull'antirazzismo*, Il Mulino, 1994, p. 211). Entrambe queste logiche sembrano alternarsi nella scelta delle misure adottate dal governo liberale contro il brigantaggio. Da un lato, rileva Salvatore Lupo l'idea di « radicale differenza tra Sud e Nord rischiava di aprire un'enorme contraddizione nell'ideologia risorgimentale (S. LUPO, *Il grande brigantaggio. Interpretazione e memoria di una guerra civile*, in « Storia d'Italia », Annali 18, *Guerra e pace*, a cura di W. BARBERIS, Torino, Einaudi, 2002, p. 473). D'altra parte, però, il Sud è effettivamente difficile da governare e si finisce con l'esprimere « il proprio sconcerto in chiave di contrapposizione etnica, per cui i meridionali si trasformavano in razza inferiore » (*ibidem*, p. 475). Si fa un'operazione ben più radicale rispetto al 1799 e si trasforma il « nemico non solo in criminale ma in razza a sé » (*ibidem*).

(93) Il sistema elettorale censitario sancisce la connotazione cetuale del regime, in quanto hanno diritto al voto tutti i maschi di età superiore ai venticinque anni, purché dimostrino una capacità impositiva diretta di almeno £ 40, vale a dire il 2% dei maschi adulti. Conseguenza di tale sistema è l'aggravarsi della già scarsa rappresentatività della nazione, ma anche l'indebolimento di una già fragile opposizione governativa: « La

La reale configurazione eterogenea della penisola alimenta rapidamente una visione dualistica di due poli che simboleggiano le rispettive espressioni dell'italianità: Napoli-Torino, Sud-Nord ⁽⁹⁴⁾.

Come vuole lo stereotipo, i confini tra realtà e rappresentazione rimangono deboli, lo stereotipo non deve attingere alla pura invenzione, né può assumere una direzione univoca, è necessaria una certa immedesimazione del brigante nello stereotipo nel quale è confinato.

Lo stereotipo del brigante post-unitario è, così, l'epilogo d'una graduale sistemazione di caratteri e preconcetti ambivalenti supportati dalla vasta letteratura, per lo più straniera, su briganti calabresi, abruzzesi, connotati dalla provenienza geografica ed etnica più che dalla posizione o dal ruolo sociale. Progressivamente il nucleo principale di preconcetti si adegua alle esigenze della politica unitaria, ma è accettato sia da chi lo assegna sia da chi lo subisce.

La conoscenza diretta delle province meridionali è praticamente inesistente, i dati cognitivi, descrizioni, testimonianze, consigli e accuse sono acquisiti nei modi più disparati, spesso senza dubitare della loro veridicità. La destinazione delle informazioni è Torino, città che accoglie gli esuli delle province italiane, che potentemente simboleggia il percorso delle libertà, che necessariamente sanziona le nuove ten-

Camera dei deputati, rappresentativa la Nazione, era fortemente squilibrata. La componente di sinistra che annoverava la maggioranza dei meridionali, solo in un secondo momento riconobbe nei problemi del meridione, in particolare nel brigantaggio, un argomento utile di opposizione », F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio dopo l'unità*, cit., p. 191 ss. In effetti la legge elettorale censitaria consentiva uno stretto controllo sull'amministrazione meridionale perché « Le qualificazioni censitarie per le elezioni locali erano alte, i sindaci non erano eletti, ma nominati dal sovrano, mentre l'attività dei consigli locali erano sottoposte all'approvazione di una Deputazione provinciale, di cui il prefetto era *ex officio* presidente » (J.A. DAVIS, *Legge e ordine. Autorità e conflitti nell'Italia dell'800*, Milano, F. Angeli, 1989, p. 299). Romanelli parla di « Principalissima garanzia di status nel panorama sociale del tempo e concreta base dell'esercizio delle libertà civili e politiche, la proprietà era anche il requisito fondamentale per la partecipazione alla vita politica », R. ROMANELLI, *L'Italia liberale*, cit., p. 46.

⁽⁹⁴⁾ « Guardando la relazione geo-politica tra Nord e Sud [...] Torino e Napoli erano già due centri politici e amministrativi della Penisola e costituivano due punti focali del processo di unificazione in corso [...]. Il primo incontro tra l'Italia settentrionale e quella meridionale fu largamente mediato e inquadrato fra queste due capitali, sicché le due culture regionali [...] giocarono un ruolo significativo nel definire *tout court* la prima definizione nazionale di Nord e Sud », N. MOE, « *Altro che Italia!* ». *Il Sud dei piemontesi (1860-61)*, in « Meridiana », 15, 1992, p. 58.

denze culturali, economiche e politiche, ma è anche estremamente distante dal resto d'Italia. I meridionali che vi hanno trovato rifugio hanno smorzato la capacità rappresentativa della realtà di provenienza forse per trovare completa accoglienza, forse per la necessità di abbandonare la condizione di isolamento e di oppressione. Complessivamente il tono delle descrizioni sia degli esuli ⁽⁹⁵⁾, sia degli inviati ⁽⁹⁶⁾ governativi e non, è unanime ⁽⁹⁷⁾. Non ci sono significative posizioni in controtendenza, anche le pagine scritte da uomini colti, lontani dagli interessi della maggioranza governativa, pur cogliendo le motivazioni nei rapporti di iniquità sociale, non sono in grado di suggerire una via alternativa all'uso di mezzi repressivi, alla dimostrazione di forza dell'ordine costituito. Vige incontrastata una generalizzata fiducia nelle capacità dello Stato liberale.

Accanto all'ottimismo suscitato dal rapido progresso che travolge le società si insinua l'allarmismo dovuto alla complicazione delle relazioni sociali conseguente all'ampliamento territoriale. I

⁽⁹⁵⁾ Moe analizza la relazione esistente tra le descrizioni degli esuli e degli agenti governativi e l'adozione del sistema di repressione militare. Il contenuto dei resoconti è praticamente corale, in definitiva si fanno valutazioni sulle qualità morali delle popolazioni meridionali e si intima l'uso della forza perché è ormai l'unico strumento adeguato. Gli esempi che riporta sono numerosi e tutti danno un quadro di sporcizia, corruzione, di assoluta inferiorità rispetto al Piemonte, si traccia una "mappa morale" dell'Italia che impone al Nord, guidato dal ceto borghese, di assumere il ruolo di pedagogo, prima che l'inciviltà si diffonda nel resto d'Italia. Spesso vengono usate espressioni proprie del lessico medico per enfatizzare la necessità di metodi drastici, le informazioni che provengono dagli esuli assumono un peso maggiore dal momento che fanno presumere una conoscenza profonda delle terre e delle popolazioni del Sud. Massari può essere l'esempio che sintetizza il sentimento di ammirazione verso il Piemonte considerato il simbolo dell'Italia. L'esule afferma: « Oh! Quella Napoli come è funesta all'Italia! Paese corrotto, vile, sprovvisto di quella virtù ferma che contrassegna il Piemonte, di quel senso invitto che distingue l'Italia centrale e Toscana in ispecie ». Cfr. N. MOE, « *Altro che Italia!* », cit., p. 77.

⁽⁹⁶⁾ La rappresentazione negativa del Sud Italia non è una esclusiva prerogativa degli uomini filo-governativi. N. Moe, citando E. Ragionieri, fa notare che « la letteratura garibaldina del 1860, può riscontrare [...] un maggior spirito di umanità per le popolazioni del Sud, ma solo raramente un grado superiore di conoscenza e comprensione » (« *Altro che Italia!* », cit., p. 55).

⁽⁹⁷⁾ « Il viaggiatore, confrontando ciò che vede con la sua propria cultura, percepisce, interpreta, e racconta ciò che gli sembra più degno di rilievo nella terra da lui visitata [...] le differenze riferite non sono quantificate, e neppure necessariamente tipiche dell'intera popolazione o gruppi visitati », G.W. ALLPORT, *La natura del pregiudizio*, Firenze, La Nuova Italia, 1973, p. 125.

confini territoriali sono innanzi tutto confini mentali, la società si arricchisce di nuovi elementi da imparare a conoscere, perché effettivamente estranei e misteriosi, allo stesso tempo costringe ad un auto-esame, alla cristallizzazione di una definizione *del* gruppo ⁽⁹⁸⁾ nel quale identificarsi o per lo meno aderire. L'ordine mentale che si delinea serve da guida per quello materiale che assegna ruoli e status a seconda della provenienza geografica e dell'appartenenza di classe. Una volta stabilite categorie e gerarchie si possono riconoscere aspettative, doveri e pretese. Non occorrono oblique manovre ideologiche, la classe dominante non deve far altro che rafforzare la sua autorità e la propaganda verso ciò che già è opinione comune e dunque viene percepito come ovvio e naturale. I briganti meridionali non debbono essere rappresentati in modo tanto diverso da come appaiono già alle popolazioni settentrionali, complice la distanza culturale. In sostanza si verifica un processo di razionalizzazione e di adeguamento ⁽⁹⁹⁾ di antichi e nuovi pregiudizi ⁽¹⁰⁰⁾ alle esigenze dello Stato liberale. Il consenso si aggrega

⁽⁹⁸⁾ Stando a quanto asserisce Gordon W. Allport «una classe sociale è un gruppo nel cui ambito le relazioni si svolgono in termini di una parità bene accettata a tutti i componenti. Essi tendono ad avere costumi simili, lo stesso modo di parlare, gli stessi atteggiamenti morali, lo stesso livello d'istruzione, la stessa ricchezza» (*La natura del pregiudizio*, cit., p. 442). Tuttavia «le differenze esistenti nell'ambito dei singoli gruppi sono quasi sempre maggiori di quelle che sussistono tra un gruppo e l'altro» (p. 198). Si può ipotizzare che le diverse identità regionali, a loro volta estremamente stratificate, non abbiano comunque trovato grossi ostacoli nell'accettazione della definizione di gruppo proposta dalla classe politica post-unitaria.

⁽⁹⁹⁾ Lo stereotipo del criminale segue un procedimento che non necessariamente rispecchia la reale presenza e diffusione dei fenomeni di criminalità. È sicuramente uno strumento che impiegato opportunamente può garantire il mantenimento dei rapporti di dominazione o all'occorrenza allargare il consenso verso il potere istituzionale, ma non può essere limitato a mero prodotto di una volontà politica. In altre parole: «La assunzione della non naturalità dello stereotipo del criminale non deve quindi trasformarsi nel suo opposto, in una [...] idea imposta dall'alto che non ha nessun rapporto con le condizioni materiali di esistenza e con la quotidianità delle classi subalterne», G. BARONTI, *La funzione dello stereotipo del criminale nell'ambito dei processi di controllo sociale*, in «La questione criminale», Anno IV, n. 1, 1977, p. 256.

⁽¹⁰⁰⁾ «Gli stereotipi non sono identici al pregiudizio. Essi sono anzitutto entità razionalizzatrici. Si adattano al clima esistente in quel determinato momento, e quindi al pregiudizio e alle esigenze della situazione», G.W. ALLPORT, *La natura del pregiudizio*, cit., p. 284.

intorno a poche ed ambivalenti caratteristiche facilmente identificabili e di facile adesione garantendo, così, una rapida e generalizzata diffusione. Una volta introdotto, il pregiudizio non è eliminabile, ma si presta a stimoli e reazioni per certi aspetti prevedibili ⁽¹⁰¹⁾, si adattano e mutano a seconda delle esigenze storiche, talvolta innescando processi apparentemente opposti.

La rappresentazione della meridionalità ha una precisa direzione ⁽¹⁰²⁾, da Nord a Sud; si capisce anche come il pregiudizio l'abbia seguita, ma non fornisce risposte sul perché abbia avuto nell'immediato un effetto discriminatorio per i contadini-briganti e fornito un modello repressivo adeguabile ai successivi fenomeni di dissenso politico collettivo. La questione meridionale viene considerata esclusivamente in termini di criminalità così come le espressioni delle *folle* vengono affrontate attraverso le categorie della devianza e della pericolosità sociale ⁽¹⁰³⁾. Ed è da tenere in considerazione che

⁽¹⁰¹⁾ « Il processo cognitivo generale può essere in breve riformulato come segue: una volta che una serie di stimoli nell'ambiente è stata sistematizzata o ordinata tramite una categorizzazione basata su alcuni criteri, questo ordine produrrà alcuni effetti che è possibile prevedere sui giudizi relativi agli stimoli stessi », H. TAJFEL, *Gruppi umani e categorie sociali*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 238.

⁽¹⁰²⁾ M. Isnenghi parla dell'unificazione italiana e poi della sua narrazione come di due viaggi: uno è quello della spedizione dei Mille, l'altro quello letterario di Francesco De Sanctis. Il viaggio materiale, degli uomini del nord verso il sud, rende concreto quello fino ad allora solo immaginario verso il completamento dell'identità italiana: « la penisola a sud di Roma si delinea agli occhi degli uomini del nord sotto forma di alterità radicale a causa del brigantaggio. È infatti tale fenomeno a presentare il volto estraneo e sanguinario di una realtà irriducibilmente dualistica che l'Italia unita — anche nella sua accezione immaginaria — si trova a dover affrontare. L'estasi trepida del ricongiungimento fra le diverse parti di un unico soggetto da ricomporre — l'Italia, gli Italiani — si rompe bruscamente, in quei viaggi nella diversità così inquietanti e pericolosi », M. ISNENGI, *Dall'Alpi al Lilibeo. Il « noi » difficile degli italiani*, in « Meridiana », n. 16, 1993, p. 48.

⁽¹⁰³⁾ L'approccio criminalizzante i comportamenti socialmente, economicamente o politicamente marginali rientra nell'esigenza di controllo. Villa sostiene che la devianza è « il risultato di un processo dinamico connesso in primo luogo alla realtà storica del modo di produzione dominante, e in secondo luogo alla specifica forma-Stato e a quelle [...] agenzie del controllo sociale secondario » (*Sullo studio storico della devianza*, cit., p. 642). Henner Hess fa notare che le azioni definite pericolose vengono tutte fatte rientrare nell'unica categoria della criminalità, ma precisa che « la categoria della criminalità non è assolutamente un fenomeno emergente con il capitalismo. Essa trova semmai la sua radice nella trasformazione delle società libere da

L'approccio *poliziesco* verso le manifestazioni di massa non è esclusivo dello Stato italiano degli ultimi decenni dell'Ottocento. Tutti gli Stati nazionali devono affrontare questioni d'ordine pubblico e non è un caso che in questo contesto storico il diritto penale si veda affiancare dall'antropologia criminale, la nuova disciplina che si presenta in grado di offrire adeguate chiavi di lettura della criminalità, e si assista alla progressiva specializzazione degli apparati di controllo e prevenzione per dare completa attuazione ad una politica criminale volta a stigmatizzare quei comportamenti ritenuti pericolosi per il nuovo sistema sociale.

Gli stereotipi hanno trovato supporto in suggestivi pregiudizi che paradossalmente finiscono per legittimare le scelte governative dopo che gli stessi protagonisti hanno favorito la selezione della marginalità. Le caratteristiche stereotipate volte ad identificare il *napoletano* hanno permesso ⁽¹⁰⁴⁾ la repressione indiscriminata e legalizzata dei contadini-briganti, espressione della degenerazione della meridionalità.

Nell'immaginario dell'opinione pubblica settentrionale il brigante-contadino viene costretto nelle caratteristiche che esauriscono già la meridionalità: è sicuramente un vile ⁽¹⁰⁵⁾ per natura, che il mal governo borbonico ha solo accentuato; è ozioso ⁽¹⁰⁶⁾ perché preferisce vivere negli stenti anziché lavorare per elevare le proprie misere

dominio in società organizzate tramite dominio, e questa costituisce una svolta ben più decisiva di quella dal feudalesimo al capitalismo » (H. HESS, *Criminalità come mito quotidiano. Una difesa della criminologia come critica dell'ideologia*, in « Dei delitti e delle pene », 1986, p. 192).

⁽¹⁰⁴⁾ « questo insieme di interpretazioni, descrizioni, rappresentazioni, lungi dall'essere secondario, servì invece come cornice entro la quale furono prese le decisioni su come governare, amministrare e controllare il Sud », N. MOE, « *Altro che Italia!* ». *Il Sud dei piemontesi* (1860-61), cit., p. 54.

⁽¹⁰⁵⁾ Villamarina, in una lettera destinata a Cavour, fornisce questo quadro di Napoli: « Qui non esiste altro che viltà. Per scusarsi essi dicono che sono avviliti ... ma perché, dico io, si sono lasciati avviliti in questo modo?... Alla fine la storia dimostra che tutti i popoli più o meno ci sono passati, ma non sono caduti in un tale stato di abbruttimento e di poltroneria come i napoletani », *Ibidem*, cit., p. 62.

⁽¹⁰⁶⁾ Farini scrive a Cavour il 14 novembre 1860: « Questa moltitudine brulica come i vermi nel corpo marcio dello Stato: che Italia, che libertà! Ozio e maccheroni », *Ibidem*, p. 81.

condizioni; è inaffidabile ⁽¹⁰⁷⁾ perché sempre pronto ad appoggiare chi offre maggiori ricompense. Solo in un secondo momento quelle caratteristiche subiranno una rielaborazione, quando ci sarà il reale contatto tra le popolazioni del Nord e del Sud, ma raramente si assisterà ad un loro radicale ripensamento, il nucleo essenziale delle aspettative è ben delineato e le nuove circostanze comporteranno solo la ricerca di ulteriori riscontri e conferme ai pregiudizi, a costo di negare l'evidenza ⁽¹⁰⁸⁾.

3. *La medicalizzazione del 'nemico': una diversa strategia per la sovranità dello Stato di diritto.*

« In un periodo politico com'è questo », scrive Lombroso nel 1863, « in cui tutta l'attenzione e la forza morale del popolo d'Italia si concentra in quelle province infestate dal brigantaggio, non sarebbe egli opportuno che il medico pure alzasse la sua voce a pro' dell'igiene morale e più della fisica di quelle terre? » ⁽¹⁰⁹⁾.

Cesare Lombroso esorta i medici militari a *codificare* le differenti patologie regionali al fine di *unificare* la legislazione sanitaria, perché quei medici operano nei più remoti angoli della penisola, « animati da uguali sistemi o almeno da analoghi metodi di studio, potendo alle leve minutamente ripassare le forme ed anomalie *patologiche* delle popolazioni e seguirle più accuratamente negli ospedali e nei reggimenti in cui si hanno esemplari di ogni regione, essi posseggono

⁽¹⁰⁷⁾ Il Principe Eugenio di Carignano, luogotenente generale delle province napoletane, scrive a Cavour: « questo paese per il degrado e l'abbruttimento in cui l'ha sempre tenuto il governo borbonico è incapace di amministrarsi da solo, bisogna distruggerne tutta l'amministrazione e assimilarlo al più presto alle altre Province », *Ibidem*, p. 85.

⁽¹⁰⁸⁾ « l'uomo ha una predisposizione naturale al pregiudizio. Tale predisposizione è strettamente legata alla tendenza a formulare generalizzazioni, concetti, categorie, il cui contenuto rappresenta una semplificazione del mondo d'esperienza. Le categorie razionali dipendono strettamente dall'esperienza diretta, ma l'uomo sa formulare altrettanto prontamente categorie irrazionali. In esse può mancare anche il minimo elemento di verità, in quanto possono essere costituite interamente da fatti riferiti, proiezioni affettive e fantasizzazioni », G.W. ALLPORT, *La natura del pregiudizio*, cit., pp. 39-40.

⁽¹⁰⁹⁾ C. LOMBROSO, *Dell'igiene nelle province napoletane*, in « IGEA », a. I, n. 19, 1863, in *Delitto, genio, follia*, cit., p. 114.

certo i migliori mezzi di analisi e di sintesi » ⁽¹¹⁰⁾. L'esordio di Lombroso a livello nazionale è solo apparentemente rivolto ad un pubblico specializzato, i medici militari italiani, per coniare ed affermare un punto di vista sulla società alternativo a quello comunemente accolto. Suggerisce un criterio proprio alla mentalità scientifica positivista: l'osservazione e il confronto relazionale tra i fatti osservati senza gerarchie e senza giudizi di valore. Il progetto unificatore proposto non riguarda solo l'orbita medica e contrasta con l'atteggiamento di rifiuto e la conseguente discriminazione che ha guidato la classe politica nella rappresentazione prima e nella repressione della criminalità dominante poi.

In un contesto di totale esclusione e rifiuto del Sud, Lombroso lancia un monito ai governanti: « La questione del brigantaggio è per chi sa vederci dentro, una questione simile agli *entozoi* umani, una questione di generazione spontanea — da risolversi assai più con una ben condotta cura generale, che non con violenza e con drastici » ⁽¹¹¹⁾.

Di fronte al rifiuto culturale per ciò che il meridione con i suoi briganti rappresenta, Lombroso propone una 'soluzione' alternativa. Tutto sommato le 'due Italie' non sono così distanti, ovunque la situazione dei contadini è al limite della sopravvivenza, cambiano solo ragioni e rimedi che se ben studiati possono far crescere la nazione borghese nel suo complesso.

Dagli studi del medico veronese emerge anche un altro elemento di riflessione che lo inserisce legittimamente nel proprio tempo ma che contestualmente lo pone in una condizione di estraneità. È infatti sempre aggiornato circa i progressi della scienza e segue autonomamente gli studi d'oltralpe. Si pone con una attenzione incidentalmente rivolta ai problemi interni allo Stato, vive e studia i problemi nazionali, ma con il pensiero rivolto all'Europa colta. L'unificazione politico-amministrativa deve collocare l'Italia nel circuito scientifico europeo ⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹⁰⁾ C. LOMBROSO, *Cenni di geografia medica italiana*, in « GMM », a. XI, n. 16, 1863, in *Delitto, genio, follia*, cit., p.89.

⁽¹¹¹⁾ C. LOMBROSO, *Dell'igiene nelle province napoletane*, in « IGEA », a. I, n. 19, 1863, in *Delitto, genio, follia*, cit., p. 114.

⁽¹¹²⁾ Luisa Mangoni armonizza l'operazione di Lombroso con la tipica mentalità

Le élite devono ancora imparare a ragionare in termini di appartenenza nazionale, ovvero formare un fronte compatto per intervenire con dignità nel dibattito internazionale. È necessario affrontare in termini di “Stato”, nel contesto europeo, i problemi e le urgenze locali, perché l’unità politica sia la condizione per il benessere collettivo.

Il suo incontro con il Meridione lo racconta attraverso una lettura storica ed antropologica. Pur con tutti i limiti personali e della scienza della propria epoca, Lombroso contestualizza e circo-scrive i problemi caratteristici di ogni ambiente, offre una nuova versione del ‘viaggio in Italia’ con l’ottica dello scienziato che deve osservare alla luce delle nuove acquisizioni scientifiche.

I problemi di salute pubblica si legano a quelli di politica economica, sanitaria e sociale, pertanto l’analisi antropologica deve sconfinare dalla propria disciplina e rendersi intelligibile per fornire elementi e criteri utili alle scelte politiche dello Stato, ma sempre all’interno della logica dell’ordine ‘borghese’ (113).

La medicina è una scienza dell’uomo, interagisce con questo e con la società intera. Lombroso è figlio della rivoluzione scientifica ‘ugualitaria’ (114) e non può concepire una scienza medica isolata e sterile: « Ma perché tutto il detto fin qui non riesca ad una vana cicalata accademica », Lombroso intende suggerire i mezzi d’intervento per « modificare le condizioni dell’igiene pubblica in quelle contrade » (115).

La medicina positivista si rivolge però soprattutto al vasto

risorgimentale italiana che interpreta l’unità come condizione necessaria per “ricollocarsi in Europa”, *Eziologia di una nazione*, in *Delitto, genio, follia*, cit., p. 692.

(113) L’antropologia criminale nasce « con l’intento di influenzare le politiche dello stato », durante « la stagione patriottica delle guerre per l’unità nazionale. Fissando una precisa identificazione di determinate categorie di delinquenti — briganti, mafiosi, prostitute, ladri — egli intendeva preservare la neonata e fragile nazione italiana dalla disgregazione causata da gruppi atavistici o degenerati », M.S. GIBSON, *Nati per il crimine*, cit., 2008, p. 177.

(114) Anche la medicina, dopo la Rivoluzione francese, si sviluppa all’insegna dell’uguaglianza sia per la volontà di applicare il sapere medico a tutti i cittadini, sia nella formazione del medico che non proviene più esclusivamente dai ceti sociali benestanti. Cfr. G. COSMACINI, *L’arte lunga. Storia della medicina dall’antichità a oggi*, Bari, Laterza, 1997, p. 318.

(115) C. LOMBRORO, in « IGEA », 1862, in *Delitto, genio, follia*, cit., p. 111.

pubblico. Lombroso appartiene alla generazione dei ‘medici condotti’, a contatto con il basso popolo; utilizzando tutte le possibilità di comunicazione si impegna nella divulgazione delle cure mediche alle popolazioni ⁽¹¹⁶⁾. Lombroso è affascinato da Jakob Moleschott ⁽¹¹⁷⁾ del quale traduce *Des Kreislauf des Lebens*, ovvero La Circolazione della vita del 1869 ⁽¹¹⁸⁾. Il fisiologo olandese viene messo in cattedra a Torino da Francesco De Sanctis nonostante le forti resistenze. In effetti Moleschott viene associato alla sua lotta contro il materialismo che « si teme egli voglia importare in Italia con le istanze socialistiche ad essa collegate » ⁽¹¹⁹⁾. De Sanctis fa una precisa scelta volta ad « emarginare vecchie concezioni della vita umana » ⁽¹²⁰⁾ ed accogliere una visione naturalistica dell'uomo.

Le province meridionali necessitano di una politica governativa di accentramento, ma nel rispetto della dignità e delle capacità locali, perché « Solo con ciò si potrebbe ovviare ai danni della necessaria centralizzazione e immobilità del governo, e ridurre a salubre e fecondo un terreno, entro cui germina nascosto il seme di assai nobili intelletti, e di cuori magnanimi, antichi » ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁶⁾ L'apice dell'impegno diretto lo raggiunge nella lotta alla pellagra che lo vede impegnato a diffondere presso i contadini lombardi le indispensabili e fondamentali regole igieniche. In questa direzione va la pubblicazione nel 1869 sull'IGEA di alcuni dialoghi in forma popolare sulla pellagra e sulle abitudini dei contadini dando consigli e raccomandazioni.

⁽¹¹⁷⁾ Lombroso svolge parte dei suoi studi medici a Vienna dove entra in contatto con K. Rokitsky e J. Skoda. La Scuola anatomo-clinica dei due medici è all'avanguardia nello studio delle malattie attraverso i segni morfologici del corpo, tuttavia è nota anche per il disinteresse verso l'aspetto terapeutico. Lombroso, però, è il primo allievo di Moleschott in Italia, pensa alla capacità d'intervento della medicina positivista « sulla sanità pubblica creando un sistema nazionale gestito dai professionisti medici che dovrebbero informare le riforme amministrative, dalla bonifica ambientale al sistema ospedaliero. Una possibilità percepita ai livelli più avanzati del pensiero medico solo un decennio dopo », G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia*, cit., p. 393.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., spc. pp. 54 ss., 81 ss.

⁽¹¹⁹⁾ G. COSMACINI, *Medicina, ideologie, filosofie nel pensiero dei clinici tra Ottocento e Novecento*, in « Storia d'Italia », *Intelletuali e potere*, a cura di C. VIVANTI, Annali 4, Torino, Einaudi, 1981, p. 1168.

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem*, p. 1166.

⁽¹²¹⁾ C. LOMBRISO, *Dell'igiene nelle Calabrie. Lettera del dottor Cesare Lombroso al professore Paolo Mantegazza*, in « IGEA », a. 1, nn. 8, 1862, in *Delitto, genio, follia*, cit., p. 114.

Lombroso disinnesci il meccanismo di criminalizzazione di intere 'classi criminali' individuate sulla scorta dell'allarme sociale o della connotazione etnico-culturale. Nel carteggio con Moleschott fa riferimento alla sua esperienza in Calabria, il viaggio nel Sud lo ha convinto che l'Italia può vantare un 'laboratorio naturale' di estremo interesse e non solo per il medico. I briganti sono semplicemente l'ossessione dei governanti, non hanno storia, né sentimenti, sono esclusivamente nemici della pace pubblica ⁽¹²²⁾. Paradossalmente il brigantaggio, fenomeno primitivo, espressione di arretratezza, diviene strumento di modernità. Per la scienza i briganti sono oggetti privilegiati di conoscenza, da studiare individualmente. È un profilo, questo, di notevole rilievo perché introduce un approccio analitico alla natura della criminalità che potenzialmente va nella direzione della creazione di *tipi* individuali criminali teoricamente slegati da connotazioni 'classiste'.

La lettura 'naturalista', che precede quella antropologico-positivista, esibisce uno stereotipo di brigante primitivo, che evoca atteggiamenti atavici, una nuova animalità, svolgimento più che negazione dello stereotipo romantico che lo ha preceduto. Il brigante vittima e carnefice, eroe ed assassino, violento, ma solo contro gli oppressori, perde l'ambiguità, si confronta con la civiltà a scapito dell'innocenza. Le caratteristiche del brigante non sono diverse dal passato, ma suscitano diverse considerazioni.

Il brigante, positivo o romantico, prende forma dallo stereotipo illuminista del quale il Romanticismo coltiva la parte irrazionale e magica, mentre il Positivismo riprende l'emozione conoscitiva e radicata nel reale.

La trasformazione dello stereotipo del brigante non può essere compresa senza tener conto della contemporanea agitazione che investe il sapere medico relativamente ai concetti di vita, malattia e *normalità*. Il fermento coinvolge il linguaggio dei giornali, la corrispondenza privata, la lingua corrente, tutte le forme espressive si

⁽¹²²⁾ Osserva Povoło che non si tratta più « della figura del *nemico interno* [...] che la società di antico regime aveva enucleato nella dimensione ideologica del banditismo, ma del criminale: un soggetto che per i più svariati motivi trae la sua natura dalle contraddizioni sociali e di esse si alimenta » (C. POVOLO, *Retoriche della devianza. Criminali, fuorilegge e devianti nella storia (ideologie, storia, diritto, letteratura, iconografia ...)*, in « Acta Histriae », 15, 2007, 1, p. 9).

colorano di termini medici, senza però una contemporanea attenzione per l'istruzione scientifica.

Per il pensiero romantico la malattia è uno stato individuale di rottura degli equilibri armonici, così la follia e la delinquenza appartengono al mondo interiore individuale (123). Per il positivismo la malattia è parte stessa della vita: salute e malattia « discendono entrambe dalla medesima vita » (124).

Le statistiche morali contribuiscono a modificare l'atteggiamento nei confronti della diversità, presentano i fenomeni di devianza come azioni naturali, da affrontare e studiare e non da aggirare e temere, come 'mostri' (125) da eliminare con ogni mezzo.

L'ottimismo nel progresso della scienza non è condiviso a pieno dall'opinione pubblica. Il turbamento provocato si ripercuote sulle descrizioni dei fenomeni che creano maggiore allarme sociale.

Il brigante non necessita di grandi sforzi di immaginazione per essere identificato, tuttavia subisce anch'esso una esasperazione delle tradizionali caratteristiche fisiche e morali, al limite del grottesco, ma realistiche e rassicuranti, perché pongono una visibile e certa linea discriminatoria tra normalità e devianza.

Le caricature pubblicate sui giornali a stento si distinguono dalle immagini fotografiche realizzate sul campo o nelle galere a conferma della brutalità dei briganti. A differenza dell'opinione pubblica, facilmente impressionabile, gli autori più consapevoli usano la caricatura proprio per contestare e stravolgere le regole della oggettività, in controtendenza con l'iconografia occidentale, esagerano alcuni caratteri per interpretare soggettivamente la realtà e non per riprodurla.

La stessa fotografia, oggettiva per definizione, quando viene

(123) « *La medicina romantica*, con radici nella "filosofia della natura", teorizzava l'unità-totalità della natura stessa e il suo procedere per opposti [...]. Se la salute era l'armonia con il tutto, la malattia era la dissoluzione di questo legame armonico e il ripiegarsi dell'organismo su se stesso », G. COSMACINI, *L'arte lunga*, cit., pp. 322-323.

(124) Si tratta di una « concezione unitaria del normale e del patologico, che è presente in Claude Bernard come in Virchow », *Ibidem*, p. 1164.

(125) Canosa sostiene che è un merito dell'approccio statistico quello di aver superato « la tendenza ad espellerli per farne delle pure espressioni di anormalità, al limite del "mostruoso" », R. CANOSA, *Storia della criminalità in Italia 1845-1945*, Torino, Einaudi, 1991, p. 16.

commissionata dalla scienza non pretende di esaurire il reale, anzi richiede il particolare, il parziale, il nascosto ⁽¹²⁶⁾.

Con l'avvento dello sguardo clinico, si consolida il naturalismo nell'arte. È la pittura ad affascinare i futuri grandi scrittori e romanzieri: Baudelaire, Zola si ritrovano al Caffè Guerbois con Manet. Pittura e letteratura si influenzano a vicenda alla ricerca del realismo e della modernità ⁽¹²⁷⁾.

Arte e scienza si riconciliano, intraprendono una strada comune diretta a smascherare i segreti del pensiero e dei sentimenti umani, « dove l'aveva lasciata Leonardo » ⁽¹²⁸⁾. Un tentativo moderno di collaborazione tra medici alienisti ed artisti si delinea con la 'liberazione dei folli', ad opera del medico Pinel. La leggenda racconta

⁽¹²⁶⁾ Ogni società, scrive Ginzburg, « avverte il bisogno di distinguere i propri componenti » ma solo alla fine dell'Ottocento si propongono « nuovi sistemi di identificazione » (C. GINZBURG, *Miti, emblemi, spie. Morfologia e storia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 186). Certo, molto ha inciso il fenomeno dell'aumento dei recidivi (cfr., P. MARCHETTI, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona, Cattedrale, 2008). Tuttavia il fenomeno è ben più vasto, è un discorso che ha radici lontane ma che nell'Ottocento rappresenta il tentativo d'un'epoca di conciliare razionalismo e irrazionalismo, ma anche il generale e il particolare. Freud, Conan Doyle, Morelli tre medici che adottano il modello della semiotica medica, cioè un medesimo linguaggio per pittura, scienza e letteratura: « in tutti e tre i casi, tracce magari infinitesimali consentono di cogliere una realtà più profonda, altrimenti inattuabile. Tracce: più precisamente, sintomi (nel caso di Freud) indizi (nel caso di Sherlock Holmes) segni pittorici (nel caso di Morelli) » (C. GINZBURG, *Miti, emblemi, spie*, cit., p. 165). In questo senso va anche l'attenzione di Lombroso alla morfologia dei segni.

⁽¹²⁷⁾ « L'esempio di Manet e dei giovani pittori "realisti" ha indubbiamente suggerito a Zola la tecnica della descrizione per macchie chiare, tocchi rapidi e numerosi che cercherà di applicare nei primi romanzi ». G. BORRELLI, *Pittori e scrittori*, in *Storia della Letteratura Francese*, Milano, Garzanti, 1991, p. 724.

⁽¹²⁸⁾ Leonardo è il genio che unisce la ricerca artistica a quella scientifica nello studio delle passioni e dei sentimenti umani. Pittori e medici ottocenteschi non sono alla ricerca delle stesse risposte tuttavia attingono da Leonardo un patrimonio di conoscenze determinanti. Non è dunque semplice analogia l'attenzione per le dinamiche fisiologiche, per l'anatomia, ma un percorso di formazione che attinge dai suoi lavori. Non è un caso che il *Libro di pittura* di Leonardo venga pubblicato per la prima volta a Parigi, nel 1651, dove « gli studi più poderosi sulla Fisiognomica, nel corso del Seicento, sembrano trasferirsi nella cultura francese [...] che ne farà un asse portante della propria investigazione sull'uomo », cfr. F. CAROLI, *Cinque secoli di pittura verso il profondo*, in *L'Anima e il Volto. Ritratto e Fisiognomica da Leonardo a Bacon*, a cura di F. CAROLI, Milano, Electa, 1998, p. 24.

che Théodore Géricault (¹²⁹) abbia raffigurato i 'Folli' in collaborazione con il medico Esquirol che tenta di curare i suoi ricchi folli di Parigi, in rue Buffon, attraverso un canale comunicativo alternativo al comune linguaggio verbale. I segni espressivi nei volti dei malati corrispondono a precise sensazioni che il medico traduce in linguaggio. Géricault non avrebbe fatto altro che riprodurre questo codice comunicativo.

I tempi di Pinel (¹³⁰) sono ormai superati, la follia 'dell'anima' ritrova una propria sede organica, il cervello, che la interna in un nuovo spazio culturale. L'arte si adegua. In letteratura abbondano descrizioni fisiche in linea con le nuove acquisizioni frenologiche, anche l'iconografia propone delle immagini anatomicamente coerenti, nel segno del realismo (¹³¹).

I briganti nelle contemporanee rappresentazioni subiscono due generi di rappresentazione, solo apparentemente contrastanti. Da un lato le caricature che li deformano al limite della riconoscibilità, dall'altro la fotografia oggettiva per definizione, che invece solo apparentemente riproduce i briganti. Caricatura e fotografia seguono lo stesso principio visivo: non rappresentano la totalità del soggetto, piuttosto un frammento, una particolarità, dunque una interpretazione. Le ragioni e il fine cui tendono sono diversi, tuttavia

(¹²⁹) « Géricault ricorda di poter dipingere e disegnare "elefanti, leoni, orsi, dromedari, cammelli", che fanno pensare alla sua presenza al Jardin des Plantes, proprio in prossimità di rue Buffon ». F. MORO, *Ottocento. Ritratti di famiglia in un interno*, in *L'Anima e il Volto*, cit., p. 414.

(¹³⁰) Pinel è il primo medico assegnato alle infermerie di Bicêtre, probabilmente « scelto proprio per "neutralizzare" la follia, per prenderne l'esatta figura medica, per liberare le vittime e denunciare i sospetti ». Bicêtre rappresenta infatti il luogo della potenza dell'antico regime che vi rinchiodava i suoi nemici politici. « Bicêtre, prigione dell'innocenza, ossessiona l'immaginazione, come un tempo la Bastiglia ». Pinel è il medico incaricato di "liberare" dall'equivoco ed effettivamente toglie le catene ai folli, la propone nella sua purezza ed oggettività, ma non in qualità di medico, bensì di uomo "saggio". Il folle è un essere inferiore ed è da educare ai valori morali. Cfr. M. FOUCAULT, *Storia della follia*, Milano, Rizzoli, 1963, pp. 535 ss. (cfr., M. SBRICCOLI, *La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault*, in « La Questione Criminale », III, 1977, pp. 407-423).

(¹³¹) « L'ottocento apre alla frenologia. L'interesse si sposta sul cervello e la follia, [...]. Fisiognomica e pittura si congiungono nello sforzo di dare un volto alle distorte passioni umane ». M. CESA-BIANCHI e C. CRISTINI, *Fisiognomica, arte e psicologia*, in *L'Anima e il Volto*, cit., p. 31.

assumono lo stesso atteggiamento. La caricatura fa proprio il compito storico di raffigurare il reale ⁽¹³²⁾ e si oppone al naturalismo privo di fantasia e di senso critico, propone una iconografia che tende a rappresentare il “simbolo” e non la “verità” oggettiva.

La fotografia scientifica, commissionata da medici legali o antropologi, ricerca immagini particolari e particolareggiate, non finalizzate alla comprensione della totalità, ma a svelare la sede particolare della malattia. Le potenzialità del nuovo mezzo vengono colte fin dal suo primo apparire. Arago già nel 1839 cerca di trasmettere l'entusiasmo per la scoperta: « sotto il quadruplice aspetto della novità, dell'utilità artistica, della rapidità dell'esecuzione nonché delle preziose risorse che la scienza ne ricaverà » ⁽¹³³⁾.

In entrambe gioca un ruolo fondamentale la forza comunicativa delle immagini. Divulcano più o meno volontariamente esagerazioni e zoologizzazioni, ma non cadono nell'equivoco discriminatorio, essenzialmente per l'evidenza delle mistificazioni. La stessa rappresentazione, caricatura o fotografia, però assume un ulteriore significato che dipende dal bagaglio culturale di chi la legge e dal contesto in cui è inserita: il borghese “comune”, incuriosito e pronto all'indignazione, si arresta alla prima impressione suscitata. Tra curiosità e stupore, non tenta una contestualizzazione. In ogni caso il brigante è la negazione dell'uomo, improvvisamente il brigante ucciso e brutalmente fotografato esaurisce l'argomento. È solo quello che appare: un mostro finalmente inoffensivo ⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³²⁾ « I pittori romantici si erano disinteressati degli spettacoli offerti dalla vita contemporanea, e ne avevano lasciato la descrizione ai caricaturisti » (G. BORRELI, *Pittori e scrittori*, cit., p. 722).

⁽¹³³⁾ F. ARAGO, *Relazione sulla dagherrotipia*, tenuta il 19 agosto 1839 a Parigi presso l'Institut de France, seduta congiunta dell'Académie des Sciences e Académie des Beaux-Arts, in *Una invenzione fatale*, cit., p. 64. Il 15 giugno dello stesso anno Arago parla del mezzo fotografico in termini positivisti, come strumento neutro in grado di riprodurre la verità della natura senza l'intervento umano: « Il naturalista, l'archeologo, il turista e gli studiosi di arte potranno trovare nel nuovo mezzo uno strumento di studio e di informazione indispensabile e insostituibile nella fotografia « véritable fac simile » della natura » (M. MIRAGLIA, *Note per una storia della fotografia italiana, (1839-1911)* in « Storia dell'arte italiana », vol. 9, tomo II, *Grafiche e immagine. Illustrazione e fotografia*, Torino, Einaudi, 1981, pp. 436-437).

⁽¹³⁴⁾ Le vetrine dei fotografi espongono la “galleria di atrocità”; la cronaca del tempo racconta dello strano atteggiamento dei borghesi, che di fronte a tanta violenza

Tutto sommato arte, scienza, senso comune si pongono rispetto alla diversità, sia essa nel brigante o nel folle, con un atteggiamento volto alla differenziazione e al distacco preparando il terreno al loro legittimo e radicale rifiuto.

In effetti la medicina si sta via via liberando del rapporto diretto con il paziente e con la malattia. Il malato perde la sua umanità, viene *sezionato* e considerato esclusivamente nella parte aggredita dalla *malattia*.

Le avvisaglie della ‘rivoluzione’ si hanno con l’invenzione dello stetoscopio di Laënnec, uno strumento diagnostico che consente al medico di individuare con precisione la lesione locale e interna. Il funzionamento dello strumento è noto solo al medico, che non ha più necessità di osservare e palpare il paziente, deve solo ascoltare attentamente il suo interno, il medico si allontana dal malato ⁽¹³⁵⁾.

Il paziente che si sottopone alla visita non sempre accetta l’innovazione, qualcuno crede si tratti addirittura di un mezzo terapeutico, ma il più delle volte suscita diffidenza e timore.

Una situazione analoga si verifica con lo strumento fotografico: nei rapporti tra chi fotografa e chi è fotografato. Il fotografo detiene il potere perché conosce i segreti della macchina. Il brigante che si mette in posa generalmente segue precise indicazioni e si presta alla rappresentazione del fotografo che tenta di ricostruire una immagine già impressa nella propria mente.

Molto interessante è lo sguardo di chi fruisce delle fotografie. Il ‘galantuomo’ che guarda le fotografie esposte in vetrina viene colpito dalla intera messa in scena diretta ad evocare precise sensazioni:

non provano avversione, ma soprattutto rassicurazione nel vedere quegli uomini tanto temuti, inequivocabilmente morti. Le fotografie quindi adempiono alla « funzione rassicurante che l’ideologia dominante affida a quelle immagini », U. DI PACE, *La fotografia*, cit., pp. 57-58.

⁽¹³⁵⁾ « Lo strumento di Laënnec è uno “strumento filosofico”, in quanto si collega a una *rottura epistemologica*, a una mutata visione globale. Primo strumento diagnostico d’uso generale, esso veniva a trasformare la pratica della medicina, a cambiare la percezione della malattia da parte del medico, a inaugurare la tendenza ad ampliare la distanza tra questi e il malato inserendo fra i due un primo, rudimentale apparato tecnologico. Si dava inizio a un nuovo rapporto », G. COSMACINI, *L’arte lunga*, cit., pp. 328-329.

paura, ribrezzo, forti sensazioni. *L'amore dell'osceno* di cui parla Baudelaire, che attira irresistibilmente tutta la società (136).

Diverso è lo sguardo dell'antropologo che invece va alla ricerca dell'insolito, ma senza costruzioni e mistificazioni: per questo commissiona fotografie.

Il mezzo fotografico rappresenta un momento di grande significato pratico, per il medico alienista, perché consente di afferrare quelle espressioni e quegli atteggiamenti che l'inafferrabilità del tempo nasconde.

Il brigante sorpreso in un frammento tragico della propria esistenza imprime nella luce il suo segreto, la sua essenza. La smorfia cinica resa eterna dalla fotografia può essere minuziosamente scrutata e interpretata. Il mezzo fotografico offre una possibilità straordinaria per l'esaminatore altrimenti costretto ad osservare per giorni nella speranza di cogliere il momento rivelatore. Ogni fotografia è un 'appuntamento per la memoria' (137), un documento senza tempo e senza contesto.

La fotografia, come lo stetoscopio, crea quel distacco umano necessario alla scienza per scendere nell'interno, nell'intimo della natura umana.

Da quando Pinel ha preso in mano la gestione degli istituti d'internamento per i folli si è progressivamente esteso a tutte le realtà un sistema di descrizione e certificazione dei fenomeni osservati. Il medico introdotto negli istituti di ricovero prende nota di tutti i fenomeni rilevanti, studia il decorso delle malattie, le reazioni alle terapie, introduce un metodo di oggettivazione (138) della ma-

(136) « Una follia, uno straordinario fanatismo s'impadronì di tutti questi nuovi adoratori del sole. Strane abominazioni si manifestarono. Associando e raggruppando gaglioffi e gaglioffe agghindati come i macellai e le lavandaie a carnevale, pregando questi eroi di voler prolungare, durante il tempo necessario all'operazione, la loro smorfia di circostanza, ci si illude di rendere le scene, tragiche o leggiadre, della storia antica », C. BAUDELAIRE, *Il pubblico moderno e la fotografia, in Una invenzione fatale*, cit., p. 70.

(137) « Il pittore guarda alla fotografia come a un appuntamento per la memoria cui è demandato il compito di conservare e trasmettere un momento emozionale, una composizione particolare, che il pittore interpreta poi in assoluta libertà creativa di linguaggio », M. Miraglia, *Note per una storia della fotografia italiana (1839-1911)* in *Storia dell'arte italiana*, parte terza, volume secondo, Torino, Einaudi, 1981, p. 446. Lo stesso atteggiamento, di mezzo di servizio, si riscontra in ambito medico.

(138) L'oggettivizzazione della follia non è tuttavia opera del medico che si

lattia attraverso la pratica ospedaliera nello studio delle azioni e delle sensazioni umane lasciate libere di esprimersi.

La figura professionale del medico-scienziato, incarnata da Lombroso, si candida ad assumere quel ruolo di mediazione tra popolo e istituzioni, come tra diritto e criminalità, che lo Stato non riesce a realizzare. Le informazioni mediche sulle caratteristiche etniche, culturali e sociali possono informare le politiche sociali e criminali studiate e astrattamente considerate dai rappresentanti della nazione.

Nelle prime pubblicazioni Lombroso non si occupa della questione giuridica del brigantaggio, né specificamente della criminalità. Piuttosto è impegnato nella questione igienica che condiziona larga parte dei comportamenti umani: « Non è un epigramma, è una verità fisiologica; che perché un uomo pensi, e quindi s'istruisca — conviene si nutra bene. — La prima base di una buona istruzione, dev'essere un buon alimento » (139).

« La valle di idioti » scoperta da Lombroso in Lombardia si ripresenta in tutta la Nazione, le pagine di Lombroso sembrano strappate da un romanzo di Balzac. Lombroso, come Benassis ne « Il medico di campagna », incontra la miseria e l'arretratezza delle popolazioni meridionali e sollecita un intervento dello Stato, perché il 'niente', la mancanza di modernità costituiscono una occasione per creare non solo benessere e salute, ma soprattutto idee e valori (140).

appropria dello spazio ospedaliero. La medicina positiva trova un terreno predisposto al suo accoglimento: « Si crede che Tuke e Pinel abbiano aperto l'asilo alla conoscenza medica. Essi non hanno introdotto una scienza, bensì un personaggio, i cui poteri attingevano a questo sapere soltanto attraverso un travestimento, o tutt'al più una giustificazione. Questi poteri sono per natura di ordine morale e sociale [...]. Se il personaggio medico può delimitare la follia, ciò non deriva dal fatto che la conosce, ma che la domina », M. FOUCAULT, *Storia della follia*, cit., p. 585.

(139) C. LOMBROSO, *Sull'abuso dello spaccio dei purganti, dei cataplasmi e delle mignatte; e sull'uso del pane di maiz in Lombardia. Lettera di C. L. al dottor G. Gorini*, in « IGEA », I, n. 20, 1863, in *Delitto, genio, follia*, cit., p. 119.

(140) « In fatto di civiltà [...] non c'è niente di assoluto. Idee utili ad una contrada possono essere fatali ad un'altra, e altrettanto si può dire per gli uomini ». Il consiglio di Balzac è molto più reale di quanto faccia supporre il romanzo: « Per mia fortuna, io ho trovato qui una tabula rasa [...] I miei metodi non urtavano contro nessun pregiudizio [...]. Ma anche qui ho sempre cercato di far convergere interessi degli uni con quelli degli altri », H. DE BALZAC, *Il medico di campagna*, Milano, Garzanti, 1994, pp. 50 ss. Ne *Il*

Il progresso dovrebbe creare una società fondata sulla solidarietà e non sullo scontro e sui rapporti di forza.

Il brigante meridionale è il frutto logico e necessario della struttura economica dominante: « Caduto il feudalismo i Borboni ne crearono un altro peggiore [...]. Essi, col permettere e quasi col promuovere la venalità negli impiegati, fecero smarrire il senso di giustizia, sicché ora spesso i ricchi negano la mercede agli artieri od ai coloni; e questi credono loro diritto alla lor volta il rubarli » (141). Lombroso descrive le popolazioni meridionali nella loro miseria fisica e sociale, testimone sincero di una realtà degradata affrontata dal governo con strumenti repressivi militari. Si oppone all'opinione dominante e suggerisce un programma di prevenzione: il brigantaggio va 'medicalizzato', curato come affezione fisica e sociale. Una interpretazione che paradossalmente difende e garantisce le popolazioni meridionali dal rifiuto sociale. Il brigante, reo-nato, come il folle, viene sottoposto allo sguardo del medico-antropologo che lo domina e lo rende trasparente e innocuo. Spogliato della sua imprevedibilità e del suo mistero, può essere ammesso nella civiltà e nei suoi diritti umani. Acquista dignità di individuo antropologico che sfugge a condanne d'immoralità e a meri giudizi sul comportamento.

Queste le potenzialità e probabilmente l'ambizione dell'opera di Lombroso ma lo stereotipo del brigante è scivoloso, la devianza per il senso comune ha già una propria collocazione, e anche la scienza – non diversamente da Melchiorre Delfico de Filippis che animalizza i La Gala su l' « Arlecchino » (142) — non rimane indifferente alla suggestione intorno ai briganti-selvaggi. I direttori delle carceri e dei

medico di campagna Balzac descrive in modo positivo, scientifico, la società in cui vive. Mentre denuncia la mancanza di umanità nella Rivoluzione della borghesia, sostanzialmente perché priva di valori, indica e prevede il terreno fecondo per un effettivo progresso economico ed umano: la borghesia ha appena iniziato un percorso di libertà che si snoda attraverso un continuo superamento delle strutture sociali, degli interessi economici. « Balzac è stato accusato di immoralità: non tanto per le sue « pitture » di dettaglio, quanto piuttosto per l'analisi globale che egli proponeva. Ogni analisi scientifica di ciò che è, costituisce la base primaria di un ordine superiore e più completo », P. BARBERIS, *Il realismo balzacchiano*, in *Storia della letteratura francese*, Milano, Garzanti, 1991, p. 455.

(141) C. LOMBROSO, *Dell'igiene nelle Calabrie*, cit., p. 102.

(142) Con una litografia pubblicata il 10 marzo 1864 intitolata: "Fotografie dei quattro generali francescani (au naturel) Cipriano, Giona, D. Giovanni, Papa".

manicomi si entusiasmano, come lascia intendere Biagio Miraglia descrivendo un brigante della banda La Gala: « Quest'uomo volgare che porta in faccia la ferocia e la vigliaccheria insieme, presenta il cranio, che non smentisce l'abuso incorreggibile dei più sozzi e sanguinosi istinti [...]. Per lo che gli organi [...] di ogni altra tendenza animale [...] si mostrarono predominanti sul resto » ⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴³⁾ Biagio Miraglia — direttore del manicomio giudiziario di Aversa — descrive il brigante secondo i canoni della frenologia. O. GABBANELLI, *Il caso di una banda: i La Gala*, in *Brigantaggio lealismo repressione*, cit., p. 207.

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

38

(2009)

I diritti dei nemici

TOMO II



GIUFFRÈ EDITORE

PAOLO MARCHETTI

LE 'SENTINELLE DEL MALE'.
L'INVENZIONE OTTOCENTESCA DEL CRIMINALE
NEMICO DELLA SOCIETÀ TRA NATURALISMO
GIURIDICO E NORMATIVISMO PSICHIATRICO

1. Il criminale nemico della società. — 2. Il criminale nemico: un'invenzione ottocentesca? — 3. Criminalità e criminali recidivi in antico regime. — 4. Alle origini del problema: il contratto sociale ed i suoi nemici. — 5. La criminalità come fenomeno 'naturale'. — 6. L'individuo pericoloso ed il governo della criminalità. — 7. Biopotere e 'razza' criminale. — 8. La recidiva tra scelte legislative e dibattito dottrinale: verso una nuova identità giuridica e sociale del criminale. — 9. L'emersione del criminale nemico della società tra delitto e follia. — 10. La perizia psichiatrica e l'osmosi medico-legale. — 11. Natura criminale e confini dell'essere umano. — 12. Cesare Lombroso e la costruzione della figura del criminale nemico della società. — 13. La trasformazione del nemico politico in delinquente comune. — 14. Criminali e razze criminali. — 15.1. Un nemico sempre in agguato: sonni ipnotici ed eclissi della volontà. — 15.2. Un nemico sempre in agguato: le folle criminali e la labile signoria del volere. — 16. Identità, identificazione, eliminazione. — 17. L'eliminazione del criminale nemico: la deportazione dei recidivi in Francia e in Italia.

1. *Il criminale nemico della società.*

Nel 1914 veniva tradotto e pubblicato negli Stati Uniti d'America *Criminologia*, dell'ormai famoso (anche sul piano internazionale) magistrato italiano Raffaele Garofalo ⁽¹⁾. Il libro faceva parte di un ambizioso progetto editoriale il cui scopo era quello di far conoscere al pubblico americano le principali opere criminologiche di area europea. Che su nove lavori prescelti tre fossero di autori

(1) R. GAROFALO, *Criminology*, Boston, Little, Brown and Company, 1914. Il testo, per volere dello stesso Garofalo, era stato tradotto dalla quinta edizione francese, con aggiunte dalla seconda edizione italiana. La prima edizione italiana della *Criminologia* era uscita a Torino, per la casa editrice Bocca, nel 1885.

italiani (oltre Garofalo, Lombroso e Ferri (2)) non può stupire. La ‘Scuola positiva’ sin dai suoi esordi (alla fine degli anni settanta del XIX secolo) aveva reclamato un posto di primissimo piano nella definizione della fisionomia di questa nuova disciplina che era emersa in una sorta di interstizio epistemologico venutosi a formare al confine tra il sapere medico e quello giuridico. Semmai, il fatto da notare è che la diffusione oltreoceano delle opere dei maggiori rappresentanti della penalistica positivista italiana (3) avvenisse proprio nel momento in cui, in Italia, le posizioni espresse da tali autori stavano lentamente, ma in forma inesorabile, perdendo forza propulsiva. L’affaticata ri-proposizione, da più di trent’anni, di temi che erano stati in grado di alimentare, sin dal loro apparire, profondi interessi ed appassionati dibattiti aveva ormai tolto loro la scena; o perlomeno li aveva relegati in uno spazio sicuramente più arretrato (4).

L’entusiasmo con cui il libro di Garofalo venne presentato al pubblico americano dal giudice E. Ray Stevens non lascia però adito a dubbi (5). Indipendentemente dalla loro perdurante prolificità le teorie del positivismo criminologico italiano erano state capaci di costruire un sapere diffuso, ormai consolidato sul piano degli enunciati, al di là del grado di adesione che ad essi poteva essere

(2) C. LOMBROSO, *Crime. Its causes and Remedies*, Boston, Little, Brown and Company, 1911; E. FERRI, *Criminal sociology*, Boston, Little, Brown and Company, 1917.

(3) Sulla diffusione dell’antropologia criminale (in particolare quella di derivazione lombrosiana) negli Stati Uniti si vedano: N.H. RAFTER, *Criminal Anthropology: its Reception in United States and the Nature of its Appeal*, in *Criminals and their Scientists. The History of Criminology in International Perspective*, ed. by P. Becker, R.F. Wetzell, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 159-181; M. GIBSON, *Introduction to C. LOMBROSO, Criminal man*, New York, Duke University Press, 2006; C. PETIT, *Lombroso en Chicago. Presencia Europeas en la Modern Criminal Science Americana*, in « Quaderni Fiorentini », XXXVI, 2007, 2, pp. 801-900; J. SIMON, *Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first*, in « Texas Law Review », LXXXIV, 2005-2006, pp. 2135-2172; C.J. McCLAIN, *Introduction to C. LOMBROSO, Crime: Its causes and Remedies*, Delran, New Jersey, Gryphon Editions, 1994, pp. 3-29.

(4) Sulle vicende relative alla nascita e allo sviluppo della Scuola positiva in Italia si rinvia, per tutti, ai lavori di Mario Sbriccoli, in particolare: M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale 1883-1912*, in « Quaderni fiorentini », III/IV, 1974-1975, pp. 557-642.

(5) E.R. STEVENS, *Introduction to R. GAROFALO, Criminology*, cit., pp. XVII-XXXV.

accordato. Così, nella sua introduzione all'opera principale di Raffaele Garofalo, il giudice Stevens ripercorreva, dimostrando di dividerli in pieno, i principali assunti teorici del penalista napoletano, il cui nucleo centrale era rappresentato dall'equiparazione del delinquente recidivo ed abituale a un vero e proprio *enemy of society*. Un nemico di fronte al quale la stessa società doveva reagire, tentando in tutti i modi di espellerlo dal proprio interno (6). Da questo punto di vista il nodo cruciale della repressione penale risiedeva in un'attività di discriminazione, in una separazione dell'universo criminale in due ambiti distinti: da una parte, il delinquente irredimibile, il nemico giurato dell'umanità, colui che conduceva ferinamente (come aggiungerà Garofalo nella sua prefazione al volume) una sorta di *predatory life* (7); dall'altra, il trasgressore capace di assicurare una qualche garanzia di risocializzazione, portatore di « sentimenti morali che possono farlo ancora aderire alla specie umana » (8), nei cui confronti bisognava adoperarsi per agevolare un suo pronto reinserimento nella società.

Iniziare questo scritto con la pubblicazione in lingua inglese della *Criminologia* di Raffaele Garofalo è stata una scelta non casuale, legata ad almeno due ordini di considerazioni. In primo luogo, infatti, si è voluto mettere l'accento sull'estrema vitalità del positivismo penale (al di là delle specifiche vicende nazionali), capace di oltrepassare gli oceani e di diffondersi senza difficoltà, a decenni di distanza dal suo primo apparire, anche all'interno di culture giuridiche assai differenti da quelle di matrice europea continentale. In secondo luogo, si è inteso privilegiare un autore il cui linguaggio, senza infingimenti ed ipocrisie, è così esplicito da non lasciare adito a dubbi. Ed è proprio questa schiettezza, per così dire, che troverà un'adesione entusiastica da parte di moltissimi giuristi, uomini di legge e politici in ogni parte del mondo.

L'equiparazione dell'individuo dedito al crimine ad un autentico nemico della società, in ogni caso, non può dirsi sia appartenuta al solo Raffaele Garofalo (anche se, indubbiamente, il magistrato

(6) E.R. STEVENS, *Introduction*, cit., pp. XXI-XXIII.

(7) R. GAROFALO, *Preface to Id., Criminology*, cit., p. XXXII.

(8) R. GAROFALO, *Influenza sul diritto penale degli studi di antropologia e sociologia criminale*, in « La Scuola positiva », III, 1893, p. 774.

napoletano utilizzò questa similitudine nella maniera più coerente all'interno del proprio progetto repressivo). Essa era ampiamente circolante negli anni precedenti la prima edizione italiana della *Criminologia*, data alle stampe nel 1885, ed era avvertita in tutta Europa. A farla propria e ad alimentarne la diffusione non erano stati solamente coloro che in qualche maniera si erano interessati professionalmente del fenomeno criminale (penalisti, esperti di scienze penitenziarie, magistrati), ma anche una stampa non specializzata, rivolta al grande pubblico, che non mancava di mettere in risalto come le società occidentali dell'epoca fossero assediate da delinquenti *nemici della società*, da *sentinelle del male*, da vere e proprie *armate criminali*, pronte a dichiarare guerra quotidianamente all'ordine costituito ⁽⁹⁾.

Ora, l'uso di queste metafore guerresche potrebbe essere considerato nient'altro che un fatto di colore; un'invenzione giornalistica (periodicamente risorgente) volta ad alimentare tirature e vendite. Ma, come ha scritto Carl Schmitt, i concetti di *amico* e di *nemico*, vanno presi terribilmente sul serio, « nel loro significato concreto, esistenziale, non come metafore o come simboli [...]. Nemico è solo un insieme di uomini *che combatte* almeno virtualmente, cioè in base ad una possibilità reale, e che si contrappone ad un altro raggruppamento umano dello stesso genere » ⁽¹⁰⁾. La citazione schmittiana (considerata, in questo contesto, più per il suo effetto d'ammonimento che non come una vera e propria indicazione di ricerca ⁽¹¹⁾) consiglia, a questo punto del discorso, un

⁽⁹⁾ Sul punto mi permetto di rinviare a P. MARCHETTI, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona, Cattedrale, 2008.

⁽¹⁰⁾ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'* (1932), in ID., *Le categorie del 'politico'*, Saggi di teoria politica a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 110-111.

⁽¹¹⁾ L'idea del criminale/nemico è stata di recente riproposta da un giurista di indubbia notorietà come Gunter Jakobs. Il fatto non ha mancato di suscitare un serrato dibattito all'interno della penalistica internazionale. In Italia gli interventi sul tema sono stati raccolti principalmente in: *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Atti del Convegno 'Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli', Trento 10-11 marzo, a cura di A. Gamberini, R. Orlandi, Bologna, Monduzzi Editore, 2007; *Dritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, Giuffrè, 2006; e nel numero monografico della rivista « *Questione giustizia* », 2006, 4, dedicato al Convegno tenuto a Roma, nei giorni 24-25 marzo 2006, intitolato

rapido rientro nel continente europeo. È proprio qui, infatti, che bisognerà iniziare a cercare l'origine, lo sviluppo, le implicazioni giuspolitiche, le possibili filiazioni ed eredità di questo *habitus* inimicale ritagliato attorno alla sagoma del delinquente incapace di conformarsi al grado di civiltà ed ai valori espressi dalla società in cui vive.

2. *Il criminale nemico: un'invenzione ottocentesca?*

L'idea del criminale nemico della società (di cui, come appena detto, Raffaele Garofalo rappresentò uno dei più vivaci divulgatori) non può essere generalizzata oltre una certa misura. Per quanto nel corso dell'Ottocento essa fosse assai diffusa, non si può dire costituissero un assunto dato per scontato da qualsiasi autore. Ma il punto, com'è evidente, non è questo. Al di là dell'articolazione effettiva delle posizioni sul campo, quello che qui interessa è il fatto che la circolazione di questa immagine si innestava in un tessuto di discorsi, pratiche ed interventi dai quali sembrava emergere la figura di un criminale sino ad allora del tutto sconosciuta. Una figura per molti versi inquietante e nei cui confronti era indispensabile trovare un'adeguata risposta. In questo senso, quindi, il tema del criminale nemico della società deve essere assunto più che come l'approdo di una lunga riflessione intellettuale, come il riaffiorare continuo di un'ipotesi, il segno, controverso, di numerosi interventi e proposte, il punto di intersezione verso il quale convergono interrogativi e soluzioni che la nuova fisionomia assunta dal problema della criminalità contribuisce ad alimentare. In altre parole, il discorso sul delinquente nemico della società può essere considerato una sorta di potente volano, capace di imprimere (nel mentre varie scienze,

'Verso un diritto penale del nemico?'. Per ciò che riguarda l'idea schmittiana di nemico applicata al diritto penale si può vedere, tra i numerosi interventi contenuti nei volumi appena citati, K. AMBOS, *Il Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 1-30. Molto convincenti appaiono però le considerazioni di Carlo Galli, tese mettere in rilievo una sostanziale disomogeneità concettuale tra l'idea schmittiana di nemico e quella fatta propria da Gunter Jakobs (che per certi versi non sembra differire molto dall'immagine a suo tempo proposta da penalisti come Raffaele Garofalo) (C. GALLI, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 45-60).

compresa quella giuridica, ne delineavano i contorni) la propria energia a progetti e soluzioni normative, a processi di selezione sociale, ad articolate costruzioni scientifiche che senza questa spinta sarebbero, con ogni probabilità, rimasti confinati all'interno di specifici campi del sapere.

Diversi anni fa, in un saggio veramente illuminante, Bernard Schnapper ha messo in evidenza come proprio uno degli elementi maggiormente utilizzati per costruire l'identità giuridica del criminale nemico, ossia il ricadere nel delitto, possa essere considerato nella Francia del XIX secolo (ma l'osservazione si presta ad un discreto margine di generalizzazione sul piano della geografia politica) lo strumento privilegiato per promuovere un completo rinnovamento del sistema repressivo ⁽¹²⁾. Quello che Schnapper ha cercato di sottolineare è proprio il fatto che, pur se a fasi alterne, l'ossessione alimentata dal problema della delinquenza recidiva (che sembrò pervadere la società francese già a partire dagli anni della Rivoluzione) fu l'autentico motore di un radicale ripensamento non solo di alcune categorie giuridiche, ma anche dei sistemi attraverso i quali organizzare la repressione della criminalità (dall'istituzione dei casellari giudiziari all'uso di tecniche d'identificazione personale come le misurazioni antropometriche o le impronte digitali, tanto per intendersi). Ciò che appare interessante, tra le altre cose, del percorso argomentativo di Schnapper è proprio il fatto di riuscire a leggere l'intervento penale (inteso in senso lato, comprensivo cioè anche della sua componente teorica) non solo come risposta adeguata a concrete manifestazioni del fenomeno criminale, ma anche come elemento di governo di complesse trasformazioni sociali che richiedono la costruzione di nuove identità, di nuovi soggetti, sino ad allora sconosciuti o, per lo meno, discretamente in ombra. Operazione, quest'ultima, che necessita del concorso di tecniche e saperi alle volte assai distanti da quello giuridico, ma che con esso sembrano convergere, nel corso del XIX secolo, proprio sulla figura dell'individuo delinquente. Di un particolare tipo di delinquente, quello cioè ostinatamente contrario all'ordine costituito, refrattario

(12) B. SCHNAPPER, *La récidive, une obsession créatrice au XIX^e siècle*, in Id., *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e-XX^e siècle)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 313-351.

ai valori attorno ai quali la società borghese sta rapidamente prendendo forma. Un'ombra, più o meno immaginaria, che può servire anche da utile riferimento negativo per affermare l'idea di un'edificante normalità alla quale ogni cittadino dovrebbe tendere ⁽¹³⁾.

Individuata questa assimilazione tra nemici della società e delinquenti irriducibili, ed evidenziate le proprietà performative di tale equiparazione ⁽¹⁴⁾, converrà procedere con ordine. Due sono i punti, infatti, che è necessario chiarire in via preliminare. Punti strettamente collegati tra loro. In primo luogo bisognerà rispondere alla domanda se questo modo di percepire un certo tipo di criminalità non sia, in fondo, tipico di ogni epoca. Non si può trattare, in altre parole, di una sorta di illusione ottica? C'è veramente qualche cosa di veramente nuovo che brilla sotto il sole, a proposito del tema dell'individuo criminale e della criminalità, nel corso dell'Ottocento? In secondo luogo, se questo interrogativo dovesse essere risolto in senso positivo (affermando cioè l'esistenza di un punto di discontinuità storica), bisognerà pur rispondere ad una seconda domanda: è possibile individuare un punto di partenza di questo discorso? Un momento cioè a partire dal quale, almeno sul piano dell'analisi teorica, si è iniziato a dare identità a questa figura?

3. *Criminalità e criminali recidivi in antico regime.*

Lo studio in prospettiva storica della recidiva è stato approfondito solo di recente. Dopo un lungo silenzio, seguito alla pubblicazione del lavoro di Schnapper, il tema sembra godere, in questi anni, di un rinnovato interesse, com'è provato dalla recente pubblicazione di un volume collettivo dedicato, appunto, allo studio dell'istituto giuridico ⁽¹⁵⁾ e del fenomeno criminale della recidiva dal medioevo

⁽¹³⁾ Come scrive Georges Canguilhem: « Una norma nell'esperienza antropologica, non può essere originale. La regola non comincia ad essere regola che facendo da regola e questa funzione di costruzione nasce dall'infrazione stessa » (G. CANGUILHEM, *Il normale e il patologico. Norme sociali e comportamenti patologici nella storia della medicina*, Rimini, Guaraldi Editore, 1975, p. 206).

⁽¹⁴⁾ Sulla costruzione valoriale di determinate identità sociali attraverso il diritto penale, interessanti osservazioni sono presenti in M. CANCIO MELIA, *'Diritto penale' del nemico?*, in *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 65-103.

⁽¹⁵⁾ Lo studio dei principali profili dottrinali dell'istituto della recidiva nella

al XX secolo ⁽¹⁶⁾. Dal complesso dei lavori, appare evidente come in antico regime la discontinua punizione dei delinquenti recidivi non dipendesse tanto dall'indifferenza nei confronti della minaccia che essi rappresentavano (o dall'impossibilità della loro identificazione), quanto, piuttosto, dalla valutazione *qualitativa* e non *quantitativa* che gli organi di giustizia facevano della recidiva. In altre parole era il criterio dell'integrazione comunitaria a influire sulla decisione relativa all'aumento di pena. Tale aumento colpiva principalmente i soggetti privi di protezione sociale o i crimini giudicati inaccettabili dalla comunità, soprattutto nell'ipotesi in cui i colpevoli fossero marginali o vagabondi. Solo in questo caso i precedenti criminali giocavano un ruolo non indifferente nell'applicazione della pena. Ricerche d'archivio hanno dimostrato come a fronte di casi in cui, pur in presenza di pregiudicati, la recidiva non veniva contestata (o se contestata non comportava alcun aggravamento di pena), si davano situazioni in cui criminali non recidivi venivano trattati come tali. Marginali ed asociali, vagabondi e disertori, che non godevano di alcuna protezione comunitaria, erano sospettati a priori di essere recidivisti ⁽¹⁷⁾.

Questa modalità binaria della giustizia penale, efficacemente messa in mostra da Mario Sbriccoli, si legava alle sue risalenti origini medievali; all'idea che il delitto in primo luogo fosse un'offesa (*iniuria*) e che importasse più ripararlo che punirlo. Una riparazione che doveva passare per una trattativa che vedeva coinvolta in qualche misura la stessa comunità, poiché era attraverso i legami di *appartenenza* e di *protezione* che i suoi membri, fossero pure gli ultimi per condizione o rango, potevano godere di tale forma di tutela. Per gli altri: forestieri, vagabondi, *sans aveu*, e per tutti quelli che, pur membri della comunità, se ne erano separati per essersi messi contro di essa, venivano attivate sommarie procedure pubbli-

criminalistica d'età moderna era già stato affrontato da B. DURAND, *Arbitraire du juge et "consuetudo delinquendi": la doctrine pénale en Europe du XVI^e au XVIII^e siècle*, Montpellier, 1993.

⁽¹⁶⁾ *Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen Age au XXe siècle*, Etudes réunies par F. Briegel et M. Porret, Genève, Droz, 2006.

⁽¹⁷⁾ B. GARNOT, H. PIANT, *Récidive, justice et opinion en Bourgogne et en Lorraine du milieu du XVII^e siècle à la fin du XVIII^e siècle*, in *Le criminel endurci*, cit., pp. 123-135.

che, spesso espeditive, finalizzate alla pena e dettate da spirito eliminativo ⁽¹⁸⁾. Anche alla svolta del XVI secolo, quando in gran parte dell'Europa prese forma una nuova concezione del penale, avviata da tempo ma lentamente maturata, in cui il *focus* dell'attenzione repressiva delle condotte criminali si spostò dal piano del danno a quello della *disobbedienza* (con una corrispondente estensione dello schema dell'infrazione politica a ogni violazione penale di qualche rilievo), questo sistema basato sull'integrazione comunitaria del colpevole di un reato non scomparve del tutto ⁽¹⁹⁾.

È in ogni caso a partire da tale momento che l'istituto della recidiva iniziò ad avere una sua migliore sistemazione dottrinale, transitando dal piano religioso, dove la figura era stata sviluppata, soprattutto in tema di eresia, a quello civile ⁽²⁰⁾. D'altra parte, il passaggio da un sistema di giustizia incentrato più che sulla persona del reo sull'entità del danno arrecato, ad uno teso all'individualizzazione delle responsabilità e alla ricerca dell'intenzione criminosa, spingeva indubbiamente verso questa direzione ⁽²¹⁾. Al di là delle difficoltà dottrinali di dare un inquadramento specifico alla recidiva ⁽²²⁾, un fatto non può però essere trascurato. Sino alle soglie del XIX secolo l'aumento di pena per i delinquenti recidivi aveva poco a che fare con la loro *pericolosità*. Esso serviva piuttosto a punire la malvagità del reo e, in chiave processuale, ad arricchire il materiale probatorio raccolto dal giudice contro l'accusato, sebbene la presunzione che derivava dal principio *semel malus, semper malus* non fosse delle più stringenti (si trattava, infatti, di una *praesumptio hominis*, che ammetteva cioè prova contraria). Come ha scritto Mario Sbriccoli, in età moderna le comunità non percepivano il

(18) M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-165.

(19) Ivi, pp. 179 ss.

(20) X. ROUSSEAUX, *La récidive: invention médiévale ou symptôm de modernité?*, in *Le criminel endurci*, cit., p. 67.

(21) Ivi, p. 80.

(22) Dal punto di vista del diritto penale il tema della recidiva entrò a far parte, in maniera più circostanziata, del discorso giuridico solo nelle riflessioni di alcuni illuministi, ma è a partire dal XIX secolo che ricevette una sua definitiva definizione teorica. Sul punto cfr. F. BRIEGEL, E. WENZEL, *La récidive a l'épreuve de la doctrine pénale (XVIe-XXe siècles)*, in *Le criminel endurci*, cit., pp. 93-110.

problema del crimine come un fenomeno collettivo. I delinquenti non erano considerati una categoria sociale particolare e l'assenza di una strategia di prevenzione criminale è la prova del fatto che il delitto non fosse apprezzato come un fenomeno sociale. Esso, di conseguenza, non veniva trattato in termini politici o sociali per essere combattuto o seriamente contenuto.

I criminalisti d'epoca moderna legavano il diritto penale all'autorità e alla sicurezza dello Stato ed al mantenimento della pace sociale. Non si preoccupavano mai del crimine in generale, e ancor meno si interessavano delle cause della criminalità e dei mezzi utilizzabili per fronteggiarla. Al contrario, essi ragionavano in termini di malvagità umana e di danni da risarcire. Questo disinteresse per la prevenzione del crimine, sottolinea ancora Sbriccoli, mette in evidenza come non si possa neanche sostenere che la criminalità rappresentasse, in epoca moderna, una *paura*, un'*ossessione* (23). Il funzionamento della giustizia riposava ancora, come appena detto, sul doppio binario ordinario (negoiazione, composizione) e straordinario (giustizia esemplare e severa riservata ai crimini atroci ed a coloro che non godevano della protezione della comunità). Semmai un dato da non trascurare è il fatto che tra Sei e Settecento il tema della *pericolosità* iniziò a trovare posto in un altro livello della repressione penale, gestito *ad arbitrium* dalle polizie e basato sul pregiudizio e sull'informazione. « Destinato a crescere enormemente come 'penale quotidiano dei poveri', [esso] darà vita a un secondo livello di legalità, sottratto alla giurisdizione e perciò provvisto di una sua speciale autonomia » (24). E questo lascito riuscirà a sopravvivere, anche se mutato nelle forme, alla nascita dei moderni stati liberali (25).

Se la diffusa impressione che città e paesi fossero assediati da criminali incalliti, dediti alla trasgressione ed al vizio, non traspariva in forma ossessiva in epoca moderna, se il piccolo delinquente d'abitudine non era ancora avvertito come un autentico nemico della

(23) M. SBRICCOLI, *Periculum Pravitatis. Juristes et juges face à l'image du criminel méchant et endurci*, in *Le criminel endurci*, cit., pp. 29-30.

(24) M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 182.

(25) Sul punto si veda M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1900)*, in *Storia d'Italia, Annali*, vol. XIV, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 487-551.

società, bisogna in primo luogo chiedersi quando queste opinioni iniziarono ad avere una diffusa circolazione e, immediatamente dopo, domandarsi sulla base di quali discorsi, di quali teorie e pratiche tale equiparazione prese forma. La risposta a questi interrogativi, com'è evidente, richiede di articolare un percorso argomentativo capace di dislocarsi su piani differenti.

Come accennato poco fa, si tratta di verificare quando, nel corso dell'Ottocento, è stato definito questo nuovo soggetto, e quali saperi hanno contribuito alla sua costituzione. È chiaro, infatti, che l'equiparazione di certi criminali a veri e propri nemici della società non può dirsi un'idea del tutto estranea anche ad epoche precedenti; soprattutto nelle ipotesi di trasgressioni estreme, cioè quelle in cui il potere del *princeps*, la tranquillità della *civitas* o la solidità della *fides* fossero messe in discussione. L'esistenza della regola (di antiche ascendenze medievali, ma capace di sopravvivere, pur se in forme mutate, sino al cuore della modernità) dell'*impune occidi* cui era associato il *bannitus*, e cioè la possibilità per qualsiasi cittadino di uccidere, senza doverne rispondere alla giustizia, colui che, allontanato dal territorio di paese, vi avesse fatto ritorno, ne è sufficiente dimostrazione ⁽²⁶⁾. Nonostante ciò, non può sfuggire come quello a cui si assiste a partire dalla fine del XVIII secolo sia qualche cosa di sostanzialmente differente. Il rapporto d'inimicizia, così come verrà concepito a partire da questo momento, avrà sempre meno a che fare con un'azione precisa, con un gesto criminale esecrabile; esso si costituirà, al contrario, come una sorta di *abito*, intendendo questa parola nella sua più estesa capacità semantica: ossia come veste, in primo luogo, e cioè come dato esteriore, fisicamente verificabile; poi come consuetudine di vita; e, da ultimo, come complesso delle caratteristiche proprie di un individuo capace di predisporlo a determinate disfunzioni organiche. Ma, anche in questo caso, converrà procedere con ordine, partendo dalla, per così dire, fondazione giurpolitica di questo rapporto d'inimicizia.

⁽²⁶⁾ Sul bando in epoca medievale si veda, per tutti, D. CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, Milano, Giuffrè, 1978; sulla capacità 'espansiva' della regola *impune occidi*, applicabile in epoca moderna ad altre figure criminali, come quella del *latro* (determinando così una sorta di equivalenza tra quest'ultimo ed il *bannitus*) cfr. L. LACCHÈ, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in Antico regime*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 371 ss.

4. *Alle origini del problema: il contratto sociale ed i suoi nemici.*

Come ha rilevato Michel Foucault, alla fine del XVIII secolo si assiste, in concomitanza con la diffusione delle teorie illuministe e grazie ad esse, ad una nuova definizione del criminale (27): il criminale è colui che danneggia, perturba la società (28). Questa rappresentazione del criminale come nemico interno si lega indubbiamente alla teoria contrattualista che gli illuministi assunsero dalla tradizione giusnaturalista. Già in Hobbes, infatti, era presente l'idea che colui che minava la stabilità del patto sociale con la propria ribellione non poteva che essere considerato un nemico, un individuo al quale, per necessità, dovevano essere sottratte quelle prerogative e quei diritti che appartenevano normalmente ad ogni cittadino (29).

Tale posizione venne proposta, nella sua massima latitudine, da Rousseau, per il quale il malfattore che violava il diritto sociale smetteva per ciò stesso di essere membro dello Stato, ponendosi con esso in guerra e meritando la morte più come nemico che come cittadino (30). In altri autori essa appare più sfumata, più vicina alla matrice hobbesiana. Un raffinato giurista come Gaetano Filangieri precisava la questione in più punti della sua *Scienza della legislazione*; il presupposto era però sempre il medesimo: « se un cittadino può con un solo delitto violare tutt'i patti sociali, egli può dunque per un solo delitto esser privato di tutt'i sociali diritti » (31). Anche per Kant non tutti i criminali erano nemici

(27) Sul rapporto tra illuminismo e diritto penale si vedano per tutti: G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 383 ss.; e A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 71 ss.

(28) M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste*, vol. II. *Poteri, saperi, strategie*, a cura di A. Dal Lago, Milano, Feltrinelli, 1997, p. 132.

(29) T. HOBBS, *Leviatano*, ed. Roma-Bari, Laterza, 1974, vol. I, cap. XXVIII, pp. 279-280.

(30) J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, ed. Torino, Einaudi, 1966, lib. II, cap. V.

(31) G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, edizione critica diretta da V. Ferrone, vol. IV a cura di G. Tocchini e A. Trampus, Venezia, Centro Studi sull'Illuminismo europeo 'G. Stiffoni', 2004, libro III, parte II, capo XXV, p. 8, ma anche, capo XXVI, p. 13, capo XXXIX, p. 138, e capo XLVI, pp. 203-204.

della società, ma solo coloro che ne disconoscevano il patto fondativo o che si dimostravano incapaci di vivere in comunità ⁽³²⁾.

Questa idea della rottura del patto sociale che fa perdere al criminale tutti i suoi diritti, sospingendolo al di fuori della società, contiene già in sé quella del soggetto pericoloso, insensibile ad ogni tentativo di risocializzazione. « Chi turba la tranquillità pubblica — aveva scritto Beccaria — chi non ubbidisce alle leggi, cioè alle condizioni con cui gli uomini si soffrono scambievolmente e si difendono, quegli dev'essere escluso dalla società, cioè dev'essere bandito » ⁽³³⁾. L'allontanamento dal consesso civile, con la conseguente perdita dello *status* di cittadino, doveva per Beccaria essere previsto non solo nei confronti di tutti quei soggetti che con pervicacia si fossero dimostrati non rispettosi delle leggi di un paese, ma anche per gli oziosi e per altri individui in relazione ai quali non era possibile agire penalmente perché nessun addebito specifico poteva essere loro contestato, se non una presunta condizione di pericolosità (come nel caso di persone responsabili di un atroce delitto, ma la cui colpevolezza non fosse stata sufficientemente provata, o di individui che avessero sì commesso un reato, ma non nel territorio dello Stato in cui si trovavano) ⁽³⁴⁾.

Allo stesso modo, in alcune pagine dedicate alla necessità di perseguire oziosità e vagabondaggio come « *formale delitto* », Gian Domenico Romagnosi si serviva di un linguaggio la cui coloritura bellica era tutt'altro che implicita. Oziosi e vagabondi potevano essere considerati, per questo autore, come persone « in istato abituale di *guerra* contro tutti gli altri possessori di beni »; infatti, anche se, avuto riguardo al loro tenore di vita, essi non trasgredi-

⁽³²⁾ Per Kant colui che in uno stato legale non si fosse mostrato in grado di assicurare nei confronti del vicino un sufficiente grado di sicurezza poteva essere trattato alla stregua di un « nemico ». Chi non accettava il patto sociale poteva così essere costretto ad entrare in uno « stato di convivenza » con gli altri o essere allontanato dal consesso civile (I. KANT, *Per la pace perpetua*, ed. Roma, Editori Riuniti, 1989, p. 9 e nota 6).

⁽³³⁾ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. Milano, Feltrinelli, 1991, § XXIV, *Oziosi*, p. 73.

⁽³⁴⁾ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXIV, *Oziosi*, pp. 73-74 e § XXIX, *Della cattura*, p. 88.

vano alcun precetto normativo, possedevano « virtualmente la disposizione a violarli tutti ». Lo Stato, per prevenire questa incombente minaccia, avrebbe dovuto preoccuparsi di imporre a tali individui socialmente disadattati, attraverso opifici pubblici, un'occupazione permanente, non badando ai costi dell'impresa, poiché se la funzione degli eserciti, per i quali si spendevano ingenti risorse, era quella di preservare i cittadini dalle minacce portate in maniera esplicita da nemici esterni, tali stabilimenti avrebbero costituito una mirabile difesa nei confronti di quelli che potevano essere considerati veri e propri « nemici interni e vicini che ci assaltano di soppiatto, e sempre ci tengono in una penosa ansietà » ⁽³⁵⁾.

Dal tenore di queste citazioni un dato appare con chiarezza. Alla fine del XVIII secolo, in particolare nell'ambito della riflessione illuminista, sembra emergere una nuova figura di criminale. Si tratta di un individuo la cui ostinata contrarietà ai valori espressi dalla comunità in cui vive lo spinge in uno spazio in cui le regole valide per i normali cittadini sembrano non essere più applicabili. Un individuo ricollocato in una condizione di *naturalità* precedente la costituzione del patto sociale; un nemico, appunto, nei confronti del quale la società deve difendersi in maniera non dissimile da come si difenderebbe da ogni altra calamità non regolabile attraverso gli strumenti normali del vivere civile.

5. *La criminalità come fenomeno 'naturale'.*

Questa idea del criminale (o di alcune tipologie di criminale) inteso come un individuo che si colloca al di fuori dello spazio della legalità e che merita, per questa ragione, di essere espulso dalla società di cui è parte non va sottovalutata. Essa può essere posta all'origine di un doppio movimento che interesserà il discorso penale e che prenderà corpo, gradatamente, lungo il corso del XIX secolo. Da una parte, infatti, è attraverso una tale equiparazione che si può iniziare a pensare al criminale (ed al crimine considerato come

⁽³⁵⁾ G. D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, in *Opere*, vol. IV, part. I, *Scritti sul diritto penale*, Milano, Perelli e Mariani Editori, 1841, parte V, capo IV, §§ 1093-1094, pp. 308-309 e § 1103, p. 310.

fenomeno generale) in termini di *natura*. In fondo questo discorso, ancora tutto giocato sul piano del ragionamento giuspolitico, induce a pensare al fatto che, in particolari circostanze, il delinquente sia nient'altro che un soggetto che si è ricollocato in quella condizione naturale che precede lo stato sociale. Una sorta di regresso antropologico, di ritorno all'ancestrale, le cui conseguenze sul piano giuridico sono, in questo contesto e per il momento, limitate alla considerazione che chi volontariamente si pone al di fuori dei valori espressi da una civiltà merita di essere espulso da questa. Da un altro punto di vista, un simile modo di percepire la rottura del patto sociale attraverso particolari condotte delittuose porta per necessità ad individuare un discrimine, valutato normativamente, sulla base del quale decidere quali soggetti siano ancora meritevoli di essere inclusi nello spazio garantito dalla legalità e quali, al contrario, abbiano perduto definitivamente questo diritto.

Ora, se è vero che il diritto penale sognato dai riformatori del XVIII secolo era un diritto che doveva sanzionare in maniera assolutamente egualitaria le infrazioni esplicitamente e precedentemente definite dalla legge senza differenze di *status* o condizioni personali particolari, è altrettanto vero che tutte le forme di punizione promosse da questi stessi riformatori e dai legislatori dell'inizio del XIX secolo (dalla reclusione al lavoro forzato, dalla deportazione all'isolamento totale o parziale, con tutti i rispettivi corollari legati alla riforma morale e all'adeguamento della punizione allo stato morale del criminale e ai suoi progressi) sembravano ruotare, più che sul crimine, sulla persona del criminale, vale a dire su ciò che lo rendeva criminale, i suoi motivi, i suoi moventi, la sua volontà profonda, le sue tendenze, i suoi istinti⁽³⁶⁾, anche al fine di valutarne il grado di riadattabilità alla vita sociale. Non a caso, appena la grande stagione dei codici prese avvio, il principio generale dell'astrattezza del soggetto giuridico che avrebbe dovuto abitarli venne stemperato da interventi normativi come quelli sulle circostanze attenuanti, sulla recidiva o sulla libertà condizionale i quali, nel loro

(36) M. FOUCAULT, *L'evoluzione della nozione di 'individuo pericoloso' nella psichiatria legale del XIX secolo*, in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste*, vol. III, 1978-1985 *Estetica dell'esistenza etica, politica*, a cura di A. Pandolfi, Milano, Feltrinelli, 1997, p. 51.

complesso, sembravano prendere in considerazione, al di là degli atti, proprio chi li aveva commessi ⁽³⁷⁾.

Tale operazione di ‘reincarnazione’ del diritto penale si basò, sostanzialmente, sulla costruzione di figure criminali capaci di dare anima e corpo all’asetticità enunciativa del ‘chiunque’ codicistico. È questa la ragione per cui il discorso giuridico sulla figura del recidivo (non meno che quello sull’istituto giuridico che costituiva l’identità giuridica dei soggetti socialmente individuati ⁽³⁸⁾) iniziò a circolare con insistenza sin dagli esordi del XIX secolo. All’origine di questa presa in carico da parte del sapere giuridico della figura del recidivo può essere individuata una sorta di reintegrazione delle pratiche poliziesche di selezione sociale nell’ambito della pratica giudiziaria. Quel settore della repressione penale, gestito dalle polizie, che in antico regime si era costituito, come detto poco fa, al di fuori della giurisdizione venne, nel corso del XIX secolo, riassimilato al suo interno. Inizialmente in Francia, ma poi in tutta Europa, sulla base del modello napoleonico, polizia, giustizia e istituzioni penitenziarie furono saldamente agganciate le une alle altre ⁽³⁹⁾. Ed è proprio dal fondo delle carceri che iniziò quasi a materializzarsi, sulla base delle osservazioni dei riformatori d’inizio Ottocento, una classe d’individui che, insensibili ad ogni intervento risocializzante, sembravano costituire un residuo fisso del fenomeno criminale; una sorta di precipitato sociale che, per poter essere debellato, richiedeva un deciso intervento di riforma delle stesse istituzioni penitenziarie.

6. *L’individuo pericoloso ed il governo della criminalità.*

Attorno a questa figura inquietante, sorta dal fondo delle carceri, la penalità del XIX secolo — come si vedrà nelle pagine

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 62.

⁽³⁸⁾ Interessanti considerazioni sulla capacità del diritto penale di dare identità giuridica a soggetti socialmente determinati, al fine di concentrare su questi ultimi i propri sforzi repressivi, sono svolte da F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in « Questione giustizia », numero monografico dedicato agli atti del seminario ‘Verso un diritto penale del nemico?’, cit., pp. 666-686.

⁽³⁹⁾ M. FOUCAULT, *Table ronde* (conversazione con J.M. Domenach, J. Donzelot, J. Julliard, P. Meyer, P. Pucheu, P. Thibaud, J.R. Tréanton, P. Virilio), in *Archivio Foucault*, vol. II, cit., p. 50.

seguenti — articolerà il suo discorso sull'*individuo pericoloso* (40). Tale discorso aveva come proprio punto d'incidenza non tanto le azioni delle persone, quanto le loro potenzialità di comportamento. Non si trattava più, in questo caso, di valutare quali norme specifiche si fossero infrante attraverso singole condotte criminose, ma a quali rischi esponesse la società un'abitudine di vita segnata dal vizio, dalla degenerazione, dall'ostinata disobbedienza. Questo discorso verrà, sin dai suoi esordi, doppiato da un'altra lettura che del fenomeno sarà assicurata dalle nuove categorie psichiatriche, psicologiche e sociologiche. E, se in principio una tale polifonia dette effettivi problemi di integrazione, nel tempo essa trovò un punto di forte saldatura nella codificazione ed organizzazione del sospetto, nell'identificazione degli individui pericolosi, « dalla figura rara e mostruosa del monomaniaco a quella frequente e quotidiana del degenerato, del perverso, dello squilibrato costituzionale, dell'immaturato, ecc. » (41).

A questa prima estensione dell'idea illuministica di una relazione esistente tra delitto e condizione 'naturale' dell'individuo (autorizzata dalle nuove categorie medico-psichiatriche ottocentesche) fece riscontro un secondo processo di naturalizzazione del crimine. Un processo sicuramente successivo, ma che con il primo mostra evidenti punti di contatto. Il crimine, nella seconda metà del XIX secolo, iniziò infatti ad essere analizzato (non diversamente dalle nascite, dalle morti o dai concepimenti) come un *fenomeno naturale*. L'amara constatazione dei penitenziaristi di una quota ineliminabile di criminali presente nelle carceri si intrecciò, in tale periodo, con una tendenza alla serializzazione, al calcolo, all'analisi statistica dei fenomeni sociali (42). Questo modo di tipo *quantitativo* di concepire la criminalità, ma più ancora la società nel suo complesso, partendo da previsioni, stime statistiche, misure globali

(40) Sul tema cfr. G. CAMPESI, *L'individuo pericoloso*. *Saperi criminologici e sistema penale nell'opera di Michel Foucault*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXXVIII, 2008, 1, pp. 121-141.

(41) M. FOUCAULT, *L'evoluzione della nozione di 'individuo pericoloso' nella psichiatria legale del XIX secolo*, cit., p. 62.

(42) Per un quadro d'assieme sull'emersione della statistica nella penisola italiana tra XVIII e XIX secolo cfr. F. SOFIA, *Una scienza per l'amministrazione. Statistica e pubblici apparati tra età rivoluzionaria e Restaurazione*, Roma, Carucci, 1988, pp. 117 ss.

mirava, sostanzialmente, a modificare non tanto un dato particolare o un singolo individuo, quanto ad operare sulla determinazione dei fenomeni generali, cioè dei fenomeni complessivamente considerati (43). Natalità, stato di salute, vecchiaia, così come il crimine, erano solo alcuni dei campi d'azione di un potere che tendeva sempre più ad esercitarsi non attraverso il diritto di privare un individuo della propria vita (cioè nella forma tradizionale della sua manifestazione), quanto piuttosto attraverso l'attribuzione di opportunità di miglioramento e prolungamento della stessa. Non si trattava, evidentemente, di concessioni *ad personam*, quello che interessava era il fenomeno globale, complessivo. Era indispensabile lavorare cioè sui grandi numeri evitando le disfunzioni, gli sbilanciamenti, gli scarti da una media ritenuta apprezzabile. In questo contesto, gli studi di autori come Adolphe Quételet o André Michel Guerry (44), svolti sulla base dei 'conti generali della giustizia' (che iniziarono a comparire nei principali paesi europei poco prima della metà del XIX secolo) e tesi ad evidenziare un'incidenza costante,

(43) Come sottolinea Michel Foucault, questo modo di concepire la società è anche una tecnologia di potere, quella biopolitica, la quale si affianca alla tecnica disciplinare vera e propria, manifestatasi già alla fine del secolo precedente (M. FOUCAULT, *Difendere la società. Dalla guerra delle razze al razzismo di Stato*, Corso al Collège de France 1975/1976, a cura di M. Bertani e A. Fontana, Firenze, Ponte alle Grazie, 1990, pp. 157 ss.). Sulle nozioni di biopolitica e biopotere in Michel Foucault si vedano anche: ID., *La volontà di sapere*, Milano, Feltrinelli, 1978, pp. 119 ss.; ed in particolare ID., *Sicurezza, territorio, popolazione*, Corso al Collège de France (1977-1978), Milano, Feltrinelli, 2005 e ID., *Nascita della biopolitica*, Corso al Collège de France (1978-1979), Milano, Feltrinelli, 2005. Pur se in una prospettiva non del tutto coincidente con quella di Foucault, indispensabile appare il rinvio a G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995, e alla sua nozione di 'nuda vita', intesa come terreno di lotta del politico all'interno del quale norma ed eccezione, fatto e diritto, tendono a sovrapporsi.

(44) Quételet e Guerry furono tra i primi ad interessarsi alla statistica 'morale'. Adolphe Quételet aveva già anticipato molte delle sue conclusioni nelle sue *Recherches sur le penchant au crime aux différents ages*, comparse tra il 1831 e il 1833. Il problema della criminalità aveva però trovato una sua più compiuta formulazione nel suo lavoro *Sur l'homme et le développement de ses facultés ou Essai de physique sociale* (2 voll.), Paris, Bachelier, 1835 (in part. vol. II, pp. 160-248). Nel 1833 era invece comparso il libro di André-Michel Guerry (A.M. GUERRY, *Essai sur la statistique morale de la France, précédé d'un rapport à l'Académie de sciences, par MM. Lacroix, Silvestre et Girard*, Paris, Crochard, 1833).

quasi naturalisticamente determinata, del fenomeno criminale all'interno di ogni società, furono ben presto presi a modello dagli studiosi di ogni paese europeo (45).

7. *Biopotere e 'razza' criminale.*

Al di là di queste considerazioni, però, per arrivare alla costituzione di una società capace di ragionare attorno all'eliminazione di quei soggetti-nemici ritenuti pertinacemente refrattari ad ogni disciplina risocializzante (non solo per mezzo di una vera e propria eliminazione fisica, ma anche attraverso la morte civile, l'espulsione, il rigetto) fu indispensabile l'introduzione di una nuova categoria concettuale e cioè quella del 'razzismo'. Per fare in modo che all'interno di una società dove il potere aveva preso in gestione la vita dell'intera popolazione esso si potesse ancora manifestare attraverso il diritto alla neutralizzazione, legato alla vecchia concezione della sovranità, era necessario creare una disomogeneità che interrompesse il *continuum* biologico della specie umana. Bisognava cioè fare in modo di qualificare alcune razze (intendendo questa nozione in un modo ampio, e cioè comprensivo anche di quelle suddivisioni interne a ciascuna popolazione ed indipendenti dall'appartenenza geografica) come buone ed altre come inferiori. E fu proprio attraverso questo squilibrio introdotto tra i gruppi costituenti una popolazione che si riuscirà a presentare l'eliminazione dell'altro, la morte della cattiva razza (del degenerato, dell'inferiore) come l'unico modo per preservare la vita della parte sana della società.

(45) Nonostante in Italia le statistiche criminali vennero pubblicate con regolarità con un certo ritardo rispetto agli altri principali paesi europei (sul punto si veda E. FERRI, *Criminalità in Italia e sostitutivi penali a rovescio*, in « La Scuola positiva », I, 1891, pp. 102-117), a partire dagli anni settanta è possibile assistere ad una discreta produzione di lavori di statistica "morale". Tra questi, per la notorietà degli autori, possono essere visti: G. CURCIO, *Della statistica giudiziaria civile e criminale nel Regno d'Italia*, Roma, Tipografia Barbera, 1873; A. MESSADAGLIA, *La statistica della criminalità*, Roma, Tipografia Elzvirina, 1879, estratto da « Archivio di Statistica », 3, 1878, pp. 31 ss.; M. BELTRANI SCALIA, *La delinquenza e la statistica giudiziaria penale in Italia*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1888. Nel 1879 veniva tradotto in Italia, da Giovanni Battista Salvioni, il libro di G. MAYR *La statistica e la vita sociale* (Torino, Loescher, 1879), pubblicato a Monaco due anni prima, il quale riprendeva molte delle considerazioni sviluppate da Quételet e da Guerry (pp. 402 ss.) e contribuiva indubbiamente alla loro diffusione.

Discriminare, separare, dividere, e decretare differenti destini: esclusione/inclusione, vita/morte, pienezza dei diritti/assenza di ogni prerogativa, questa è la funzione che venne attribuita al discorso 'scientifico' sul razzismo che, dalla seconda metà del XIX secolo, attraverso un uso disinvolto delle categorie evoluzioniste ⁽⁴⁶⁾ (gerarchia della specie, lotta per la vita, selezione che elimina i meno adatti), iniziò a divenire un modo per pensare la criminalità non meno che i fenomeni della follia e della malattia mentale. « Se la criminalità — scrive Foucault — è stata pensata nei termini del razzismo, questo è avvenuto a partire dal momento in cui, all'interno di un meccanismo di biopotere, occorreva dare la possibilità di mettere a morte un criminale oppure di eliminarlo. La stessa cosa vale per la follia e per le diverse anomalie [...]. Il funzionamento, attraverso il biopotere, del vecchio potere sovrano del diritto di morte, implica il funzionamento, l'instaurazione e l'attivazione del razzismo » ⁽⁴⁷⁾.

La rapida circolazione e diffusione delle teorie che si legavano a questo nuovo modo di intendere la criminalità è un segno evidente del fatto che l'immaginario sociale del XIX secolo fosse sempre più percorso da un autentico terrore verso la diffusione, avvertita da molti come inarrestabile, dei comportamenti delinquenziali ⁽⁴⁸⁾. Il timore dell'altro, la paura di essere aggredito o derubato, l'angoscia di fronte alla violenza criminale trovarono così un loro bersaglio nei delinquenti recidivi. Essi iniziarono a diventare il terminale di raccolta di angosce diffuse, una sorta di manifestazione concreta del male. In una società che stava acquisendo i caratteri dell'anonimato

⁽⁴⁶⁾ Sull'uso del darwinismo come chiave di lettura della società nella cultura italiana di fine Ottocento cfr. D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, Torino, Einaudi, 2003, pp. 122 ss.

⁽⁴⁷⁾ M. FOUCAULT, *Difendere la società*, cit., p. 168.

⁽⁴⁸⁾ Nell'Italia post-unitaria l'allarme nei confronti di una classe criminale, per lo più composta da individui provenienti dagli strati sociali più bassi della popolazione, veniva lanciato da Giorgio Curcio attraverso un libro pieno di dati e serie statistiche tesi a confermare il suo assunto (G. CURCIO, *Delle persone sospette in Italia*, Firenze, Tip. ed. Lombarda, 1874). Il riferimento letterario cui Curcio si rifaceva era sicuramente il lavoro di Frégier sulle classi pericolose in Francia (H.A. FRÉGIER, *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures*, 2 voll., Paris, Baillière, 1840). Frégier aveva stabilito una sorta di equazione tra povertà e pericolosità (vol. I, p. 7).

ed in cui le relazioni sociali ed interfamiliari non costituivano più una forma di assicurazione collettiva, la recidiva divenne una sorta di minaccia incombente e un'ombra notturna che si dilatava sull'intero corpo sociale. L'allarme era destinato ad una rapida crescita perché questa *armata del crimine* risultava sempre più minacciosa in quanto invisibile. I recidivisti venivano avvertiti come presenti ovunque. Mescolati tra la folla, mimetizzati nel tessuto urbano, essi erano irriconoscibili e rappresentavano delle vere e proprie *sentinelle del male* (49). I grandi criminali, quelli che passavano agli onori della cronaca, erano terrorizzanti, ma avevano una fisionomia, potevano essere descritti, poteva essere narrata la loro storia. Ma con i recidivisti tutto sembrava procedere secondo uno schema differente. Essi assomigliavano a dei personaggi astratti. Impersonali ed intercambiabili, erano delle figure sfuggenti che si sottraevano ad ogni tipo di identificazione e che infestavano la società. Nell'opinione comune essi divennero una specie di *male morale* e un pericolo incessante. Se il recidivista all'epoca appariva così terrorizzante era perché nella massa, sempre più uniforme, niente distingueva ormai il criminale incorreggibile dal cittadino virtuoso ed onesto. Ogni discorso che serviva a sottrarlo dall'indistinto sociale sembrava, quindi, arrecare profondo sollievo. Esso permetteva di superare quella sorta di *crisi mimetica* (50) che metteva a repentaglio la solidità dei legami sociali. La diversità del recidivista era, da questo punto di vista, più il frutto di un'articolata costruzione 'scientifica' che non il risultato di un'obiettiva osservazione antropologica (51).

(49) L'espressione, tratta dalla « Gazette des tribunaux » del 24 novembre 1885, è riportata in F. CHAUVAUD, *Repris de justice et incorrigibles: les figures des récidivistes au cœur de l'imaginaire judiciaire (France XIXe siècle)*, in *Le criminel endurci*, cit., p. 258.

(50) Sulla nozione di 'crisi mimetica' si veda R. GIRARD, *Il capro espiatorio*, Milano, Adelphi, 2002, il quale scrive: « Non è mai la loro differenza specifica che si rimprovera alle minoranze religiose, etniche, nazionali; si rimprovera loro di non differenziarsi in modo opportuno, al limite di non differenziarsi affatto [...]. Contrariamente a quello che si ripete intorno a noi, non è mai la differenza che ossessiona i persecutori, ma è sempre il suo indicibile contrario, l'indifferenziazione » (pp. 43-44).

(51) J.C. FARCY, *Qui sont les récidivistes parisiens au XIXe siècle?*, in *Le criminel endurci*, cit., pp. 187-234. Il saggio di Farcy, svolto con criteri d'analisi quantitativa, mostra come tutti i luoghi comuni ottocenteschi sulla 'diversità' del recidivo fossero smentiti dalla realtà. Questo tipo di criminalità non si differenziava dalla criminalità in

Anche il diritto penale fu attratto da questa ossessione. Il tema della recidiva divenne centrale nel dibattito giuridico dei principali paesi europei per diversi decenni. La costruzione dell'identità sociale dell'individuo pericoloso aveva bisogno infatti, per poter essere efficacemente giocata sul piano della repressione criminale, di un suo interfaccia normativo.

8. *La recidiva tra scelte legislative e dibattito dottrinale: verso una nuova identità giuridica e sociale del criminale* ⁽⁵²⁾.

Ben prima che alla fine degli anni settanta del XIX secolo la Scuola positiva imponesse, non solo in Italia, una radicale rimodulazione dei nuclei di discussione nell'ambito del dibattito penale, l'istituto della recidiva (una delle figure cardine del nuovo indirizzo di studi) aveva iniziato a godere di una visibilità sicuramente sconosciuta nei secoli precedenti. Nella criminalistica d'antico regime, infatti, non si era particolarmente insistito sui tratti che differenziavano questa figura (che contempla come presupposto dell'applicazione di un aumento di pena per un secondo o successivo reato una precedente condanna) dalla pura e semplice ripetizione di un crimine. È probabile, come ha sostenuto Bernard Durand, che la confusione dottrinale tra le due situazioni giuridiche fu più il frutto di una scelta deliberata che non di una vera e propria incapacità dogmatica, poiché la funzione punitiva si esplicava con più efficacia e maggiore speditezza non distinguendo tra recidiva e ripetizione di

generale per origine geografica, età, sesso, domicilio o estrazione sociale degli individui interessati.

⁽⁵²⁾ Prima di procedere oltre in questa esposizione converrà fare una breve precisazione di ordine metodologico. Lo spazio concesso ai singoli contributi costringe chi scrive ad operare delle scelte selettive nell'esposizione delle questioni da affrontare. Nel caso specifico si è deciso di limitare, nel prosieguo del lavoro, l'analisi dei testi affrontati e dei fenomeni osservati legandola prevalentemente alle vicende storiche italiane (in particolare dell'Italia post-unitaria). Il fatto, in sé, non costituisce un problema particolare perché l'esperienza italiana (anche se con tempi alle volte non perfettamente sincronici) non rappresenta un'eccezione nel più vasto panorama europeo. In ogni caso laddove lo si è ritenuto indispensabile, al fine di rendere più completo ed intellegibile il discorso, sono stati effettuati richiami ad esperienze di altri paesi.

un crimine ⁽⁵³⁾; sta di fatto che la scelta del codice penale napoleonico di introdurre come principio generale (non legato cioè a fattispecie specifiche ⁽⁵⁴⁾) la previsione in via normativa di un aumento di pena, nel caso in cui una sentenza di condanna avesse riguardato un pregiudicato, non dovette apparire all'epoca come un'opzione del tutto scontata ⁽⁵⁵⁾. La scelta, operata sulla scorta di un dibattito che aveva preso le mosse già durante la Rivoluzione ⁽⁵⁶⁾, non solo si mostrava disomogenea con le soluzioni adottate in epoca precedente, ma più ancora sembrava contraddire una serie di precetti che i riformatori di fine Settecento avevano voluto impartire al legislatore penale affinché la sanzione giuridica fosse definitivamente affrancata da qualsiasi tipo di rimprovero morale. Assai esplicito era stato a questo proposito Mario Pagano, il quale aveva scritto: « La pena interamente cancella ed estingue il delitto, ed il reo, che l'ha sofferta, ritorna innocente. Perciocché quanto egli oltrepassò la linea con la violenza, altrettanto ha retroceduto con la pena, onde si rimette nel giusto equilibrio. E quindi per quel delitto, per cui siasi una volta sofferta la pena, molestar non si può il cittadino » ⁽⁵⁷⁾.

In qualche misura, la decisione assunta dal legislatore napoleonico in tema di recidiva sembrava non del tutto coerente con i principi generali utilizzati per dare vita ad un nuovo diritto penale teso a punire dei semplici comportamenti, considerati esclusivamente nella loro dimensione obiettiva. Per questa ragione, a più riprese, si levarono in Francia voci di chiaro dissenso nei confronti

⁽⁵³⁾ B. DURAND, *Arbitraire du juge et 'consuetudo delinquendi'*, cit., p. 36 e pp. 203-204.

⁽⁵⁴⁾ Tipico era stato, sino ad allora, il caso del terzo furto, punito assai spesso con la pena di morte.

⁽⁵⁵⁾ Persino l'introduzione di quella che in gergo tecnico viene chiamata la 'recidiva generica', cioè applicabile in ogni ipotesi di ripetizione di un reato, anche se non della stessa indole del primo, trovò una discreta resistenza in ambito dottrinale. In Francia una certa contrarietà alla scelta si manifestò anche negli anni successivi la promulgazione del codice. Sul punto si veda A. CHAUVEAU, F. HELIE, *Teorica del codice penale*, trad. it. Napoli, Tipografia Altimari, 1858, p. 131.

⁽⁵⁶⁾ Sulle linee generali del dibattito e degli interventi normativi in tema di recidiva sino all'emanazione del *Code pénal* del 1810 cfr. B. SCHNAPPER, *La récidive, une obsession créatrice au XIX^e siècle*, cit., pp. 313-319.

⁽⁵⁷⁾ F.M. PAGANO, *Principi del codice penale*, in *Opere*, vol. III, Lugano, Tipografia Ruggia, 1832, cap. XIV, pp. 35-36.

dell'introduzione all'interno del codice penale dell'istituto della recidiva, come quelle di Jean Carnot ⁽⁵⁸⁾, Isidore Alauzet ⁽⁵⁹⁾, e Joseph Claude Tissot ⁽⁶⁰⁾ (anche se posizioni del genere rimasero discretamente marginali nel panorama dottrinale ⁽⁶¹⁾, non solo francese ⁽⁶²⁾).

A sostenere, in area italiana, l'assoluta fondatezza teorica delle ragioni 'abolizioniste' in tema di recidiva era stato uno dei penalisti di maggior prestigio della prima metà del XIX secolo, ossia Giovanni Carmignani. In verità lo stesso Carmignani non aveva tenuto, nel corso della sua lunga produzione scientifica, una posizione univoca. Inizialmente, infatti, adeguandosi all'opinione corrente, era sembrato a questo autore perfettamente lecito applicare una pena maggiore a quei delinquenti che, condannati per un reato, avessero dimostrato la loro pervicacia nel crimine macchiandosi di una seconda colpa ⁽⁶³⁾. Una più attenta riflessione aveva portato, però, Carmignani a rivedere nella sua *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale* la propria posizione. L'idea di un diritto penale orientato unicamente verso il *fatto*, verso la singola azione delittuosa e della sanzione penale intesa quale stretta retribuzione del reato, non autorizzava per il secondo crimine nessun aumento di pena. Il reato, infatti, non poteva essere considerato certamente più grave in relazione alla sua componente *fisica* poiché « se i due, o tre delitti dopo che alcuno un ne commesse — aveva scritto Carmignani — fossero stati commessi da altri che da lui, il danno sarebbe lo stesso, né vi

⁽⁵⁸⁾ J.L.R. CARNOT, *Commentaire sur le code pénal*, vol. I, Paris, B. Warée, 1823, pp. 162-173.

⁽⁵⁹⁾ I. ALAUZET, *Essai sur les peines et le système pénitentiaire*, Paris, Imprimerie Royale, 1842, pp. 76-84.

⁽⁶⁰⁾ J. TISSOT, *De la récidive*, in « Revue critique de législation et de jurisprudence », XIV, 1859, pp. 362-384.

⁽⁶¹⁾ La posizione più accreditata in dottrina, come non mancava di sottolineare Joseph Ortolan, era comunque quella che rigettava le tesi "abolizioniste" in tema di recidiva (J.L.E. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal: pénalité, juridiction, procédure*, Paris, Librairie Plon frères, 1855, pp. 521 ss.).

⁽⁶²⁾ Sul dibattito dottrinale e le soluzioni normative d'area germanica si veda SCHEURLEN, *Sulla recidiva*, in *Scritti germanici di diritto criminale*, tomo primo, Napoli, Giovanni Pedone Lauriel Editore, 1852, pp. 208-215.

⁽⁶³⁾ G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa* (1808), vol. I, Macerata, A. Cortesi, 1829⁴, § 248, p. 132.

sarebbe titolo per la esasperazione della pena » (64). Né, tanto meno, si poteva aumentare la pena per tentare una più efficace dissuasione del delinquente dal crimine poiché, se la sanzione prevista in astratto non aveva esplicato il suo effetto di deterrenza, era quest'ultima che andava modificata e non sicuramente la pena applicata dal giudice nel caso concreto.

La posizione di Giovanni Carmignani non trovò un vasto seguito dottrinale. D'altra parte, la criminalistica dei primi decenni dell'Ottocento, non solo quella di area italiana, si applicava prevalentemente, senza particolari spunti critici, al commento dei principali testi normativi promulgati dai sovrani restaurati i quali, salvo rarissime eccezioni, anche in tema di recidiva riproducevano senza varianti di rilievo il modello codicistico francese.

In ogni caso, l'impressione che la previsione legislativa dell'istituto della recidiva potesse inquinare la limpidezza di un diritto penale orientato esclusivamente alla repressione di condotte ritenute contrarie al dettato normativo continuò a perdurare nella criminalistica della penisola. Francesco Carrara, sicuramente il penalista di maggior spicco dell'Ottocento italiano, si fece interprete di questo timore. In un saggio dedicato all'istituto della recidiva (comparso all'indomani della conquistata unità nazionale del paese (65)) Carrara cercava di dare risposta ad una serie di interrogativi che si erano addensati attorno ad un istituto di cui la complessità dogmatica risultava di tutta evidenza. Le alternative che si ponevano, in linea di principio, in tema di recidiva (e che Carrara segnalava nel suo saggio) erano veramente numerose. La questione principale da risolvere rimaneva però, senza dubbio, quella del fondamento giuridico dell'istituto della recidiva. Applicare una pena aggravata al delinquente recidivo a causa di una sua maggiore colpevolezza avrebbe significato, infatti, voler considerare il delitto più grave nella sua *quantità*. « Ma la quantità del delitto — scriveva Carrara — è

(64) G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale* (1831), Napoli, Tipografia dell'Ariosto, 1843, tomo III, cap. XI, p. 133.

(65) F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva* (1862), in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Tipografia Giusti, 1870², vol. II, pp. 127-166. L'indicazione della data di pubblicazione del saggio è tratta da E. PESSINA, *Del diritto penale nel Regno d'Italia, dal 1859 al 1867*, (1868), in Id., *Discorsi vari*, vol. VII, Napoli, Casa Editrice Napoletana, 1916, p. 149, nota 3.

tale quale la costituiscono le *circostanze del fatto*. I precedenti reati, in ordine ai quali il delinquente saldò il suo debito verso la società, non aumenta la gravità del delitto successivo ». Malvagità dell'azione (e non dell'autore) e danno cagionato — unici elementi sulla base dei quali commisurare la pena — non potevano infatti mutare in ragione della persona del reo.

In ciò Carrara mostrava, evidentemente, di condividere le obiezioni formulate dagli autori contrari all'aumento di pena in caso di recidiva. La sua adesione a tali idee si arrestava però alla parte critica del discorso. Se non era possibile giustificare tale aumento considerando la recidiva una causa aggravante l'imputazione, non altrettanto poteva dirsi nel caso in cui questo istituto fosse inquadrato tra le cause aggravanti la pena. Carrara, in altre parole, si rendeva ben conto del fatto che la ragione giustificatrice della recidiva, per poterne continuare a sostenere la legittimità, doveva essere collocata al di fuori della struttura tipica del reato. In caso contrario, la bipartizione di quest'ultimo nelle sue due componenti essenziali, *forza fisica* e *forza morale*, ne sarebbe risultata irrimediabilmente compromessa, dovendosi legare l'aumento di pena ad un fattore non riconducibile a nessuna delle due. Ed era per questa ragione che, ad avviso di Carrara, l'aumento di pena poteva essere applicato ad un pregiudicato solo una volta scontata la prima condanna (recidiva vera) e non a seguito di una semplice sentenza che ne avesse riconosciuta la colpevolezza (recidiva finta).

L'idea della recidiva intesa come causa aggravante la pena non poteva dirsi sicuramente nuova, merito di Carrara era però quello di assegnare alla ragione giuridica fondante l'istituto una base dottrinale più solida, rendendo più radicale il distacco tra questa posizione e quella in qualche modo legata a considerazioni concernenti la maggior malvagità del reo. Se una giustificazione plausibile poteva quindi essere data alla recidiva essa risiedeva nel fatto che la pena, inflitta per il primo reato, si era mostrata inadeguata nei confronti del condannato. Una « *deficienza speciale* nel suo rapporto con quell'uomo » che non metteva in discussione l'efficacia della pena minacciata in astratto. « Col punire di più il *recidivo* — scriveva Carrara — non gli si rinfaccia *di nuovo* il delitto precedente; non si tiene a calcolo la *malvagità dell'uomo*; non si mortifica perché non siasi *corretto*. Nulla di questo. La *imputazione rimane* l'istessa. Ma la

pena è dimostrata dal fatto insufficiente *relativamente* alla sensibilità dell'uomo » (66).

La posizione di Francesco Carrara in tema di recidiva, pur non diventando mai maggioritaria, non mancò di suscitare una forte influenza nel panorama dottrinale italiano postunitario. Eppure, nonostante questo tenace tentativo di tener fuori dal discorso penale ogni considerazione relativa alla natura del delinquente (relegandola semmai nell'ambito del tema della concreta efficacia dissuasiva della pena), già da tempo si era cominciata a profilare una posizione che invitava a considerare centrale, nell'ambito della repressione del fenomeno criminale, una questione sino ad allora trascurata all'interno del dibattito giuridico, ossia quella della pericolosità del delinquente. Tra i primi a darle un contenuto concreto, proprio trattando dell'istituto della recidiva, era stato Pellegrino Rossi, giurista e uomo politico italiano, ma la cui formazione culturale era interamente legata alla Francia (67). La gravità del reato e la sua probabilità erano, per questo autore, gli elementi sulla base dei quali doveva essere costituita la *scala penale*. All'interno della nozione di probabilità (intesa sia in senso oggettivo che soggettivo) Pellegrino Rossi inseriva anche lo stato morale del delinquente il quale, in caso di recidiva, non poteva che essere connotato da un grado maggiore di *pericolosità sociale*. « D'un côté — aveva scritto l'autore — la récidive accuse le délinquant d'une grande perversité morale; de l'autre, elle révèle à la société un agent très dangereux. Il y a dans l'auteur de la récidive une culpabilité spéciale, morale et politique à la fois ». Questo grado maggiore di colpevolezza doveva comportare un aumento di pena per il delinquente che fosse caduto nel crimine una seconda volta. Aumento inflitto non in ragione della commissione del primo reato, ma esclusivamente in relazione alla gravità del secondo (68).

Così, anche un penalista di stretta osservanza carrariana come Emilio Brusa, affrontando il tema della recidiva in uno dei suoi primi

(66) F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, cit., pp. 129-133.

(67) M. SBRICCOLI, *Pellegrino Rossi et la science juridique*, in *Des libertés et des peines. Actes du colloque Pellegrino Rossi*, Genève, 23 et 24 novembre 1979, Genève, Georg, 1980, pp. 179-180.

(68) P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, Louis Hauman, 1829, liv. III, cap. IV, pp. 433-434.

scritti giuridici ⁽⁶⁹⁾, non riusciva a fare a meno di utilizzare l'elemento della pericolosità sociale, insito in determinate abitudini di vita, per giustificare un particolare inasprimento sanzionatorio nei confronti di determinate categorie di delinquenti. Dedicata infatti la prima parte del saggio a dare un adeguato approfondimento dottrinale alle posizioni già espresse da Carrara, e dopo aver tentato di convincere il lettore del fatto che in ambito penale nessuna scienza del comportamento umano avrebbe potuto pretendere di anteporre la propria valutazione a quella del diritto, l'autore apriva un'ampia digressione a proposito del crimine *professionale* che, di fatto, contraddiceva alcune considerazioni sviluppate in precedenza. In generale, sosteneva Brusa, non vi era ragione per inasprire la recidiva nel caso in cui il secondo od il terzo reato fossero della stessa indole del primo. Un'unica eccezione doveva però essere ammessa a questo principio, ossia quella in cui le violazioni, considerate nel loro complesso, fossero la spia del fatto che il delinquente aveva intrapreso la via del crimine come un mestiere o una professione, dimostrando in tal modo un elevato grado di pericolosità sociale. I reati commessi con questo scopo specifico erano, per Brusa, quasi gli unici eseguiti sull'impulso di un « medesimo intento e per lo sfogo di una medesima passione ». Di più, essi erano sicuramente i soli che « minaccia[va]no veramente la sicurezza dei cittadini » e che potevano « pure costituire un maligno carattere nel reo ed accrescere il danno mediato che da essi deriva[va] ». Un delitto ridotto a professione, continuava l'autore, « genera maggior scandalo, attira la simpatia degli oziosi e dei vagabondi, dei pezzenti, di tutta la genia di coloro che poco a poco per prave passioni, hanno limitato o distrutto nel loro concetto l'idea del diritto corrispondente vietato ». Questa recidiva, più che recidiva propria, doveva essere definita *abituale*. Essa, evidentemente, non poteva comprendere solo il furto, ma tutti quei reati che permettevano al reo di fare del crimine una professione, e contro i quali — si lamentava Brusa — « la repressione attuale appare insufficiente » ⁽⁷⁰⁾.

La posizioni di Brusa in tema di recidiva non mutarono nel tempo, divenendo al contrario un punto di riferimento della pena-

⁽⁶⁹⁾ E. BRUSA, *Studi sulla recidiva*, Milano, Tipografia degli autori, 1866.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, pp. 47, 61, 124, 127, 130.

listica italiana. Questa sottile contraddizione, infatti, sembrava quasi il tributo da pagare agli umori del tempo, tutti pervasi da un terrore crescente nei confronti di una criminalità magari non capace di commettere efferati delitti, ma imm modificabile nel proprio stile di vita, costellato dalla commissione di un infinito numero di piccoli reati. E così poco più di dieci anni dopo, nel presentare la propria relazione sul tema *Quale sarebbe il miglior mezzo per combattere la recidiva* al Congresso penitenziario internazionale di Stoccolma, Brusa ripercorreva per intero le argomentazioni sviluppate nel suo precedente saggio. Anche se, nel momento in cui era chiamato ad indicare la più efficace strategia di difesa contro la delinquenza recidiva, persino la più incallita, non riusciva ad oltrepassare, nelle sue proposte, la consueta soluzione penitenziaria ⁽⁷¹⁾.

9. *L'emersione del criminale nemico della società tra delitto e follia.*

La memoria di Emilio Brusa sul miglior mezzo per combattere la criminalità recidiva appariva nelle pagine della « Rivista di discipline carcerarie » quasi contestualmente alla pubblicazione della prima edizione de *L'uomo delinquente* di Cesare Lombroso, un libro indubbiamente destinato (nelle sue cinque edizioni) a riscuotere un successo formidabile ed a condizionare fortemente gli studi penali- stici, non solo in Italia ⁽⁷²⁾. L'idea lombrosiana del *criminale nato*, pur se non accettata all'epoca in tutte le sue possibili implicazioni, può essere collocata all'origine di un deciso mutamento di opinioni e di orientamenti nei confronti dei temi legati alla criminalità ed ai

⁽⁷¹⁾ La memoria *Quale sarebbe il miglior mezzo per combattere la recidiva* era stata pubblicata già nel 1876 nella « Rivista di discipline carcerarie », VI, 1876, pp. 244-263. Le conclusioni di Brusa furono riportate, anche se con alcune modificazioni, al Congresso che ne approvò le raccomandazioni (*Le Congrès pénitentiaire international de Stockholm*, 15-26 Août 1878. Comptes rendus des séances publiés sous la direction de la Commission pénitentiaire internationale par le Dr. Guillaume, Stockholm, 1879, pp. 442-482 e pp. 619-26).

⁽⁷²⁾ Su Cesare Lombroso, di cui si parlerà nel paragrafo seguente, i migliori lavori sino ad ora pubblicati (cui si rinvia) son quelli di: R. VILLA, *Il deviante e i suoi segni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano, Franco Angeli, 1985; D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit.; M. GIBSON, *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano, Bruno Mondadori, 2004.

mezzi da utilizzare per fare fronte ai pericoli sociali ad essa connessi. Eppure, a ben vedere, la comparsa ed il repentino sviluppo dell'ipotesi lombrosiana di una marcata affinità tra crimine e imperfetta costituzione psicofisica dell'individuo non può essere considerato un fatto sorprendente. In qualche modo era dall'inizio del secolo che la scienza medica aveva iniziato ad interrogarsi sul rapporto esistente tra il delitto e la natura dell'uomo. In questo contesto i 'mostri', coloro cioè la cui fisionomia criminale eccedeva il limite della natura umana, ricorda Michel Foucault, avevano rappresentato il primo punto di raccordo tra la medicina e il diritto; e questo incontro era avvenuto in una duplice prospettiva. In primo luogo per il fatto che la nozione di mostro è di per sé una nozione giuridica, anche se in un'accezione assai vasta del termine, poiché la mostruosità è, in qualche modo, un'infrazione alle leggi della società non meno che di quelle della natura. « Il campo in cui emerge il mostro — sottolinea Foucault — è dunque un ambito che si può definire come 'giuridico-biologico' »⁽⁷³⁾. In secondo luogo perché, a differenza dell'infermità che per quanto non conforme alla natura era in qualche modo normativamente disciplinata, la mostruosità rappresentava una sorta di irregolarità naturale nei confronti della quale il diritto non riusciva a far funzionare le proprie categorie. Ragione per la quale, per evitare di rimanere afasico, esso si trovò nella necessità di ricordare il proprio sapere a quello medico.

Progressivamente, però, lungo il corso del XIX secolo, l'attenzione dell'alienistica prima, e poi della moderna psichiatria, non venne più attirata dalla mostruosità eclatante, quella visibile agli occhi di tutti, ma dalle piccole anomalie, dalle devianze minute, dalle irregolarità minime che sembravano essere spie di una mostruosità celata, non visibile, ma accertabile attraverso un'attenta osservazione clinica. Anche qui il discorso psichiatrico era indubbiamente un discorso che veniva articolato attraverso l'uso di categorie giuridiche. La decifrazione medica dell'irregolarità della condotta (indizio di una mostruosità latente) postulava, infatti, la formulazione di un'idea di *normalità* del comportamento umano che aveva, da questo punto di vista, un valore indubbiamente prescrittivo. D'altra

(73) M. FOUCAULT, *Gli anormali*, Corso al Collège de France (1974-1975), Milano, Feltrinelli, 2007, pp. 57 ss.

parte, l'analisi di queste anomalie comportamentali era sembrato, all'epoca, indispensabile per dare un'adeguata configurazione giuridica a gesti criminali che apparivano molto spesso come inesplicabili, perché privi di una motivazione, di una loro razionalità specifica. I codici ottocenteschi, infatti, pur nella diversa formulazione degli enunciati normativi, si erano limitati a dichiarare (come in antico regime) l'inesistenza del crimine nel caso in cui l'agente si fosse trovato in uno stato di demenza (74). Eppure, il moderno diritto penale, quello edificato sulla base dei principi espressi dai riformatori di fine Settecento, aveva impostato la nuova economia del potere punitivo non, com'era accaduto sino ad allora, sulla sproporzione di forze rappresentata dal supplizio, ma sulla meccanica dell'interesse sottesa dall'azione criminale (75). La punizione, in altre parole, per essere efficace, doveva avere come proprio punto d'incidenza non tanto il reato in sé, ma l'interesse che aveva spinto il soggetto alla sua commissione. L'esercizio del diritto di punire doveva dipendere, in ultima analisi, dall'intelligibilità analizzabile dell'atto criminale. L'irruzione sulle scene delle aule di giustizia di quei crimini che Foucault ha chiamato 'senza ragione' (76) spinse così il diritto a chiedere, sempre più spesso, il supporto della psichiatria al fine di rendere decifrabile, all'interno del discorso penale, condotte altrimenti prive di una loro razionalità apparente.

Il sapere psichiatrico rispose a questa domanda attraverso una serie di categorie cliniche che servirono ad accreditare la presenza della scienza medica all'interno del campo della giustizia in una maniera fino a quel momento sostanzialmente sconosciuta (77). Le perizie relative allo stato di salute mentale dell'imputato iniziarono a

(74) Sulle scelte codicistiche di area italiana si veda M.N. MILETTI, *La follia nel processo. Alienisti e procedura penale nell'Italia postunitaria*, in « Acta Histriae », XV, 2007, 1, pp. 321-322. In particolare, sull'art. 46 del codice Zanardelli, cfr. E. DEZZA, *Imputabilità e infermità mentale: la genesi dell'art. 46 del codice Zanardelli*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXI, 1991, 1, pp. 189-229.

(75) M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976.

(76) M. FOUCAULT, *Gli anormali*, cit., pp. 107 ss.

(77) Sul punto appare d'obbligo il rinvio al lavoro collettivo curato da M. FOUCAULT, *Io, Pierre Rivière, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello... Un caso di parricidio nel XIX secolo*, Torino, Einaudi, 1976.

dar luogo ad una sorta di sdoppiamento dell'individuo da giudicare. Non si trattava più, infatti, di esprimersi solo sulla follia del soggetto agente, quanto piuttosto di esaminarne la condotta specifica, il suo modo di essere. In questa maniera, al di là del delitto, ad essere analizzati e puniti erano quei comportamenti irregolari che in qualche modo avevano rappresentato il luogo di formazione del gesto criminale ⁽⁷⁸⁾. L'iniziale uso della nozione di *monomania* intesa come follia che avrebbe colpito solo un settore della personalità, lasciando sopravvivere un quadro psicologico dell'individuo altrimenti integro, fu progressivamente affiancata e sostituita da altre categorie psichiatriche (la *follia morale* e la *degenerazione* in primo luogo) tese a considerare lo stato di disordine mentale come un fattore capace di investire l'intera personalità ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁸⁾ M. FOUCAULT, *Gli anormali*, cit., p. 27.

⁽⁷⁹⁾ La categoria diagnostica della monomania aveva avuto il suo massimo fulgore in Francia nella prima metà dell'Ottocento, elaborata da Esquirol e soprattutto dal suo discepolo Georget. La fortuna di questa categoria fu tale in Francia da condizionare l'esito di numerosi processi. Messa radicalmente in discussione dai lavori di Farlet decadde sul finire del secolo. « Nel frattempo — scrive Delia Frigessi — [essa] aveva adempiuto al compito per il quale gli psichiatri l'avevano creata: legittimare di fronte alla giustizia la funzione sociale dell'alienista e affidargli la gestione di quei comportamenti che la giustizia non riusciva a codificare nei termini tradizionali della razionalità e dell'imputabilità » (D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., p. 177). Non dissimile fu in Italia il ruolo svolto da questa categoria clinica, anche se giocato in tempi più brevi ed in spazi dotati di minor visibilità. La maggior parte degli psichiatri italiani contestò in ogni caso l'idea che si potesse operare una sorta di gradazione dell'imputabilità, poiché la malattia mentale non conosceva gradi intermedi tra sanità e pazzia, anche nell'ipotesi della monomania. La follia morale era una categoria clinica diversa dalla monomania. Essa connotava quegli individui egoisti ed antisociali, sensibili solo al proprio interesse e dominati da istinti che li conducevano inesorabilmente verso le azioni malvagie. Il tema della follia morale fu a lungo dibattuto dagli psichiatri italiani sin dagli anni settanta del XIX secolo. A partire dagli articoli di C. LIVI, *Della monomania in relazione col foro criminale* (in « Rivista sperimentale di freniatria », II, 1876, pp. 394-415 e pp. 639-660, *Della follia morale*), e di A. TAMASSIA, *Il nuovo codice penale italiano e la pazzia parziale* (in « Rivista sperimentale di freniatria » II, 1876, pp. 176-206), la « Rivista sperimentale di freniatria » ospitò numerosi interventi sull'argomento. In particolare tra il 1877 e il 1879 si accese una serrata disputa tra il medico legale Arrigo Tamassia, lo psichiatra Ugo Palmerini e Clodomiro Bonfigli, direttore del manicomio di Ferrara, circa la fondatezza di queste categorie psichiatriche.

10. *La perizia psichiatrica e l'osmosi medico-legale.*

Quasi evocato dal diritto stesso, il nuovo ruolo giocato dalla psichiatria all'interno del processo penale determinò una specie di conflitto tra ambiti diversi del sapere ⁽⁸⁰⁾: quello medico intenzionato, appunto, a far valere le proprie moderne acquisizioni scientifiche nell'ambito del controllo e della repressione del fenomeno criminale, attraverso una sorta di istituzionalizzazione giudiziaria del proprio ruolo, e quello giuridico, minacciato nelle proprie prerogative da questa sorta di invasione di campo ⁽⁸¹⁾.

Un segno di tale frizione scientifica è facilmente rinvenibile nello scambio di opinioni, in tema di perizia psichiatrica, tra Carlo Livi (direttore del manicomio di Reggio Emilia) e Francesco Carrara che prese forma, proprio verso la metà degli anni settanta, all'interno della neonata « Rivista sperimentale di freniatria ». Nel primo volume della rivista, infatti, Livi sollecitava immediatamente Francesco Carrara ad una risposta sulla funzione dei « periti alienisti nel foro » ⁽⁸²⁾. L'occasione, a suo dire, gli era stata data da un processo in corte d'assise nel quale era intervenuto in qualità di medico perito. La totale non considerazione da parte dei giudici (al limite della scortesia) della sua analisi psichiatrica circa lo stato di salute mentale degli imputati, lo aveva irritato. Ma più ancora lo disturbava il fatto di vedere diffusa negli uomini di legge, come nei secoli precedenti, la credenza che la pazzia fosse « malattia dello spirito » e che per riconoscerla bastasse avere un po' di senso comune ⁽⁸³⁾.

⁽⁸⁰⁾ Sul punto si vedano: M.N. MILETTI, *La follia nel processo. Alienisti e procedura penale nell'Italia postunitaria*, cit., pp. 321-346, e F. ROTONDO, *Un dibattito per l'egemonia. La perizia medico legale nel processo penale italiano di fine Ottocento*, in « Rechtsgeschichte », XII, 2008, pp. 139-173. A questa pretesa di istituzionalizzazione giudiziaria del sapere medico fece riscontro una richiesta di 'medicalizzazione' del sapere giuridico. Assai illuminante a questo l'articolo del penalista F. PUGLIA, *Il principio genetico del diritto di reprimere*, in « La Scuola positiva », II, 1892, pp. 25-34.

⁽⁸¹⁾ R. CASTAEL, *L'ordine psichiatrico. L'epoca d'oro dell'alienismo*, Milano, Feltrinelli, 1980, p. 12.

⁽⁸²⁾ C. LIVI, *I periti alienisti nel foro. Lettera al Prof. Comm. F. Carrara*, in « Rivista sperimentale di freniatria », I, 1875, pp. 256-259. Sul confronto tra Livi (fondatore della rivista) e Carrara (posto nel frontespizio del primo numero come collaboratore di maggior prestigio) si veda D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., pp. 176 ss.

⁽⁸³⁾ Sul trattamento legale della follia nella criminalistica di diritto comune cfr. M.

Carrara accoglieva l'invito, ma, per sua stessa ammissione, quasi controvoglia ⁽⁸⁴⁾. Avrebbe preferito fare « il sordo, perché il quesito [...] — come non mancava di sottolineare — è uno dei più ardui che tengano incerta la dottrina pratica criminale ». Quello che appare chiaro però, sin dalle prime battute del suo scritto, è il fatto che la risposta non avrà un esito dirimente. Il punto, infatti, non era tanto quello del peso che la perizia psichiatrica avrebbe dovuto avere nell'ambito del processo penale, ma l'oggetto stesso dell'analisi peritale, ossia il giudizio sull'imputabilità dell'accusato. Un tema complicatissimo, su cui la stessa scienza medica, sottolineava Carrara, non riusciva ad avere un'opinione concorde. Ed il fatto non poteva che confondere gli uomini di legge. Un grande giurista come Mittermaier, ad esempio, per quanto avesse riconosciuto a suo tempo la possibilità di graduare la responsabilità del reo in ragione di un differente grado di alienazione mentale (così come lo stesso Carrara era convinto fosse possibile), si era poi persuaso, in accordo a suo dire con la migliore scienza medica, che un vizio parziale di mente non fosse configurabile, data la natura sostanzialmente unitaria delle facoltà cerebrali. Da questo punto di vista, quindi, era la scienza medica a dover dare risposte convincenti e tali, nella loro univocità, da non creare dubbi sull'esistenza o meno dei gradi della pazzia, sulle sue cause, forme e criteri. Compiuto questo passo preliminare, era evidente per Carrara che il giudizio peritale circa la sanità mentale dell'imputato sarebbe stato tenuto dai magistrati nella massima considerazione, avendo esso conquistato in questo modo un valore quasi concludente.

Il tenore complessivo di questo confronto a distanza tra Livi e Carrara mostra come l'oggetto del loro discorso non fosse tanto quello della perizia medica, del suo ruolo all'interno del processo penale. Come appena detto, Carrara ne riconosceva il valore dirimente in presenza di una scienza capace di parlare un linguaggio univoco. Il problema era piuttosto quello di definire la natura del criminale. Bisognava, in altre parole, chiarire in maniera inequivoca quale forza ne muoveva l'azione, quale grado di affinità, o quale

BOARI, Qui venit contra iura. *Il furiosus nella criminalistica dei secoli XV e XVI*, Milano, Giuffrè, 1983.

⁽⁸⁴⁾ F. CARRARA, *I periti alienisti nel foro. Risposta del Prof. Comm. F. Carrara alla lettera del Prof. C. Livi*, in « Rivista sperimentale di freniatria », I, 1875, pp. 320-324.

distanza, mostrava la sua costituzione con quella del folle, in che misura i gesti dell'uno e dell'altro, apparentemente simili, potevano essere collocati su piani differenti della razionalità umana. In fondo, nonostante le parole di Carrara sulla sostanziale inammissibilità tra il sapere giuridico e quello medico fossero assolutamente esplicite, ciò che iniziava a profilarsi in questa pacata messa a punto delle ragioni scientifiche di ciascuna delle due discipline era la necessità di una loro sostanziale alleanza. Se al diritto doveva appartenere il compito di indicare le condotte incriminabili, doveva essere la psichiatria a determinare i confini che separavano le azioni dell'individuo criminale da quelle dell'uomo normale, da un lato, e dell'alienato mentale, dall'altro. Un'alleanza che non tarderà, nonostante scarti e resistenze, a trasformarsi nel tempo in un'osmosi in virtù della quale le categorie analitiche dei due saperi subirono forti contaminazioni reciproche. E, da questo punto di vista, la perizia sullo stato di salute mentale dell'imputato rappresentò il mezzo attraverso cui la psichiatria dell'epoca cercò di far penetrare all'interno dell'universo giuridico la sua complessa visione dell'uomo normale e di quello deviato. Un mezzo che traghettava nelle aule dei tribunali prassi, metodologie e linguaggi della scienza medica, per tessere un nuovo discorso attorno al tema dell'individuo criminale.

11. *Natura criminale e confini dell'essere umano.*

È interessante notare il fatto che l'articolo d'apertura del primo numero della « Rivista sperimentale di freniatria », affidato a Gaspare Virgilio (all'epoca medico primario del manicomio di Aversa), fosse proprio dedicato alla descrizione di un caso di manifesta degenerazione mentale ⁽⁸⁵⁾. Esso anticipava di poco il confronto tra Livi e Carrara sul ruolo della perizia psichiatrica all'interno del processo penale. Converrà soffermarsi un poco. Non fosse altro per il fatto che Virgilio aveva già scritto l'anno prima, nella « Rivista di discipline carcerarie », un interessante saggio *Sulla natura morbosa del delitto e delle sue analogie colle malattie mentali* ⁽⁸⁶⁾ (poi

⁽⁸⁵⁾ G. VIRGILIO, *Di un caso singolare di microcefalia*, in « Rivista sperimentale di freniatria », I, 1875, pp. 11-28.

⁽⁸⁶⁾ G. VIRGILIO, *Saggio di ricerche sulla natura morbosa del delitto e delle sue*

pubblicato in veste monografica) e di lì a qualche anno metterà alla prova le sue convinzioni scientifiche in occasione della pubblicazione di un lavoro dedicato al gesto criminale dell'anarchico Passannante ⁽⁸⁷⁾. L'idea che delitto e follia fossero il prodotto di analoghi processi psico-fisici appare già chiaramente nella stessa intitolazione dei due lavori di Virgilio; ma non è questo il tema sul quale è opportuno soffermarsi. Quello che qui interessa, per il momento, è seguire lo sviluppo del suo discorso attorno ad *Un caso singolare di microcefalia*.

L'intento dichiarato di Virgilio, attraverso questo scritto, era quello di contribuire a sottrarre le anomalie di organizzazione dell'essere umano ai territori del « mostruoso ». Piuttosto che richiarsi, come si era sino ad allora fatto, « al capriccio di una volontà superiore » gli sembrava indispensabile, per progredire nella comprensione del fenomeno, far ricorso alle più recenti scoperte scientifiche. Il caso presentato era quello di Salvatore d'Angelo, un ventenne microcefalo inviato nel 1864 nel manicomio di Aversa. La morte del degente, sopraggiunta appena l'anno successivo, non aveva impedito a Virgilio, allora neolaureato e impegnato nella pratica clinica, di serbare di lui un ricordo vivissimo (oltre al cranio, gelosamente custodito negli anni). Si trattava di un individuo di « brutte forme, di andamento animalesco », privo sin dalla nascita di qualsiasi abitudine umana. La descrizione datane è impressionante. Basso di statura, con un cranio piccolo e quasi forzatamente inclinato in avanti. Piccolo e breve era anche il collo. Le braccia apparivano sproporzionatamente lunghe e le gambe sottili, curvate all'altezza delle ginocchia. La spina dorsale era flessa. Il colorito della pelle « lurido bruno (...), le carni cascanti, le gote e la fronte brevissima, sparsa di rughe. La fisionomia incerta, quasi sempre atteggiata ad uno stupido sorriso, l'occhio losco, il passo lento, e mal coordinati i movimenti di tutto il corpo ». Da quanto raccontava un chirurgo che l'aveva avuto in cura « quest'individuo, quando ne

analogie colle malattie mentali. Osservazioni raccolte nella Casa dei Condannati invalidi e nel manicomio muliebre di Aversa pel dott. G. Virgilio, in « Rivista di discipline carcerarie », IV, 1874.

⁽⁸⁷⁾ G. VIRGILIO, *Passannante e la natura morbosa del delitto*, Roma, Ermanno Loescher e C. 1888.

aveva la libertà, si dava ad arrampicarsi su per i muri, e le ferriate delle finestre». Non provava affetti, desideri, non esprimeva volontà. Non chiedeva di mangiare, ma quando il cibo gli veniva portato lo divorava rapidamente, di qualsiasi cosa si fosse trattato. Non parlava, ma emetteva grida stridule ed acute.

Pur nell'estrema particolarità del caso, assicurava però Virgilio, la scienza aveva ormai fatto luce sulle ragioni di una tale animalesca epifania. Come aveva dimostrato Darwin con la sua 'teoria della reversione' (88), le anomalie presenti in questo tipo di soggetti non erano infatti altro che il risultato di un arresto dello sviluppo in una delle tappe dell'evoluzione che l'embrione percorreva prima di giungere alla sua completo sviluppo fetale. Arresto che aveva bloccato lo sfortunato nascituro in una fase antecedente della filogenesi (89). Lo stesso Carl Vogt, continuava Virgilio, aveva dimostrato come fosse sufficiente « comparare i canini dello scimpanzé, del negro o dell'idiota microcefalo, per riconoscere come quest'ultimo occupi un posto intermedio tra i primi due » (90).

L'evidenza scientifica di questa spiegazione non risolveva però una questione sulla quale la scienza aveva mostrato una certa perplessità: questi idioti microcefali potevano farsi rientrare a pieno titolo nel genere umano? Louis Pierre Gratiolet, aveva risposto alla questione in senso affermativo. La loro capacità di parlare, anche se in forma elementare, li distingueva in ogni caso dagli oranghi e dai gorilla. Ma tale osservazione non aveva trovato consenso unanime nella comunità scientifica. Psichiatri e neurologi come Rudolf Wagner e Wilhelm Griesinger (e lo stesso Carl Vogt) avevano fatto notare come molto spesso queste forme di idiozia si manifestassero in soggetti totalmente privi della capacità di parlare, o con una capacità imitativa per nulla differente da quella di alcuni uccelli, come i pappagalli.

Il caso presentato ai lettori, scriveva Virgilio, sembrava rientrare

(88) Il rinvio di Virgilio era a: C. DARWIN, *L'origine dell'uomo e la scelta in rapporto col sesso*, trad. it. di M. Lessona, Torino, Unione tipografica-editrice, 1871, cap. IV, p. 93.

(89) Il riferimento era a E. MORSELLI, *Sopra una rara anomalia dell'osso malare*, Modena, Gaddi, 1872.

(90) C. VOGT, *Leçons sur l'homme: sa place dans la création et dans l'histoire de la terre*, trad. franc. Paris, C. Reinwald, 1865.

nella descrizione che della microcefalia avevano dato questi ultimi autori ⁽⁹¹⁾. La stessa osservazione del cranio (di quel cranio dal quale non si era più separato dagli anni del suo praticantato), notava Virgilio, portava a stabilire forti legami di somiglianza tra quest'ultimo e quello tipico dei selvaggi, notoriamente assai differente dal cranio degli uomini di razza bianca.

Alla fine del suo lungo studio, il giudizio di Virgilio non poteva essere più perentorio. Il giovane internato nel manicomio di Aversa da lui studiato aveva indubbiamente « più del brutto che dell'uomo » ⁽⁹²⁾.

Questa riduzione di alcune forme di demenza a pura natura, questa sorta di 'animalizzazione' dell'individuo alienato era ampiamente circolante negli anni in cui vedeva la luce la « Rivista sperimentale di freniatria ». Da un paio d'anni, ad esempio, era stato tradotto in italiano il lavoro di Henry Maudsley *Body and Mind* ⁽⁹³⁾. Il libro non tarderà a divenire, anche nella penisola, un testo di riferimento per la psichiatria tardo ottocentesca ⁽⁹⁴⁾. Scorrere le pagine di Maudsley può essere utile per rintracciare i punti di intersezione del sapere psichiatrico con il tema della criminalità. Il discorso del medico inglese sull'idiotismo, d'altra parte, aveva costituito la trama sulla quale Virgilio aveva sviluppato le proprie

⁽⁹¹⁾ G. VIRGILIO, *Di un caso singolare di micricefalia*, cit., p. 17.

⁽⁹²⁾ Nel primo volume della « Rivista sperimentale di freniatria » compariva (pubblicato in tre parti) anche un lungo articolo ad opera di Enrico Morselli ed Augusto Tamburini, (E. MORSELLI, A. TAMBURINI, *Contributo allo studio sperimentale delle degenerazioni fisiche e morali dell'uomo. I. Idiotti*, pp. 48-65, 186-199, 306-319). I due giovani psichiatri, con il loro studio, si inserivano nel solco di un filone di ricerca che tendeva a dimostrare come « le Razze umane inferiori, gli individui umani allo stato fetale e gli animali più perfetti hanno il massimo grado di simiglianza fra loro », cui Tamburini e Morselli aggiungevano gli esseri degenerati delle razze superiori (p. 51). Per qualificare i casi più gravi di idiozia gli autori utilizzavano l'immagine (poi traslata sul piano dello studio dell'uomo criminale e resa celebre da Cesare Lombroso) degli individui selvaggi nati all'interno di una civiltà alla quale erano del tutto estranei (p. 50).

⁽⁹³⁾ H. MAUDSLEY, *Corpo e mente*, trad. it., Orvieto, Tipografia Tosini, 1872.

⁽⁹⁴⁾ Henry Maudsley, alienista di fama europea, fu accolto dalla scienza psichiatrica italiana come « arbitro e testimone indiscusso nel conflitto che accentuava il suo corso tra scienza medica e legge »; le osservazioni contenute nei suoi testi furono condivise dalla maggior parte degli psichiatri del suo tempo, compreso Cesare Lombroso (D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., pp. 103-104).

considerazioni attorno al caso di microcefalia presentato nella « Rivista sperimentale di freniatria »⁽⁹⁵⁾.

Studiando il cervello degli idioti, per Maudsley, potevano essere notate numerose analogie con quello delle scimmie. Fatto, questo, che confermava l'ipotesi darwiniana di una sorta di regressione, in alcuni casi anche di moltissimi secoli, dell'anatomia umana. La conformazione cerebrale, poi, aveva una grande influenza nei comportamenti degli idioti, i quali molto spesso assomigliavano a veri e propri animali (e il caso del giovane selvaggio di Aveyron non poteva che avallare questa constatazione⁽⁹⁶⁾). Con dovizia di particolari Maudsley presentava descrizioni di idioti animaleschi che assomigliavano nel loro comportamento a scimmie, pecore, oche. Anche in tali casi il ricorso all'ipotesi del blocco dello sviluppo fetale sembrava la ragione più convincente di questo strano bestiario comportamentale. L'arresto del cervello ad una stazione precedente dell'evoluzione dotava gli idioti di soli atteggiamenti istintivi e non appresi, simili a quelli di un qualsiasi animale. Il dato era riscontrabile anche paragonando il cervello di un uomo bianco normale al cervello di un selvaggio, il quale presentava sorprendenti somiglianze con quello di un idiota per arresto dello sviluppo cerebrale. Un essere umano nato con un cervello di un selvaggio australiano o di un boscimano sarebbe stato sicuramente classificato dalla scienza medica occidentale come un imbecille più o meno grave⁽⁹⁷⁾.

Anche il senso morale, per Maudsley, era indubbiamente una funzione dell'organizzazione cerebrale. L'evoluzione del cervello, infatti, poteva dirsi un dato acquisito da una certa popolazione. In questo senso il grado di moralità di un individuo era esso stesso un fattore ereditario, legato strettamente al livello evolutivo raggiunto dalla struttura cerebrale. Detto ciò, il discorso di Maudsley iniziava a virare verso l'analisi delle stigmate psichiche e fisiche della degenerazione dell'essere umano che avrebbero potuto permettere di individuare, secondo una linea già tracciata da Bénédict August

⁽⁹⁵⁾ H. MAUDSLEY, *Corpo e mente*, cit., pp. 51 ss.

⁽⁹⁶⁾ J.M.G. ITARD, *Rapports et mémoires sur le sauvage de l'Aveyron, l'idiotie et la surdi-mutité*, Paris, Alcan, 1984.

⁽⁹⁷⁾ Ivi, p. 64.

Morel ⁽⁹⁸⁾, il temperamento pazzesco. In questa prospettiva, assai preziose apparivano le osservazioni di G. Bruce Thompson (medico chirurgo nel Carcere generale della Scozia) il quale aveva lavorato su un relevantissimo numero di detenuti alla ricerca paziente di questi segni. L'analisi di Thompson aveva condotto alla scoperta di un'alta percentuale, non solo tra i carcerati ma anche presso le loro famiglie, di una gran quantità di deboli di mente e di epilettici ⁽⁹⁹⁾.

Con lenta ma inesorabile progressione il tema della follia, nelle pagine di Maudsley, tendeva così ad incrociare quello della criminalità, ma più ancora quello della responsabilità dell'individuo criminale. Come poteva la legge, sosteneva l'autore a conclusione di questo percorso argomentativo, condannare tali persone reputandole responsabili delle loro azioni? Anche quando queste fossero apparse dotate di una certa lucidità molto spesso le loro azioni erano dettate da impulsi a cui non potevano sottrarsi. Era, anche in questo caso si potrebbe dire, la natura che dominava le azioni di alcuni individui. Moltissimi delinquenti, così come i folli, o meglio proprio perché folli, dovevano essere sottratti ad un giudizio civile per essere inseriti in un sistema di contenimento che li considerasse nelle loro qualità specifiche.

Maudsley non tardò a dedicare un intero libro al rapporto tra crimine e follia ed alle implicazioni di questa stretta parentela in tema di responsabilità penale ⁽¹⁰⁰⁾. E la recensione del libro nella « Rivista sperimentale di freniatria » fu prontissima ⁽¹⁰¹⁾. Se ne

⁽⁹⁸⁾ Sull'uso della categoria clinica di degenerazione scrive Henri F. Ellenberger: « I concetti di decadenza e degenerazione, in tutte le forme immaginabili e sotto i più strani travestimenti, pervadevano il pensiero dell'epoca. Verso il 1850 Morel aveva formulato una teoria psichiatrica in cui quasi tutti i disturbi mentali cronici erano uniti sotto la denominazione di 'degenerazione mentale'. La teoria di Morel fu accolta da un successo notevole, e negli anni 1880 fu la teoria dominante nella psichiatria francese, con Magnan si giunse al punto che quasi tutti i certificati diagnostici incominciavano con le parole *dégénérescence, mentale avec ...*, e poi l'elenco dei sintomi personali » (H.F. ELLENBERGER, *La scoperta dell'inconscio. Storia della psichiatria dinamica*, vol. I, Bollati Boringhieri, Torino, 1976, p. 329). Sull'importanza della nozione di degenerazione nella cultura europea tra Otto e Novecento si veda D. PICK, *Volti della degenerazione, una sindrome europea 1848-1918*, Firenze, la Nuova Italia, 1999.

⁽⁹⁹⁾ H. MAUDSLEY, *Corpo e mente*, cit., pp. 74 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ H. MAUDSLEY, *Responsability in Mental Disease*, London, H.S. King, 1874.

⁽¹⁰¹⁾ E. MORSSELLI, recensione a *Responsability in mental disease[s] (La Crime et la Folie)*, del Dott. E. Maudsley, Prof. di medicina legale all'University College (Londra e Parigi, 1874), in « Rivista sperimentale di freniatria », I, 1875, pp. 390-398.

incaricò uno dei due redattori, Enrico Morselli, il quale, con scrupolo, cercò di presentare ai lettori della sua rivista le decisive intuizioni cliniche dello psichiatra inglese.

Dalla lettura del libro emergeva per Morselli, sulla base di dichiarate evidenze scientifiche, una classe criminale intesa come « una varietà degenerata e morbosa della specie umana, analoga a quella degli idioti, imbecilli, alienati, cretini e composta di individui per lo più scrofolosi, spesso deformi, stupidi, fannulloni, privi di energia, di frequente epilettici, predisposti al suicidio [...] e alla pazzia. In generale [...] uomini dediti al male che nelle grandi città si riuniscono nei quartieri dei ladri, abbandonandosi alle orge, all'intemperanza, alla prostituzione, alla lussuria, senza legame di matrimonio o impedimenti di parentela, distinti per caratteri speciali di inferiorità fisica e intellettuale ». Privi di ogni senso morale, di intelligenza debole, astuti e nello stesso tempo imprevedenti, industriosi nelle menzogne e truffe, eppure oziosi e miserabili, essi esprimevano la più chiara associazione del delitto con la follia ⁽¹⁰²⁾. Accanto a questi esseri, le cui abitudini esistenziali rispecchiavano l'infimo grado di moralità da loro posseduto, emergevano però anche persone apparentemente normali ma affette da un irresistibile impulso a delinquere. Classe ben diversa di criminali, in cui la follia (ed in particolare l'epilessia) non mancava di giocare un ruolo determinante nella loro tendenza al delitto.

Ad ogni buon conto ciò che sembrava accomunare la criminalità alla follia, in alcune sue manifestazioni, era il fatto che l'uomo fosse sottratto al grado di sviluppo raggiunto dalla civiltà occidentale per essere ricollocato in una condizione presociale di esistenza (sia nella forma della bestialità pura, sia in quella intervallata da stati di coscienza) in cui era la natura a dettare imperiosa le sue regole di condotta. « Qui la natura — concludeva la sua recensione Morselli — si pone inesorabilmente contro alle prescrizioni umane, ed il delitto risulta da una specie di disarmonia fra l'uomo criminale e il mondo morale che lo circonda » ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ Ivi, p. 394.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 398.

12. *Cesare Lombroso e la costruzione della figura del criminale nemico della società.*

Le griglie interpretative utilizzate da Lombroso per lo studio de *L'uomo delinquente* non si manifestarono, all'epoca, come del tutto originali ⁽¹⁰⁴⁾. Lombroso nella sua ricerca metteva a valore, come appena visto, una serie di nozioni già ampiamente circolanti nell'ambito del sapere medico-psichiatrico del suo tempo. A differenza degli autori che lo avevano preceduto, però, Lombroso si impegnava nel dare un inquadramento teorico complessivo al problema dell'eziologia del crimine, non limitandosi a fare della questione un'appendice marginale del proprio lavoro. Da questo punto di vista, il ricorso alla categoria della *reversione atavica* costituì indubbiamente lo spunto principale per dare, sin dalla prima edizione della sua opera, una spiegazione complessiva del fenomeno criminale.

L'idea che potessero esistere, nel mondo della natura, fenomeni di regresso di singoli membri di una specie vivente a stadi precedenti del suo sviluppo era, in ogni caso, condivisa non solo nell'ambito della psichiatria e dell'antropologia della seconda metà dell'Ottocento ⁽¹⁰⁵⁾. L'ipotesi *atavistica* costituiva, infatti, una chiave interpretativa per leggere attraverso le nozioni di *ereditarietà* e *degenerazione* (molto spesso senza differenziarle concettualmente) le manifestazioni dei tipi anormali. Il suo successo era in parte legato al fatto che essa poteva, in un certo senso, apparire consonante — come non si è mancato di sottolineare poco fa — con le teorie darwiniane, anche se, a ben vedere, lo spazio dedicato da Darwin all'atavismo era nel complesso della sua opera decisamente marginale ⁽¹⁰⁶⁾.

L'originalità della proposta scientifica lombrosiana stava indubbiamente nell'aver coniugato l'atavismo all'idea di *criminale nato*. Sin dalla prima edizione de *L'uomo delinquente*, infatti, Lombroso non aveva mancato di sottolineare il fatto che l'individuo criminale fosse un soggetto regredito, sin dalla nascita, ad uno stadio precedente dello sviluppo dell'uomo occidentale, un selvaggio vivente all'interno della

⁽¹⁰⁴⁾ C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Torino, Hoepli, 1876. Il libro di Cesare Lombroso ebbe negli anni seguenti altre quattro edizioni: nel 1878, nel 1884, nel 1889 in due volumi, e nel 1896/97 in tre volumi.

⁽¹⁰⁵⁾ D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., p. 77.

⁽¹⁰⁶⁾ Ivi, p. 109.

civiltà europea ⁽¹⁰⁷⁾. Nonostante lo studio del fenomeno criminale fosse condotto da Lombroso anche attraverso l'analisi di molteplici fattori, considerati capaci di influenzarne le concrete manifestazioni (sesso, età, alimentazione, urbanizzazione, professioni, civiltà, razza, eredità), il *focus* dell'attenzione dello psichiatra veronese rimase legato a questa riduzione del criminale ad una sorta di uomo primitivo, ad un individuo selvaggio nei confronti del quale la società non poteva non apprestare degli adeguati sistemi di difesa.

D'altra parte, nell'analizzare il fenomeno criminale (in particolare tra la prima e la seconda edizione de *L'uomo delinquente*) Lombroso si persuase, attraverso la lettura delle statistiche giudiziarie, del fatto che ogni delinquente, quasi senza eccezione, era destinato, data la sua natura, a reiterare la propria condotta criminosa. Il recidivo, insensibile ad ogni intervento rieducativo, invincibile nella sua pervicacia criminosa (e per questo temibile oltre ogni misura), doveva divenire il soggetto principale di studio della scienza penale e l'oggetto privilegiato di ogni intervento repressivo. I risultati di queste osservazioni comparvero in un saggio sulla recidiva apparso nell'« Archivio di Statistica » ⁽¹⁰⁸⁾. Tale saggio, si può dire costituisca il banco di prova sul quale Lombroso sperimentò la sua idea di una criminalità per natura o corruzione morale necessariamente recidivante. La ricaduta nel crimine, che nei cultori di scienze criminali della prima metà del XIX secolo aveva rappresentato l'accidentale ed indesiderato esito di un cattivo processo di risocializzazione penitenziaria, doveva essere considerata, per Lombroso, la regola e non l'eccezione ⁽¹⁰⁹⁾. Compito del diritto penale era quello di evitare a questi soggetti, il cui recupero alla vita sociale

⁽¹⁰⁷⁾ LOMBROSO, *L'uomo delinquente*¹, cit., p. 108.

⁽¹⁰⁸⁾ La Direzione della rivista, nel pubblicare il saggio di Lombroso dedicato alla recidiva, sollevava le sue riserve sulle conclusioni cui l'autore dello scritto giungeva nel leggere le statistiche sulla criminalità. « Il presente articolo — si legge in nota al lavoro di Lombroso — è un capitolo inedito della seconda edizione de *L'Uomo delinquente*, a cui sta lavorando C. Lombroso. La direzione dell'*Archivio di statistica* fa le sue riserve per alcune opinioni che potessero parere un po' troppo recise dell'autore de *L'Uomo delinquente* » (C. LOMBROSO, *Saggio di statistica sulla recidiva*, in « Archivio di statistica », II, 1877, 4, pp. 81-91).

⁽¹⁰⁹⁾ C. LOMBROSO, *Saggio di statistica sulla recidiva*, cit., p. 89.

doveva considerarsi del tutto improbabile, ogni possibile opportunità di reiterare la propria condotta criminosa.

Lombroso, in realtà, tornò a più riprese sull'argomento. Le critiche che si addensarono attorno alla sua ipotesi del criminale-selvaggio furono tali da costringerlo a parziali aggiustamenti dell'ipotesi atavistica. Così, alcune osservazioni, svolte anche dal suo amico e sociale Enrico Ferri, circa una sostanziale sottovalutazione delle condizioni sociali nell'analisi dell'eziologia del crimine lo spinsero a aggiungere alla sua analisi il concetto di *degenerazione* per spiegare le malformazioni fisiche e psicologiche derivate da malattie fetali invece che da debolezza ereditaria. Come ricordato poco fa, l'ipotesi era già ampiamente utilizzata per descrivere alcuni fenomeni di follia conclamata. Secondo l'insegnamento di Ernest Haeckel (convintissimo sostenitore e propagatore delle teorie darwiniane), tali malattie potevano impedire, infatti, a un feto normale di ricapitolare tutti gli stadi dell'evoluzione umana ⁽¹¹⁰⁾. Questa teoria offriva indubbiamente un punto di contatto tra biologia e ambiente, dato che fattori sociali quali l'alcolismo, le malattie veneree e la malnutrizione potevano minare la salute della madre e quindi del feto. Ma anche se dovuta a forze esterne, la degenerazione fu vista da Lombroso (così come da molti altri studiosi) come una condizione ereditaria che indeboliva progressivamente le generazioni future ⁽¹¹¹⁾. Allo stesso modo, per superare le obiezioni di coloro che gli rimproveravano di non aver tenuto sufficientemente distinti i fenomeni di degenerazione atavica da quelli psicopatologici, Lombroso cominciò ad utilizzare nel suo studio dell'individuo criminale le nozioni di *follia morale* ⁽¹¹²⁾ ed *epilessia* ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Su Ernest Haeckel, autoproclamatosi profeta del darwinismo, e la sua idea che negli stadi embrionali ogni essere vivente ripete le trasformazioni subite dai suoi antenati in tutta l'evoluzione (l'ontogenesi è la ricapitolazione della filogenesi) si veda H. F. ELLENBERGER, *La scoperta dell'inconscio*, vol. I, cit., pp. 268 ss.

⁽¹¹¹⁾ M. GIBSON, *Nati per il crimine*, cit. pp. 30-31.

⁽¹¹²⁾ C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*³, cit. Posti al limite tra l'individuo normale ed il folle, i pazzi morali venivano considerati da Lombroso identici ai delinquenti nati.

⁽¹¹³⁾ C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*⁴, cit. L'idea era comunque già stata presentata al primo Congresso internazionale d'Antropologia criminale (*Actes du premier Congrès international d'Anthropologie criminelle*, Rome, novembre 1885, Turin-Rome-Florence, Bocca, pp. 231-277). Per Lombroso l'epilessia, nella forma dell'*epilessia larvata*, diventò una sorta di griglia di lettura universale (che includeva sia la pazzia morale che l'atavismo) per interpretare tutto il comportamento criminale.

Anche sul piano della rappresentazione delle tipologie criminali, nelle varie edizioni de *L'uomo delinquente*, lo spettro tipologico si ampliò (sempre sulla base di indicazioni di metodo provenienti principalmente da Enrico Ferri), tanto che Lombroso arrivò ad includere nella sua analisi le figure dei delinquenti d'occasione, per passione e per abitudine. In ogni caso, pur in presenza di questi parziali aggiustamenti teorici, Lombroso non smise mai di considerare come punto centrale della sua ricerca criminologica l'idea del delinquente nato inteso come individuo appartenente ad una razza differente rispetto a quella progredita tipica dell'uomo occidentale.

L'equiparazione del fenomeno criminale ad una forza della natura, ad una forza animata da individui « organizzati per il male » i quali « non appaion più nostri simili, ma come bestie feroci »⁽¹¹⁴⁾, rendeva possibile a Lombroso l'introduzione, all'interno del discorso penale, di una categoria come quella di *temibilità*, intesa come capacità di commettere un'azione delittuosa, valutata non più in termini normativi, ma naturalistici. Il delitto, in altre parole, diveniva il sintomo di una personalità pericolosa nei confronti della quale la sanzione penale doveva operare senza tener conto delle garanzie e dei diritti del condannato. La spinta delle forze naturali, collocata all'origine dell'atto criminale, nel momento in cui si trovava a confliggere con le norme che erano espressione del livello di civiltà raggiunto da un popolo, autorizzava la società a neutralizzarne gli effetti con azioni repressive poste a sua difesa, trasformando così la sanzione penale in una sorta di misura di prevenzione tendenzialmente perpetua. Il criminale che aveva risalito la china della natura, in fondo, era nient'altro che un individuo capace di rispondere solo ai propri interessi ed istinti, un individuo che si sottraeva alla legislazione fondata sul contratto che legava tra loro i cittadini. Un nemico, appunto, ma un nemico che non si presenta nelle vesti dell'avversario (inteso nel senso politico del termine), quanto piuttosto come pericolo per la popolazione. In quanto essere di natura, la società se ne doveva sbarazzare senza neanche far ricorso alle leggi. Il criminale nato, in fondo, non avendo mai sottoscritto il patto sociale, non dipendeva dalle leggi e le leggi potevano non essergli applicate.

(114) C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*⁵, cit., vol. III, p. 587.

13. *La trasformazione del nemico politico in delinquente comune.*

Come scrive Foucault, nella seconda metà del XIX secolo questo discorso medico-giuridico, capace di incidere sul piano dei diritti e delle garanzie dei cittadini, sarà fatto funzionare non solo per la figura del criminale nato, ma anche per i più convinti oppositori politici (come gli anarchici) che respingevano il patto sociale e, più in generale, per « tutti quei grandi nomadi che ruotano attorno al corpo sociale, ma che il corpo sociale non riconosce come facenti parte di se stesso » (115).

In questo modo l'oppositore politico radicale si trovava ad essere posto in relazione al criminale completamente insensibile ad ogni ipotesi di risocializzazione e ad altre figure di devianti proprio attraverso la mediazione di categorie medico-antropologiche che consentivano una sostanziale assimilazione di tali soggetti. Essi condividevano, infatti, una specie di destino che li proiettava indietro nel tempo e che li faceva apparire, nella loro straordinarietà, come differenti dall'individuo normale (116) ed eccedenti rispetto alla misura del comportamento imposta dal livello raggiunto dalla civiltà dell'epoca (117). Il

(115) M. FOUCAULT, *Gli anormali*, cit., p. 92.

(116) L'idea 'contrattualista' posta alla base della convivenza civile, argomentava l'avvocato Niccolò Pinsero, collaboratore della rivista « La Scuola positiva », comportava che coloro che con le proprie azioni avessero messo a repentaglio la sicurezza dei cittadini (folli o criminali che fossero) dovevano per questa stessa ragione essere estromessi in maniera radicale dalla società in cui vivevano; e ciò sulla base di un criterio di responsabilità non personale, ma sociale (N. PINSERO, *Intorno ad alcuni criteri della responsabilità sociale*, in « La Scuola positiva », III, 1893, pp. 721-744, 814-822).

(117) In questo contesto, anche il fatto che Lombroso parlando di anarchici avesse mutato il proprio punto di vista non cambiava di molto le cose. Nel 1890 Lombroso, in un libro scritto assieme a Rodolfo Laschi (C. LOMBROSO, R. LASCHI, *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologia criminale ed alla scienza di governo*, Torino, Bocca, 1890), aveva infatti sostenuto una sostanziale equiparazione tra anarchici e criminali comuni. In seguito, anche per le critiche ricevute, aveva rivisto la propria posizione (C. LOMBROSO, *Gli anarchici*, Torino, Bocca, 1894). Tra i delinquenti politici si trovavano pazzi, mattoidi, epilettici e criminali nati, ma gli anarchici erano, per Lombroso, antitetici alla criminalità con cui potevano soltanto in via eccezionale confondersi. Essi erano soprattutto delinquenti per passione in cui le virtù (onestà, altruismo, vocazione al martirio) si presentavano semmai in eccesso piuttosto che in difetto, una sorta di *assassini filantropi* che, in ogni caso, rappresentavano un pericoloso scarto dal profilo sociale del normale cittadino (sul punto cfr. D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., p. 281).

delinquente politico era, in qualche misura, un degenerato, così come il degenerato era una minaccia 'politica' alla stabilità sociale ⁽¹¹⁸⁾.

Tradotto sul piano normativo, questo accostamento tra criminalità politica e comune dette vita, perlomeno in Italia, non tanto ad una ridefinizione del diritto penale nei suoi principi generali, quanto ad una rimodulazione dell'azione repressiva dello Stato che si collocò su due differenti piani. Quello che si venne a creare, in altre parole, fu *un doppio livello di legalità* all'interno del quale si trovarono a convivere una legislazione penale liberale, *elegante* nella formulazione dei principi (di cui il codice Zanardelli del 1889 è l'emblema), e una prassi amministrativa e di polizia invadente ed ipertrofica, contrassegnata dalla presenza di istituti ben poco liberali quali il foglio di via, l'ammonizione, la vigilanza speciale o il domicilio coatto. La scoperta di un'emergenza permanente, come quella rappresentata dalla dichiarata crescita esponenziale di una criminalità recidiva e d'abitudine, sembrava costituire l'elemento di raccordo indispensabile per mantenere (più o meno sottotraccia) costantemente in vita questo sistema. Grazie a quello che è stato definito il *paradosso del fallimento* — in virtù del quale l'inefficacia di ogni provvedimento è la giustificazione della sua conferma, se non del suo inasprimento — si radicò, all'interno del sistema penale italiano di fine Ottocento, una logica dell'emergenza in base alla quale *prevenzione* e *sospetto* divennero gli elementi centrali attorno a cui disporre l'azione di repressione della criminalità. In questo contesto la libertà dei sospettati, dei pericolosi, poteva essere costretta o diminuita con l'uso di istituti di polizia preventiva, con pratiche arbitrarie e con abusi tollerati ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ C. LOMBROSO, R. LASCHI, *La pazzia, la criminalità ed il delitto politico*, in « Archivio di psichiatria », X, 1889, pp. 473-483. L'idea dell'assimilazione del criminale politico a quello comune (attraverso il tratto condiviso del regresso ad uno stadio quasi ferino delle loro esistenze) fece breccia anche tra coloro che contestavano vivacemente l'idea lombrosiana di criminale nato. Si veda, ad esempio, il libro del medico francese Emile Laurent, *L'année criminelle* (prefato dall'allora giudice istruttore Gabriel Tarde) nel quale si sosteneva, a più riprese, che molti delinquenti politici condividevano con i peggiori criminali il profilo della degenerazione (E. LAURENT, *L'année criminelle (1889-1890)*, Paris, Flammarion, 1891).

⁽¹¹⁹⁾ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 487 e 492.

In fondo, ciò che contava ai fini della repressione penale per tutti questi individui (criminali nati, oppositori politici radicali, contravventori abituali dell'ordine costituito), non era tanto quale reato avessero commesso, quanto il livello di pericolo potenziale espresso dalle loro condotte. Su questo livello di pericolosità si doveva, infatti, rimodellare l'azione di contrasto del sistema penale nel suo complesso. Tra il XIX e il XX secolo la pratica, e successivamente la teoria penale, tesero a fare di questi soggetti uno degli scopi principali dell'intervento punitivo. E su questo tema si svilupparono tendenze scientifiche ed indirizzi di studio (inaugurati dai lavori di sociologia criminale di Enrico Ferri e confluì, poi, nella teoria della difesa sociale di Adolf Prins e dell'Union internationale de Droit pénal) ⁽¹²⁰⁾ orientati a considerare la sanzione penale non come punizione di colui che ha volontariamente infranto la legge, ma come strumento attraverso cui diminuire il rischio rappresentato dagli individui pericolosi.

14. *Criminali e razze criminali.*

La nozione lombrosiana di atavismo, nonostante le critiche cui fu sottoposta, ebbe in ogni caso una discreta fortuna. Sul finire del secolo essa fu utilizzata in Italia anche per offrire una chiave di lettura della maggiore propensione al delitto degli abitanti di alcune regioni (in particolare quelle meridionali) rispetto agli altri cittadini ⁽¹²¹⁾. In questo caso, evidentemente, l'ipotesi atavistica non

⁽¹²⁰⁾ Il principio della 'difesa sociale' veniva reso esplicito da Enrico Ferri in uno dei primi numeri della rivista lombrosiana « Archivio di psichiatria » (E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, in « Archivio di psichiatria », III, 1882, pp. 51 ss.). Il delitto, per Ferri, era nient'altro che un sintomo di patologia sociale e la società richiedeva (con una figura che diverrà un *topos* della letteratura sull'argomento) di isolare ed eliminare « gli elementi d'infezione ». Il nuovo diritto penale si doveva così basare sul concetto di responsabilità sociale, che sostituiva quello di responsabilità morale individuale. In questo contesto la funzione sociale difensiva insita nel diritto di punire si sarebbe ridotta ad « una semplice funzione di eliminazione, temporanea o perpetua », degli elementi antisociali, priva in ogni caso di ogni intenzione vendicativa (pp. 54, 57 e 61). Il diritto penale si riduceva, in questo modo, a pura « funzione organica » del corpo sociale. Sul punto cfr. D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., pp. 197 ss.

⁽¹²¹⁾ Al centro di questo tipo di approccio si collocava, indubbiamente, il lavoro di Alfredo Niceforo sulla delinquenza in Sardegna (A. NICEFORO, *La delinquenza in Sardegna. Note di sociologia criminale*, Sandron, Palermo, 1897; e successivamente ID., *Le*

veniva utilizzata in chiave individuale, ma *sociale*. Essa, infatti, segnalava un arresto di sviluppo nell'evoluzione morale e nella coscienza collettiva di intere regioni e serviva ad individuare in Italia due differenti *razze*, con differenti comportamenti, anche sul piano della tendenza al crimine. La rottura del *continuum* biologico all'interno della specie umana, effettuata attraverso la categoria antropologica dell'atavismo, poteva così essere giocata anche per dotare le popolazioni meridionali di un'identità *inferiore*, più vicina a quella dei selvaggi e dei folli ⁽¹²²⁾ e quindi, per questa ragione, più propensa al crimine ⁽¹²³⁾. Il tutto avveniva, com'è stato osservato, in un momento in cui il discorso sull'arretratezza del Sud poteva essere utilizzato in più direzioni. Da una parte, infatti, attraverso questo processo di criminalizzazione di un'intera parte della penisola si apriva la strada allo sfruttamento dei contadini meridionali e all'egemonia del Nord e del blocco agrario-industriale ⁽¹²⁴⁾. Dall'altra, l'uso di simili griglie interpretative criminologiche ed antropologiche per leggere la società italiana poteva essere considerato utile anche per costruire una *scienza politica* che avrebbe aiutato lo stato liberale

razze maledette, in « La Stampa », 28 aprile 1898). Il libro, prefato da Enrico Ferri, ottenne il pieno consenso di Cesare Lombroso, che ne lodò metodo e contenuti (C. LOMBROSO, *Razze e criminalità*, in « Corriere della Sera », 29 ottobre 1897). Lo stesso Lombroso si interessò in un suo lavoro in al tema della criminalità in Calabria: C. LOMBROSO, *In Calabria (1862-1897). Studii con aggiunte del dott. Giuseppe Pelaggi*, Catania, Giannotta, 1898). All'idea di una parte della popolazione italiana più disposta al crimine si oppose vivacemente Napoleone Colajanni (N. COLAJANNI, *Per la razza maledetta*, Palermo, Sandron, 1898; ID., *L'Italia nel 1898. Tumulti e reazione*, Milano, Società Editrice Lombarda, 1898). Il dibattito sulle due Italie, sulla razza maledetta, sulla tendenza al crimine delle popolazioni meridionali si svolse, con toni fortemente polemici, negli anni a cavallo dei due secoli. Vi presero parte, oltre agli autori citati, tra gli altri: Sergi, Ferrero, Renda e Mosca. Sul punto si vedano D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., pp. 360 ss. e V. TETI, *La razza maledetta. Origini del pregiudizio antimeridionale*, Roma, Manifestolibri, 1993.

⁽¹²²⁾ La psichiatria italiana tardo ottocentesca utilizzò questo stereotipo dei calabresi maggiormente predisposti, per ragioni razziali, alla follia e alla criminalità. Sull'uso di questo stereotipo si veda F.S. INGLESE, *Razza tellurica, razza criminale: il 'carattere' calabrese nella mitografia scientifica della prima metà del Novecento*, in « Dae-dalus », 1990, 4, p. 120.

⁽¹²³⁾ La magistratura calabrese si adegnerà ben presto a questa visione del meridione d'Italia come luogo abitato da una razza inferiore. Sul punto cfr. A. PAPA-RAZZO, *I subalterni calabresi tra rimpianto e trasgressione*, Milano, F. Angeli, 1984, p. 125.

⁽¹²⁴⁾ D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., p. 380.

a oltrepassare la sua totale ignoranza circa la straordinaria diversità territoriale e di classe in cui si articolava il paese. In questo senso, anche la criminologia di stampo lombrosiano poteva essere utilizzata, ben oltre la sua specifica ambizione di neutralizzare la delinquenza, in chiave di costruzione dello stato nazionale ⁽¹²⁵⁾.

I *naturali nemici* del nuovo Stato erano così individuati in un complesso di forze all'interno del quale trovavano posto non solo i briganti e gli anarchici, ma anche i delinquenti comuni, le prostitute e i ladri. Tutti questi soggetti, infatti, rappresentavano una sorta di sfida all'edificazione dello stato nazionale e alla creazione di una popolazione omogenea. Il loro atavismo, in un certo senso, costituiva una vera minaccia per il progetto di modernizzazione del paese del quale l'unità non rappresentava che il primo passo ⁽¹²⁶⁾. In tale contesto ogni possibile declinazione dell'idea atavistica poteva essere considerata pienamente funzionale a questi scopi. Da quella razziale e sociale, della quale si è appena parlato, a quella 'disciplinante' (di cui Guglielmo Ferrero fu uno dei principali ispiratori ⁽¹²⁷⁾) legata all'esigenza di far fronte ai problemi suscitati dai nuovi processi di produzione ai quali le classi lavoratrici avrebbero dovuto rapidamente adeguarsi.

Ad ogni buon conto, al di là dell'uso in chiave di modernizzazione socio-economica di un paese che poteva essere fatto della nozione di atavismo (così come di ogni ipotesi antropologica di tipo regressivo), l'osservazione 'scientifica' degli individui pericolosi e tendenti al crimine aveva permesso di costruire, all'interno delle scienze dell'uomo tardo ottocentesche, una scala gerarchica delle tipologie umane, delle razze e dei generi che ordinava gruppi ed individui proprio in ragione della loro maggiore o minore vicinanza al dato di natura (identificato come il luogo della più marcata pericolosità potenziale). A ridosso del labile confine che separava l'umano dal non umano, il civile dallo scimmiesco dei primordi, si

⁽¹²⁵⁾ J. SIMON, *Positively Punitive*, cit., p. 2165.

⁽¹²⁶⁾ M. GIBSON, *Nati per il crimine*, cit., p. XVI.

⁽¹²⁷⁾ Per Ferrero l'incapacità al lavoro regolare aveva caratterizzato la fisionomia dell'uomo primitivo finché la selezione del lavoro non aveva obbligato i popoli divenuti civili ad adattarsi all'attività metodica. L'atavismo si riduceva dunque all'inadattamento, all'incapacità di adeguarsi « alla uniformità e regolarità un po' brutale del lavoro umano nelle civiltà nostre » (G. FERRERO, *La morale positiva e l'atavismo del delitto*, in « Archivio di psichiatria », XVII, 1896, pp. 1-37).

trovano i criminali nati, i degenerati, i più gravi malati di mente, equiparati ai selvaggi ed ai negri ⁽¹²⁸⁾. Per essi si potevano nutrire addirittura dei dubbi sul fatto che fossero veri e propri *soggetti di diritto* o esseri semplicemente *soggetti alla legge*, nemici naturali della società, così come nemiche potevano essere le bestie feroci in ragione del loro grado di pericolosità. Prima di arrivare al vertice della gerarchia, rappresentato dall'uomo normale occidentale, si doveva però compiere più di un passaggio. Così anche i bambini occupavano lo stesso stadio evolutivo dei popoli primitivi, dimostrando una naturale perversione ed una tendenza al delitto che smentivano tutte le rassicuranti teorie sulla connaturata innocenza infantile ⁽¹²⁹⁾. L'idea già presente in Lombroso ⁽¹³⁰⁾, trovò un suo convinto sostenitore in Scipio Sighele per il quale la verità di questa osservazione andava ancora rintracciata nella legge biogenetica di Haeckel, in base alla quale l'ontogenesi non faceva che riprodurre la filogenesi ⁽¹³¹⁾. Così, se l'individuo, dall'atto del concepimento a quello della nascita, non faceva che ripercorrere la fisiologia degli esseri viventi preumani, allo stesso modo nei primi anni di vita ogni uomo riproduceva la psicologia dei propri antenati. In questo modo una tendenza *in nuce* al delitto era, più che l'eccezione, la regola in tutti i bambini. Come le razze di colore si erano evolute nella razza bianca, i fanciulli passavano (anche se in alcuni soggetti questa evoluzione si mostrava incompiuta) dall'atavismo all'età adulta.

Non dissimile dalla condizione dei bambini era quella delle donne, considerate da Lombroso come dei bambini grandi ⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁸⁾ Nel primo Congresso internazionale di Antropologia criminale del 1885 l'antropologo Giuseppe Sergi, parlando delle caratteristiche biopatologiche che predisponavano al crimine, utilizzava due distinte nozioni di degenerazione: la degenerazione atavica, e la degenerazione secondaria o acquisita. La prima conduceva gli uomini alla condizione degli animali inferiori. Questo atavismo preumano — scriveva Sergi — era una sopravvivenza di specie inferiori, Ma esisteva anche un atavismo umano, che era la riproduzione di strutture ancestrali in particolari forme malate (*Actes du premier Congrès international d'Anthropologie criminelle*, cit., p. 14).

⁽¹²⁹⁾ Sul punto si veda M. GIBSON, *Nati per il crimine*, cit., pp. 258 ss.

⁽¹³⁰⁾ Nella terza edizione de *L'uomo delinquente* Lombroso inserì un capitolo sull'immoralità dei fanciulli, poi ripreso ed ampliato nelle edizioni successive.

⁽¹³¹⁾ S. SIGHELE, *Idee e problemi di un positivista*, Palermo, Sandron, 1907, pp. 188-189.

⁽¹³²⁾ C. LOMBRoso, G. FERRERO, *La donna delinquente, la prostituta e la donna*

Alcuni tratti psicologici come l'impulsività, la vanità, il ricorso frequente alla menzogna, l'amore per l'esteriorità venivano considerati da molti autori comuni alle donne, ai bambini ed ai selvaggi. In ogni caso, in questa scala evolutiva — come ricordato poco fa — poteva trovare posto una serie indefinita di individui: anarchici, briganti, delinquenti incalliti, varianti razziali interne ad ogni singola popolazione. La loro collocazione in un punto della scala gerarchica più vicino al polo naturale o a quello culturale (rappresentato dal grado di civiltà espresso dalla società occidentale) poteva essere utilizzato per disegnare il destino di ogni soggetto. La descrizione dei tratti comportamentali di ciascun individuo o gruppo, in relazione alla loro pericolosità ed antisocialità, produceva un evidente effetto prescrittivo poiché da essa dipendeva la misura più idonea da adottare: eliminazione, esclusione, isolamento, riduzione dei diritti, tentativo di reinserimento, educazione, per preservare la società dai pericoli di cui ognuno di essi era portatore.

15.1. *Un nemico sempre in agguato: sonni ipnotici ed eclissi della volontà.*

A partire dagli anni settanta del XIX secolo un nuovo tema iniziò a reclamare una propria visibilità all'interno del dibattito psichiatrico e penalistico europeo, quello del sonnambulismo; sia nella sua forma spontanea, sia in quella provocata attraverso la suggestione ipnotica ⁽¹³³⁾. In effetti, il sonnambulismo non aveva mancato di destare interesse per il diritto penale anche in epoche precedenti, essendo considerata l'azione di un soggetto dormiente sottratta alla signoria del suo volere, e quindi limite all'imputabilità individuale ed alla pretesa punitiva dello Stato. Allo stesso modo l'efficacia terapeutica del cosiddetto magnetismo animale era stata sperimentata (anche se all'epoca non riconosciuta dal mondo scien-

normale, Torino, Roux 1895. Sulla lunga fortuna delle categorie criminologiche lombrosiane in tema di donna delinquente cfr. M. GIBSON, *Nati per il crimine*, cit., pp. 67 ss.

⁽¹³³⁾ Sulle ricerche attorno al fenomeno dell'ipnotismo nell'Italia del XIX secolo si vedano C. GALLINI, *La sonnambula meravigliosa. Magnetismo e ipnotismo nell'Ottocento italiano*, Milano, Feltrinelli, 1983 e P. GUARNIERI, *La psiche in « trance ». Indagini sull'ipnotismo*, in « Rivista sperimentale di freniatria », CXIV, 1990, 2, pp. 370-419.

tifico) a partire da Mesmer, già un secolo prima ⁽¹³⁴⁾. Negli ultimi decenni dell'Ottocento, però, il tema del sonnambulismo, in particolare di quello indotto, si colorò di nuove suggestioni ed alimentò una nuova commistione tra temi psichiatrici e questioni giuridiche ⁽¹³⁵⁾. Ad amplificare l'attenzione per questi fenomeni avevano sicuramente contribuito gli studi e le pratiche terapeutiche di medici e psichiatri francesi come Ambroise Liébeault, Hippolyte Bernheim (fondatori della cosiddetta scuola di Nancy) e Jean-Martin Charcot (maestro riconosciuto della scuola della Salpêtrière) ⁽¹³⁶⁾. Sin da subito, però, il tema dell'ipnotismo aveva assunto oltre ad un rilievo medico anche un deciso profilo giuridico. Non a caso nel gruppo di studiosi appartenenti alla scuola di Nancy figurava, in posizione di spicco, l'avvocato Jules Liégeois, il quale si era incaricato di approfondire le implicazioni che la suggestione ipnotica poteva avere in tema di criminalità e responsabilità penale ⁽¹³⁷⁾. La scoperta di una condizione di coscienza in cui un soggetto si trovava completamente, quasi si trattasse di un automa, nelle mani del proprio ipnotizzatore suscitava infatti una serie di interrogativi cui la scienza medica e quella giuridica erano chiamate a dare una risposta.

Una prima questione che aveva suscitato l'interesse degli studiosi era legata alla possibilità che l'ipnotizzatore potesse abusare sessualmente della persona posta in stato ipnotico profondo senza che questa, al proprio risveglio, si ricordasse di alcunché. Taluni scandalosi epi-

⁽¹³⁴⁾ Su Franz Anton Mesmer e la diffusione del mesmerismo in Europa cfr. H.F. ELLENBERGER, *La scoperta dell'inconscio*, vol. I, cit., pp. 66 ss.

⁽¹³⁵⁾ In Italia gli psichiatri Augusto Tamburini e Giuseppe Seppilli furono tra i primi a studiare il fenomeno dell'ipnotismo. Come essi stessi non mancavano di segnalare, il loro interesse era affiorato a seguito della pubblicazione e diffusione dei primi lavori di Charcot relativi all'ipnosi applicata su pazienti isteriche (in particolare J.M. CHARCOT, P. RICHER, *Contribution à l'étude de l'hypnotisme chez les hystériques. Du phénomène de l'hyperexcitabilité neuro-musculaire*, in « Progrès Medical », 15/16, 1881). Sin dal loro primo intervento i due autori segnalavano le rilevanti implicazioni che il fenomeno poteva avere sul piano medico legale (A. TAMBURINI, G. SEPPILLI, *Contribuzioni allo studio sperimentale dell'ipnotismo, 1ª comunicazione*, in « Rivista sperimentale di freniatria », VII, 1881, p. 300).

⁽¹³⁶⁾ Sulla scuola di Nancy e la scuola della Salpêtrière cfr. H.F. ELLENBERGER, *La scoperta dell'inconscio*, vol. I, cit., pp. 104 ss.

⁽¹³⁷⁾ Osservazioni poi raccolte in: J. LIÉGEOIS, *De la suggestion et du somnambulisme dans leurs rapports avec la jurisprudence et la médecine légale*, Paris, O. Doin 1889.

sodi di cronaca, con correlativi strascichi giudiziari, erano serviti da spunto per interrogarsi su quale fosse il margine di volontà residua di cui l'individuo ipnotizzato potesse disporre per opporsi alle suggestioni del 'magnetizzatore' (138). Su questo punto, in effetti, le opinioni non sembravano del tutto convergenti. Charcot e la sua scuola avevano negato la possibilità che attraverso l'ipnosi si potesse far compiere ad un soggetto un'azione assolutamente contraria al proprio volere; diversamente, nella scuola di Nancy era profondamente radicata l'opinione che, in particolari situazioni, la volontà dell'individuo posto in condizione sonnambolica fosse completamente in balia di quella dell'ipnotizzatore. Bernheim, a differenza di Charcot, affermava infatti che l'ipnosi non era una condizione patologica riscontrabile solo negli isterici. Essa, al contrario, poteva essere considerata un effetto della suggestione, intendendo la *suggestionabilità* come la disposizione a trasformare un'idea in un'azione; disposizione presente, in gradi differenti, in ogni essere umano.

I numerosi esperimenti condotti dagli esponenti della scuola di Nancy, nei quali si era riusciti addirittura a far tirare ad una ragazza un colpo di pistola (opportunamente scaricata) alla propria madre, destarono grande impressione (139). Tanto da convincere i più della possibilità che episodi del genere potessero verificarsi nella realtà (140). Da questo punto di vista, però, la situazione che destava

(138) A.A. TARDIEU, *Étude medico-légale sur les attentats aux mœurs*, Paris, Baillière et fils, 1858²; P. BROUARDEL, *Accusation de viol accompli pendant le sommeil hypnotique. Relation medico-légale de l'affaire Lèvy, dentiste a Rouen*, in « Annales d'Hygiène publique et de médecine légale », Janvier, 1879.

(139) H. BERNHEIM, *De la suggestion dans l'état hypnotique et dans l'état de veille*, Paris, O. Doin, 1884 (pp. 93 ss.); cui seguiva il più ampio volume Id., *De la suggestion et des ses applications a la thérapeutique*, Paris, O. Doin, 1886 (pp. 224 ss.).

(140) È interessante notare come la torrenziale produzione di queste osservazioni fosse del tutto sconnessa dalle concrete esigenze della giustizia. Lo notava lo stesso Seppilli il quale scriveva: « Fortunatamente nella pratica giudiziaria simili casi non si sono ancora verificati, ma essi possono accadere da un giorno all'altro e provocare un giudizio medico-legale » (G. SEPPILLI, *I fenomeni di suggestione nel sonno ipnotico e nella veglia*, in « Rivista sperimentale di freniatria », XI, 1885, p. 348). Ma l'enorme valore di questi discorsi era sottolineata dalla penetrazione del tema nel sentire comune. Anche nella letteratura romanzesca (ricorda Ellenberger) molti scrittori iniziarono ad utilizzare l'azione ipnotica, la suggestione o lo sdoppiamento di personalità come pretesto narrativo (H.F. ELLENBERGER, *La scoperta dell'inconscio*, vol. I, cit., pp. 188 ss.).

maggior interesse era quella legata alle suggestioni postipnotiche. Era stato dimostrato, infatti, che un individuo, anche a distanza di molto tempo ed in condizioni di apparente normalità, era portato a compiere quelle azioni che l'ipnotizzatore gli aveva ordinato mentre era in condizione di *trance* ⁽¹⁴¹⁾. Anche in questo caso erano stati effettuati degli esperimenti, addirittura in collaborazione con polizia e magistratura, in cui alcuni soggetti erano stati indotti a compiere furti, o ad autoaccusarsi di reati totalmente inesistenti ⁽¹⁴²⁾.

I problemi medico-legali suscitati dalla *vague* ipnotista iniziarono, così, a divenire una sorta di *topos* di ogni studio dedicato all'argomento ⁽¹⁴³⁾ e spesso costituirono l'oggetto specifico di accurate ricerche condotte indifferentemente da medici o da giuristi ⁽¹⁴⁴⁾. Al di là dell'auspicio, condiviso da tutti, che il legislatore intervenisse per

⁽¹⁴¹⁾ G. SEPPILLI, *I fenomeni di suggestione nel sonno ipnotico e nella veglia*, cit., pp. 333 ss.

⁽¹⁴²⁾ P. PETRAZZANI, *La suggestione nello stato ipnotico e nella veglia*, in « Rivista sperimentale di freniatria », XII, 1886, pp. 186 ss.

⁽¹⁴³⁾ Tutti i più importanti trattati consacrati al tema dell'ipnotismo avevano una sezione riservata alle implicazioni medico-legali legate a questa condizione. Così ad esempio, in Francia, Albert Pitres, professore alla Facoltà di medicina di Bordeaux, nel pubblicare i due volumi (prefati da Charcot) che raccoglievano le proprie lezioni sull'isteria e l'ipnotismo dedicava la cinquantesima lezione alle possibili conseguenze giuridiche legate alla suggestione ipnotica (A. PITRES, *Leçons cliniques sur l'hystérie et l'hypnotisme*, vol. II, Paris, Octave Doin Editeur, 1891). Allo stesso modo anche in Italia i principali testi dedicati alla suggestione e all'ipnosi affrontavano il medesimo tema. Tra gli altri si vedano: G. BELFIORE, *L'ipnotismo e gli stati affini*, con prefazione di C. Lombroso, Napoli, Luigi Pierro Edit., 1887 (il quale si faceva assistere dall'avvocato Giuseppe Faraone per affrontare i temi dotati di una maggiore complessità tecnico-giuridica); E. MORSELLI, *Il magnetismo animale, la fascinazione e gli stati ipnotici*, Torino, Roux e Favale, 1886.

⁽¹⁴⁴⁾ Oltre al già citato lavoro di Liégeois, si vedano, ad esempio: J. CHARPIGNON, *Rapports du magnétisme avec la jurisprudence et la médecine légale*, Baillière, Paris, 1860; G. CAMPILI, *Il grande ipnotismo e la suggestione ipnotica nei rapporti col diritto penale e civile*, Torino, Bocca, 1886; A. BINET, C. FERÉ, *Hypnotisme et responsabilité*, in « Revue philosophique », 1885, 111; G. GILLES DE LA TOURETTE, *L'hypnotisme et les états analogues au point de vue medico-legal*, E. Plon, Nourrit, Paris, 1887; S. OTTOLENGHI, *La suggestione e le facoltà psichiche occulte in rapporto alla pratica legale e medico forense*, Torino, Bocca, 1900; A. VON SCHRENK NOTZING, *La suggestion et l'hypnotisme dans leurs rapports avec la jurisprudence* in *Deuxième Congrès international de Hypnotisme expérimental et thérapeutique*, Paris, 12-18 Août 1902, *Comptes rendus*, Paris, Vigot Frères, 1902, pp. 121-131.

vietare l'esercizio dell'ipnosi a soggetti non qualificati professionalmente, molti erano i temi che avevano una diretta rilevanza sul piano giuridico. Era possibile, ad esempio, utilizzare il sonno ipnotico per verificare la veridicità di una testimonianza o per interrogare l'indiziato di un reato? Oppure, come si poteva evitare che l'induzione di suggestioni, anche involontarie ed in stato di veglia, inficiasse la deposizione di testi facilmente condizionabili ⁽¹⁴⁵⁾? O ancora, come ci si poteva assicurare del fatto che la sottoscrizione di un contratto o di una disposizione testamentaria non fossero il frutto di istruzioni impartite al soggetto agente posto in condizione sonnambolica?

La questione maggiormente discussa rimaneva, in ogni caso, quella relativa alla responsabilità penale di chi avesse commesso un reato sotto il potente influsso di una suggestione ipnotica. I casi configurabili erano diversi ed ognuno richiedeva un'adeguata risposta. Chi si fosse fatto ipnotizzare per poter commettere più agevolmente un reato doveva rispondere del proprio operato, oppure l'impossibilità di desistere dall'intenzione criminosa faceva scemare il grado della sua imputabilità? E colui il quale, contro la propria volontà, fosse stato indotto da altri a compiere un misfatto era esente da ogni rimprovero (essendo responsabile dell'evento prodotto esclusivamente il *mandante*) o non doveva piuttosto essere ritenuto meritevole di sanzione perché con leggerezza aveva affidato se stesso ad una persona priva di scrupoli? Bisognava tenere conto o no della moralità complessiva del soggetto attribuendogli solo quegli atti che ne rispecchiassero in qualche misura il carattere ⁽¹⁴⁶⁾?

Il problema che si presentava agli occhi di medici e giuristi ri-

⁽¹⁴⁵⁾ Bernheim, Liégeois e molti altri ipnotisti si erano occupati, a questo proposito, di un episodio capitato nella cittadina ungherese di Tisza Eszlar. Il 1° aprile 1882 era scomparsa Esther Solymosi, una giovane contadina cristiana nel sabato che precede la Pessach, la Pasqua ebraica. Per l'antico pregiudizio del sangue, la piccola comunità ebraica locale venne ingiustamente accusata di omicidio rituale. Moritz Scharf, un ragazzo ebreo, interrogato in forma suggestiva dagli inquirenti, testimoniò di aver assistito dal buco della serratura della sinagoga a un rito di sangue nel quale era stata sacrificata Esther Solymosi. La vicenda giudiziaria destò in tutta Europa profondo scalpore. Sull'episodio si veda A. ZWEIF, *Omicidio rituale in Ungheria. Tragedia in cinque atti*, Napoli, Guida, 2008.

⁽¹⁴⁶⁾ Le varie posizioni, espresse in sede dottrinale da giuristi molto spesso di rango, come Enrico Pessina, venivano illustrate in maniera approfondita da G. CAMPILI, *Il grande ipnotismo e la suggestione ipnotica nei rapporti col diritto penale e civile*, cit.

guardava, indubbiamente, non solo il dubbio circa l'appartenenza dell'azione al soggetto agente, ma anche la questione della sua identità. Nel momento del compimento del reato chi era, infatti, ad agire realmente? Gli esperimenti condotti attraverso l'ipnosi avevano evidenziato come una stessa persona, se adeguatamente stimolata, potesse assumere più personalità in netto contrasto l'una con l'altra (assai spesso indipendenti tra loro) e non assimilabili all'identità morale del soggetto in stato di veglia ⁽¹⁴⁷⁾. Il dato veniva oltretutto corroborato dall'osservazione scientifica di situazioni in cui questo sdoppiamento o moltiplicazione della personalità poteva avvenire anche in assenza di un comando ipnotico. Alcuni individui, infatti, compivano azioni coordinate (simili a quelle del sonnambulo) anche alla luce del sole, nello stato di veglia. Tuttavia, come nel sonnambulismo, tali azioni erano escluse dalla continuità della coscienza, e quando l'individuo tornava bruscamente allo stato abituale sembrava del tutto inconsapevole di ciò che aveva fatto ⁽¹⁴⁸⁾. Altri, addirittura, manifestavano differenti personalità che potevano alternarsi, nell'arco dell'esistenza, senza che l'una sapesse niente dell'altra ⁽¹⁴⁹⁾. Ed in questi casi, in-

⁽¹⁴⁷⁾ C. RICHET, *Du somnambulisme provoqué*, in « Revue Philosophique », 1880, 2.

⁽¹⁴⁸⁾ In letteratura veniva spesso richiamato un caso giudiziario accaduto in Francia in cui il medico Auguste Motet aveva contribuito all'assoluzione di un individuo precedentemente condannato. Si trattava di un uomo a cui erano stati inflitti tre mesi di carcere per atti contrari al pudore. In appello Motet (di cui il condannato era stato paziente) sostenne che egli soffriva di sonnambulismo spontaneo e ne chiese l'assoluzione per aver commesso il fatto in uno dei suoi stati di incoscienza. Per provare la fondatezza di queste conclusioni si fece addirittura un esperimento davanti alla corte. Motet ipnotizzò il suo ex paziente e gli ordinò di slacciarsi i pantaloni. L'accusato ubbidì automaticamente, in una specie di *trance*. Alla fine si giunse alla sua assoluzione perché l'atto addebitatogli era stato commesso in un accesso di sonnambulismo, che aveva privato il soggetto agente di coscienza e volontà (A. MOTET, *Accès de somnambulisme spontané et provoqué*, in « Gazette des Hôpitaux », 15 mars 1881). I casi in cui si era invocato il sonnambulismo come motivo dell'assoluzione di un individuo non erano mancati neanche in precedenza. Ernest Mesnet aveva fatto assolvere, sulla base di una diagnosi di sonnambulismo spontaneo, un vecchio zuavo dedito al furto (ne riferiva G. SEPPILLI, *Gli studi recenti sul così detto magnetismo animale II*, in « Rivista sperimentale di freniatria », VII, 1881, p. 125). Anche se l'esito di tali diagnosi non era sempre stato favorevole all'accusato (si veda ad esempio: A. TAMASSIA, *Sul processo per omicidio Holzapfel*, in « Rivista sperimentale di freniatria », II, 1876, pp. 236-240).

⁽¹⁴⁹⁾ I casi più citati in letteratura erano quello presentato da Robert Macnish di una giovane americana che aveva manifestato nella sua vita due distinte personalità (R.

dubbiamente, non poche perplessità si affollavano nel momento in cui si rendeva necessario stabilire chi fosse realmente il soggetto cui un'azione doveva essere imputata ⁽¹⁵⁰⁾.

Al di là di tutto ciò, quello che sembrava evidente ormai era il fatto che gli uomini, nei propri comportamenti, fossero molto spesso soggetti a forze che andavano ben al di là della loro volontà ⁽¹⁵¹⁾.

MACNISH, *The Philosophy of Sleep*, Glasgow W.R. M'Phun, 18342), e quello di Félicité X, studiato da Étienne Eugène Azam, la quale alternava spontaneamente stati di coscienza differenti, alcuni dei quali completamente distaccati dagli altri (E. AZAM, *Hypnotisme, double conscience et alterations de la personnalité: le cas Felida X*, Paris, Baillière, 1887). Il fenomeno dello sdoppiamento della personalità era stato approfondito negli studi del filosofo Max Dessoir (M. DESSOIR, *Das Doppel Ich*, Leipzig, Ernest Guenthers Verlag, 1890) e da Pierre Janet (P. JANET, *L'automatisme psychologique. Essai de psychologie expérimentale sur les formes inférieures de l'activité humaine*, Paris, Alcan, 18942).

⁽¹⁵⁰⁾ Il tema, com'è evidente, si prestava ad una più ampia generalizzazione, relativa al discorso dell'appartenenza delle azioni ai soggetti agenti, anche in condizioni di normalità. Così Enrico Ferri (ma sul punto l'autore tornò più tardi in senso autocritico) aveva indicato nel criterio dell'*integrità dell'intelligenza* il metro sul quale valutare questa corrispondenza (E. FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, Barbèra, 1878). Poco più tardi, spinti dalla medesima esigenza, autori come Gabriel Tarde (G. TARDE, *La philosophie pénale*, Lyon, A. Storck, 1890) e Franz von Listz (F. VON LISZT, *Influenza sul diritto penale degli studi di antropologia e sociologia criminale (Sullo stesso argomento)*, in «La Scuola positiva», III, 1893, pp. 792-805; articolo tratto dal «Bulletin de l'Union internationale de Droit pénal», IV, 1893, 2) utilizzarono, rispettivamente, nozioni come quella di *identità individuale e sociale* e di *normalità dell'azione*, per indicare il criterio in base al quale misurare la responsabilità penale di ciascun individuo.

⁽¹⁵¹⁾ La considerazione che le condotte umane fossero molto spesso frutto di automatismi, più che di scelte volontarie, iniziò a divenire negli ultimi decenni dell'Ottocento una convinzione diffusa tra medici e psichiatri. Per Morselli molte persone, anche colte, «non possono neppure ammettere che l'uomo agisca molto più spesso automaticamente che per volontà propria» (E. MORSELLI, recensione a *Responsability in mental disease[s]*, cit., p. 391). E Lombroso, a proposito della suggestione ipnotica, osservava: «L'ipnotismo ci mostra quanto poco sia libera la volontà umana, fatta mancipio di un altro mercé un coccio di vetro o un pezzo di magnete» (C. LOMBROSO, *Studi sull'ipnotismo. Comunicazioni preventive*, in «Archivio di psichiatria», VII, 1886, p. 281). L'attività incosciente di ogni individuo, ed in particolare quella onirica, scriveva a questo proposito lo psichiatra Petrazzani abbozzando una sorta di 'psicopatologia della vita quotidiana' *ante litteram*, poteva essere posta all'origine non solo di atti di violenza altrimenti inspiegabili, ma anche di quelle cose fatte nell'attività di ogni giorno al di fuori dell'ordinario e di molte cose ritenute originali (P. PETRAZZANI, *La suggestione nello stato ipnotico e nella veglia*, cit., p. 200). D'altronde, non mancava di sottolineare il medico e filosofo Francesco de Sarlo in uno dei primi contributi scientifici italiani dedicati al tema

C'era uno strato profondo in ogni individuo che tendeva ad emergere in particolari circostanze e che lo poteva condurre ad azioni sottratte alla signoria del suo volere. Un substrato selvaggio ⁽¹⁵²⁾, quasi animale, avrebbe osservato Lombroso, per il quale alcuni fenomeni prodotti in ipnosi come la traslazione dei sensi, e cioè la capacità di percepire sensazioni uditive visive olfattive e di gusto con un senso differente da quello preposto nell'organismo umano a questa funzione, era il segno del fatto che certi individui, posti in condizione sonnambolica, regredivano fisiologicamente ad uno stadio preumano, assimilabile a quello di alcuni rettili ⁽¹⁵³⁾.

15.2. *Un nemico sempre in agguato: le folle criminali e la labile signoria del volere.*

Le osservazioni sviluppate dalla scienza medica sull'ipnosi sembravano, peraltro, confermate dagli studi condotti da Scipio Si-

dell'inconscio, ogni individuo era in qualche modo abitato da personalità secondarie, « un certo disgregamento esiste sempre, si tratta solo del più o del meno ». Ed il fatto costringeva ad interrogarsi su cosa fosse la vera personalità umana (F. DE SARLO, *L'inconsciente. Ipnatismo, spiritismo, lettura del pensiero. Rassegna critica*, in « Rivista sperimentale di freniatria », XVI, 1890, pp. 352-379).

⁽¹⁵²⁾ In questo senso gli psichiatri Gaetano Riva e Giuseppe Tanzi ipotizzavano che la natura di un selvaggio si nascondesse negli strati profondi della personalità di ogni individuo (E. TANZI, G. RIVA, *La paranoia. Contributo alla teoria delle degenerazioni psichiche*, in « Rivista sperimentale di freniatria », XII, 1886, p. 109).

⁽¹⁵³⁾ L'idea, sviluppata in sede scientifica (C. LOMBROSO, *Studi sull'ipnotismo. Comunicazioni preventive*, cit., p. 269), veniva utilizzata da Lombroso per rispondere ad un articolo di Capuana, apparso nel « Fanfulla della Domenica », a suo avviso troppo entusiasta nei confronti dei fenomeni medianici (C. LOMBROSO, *Le meraviglie dell'ipnotismo*, in ID., *Pazzi ed anormali*, Città di Castello, S. Lapi Tipografo Editore, 1886, p. 70). L'interesse di Lombroso per l'ipnotismo è noto (sul punto cfr. D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., pp. 397 ss.). Egli considerò la pratica sia in funzione terapeutica (C. LOMBROSO, CASTELLI, *Follia isterica guarita coll'ipnotismo. Paralisi per suggestione e suggestione negativa*, in « Lo Sperimentale », 1885, 2; ma più in generale C. LOMBROSO, *Studi sull'ipnotismo*, Torino, Bocca, 1886), sia nelle sue implicazioni medico-legali (tra gli altri scritti si vedano: C. LOMBROSO, *L'ipnotismo applicato alla procedura penale*, in « Archivio di psichiatria », VIII, 1887, pp. 243-246; C. LOMBROSO, S. OTTOLENGHI, *Nuovi studi sull'ipnotismo e sulla credulità*, in « Archivio di psichiatria », XI, 1890, in particolare pp. 543 ss). Il suo « Archivio di psichiatria » ospitò numerosi interventi su tali argomenti.

ghele ⁽¹⁵⁴⁾, in Italia, e da Gustave Le Bon ⁽¹⁵⁵⁾, in Francia, sui comportamenti delle folle ⁽¹⁵⁶⁾. Al di là della polemica sull'effettiva primogenitura nella scelta della ricerca e delle differenze che contraddistinguevano l'analisi dei due autori, l'intuizione fondamentale (comune ad entrambi) che rappresentava il punto nodale delle loro osservazioni era connessa al fatto che lo stato di folla facesse riaffiorare, negli individui che vi si trovavano coinvolti, uno strato profondo, inconscio, legato ad una natura antica, quasi primordiale dell'uomo, che la ragione (acquisizione relativamente recente del genere umano) con estrema difficoltà riusciva ad arginare. L'individuo nella folla, quasi soggiogato ipnoticamente da chi ne prendeva la testa ⁽¹⁵⁷⁾, non riusciva più a porre resistenza ad impulsi che si scatenavano in lui e che ne facevano un elemento di un nuovo corpo collettivo in cui l'autentica natura umana, quella delle origini, irragionevole, violenta, instabile, aveva il sopravvento. Non a caso, osservava Le Bon, numerosi caratteri specifici delle folle, quali l'impulsività, l'irritabilità, l'incapacità di ragionare, l'assenza di giudizio e di spirito critico, l'esagerazione dei sentimenti, si potevano osservare in esseri appartenenti a forme inferiori dell'evoluzione, come il selvaggio, la donna, il bambino ⁽¹⁵⁸⁾.

Scipio Sighele, il quale approfondiva il versante dell'azione delle folle che aveva più attinenza con il diritto penale, si interrogava sul

⁽¹⁵⁴⁾ S. SIGHELE, *La folla delinquente*, Torino, Bocca, 1891, cui seguiva a quattro anni di distanza una seconda edizione riveduta ed ampliata.

⁽¹⁵⁵⁾ G. LE BON, *Psychologie des foules*, Paris, Félix Alcan Éditeur, 1895.

⁽¹⁵⁶⁾ In generale, sulla teoria positivista della folla delinquente, cfr. F. COLAO, *Il delitto politico tra Otto e Novecento. Da 'delitto fittizio' a 'nemico dello Stato'*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 224 ss. E più di recente D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., pp. 284-290. Per un'analisi del modo in cui le scienze sociali, nel corso del XX secolo, hanno inquadrato i fenomeni legati all'agire delle folle si vedano: D. PALANO, *Il potere della moltitudine. L'invenzione dell'inconscio collettivo nella teoria politica e nelle scienze sociali italiane tra Otto e Novecento*, Milano, Vita e Pensiero, 2002; e M. REVELLI, A TARPINO, *Folle e rivolta tra storia e scienze sociali*, in « Rivista di storia contemporanea », XII, 1983, 4, pp. 490-543.

⁽¹⁵⁷⁾ Sull'idea dell'azione della suggestione nello stato di folla cfr. E. APFELBAUM, *La psychologie des foules et les théories de la suggestion*, in *Folla e politica: cultura filosofica, ideologia, scienze sociali in Italia e Francia e fine Ottocento*, a cura di M. Donzelli, Napoli, Liguori, 1995.

⁽¹⁵⁸⁾ G. LE BON, *Psychologie des foules*, cit., p. 24.

grado di responsabilità che doveva essere riconosciuto a coloro che avevano agito sotto la suggestione di una folla in tumulto ⁽¹⁵⁹⁾. Sulla base del presupposto che l'azione suggestiva esercitata dallo stato di folla non faceva altro che potenziare i caratteri già presenti in ciascun individuo, Sighele consigliava di legare il giudizio finale all'analisi del singolo individuo. Il criminale nato, che avesse partecipato al reato (e che spesso era l'elemento capace di indirizzare le masse verso il compimento di attività criminose), data la sua intrinseca pericolosità, doveva essere punito. Allo stesso modo, anche se in misura minore, dovevano essere punite le persone nelle quali la suggestione della moltitudine avesse fatto affiorare una tendenza criminale che sino a quel momento era rimasta latente. Al contrario, gli individui sani ed onesti che avessero partecipato ai disordini solo sulla spinta di un'emozione momentanea dovevano essere trattati con maggiore benevolenza, potendosi prendere in considerazione, in alcuni casi, anche l'ipotesi di una loro piena assoluzione. Il giudizio per Sighele, all'epoca giovane e convinto positivista, doveva essere in fondo, secondo gli insegnamenti della sua scuola, di tipo prognostico, slegato cioè dalla commissione del singolo fatto criminoso e connesso all'analisi psico-antropologica di ciascun singolo individuo.

Le posizioni di Sighele, depurate dalla loro componente più marcatamente positivista, si dimostrarono capaci, in Italia, di una cerata forza di penetrazione, anche sul piano giurisprudenziale. Nonostante l'inesistenza di una scriminante o di un'attenuante legata all'aver agito all'interno di una folla tumultuante ⁽¹⁶⁰⁾, in alcuni giudizi penali, di cui il più famoso fu indubbiamente quello dell'animatissima contestazione del letterato Giosuè Carducci al-

⁽¹⁵⁹⁾ Su questo punto le posizioni di Sighele e Le Bon divergevano. Lo scrittore francese (in un capitolo intitolato in evidente polemica con Sighele, *Le folle cosiddette criminali*) si diceva convinto del fatto che l'individuo il quale agiva in una folla fosse responsabile dei danni da lui causati quanto lo poteva essere un animale feroce. Le azioni delle folle potevano essere considerate criminali da un punto di vista legale, ma non psicologico (p. 145).

⁽¹⁶⁰⁾ La circostanza attenuante riconosciuta: per « aver agito per suggestione di una folla in tumulto », quando però il colpevole non fosse un delinquente o contravventore abituale o un delinquente per tendenza, fu introdotta solo nel 1930 dal codice Rocco (art. 62, n. 3).

l'Università di Bologna ⁽¹⁶¹⁾, i magistrati chiamati a giudicare dimostrarono di aderire a questa nuova visione della folla delinquente.

D'altra parte per Sighele, così come per altri giuristi, la potenza originaria, istintiva, violenta presente nella condizione di folla, pur se tendente assai spesso al male, non poteva essere del tutto ascritta a questo livello del giudizio morale. Ad imitazione delle forze della natura essa era in grado di esprimere un valore positivo, così come accadeva nei linciaggi che potevano essere considerati l'espressione della moralità di una nazione e della sua intolleranza al delitto ⁽¹⁶²⁾. Un'attività attraverso la quale il popolo suppliva alle carenze della giustizia, avrebbe scritto Raffaele Garofalo ⁽¹⁶³⁾; un modo per far entrare in sintonia il sentire sociale con la legge, per ridurre la distanza tra l'amministrazione della giustizia e il sentimento popolare, gli avrebbe fatto eco il penalista spagnolo Pedro Dorado, convinto dell'obsolescenza del principio giuridico del *nullum crimen, nulla poena sine lege* ⁽¹⁶⁴⁾.

16. *Identità, identificazione, eliminazione.*

L'idea lombrosiana del *criminale nato*, del criminale inteso come

⁽¹⁶¹⁾ La rivista « La Scuola positiva » iniziò sin da subito a segnalare le sentenze nelle quali veniva in qualche modo riconosciuta la teoria della folla delinquente (E. FERRI, *La psicologia nel processo agli studenti bolognesi*, I, 1891, pp. 19-25; A. ALESIANA, *La scuola positiva al Tribunale di Pallanza*, III, 1893, pp. 94-95; A. DELLO SBARBA, *Un'altra vittoria della teoria della folla delinquente*, III, 1893, pp. 1054-1056). Enrico Ferri, presente nel collegio di difesa degli studenti contestatori di Carducci, riportava con toni trionfalistici, nel suo articolo sul processo, la massima della sentenza: « Nei reati commessi nei tumulti popolari, quando gli imputati non agiscono soli, né per motivi personali, ma in una folla di individui mossi dalle stesse passioni, il fatto va socialmente considerato da un punto di vista speciale, per cui la responsabilità individuale può attenuarsi di molto e perfino cancellarsi ». Lo stesso Sighele si preoccupò di raccogliere, nelle varie edizioni del suo libro, tali casi giudiziari (S. SIGHELE, *I delitti della folla studiati secondo la Psicologia, il Diritto e la Giurisprudenza*, Torino, Bocca, 1923⁵, pp. 169 ss.).

⁽¹⁶²⁾ S. SIGHELE, *recensione* a A. Pierantoni, *I fatti di Nuova Orleans e il diritto internazionale*, Roma, 1891, e P. Nocito, *La legge di Lynch e il conflitto italo-americano*, nella « Nuova Antologia », fascicoli 15 maggio e 1° giugno 1891, in « La Scuola positiva », I, 1891, pp. 230-231.

⁽¹⁶³⁾ R. GAROFALO, *La legge di Lynch*, in « La Scuola positiva », III, 1893, pp. 672-679.

⁽¹⁶⁴⁾ P. DORADO, *Ancora sulla legge di Lynch*, in « La Scuola positiva », III, 1893, pp. 832-837.

variante antropologica del genere umano, non trovò numerosi sostenitori. Anche autori molto vicini, per impostazione scientifica, alle idee dello psichiatra veronese non riuscirono ad aderire completamente a questa teoria. La ricerca ossessiva delle stimate della criminalità⁽¹⁶⁵⁾, ossia dei tratti fisici che avrebbero dovuto distinguere l'uomo delinquente dal criminale, che ossessionò Lombroso per lunghi anni, fu ritenuta uno sforzo vano. Al secondo Congresso internazionale d'Antropologia criminale, tenuto a Parigi nel 1889, con un'evidente intenzione provocatoria, aveva dichiarato l'antropologo Manouvrier: « Et le nombre de ces caractères se multiplie de jour en jour, si bien qu' il n'y aura plus bientôt un seul honnête homme sur lequel on ne puisse relever une demi-douzaine de caractères criminalisés »⁽¹⁶⁶⁾. Ma anche un sodale di Lombroso come Raffaele Garofalo non poteva che porre la questione in termini dubitativi. In fondo, questi caratteri distintivi non si erano ancora trovati, ma chi poteva assicurare che un giorno la scienza non avrebbe scoperto cellule nervose capaci di condizionare gli istinti, gli impulsi e lo stesso senso morale⁽¹⁶⁷⁾? Certo, il sogno di poter individuare e neutralizzare un criminale prima ancora della commissione di un qualsiasi delitto esercitava un suo fascino, ma richiedeva maggiori approfondimenti sul piano scientifico⁽¹⁶⁸⁾. In ogni caso, anche se non persuasi della circostanza che i delinquenti costituis-

⁽¹⁶⁵⁾ Una sorte emblematica quella della parola *stimate*. Utilizzata durante la caccia alle streghe per descrivere i segni della possessione demoniaca, le *stigmata diaboli* (così come ricordava A. PITRES, *Leçon cliniques sur l'hystérie et l'hypnotisme*, vol. I, Paris, Octave Doin Éditeur, 1891, p. 57-58), essa era passata ad indicare, a partire dall'uso fattone da Charcot, le manifestazioni esteriori dell'isteria, sostituendo il più tradizionale termine *accidents*. Alla fine di questo percorso, l'antropologia criminale se ne era appropriata per definire quella serie di caratteristiche fisiognomiche distintive dell'individuo criminale (J. DALLEMAGNE, *Les stigmates anatomiques de la criminalité*, Paris, G. Masson Éditeur, 1896, pp. 13-14).

⁽¹⁶⁶⁾ *Actes du deuxième congrès international d'anthropologie criminelle*, Paris, août 1889, Lyon-Paris, A. Storck-A. Masson, 1890, pp. 34.

⁽¹⁶⁷⁾ R. GAROFALO, *Influenza sul diritto penale degli studi di antropologia e sociologia criminale*, cit., p. 773; ID., *Criminology*, cit., p. XXXI.

⁽¹⁶⁸⁾ G.A. VAN HAMEL, *Les sentences indéterminées*, in « La Scuola positiva », III, 1893, p. 949. In un certo senso sorprende il notare come, ad un secolo di distanza, i termini della questione non siano poi mutati così radicalmente (sul punto cfr. D.H. FISHBEIN, *Biological Perspectives in Criminology*, in « Criminology », XXVIII, 1990, 1, pp. 27-72).

sero una varietà antropologica a sé, molti autori si dichiaravano convinti del fatto che esistevano così tanti caratteri differenziali tra l'uomo normale e quello criminale da ritenere che esso appartenesse a un gruppo sociale composto da « degli esseri *anormali*, fisiologicamente e psicologicamente inferiori agli altri esseri umani, non atti, in conseguenza, o solo in grado minore di quelli che ora chiameremo *normali* a vivere in società » (169).

D'altra parte, la scienza giuridica più paludata (e sicuramente dotata di maggior potere accademico) aveva opposto forti resistenze — in particolare in Italia — alla penetrazione delle nuove teorie positiviste nell'ambito del discorso penale. L'adozione di un nuovo codice penale per il regno d'Italia, avvenuta nel 1889, rappresenta forse il segno più evidente di questo ostracismo (170). In fondo, nessuna delle proposte avanzate dalla Scuola positiva aveva trovato accoglimento nel codice Zanardelli, il cui massimo artefice, Luigi Lucchini, aveva da sempre dimostrato una decisa avversione ad abbandonare, in ambito penale, i consolidati terreni della tradizione liberale (171).

Eppure, nel giudicare la capacità di diffusione delle teorie lombrosiane nell'Italia di fine Ottocento (ma l'osservazione può essere estesa ad altri paesi occidentali) due considerazioni non vanno trascurate. In primo luogo, Lombroso radunò attorno a sé un gruppo di medici, psichiatri, antropologi e giuristi destinati, nel tempo, ad assumere ruoli di rilievo sia nel mondo accademico, sia nei vari settori dell'amministrazione pubblica. Giudici (ma anche avvocati), direttori di strutture penitenziarie, alti funzionari di pubblica sicurezza, direttori di ospedali e manicomi furono o direttamente o indirettamente legati all'insegnamento dello psichiatra ve-

(169) N. PINERO, *Intorno ad alcuni criterii della responsabilità sociale*, cit., p. 740.

(170) Nell'imminenza della promulgazione del codice Zanardelli, Cesare Lombroso pubblicava un libro intitolato *Troppo presto* in cui venivano raccolte le principali critiche di parte positivista al nuovo codice penale. L'anno dopo, nel 1889, il libro cambiava titolo (*Appunti al nuovo Codice penale*, Torino, Bocca, 1889) e si arricchiva di nuovi interventi sviluppati da giuristi, ma anche da medici come, a parte lo stesso Lombroso, Arrigo Tamassia.

(171) Sulla figura di Luigi Lucchini e sulla paternità 'lucchiniana' del codice Zanardelli cfr. M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La 'Rivista penale' di Luigi Lucchini, 1874-1900*, in « Quaderni fiorentini », XVI, 1987, pp. 557-642.

ronese e ne applicarono, più o meno coerentemente, le teorie nella propria esperienza professionale. Fatto, questo, che induce a considerare poco convincente, sul piano dell'analisi storica, il voler ridurre al solo Lombroso tutto il 'lombrosianesimo' (172). In secondo luogo, non va trascurato il fatto che molti di coloro che criticarono più vivacemente le teorie lombrosiane (ed in particolare la figura del criminale nato) lo fecero mettendone in discussione alcuni presupposti, ma non le conseguenze. La forte polemica che si produsse, ad esempio, all'interno dei primi congressi internazionali d'antropologia criminale tra gli studiosi italiani (non appiattiti sulle posizioni lombrosiane, ma pronti a difenderne la validità scientifica) ed i francesi (fermi sostenitori delle cause sociali della criminalità) fu più uno scontro per l'egemonia scientifica che un dissidio insanabile (173). In fondo, l'idea del criminale incallito come 'escremento' (174), del criminale inteso cioè come precipitato non più assimilabile di un assetto sociale dato e di una nuova organizzazione produttiva, non modificava affatto le ragioni della necessità di una sua pronta individuazione e di un suo definitivo allontanamento dal consesso civile (175). D'altra parte, solo mettendo in relazione la necessità di una profonda trasformazione politica della società con l'uso che le classi dirigenti dell'epoca facevano dello strumento penale, si sarebbe potuto prospettare un diverso punto di vista

(172) Il tema è ampiamente sviluppato da M. GIBSON, *Nati per il crimine*, cit., pp. 177 ss. Sul gruppo di studiosi che si radunò attorno a Cesare Lombroso cfr. N.H. RAFTER, *Creating Born Criminals*, Urbana, University of Illinois Press, 1997.

(173) Già nel primo Congresso d'Antropologia criminale, svoltosi a Roma nel 1885, Alexandre Lacassagne aveva lamentato una certa sottovalutazione del valore dei fattori sociali nell'analisi dell'eziologia del crimine (*Actes du premier Congrès international d'Anthropologie criminelle*, cit., pp. 165-165), ma niente avrebbe fatto presagire la violenta frattura che su questo punto si sarebbe verificata, tra studiosi italiani e francesi, nel corso del secondo incontro parigino (*Actes du deuxième congrès international d'anthropologie criminelle*, cit.).

(174) Nel presentare ai lettori de « La Scuola positiva » il pensiero di Gabriel Tarde, Mario Paolo Morasso (pur non apprezzando dell'autore francese il suo disaccordo con Cesare Lombroso) metteva ben in evidenza questo punto specifico dell'analisi del pensatore francese (M.P. MORASSO, *Esame critico delle dottrine filosofiche e criminologiche di G. Tarde*, in « La Scuola positiva », II, 1892, pp. 119-160).

(175) L. MUCCHIELLI, *Hérédité et "Milieu social" le faux antagonisme franco-italien; la place de L'Ecole de Lacassagne dans l'histoire de la criminologie*, in ID. (sous la direction de), *Histoire de la criminologie française*, Paris, Edition L'Harmattan, 1994, pp. 189-214.

sull'argomento, dando ben altra rilevanza al discorso sulle cause sociali della criminalità ⁽¹⁷⁶⁾. Ma anche in autori fortemente impegnati nella militanza politica socialista, come Enrico Ferri, questo tipo di considerazioni fu velato dietro lo schermo di un diritto penale inteso più che come diritto di classe, come diritto posto a presidio della società, di ogni tipo di società ⁽¹⁷⁷⁾.

Il far propria l'idea di un criminale inemendabile, insensibile ad ogni intervento di risocializzazione, di un criminale ostinatamente nemico della società conduceva, al contrario, alla convinzione che il diritto penale si dovesse costituire come una disciplina bicefala, basata cioè su regole differenti (sia sul piano delle misure repressive ⁽¹⁷⁸⁾, sia su quello della stessa interpretazione giudiziale delle norme punitive ⁽¹⁷⁹⁾) a seconda dell'indole del soggetto da giudicare.

⁽¹⁷⁶⁾ In una polemica che aveva impegnato principalmente Filippo Turati, Napoleone Colajanni ed Enrico Ferri, i primi due autori non avevano mancato di sottolineare la connessione tra diritto penale e disuguaglianze di classe. Ferri, al contrario, era sceso in campo per difendere le posizioni lombrosiane sull'eziologia del crimine (F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano, Unione Autori, 1883; N. COLAJANNI, *Socialismo e sociologia criminale. Il socialismo*, Catania, Tropea, 1884; E. FERRI, *Socialismo e criminalità*, Torino, Bocca, 1883).

⁽¹⁷⁷⁾ Nel campo dei giuristi di simpatie socialiste si affermò, progressivamente, una visione del diritto penale come diritto *neutrale*, cioè come diritto posto a difesa della società. La posizione, della quale Enrico Ferri rappresentò il maggior sostenitore, al passaggio del secolo si impose incontrastata (sul punto cfr. M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, cit., pp. 557-642).

⁽¹⁷⁸⁾ Su questo piano uno dei temi centrali del positivismo penale fu l'idea delle sentenze a tempo indeterminato, la cui lunghezza, cioè, piuttosto che essere stabilita a priori doveva essere misurata in ragione del permanere del grado di pericolosità del condannato. La proposta divenne un cavallo di battaglia dell'Union internationale de Droit pénal, così come ricordava il penalista olandese G.A VAN HAMEL, *Les sentences indéterminées*, cit., pp. 945-959.

⁽¹⁷⁹⁾ L'idea che le norme penali dovessero essere interpretate dal giudice in maniera elastica, in relazione cioè al grado di moralità dell'individuo, espressa da Enrico Ferri nelle pagine de « La Scuola positiva » (E. FERRI, *Rigorismo penale e scuola positiva*, in « La Scuola positiva », III, 1893, pp. 110-115; e ID., *Interpretazione della legge e scuola positiva*, in « La Scuola positiva », III, 1893, pp. 158-163) trovava anche l'adesione del processualcivilista Carlo Lessona, il quale scriveva nella stessa rivista: « Nella *Scuola positiva* (28 febbraio 1893) Enrico Ferri, in un articolo sull'interpretazione delle leggi, dopo aver argutamente censurata la fabbricazione delle leggi in Italia, accenna un criterio speciale per interpretare la legge penale secondo la qualità morale del delinquente. È un'idea nuova che può essere svolta e che, secondo me, trova un precedente

L'eliminazione delle scorie sociali, il tentativo di renderle irriproducibili ⁽¹⁸⁰⁾, fu una sorta di idea fissa che non mancò di riflettersi non solo sul dibattito dottrinale, ma anche sulla concreta esperienza legislativa di molti paesi europei. Non a caso il tema della recidiva, di cui Carrara aveva lamentato qualche anno prima un sostanziale disinteresse da parte della penalistica del suo paese, divenne, come già ricordato, uno degli argomenti più frequentati e discussi nell'ambito della scienza penale italiana ed europea e, nello stesso tempo, una delle questioni sociali che impegnarono tecnici del settore e legislatori in una strenua battaglia per il suo contenimento. Certo, il tenore degli interventi dottrinali mutò decisamente di segno. Il *focus* dell'attenzione dei giuristi si spostò dalle questioni relative al fondamento giuridico dell'istituto alle tecniche repressive attraverso cui il fenomeno del recidivismo poteva essere debellato. Per alcuni penalisti, in particolare quelli di più stretta osservanza positivista, la recidiva, intesa come figura giuridica, non aveva molta importanza in sé. Essa doveva servire piuttosto, al di là di ogni automatismo sanzionatorio, ad individuare quei criminali che dovevano essere eliminati dalla società (eliminati fisicamente, deportati, reclusi in apposite strutture penitenziarie o manicomiali) poiché avevano fatto del delitto una vera e propria abitudine esistenziale ⁽¹⁸¹⁾.

Da questo punto di vista molte nuove 'invenzioni', nell'ambito delle tecnologie repressive e dell'organizzazione giudiziaria, furono in qualche modo ispirate dalla necessità di identificare i soggetti pregiudicati al fine di sottoporli al più severo regime sanzionatorio previsto per i recidivi. In tale prospettiva può essere letta, ad

notevole nella interpretazione della legge civile » (C. LESSONA, *L'interpretazione delle leggi*, in « La Scuola positiva », III, 1893, p. 314).

⁽¹⁸⁰⁾ Ai delinquenti nati, secondo alcuni autori, doveva essere proibito il matrimonio ed interdetta la riproduzione poiché: « l'accoppiamento di essi darà nuova generazione di delinquenti, per effetti atavistici (...) essi cattivi e incorreggibili per fattori antropologici, potrebbero davvero trasmettere nei loro figliuoli, col sangue e col latte, i germi della delinquenza, da cui l'organismo loro è inquinato » (G. LETI, *Colonie penitenziarie in Eritrea*, in « La Scuola positiva », I, 1891, p. 606).

⁽¹⁸¹⁾ R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, Vallardi, 1880, p. 60; e ID., *Criminologia. Studio sul delitto, sulle cause, e sui mezzi di prevenzione*, Torino, Bocca, 1885, p. 370.

esempio, l'introduzione dei casellari giudiziari, capaci di indicare ai magistrati con maggiore certezza e rapidità la 'carriera' criminale di ogni imputato ⁽¹⁸²⁾. Così come strettamente legata all'individuazione dei pregiudicati fu l'introduzione della fotografia nelle pratiche di polizia. Allo stesso modo, il desiderio di dotare ogni individuo che avesse avuto a che fare con la giustizia di un'identità definita spinse alcuni ricercatori ad approfondire differenti tecniche di riconoscimento che, se non erano proprio la diretta conseguenza degli studi dei tratti antropologici distintivi degli individui criminali, avevano sicuramente con questi un forte debito di riconoscenza. In Francia Adolphe Bertillon, sulla base di tali stimoli, elaborò un sistema di misurazioni antropometriche (poi denominato *bertillonage* ⁽¹⁸³⁾) capace di far riconoscere con una certa precisione l'identità di coloro che incappavano nelle maglie della giustizia ⁽¹⁸⁴⁾. La scoperta, all'epoca, fu salutata con enorme soddisfazione per i risultati che permise di conseguire nella lotta alla criminalità recidiva ⁽¹⁸⁵⁾. Dopo di lui l'inglese Francis Galton si applicò allo studio delle capacità identificative delle impronte digitali, inaugurando un metodo di

⁽¹⁸²⁾ Sull'introduzione e l'evoluzione dei casellari giudiziari, principalmente in Francia ed in Italia, si possono vedere: G. LE POITTEVIN, *I casellari giudiziari in Francia ed in Italia. Studio di legislazione comparata*, in « Rivista Penale », XII, 1880, pp. 104-116; G. DE NAVA, voce *Casellario giudiziario*, in *Il Digesto Italiano*, vol. VI, parte II, 1891, pp. 241-258; R. DE NOTARISTEFANO, *La legge Lucchini sul casellario giudiziale*, Verona, Tedeschi, 1902.

⁽¹⁸³⁾ L'artefice della definizione era stato Alexandre Lacassagne (*Deuxième Congrès international d'anthropologie criminelle, Paris 1889*, in « Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales », IV, 1899, p. 65).

⁽¹⁸⁴⁾ A. BERTILLON, *L'identité des récidivistes et la loi de relégation*, Paris, G. Masson, 1883; ID., *La photographie judiciaire, avec une appendice sur la classification et l'identification anthropométrique*, Paris, Gauthier-Villars et fils, 1890.

⁽¹⁸⁵⁾ L'idea di Bertillon ebbe un successo immediato. Sperimentata nel 1882 dalla prefettura di Parigi essa si mostrò estremamente efficace. Appena tre anni dopo il governo francese ne raccomandava l'applicazione in tutte le prefetture di polizia e nel 1888 ne diveniva obbligatoria l'adozione (sul punto cfr. E. LOCARD, *L'identification des récidivistes*, Paris, Maloine, 1909, p. 29). Con un certo orgoglio lo stesso Bertillon, a proposito della lotta al recidivismo, poteva affermare nel 1890: « Le Service d'identification amène annuellement le reconnaissance de 400 à 500 récidivistes, qui sans cette intervention, auraient réussi à tromper la justice » (A. BERTILLON, *La photographie judiciaire*, cit., pp. 110-111).

riconoscimento, detto dattiloscopico ⁽¹⁸⁶⁾, che ben presto sostituì l'efficace ma complessa tecnica del *bertillonage*.

17. *L'eliminazione del criminale nemico: la deportazione dei recidivi in Francia ed in Italia.*

L'esigenza di dare un'identità sicura ai delinquenti recidivi si andò sempre più coniugando, nei vari paesi europei, con scelte repressive che si muovevano nella direzione auspicata dai penalisti di orientamento positivista. In Francia nel 1885, ad esempio, era stata introdotta, sull'onda del clamore suscitato da forti tensioni sociali, la deportazione dei criminali plurirecidivi ⁽¹⁸⁷⁾. Partendo dalla constatazione che nelle rivolte di piazza i delinquenti d'abitudine (assimilati ai più radicali oppositori politici ⁽¹⁸⁸⁾) erano sempre coloro che fomentavano le folle, si era cercato di far fronte a questa situazione allontanando i soggetti ritenuti più pericolosi dal territorio nazionale. La scelta, com'era prevedibile, aveva sollevato più di un'obiezione; se non altro per il fatto che essa si presentava non nei termini di una vera e propria sanzione penale, quanto piuttosto come una misura di polizia la quale colpiva i delinquenti (in genere quelli

⁽¹⁸⁶⁾ F. GALTON, *Finger prints*, London, Macmillan, 1892; Id., *Fingerprint directories*, London, Macmillan, 1895. Per ciò che riguarda l'introduzione del metodo dattiloscopico per l'identificazione dei delinquenti pregiudicati si vedano: C. BEAVAN, *Impronte digitali. Scotland Yard e la nascita della criminologia moderna*, Milano, Mondadori, 2002; S.A. COLE, *Suspect Identities. A History of Fingerprinting and Criminal Identification*, Cambridge (Ma), 2001; R. IRELAND, *The Felon and the Angel-Copier: Criminal Identity and the Promise of Photography in Victorian England and Wales*, in «Criminal Justice History», vol. *Policing and War in Europe*, ed. by L. Knafla, 16, 2002, pp. 53-87; J. JAGER, *Photography: a Means of Surveillance? Judicial Photography 1850-1900*, in «Crime, History & Societies», V, 2001, 1, pp. 27-51.

⁽¹⁸⁷⁾ Sulla legge del 27 maggio 1885 per la deportazione dei recidivi si rinvia a: J.F. TANGUY, *Ceux qu' il faut renoncer a amender... La loi de 1885 sur la relégation: origines et implications politique*, in *Le criminel endurci*, cit., pp. 289-308 e R. BADINTER, *La prison républicaine*, Paris, Fayard, 1992, pp. 111-179.

⁽¹⁸⁸⁾ L'idea che le proteste sociali fossero capeggiate dalla piccola criminalità urbana era una sorta di luogo comune dell'epoca. Waldeck-Rousseau, per rafforzare la tesi dell'equazione agitatori sociali-criminali recidivi, aveva pubblicato nel giornale «La Réforme de Paris» un editoriale dal titolo *Anarchistes et recidivistes* nel quale denunciava la commistione tra protesta anarchica e degenerati fisici e morali (sul punto cfr. R. BADINTER, *La prison républicaine*, cit., pp. 126-128).

dediti ad attività microcriminali) una volta scontata la pena ed in ragione della loro presunta pericolosità ⁽¹⁸⁹⁾.

Poco più di una decina d'anni dopo, in Italia, sulla base dei medesimi presupposti ed in un clima sociale ancor più incandescente di quello francese ⁽¹⁹⁰⁾, la classe politica al governo del paese tentò di replicare l'esperienza francese. Già durante il governo di Rudinì, nel 1897, era stata, in forma quasi surrettizia, introdotta la misura della deportazione dei delinquenti inviati al domicilio coatto più riottosi alla disciplina ⁽¹⁹¹⁾. Due anni dopo, in concomitanza con la forte protesta politica e sociale che stava attraversando il paese, sotto gli auspici dello stesso Giolitti ⁽¹⁹²⁾, il presedente del Consiglio Pelloux, nel tentativo di rendere definitivi i provvedimenti presentati alla Camera l'anno prima dal suo predecessore di Rudinì per fronteggiare i problemi legati all'ordine pubblico ⁽¹⁹³⁾, aggiunse alle altre

⁽¹⁸⁹⁾ Il provvedimento trovò l'opposizione di parlamentari appartenenti alla tradizione liberale del diritto penale, per i quali l'introduzione di una sanzione a tempo indeterminato rappresentava un'autentica eresia sul piano dottrinale, e di numerosi politici d'ispirazione liberale e di sinistra. Tra queste posizioni spiccavano quella di Georges Clemenceau, all'Assemblea Nazionale, e quella di René Bérenger al Senato (sia l'intervento di Clémenceau che quello di Bérenger sono riportati, anche se in estratto, nella « Rivista di discipline carcerarie », XIII, 1883, pp. 422-425; e XV, 1885, pp. 3-5).

⁽¹⁹⁰⁾ Sulla reazione ai moti del 1898 si rinvia a U. LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia 1896/1900*, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 129-173.

⁽¹⁹¹⁾ *Atti parlamentari della Camera dei senatori*, Discussioni, I sessione, 1897, Roma, Forzani e C. Tipografia del Senato, 1898, p. 89.

⁽¹⁹²⁾ *Atti parlamentari della Camere dei deputati* [d'ora in avanti APCD], sessione 1897-1898, Discussioni, vol. VI, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1898, pp. 6858-6859. La paternità giolittiana del provvedimento sulla deportazione dei recidivi veniva denunciata, oltre che da Luigi Lucchini nel corso del dibattito parlamentare, anche da M.A. VACCARO, *Intorno ai recidivi e al domicilio coatto*, in « Rivista Penale », LI, 1900, p. 456.

⁽¹⁹³⁾ Il disegno di legge presentato da di Rudinì si articolava in sei punti: la facoltà del potere esecutivo di decretare (sino all'approvazione di una legge speciale) l'applicazione delle leggi relative allo stato di guerra per tutelare l'ordine pubblico; il richiamo in vigore (con alcune modifiche) del domicilio coatto politico previsto dalla legge 19 luglio 1894; il conferimento di speciali poteri all'esecutivo in materia di reati di stampa; il divieto di ricostruire società ed associazioni disciolte per motivi di ordine pubblico; il rinvio di un anno delle elezioni comunali e provinciali; la militarizzazione dei dipendenti delle ferrovie e delle poste. Pelloux riduceva a quattro i punti presentati all'approvazione della Camera: dichiarazione dello stato di guerra; domicilio coatto politico; rinvio delle elezioni amministrative; militarizzazione del personale delle poste e delle ferrovie.

proposte normative un progetto di legge sulla relegazione a tempo indeterminato (salvo un giudizio positivo circa il loro possibile ravvedimento) dei delinquenti plurirecidivi. Nella Relazione ministeriale che accompagnava il progetto (presentato alla Camera il 4 febbraio 1899) venivano, con neanche troppe reticenze, rese esplicite le ragioni che ne costituivano la *ratio* ispiratrice ⁽¹⁹⁴⁾. Esso mirava a spezzare quella connivenza che veniva data per certa tra i movimenti insurrezionali e di protesta sociale e « il basso fondo delle nostre popolazioni urbane ed agricole che in ogni caso di tumulto o rivolta si trovano sempre nelle prime file » ⁽¹⁹⁵⁾. Le misure prese dopo i fatti del maggio del 1898 (come il ripristino delle disposizioni eccezionali sul domicilio coatto del 1894) non potevano che avere un carattere temporaneo. Occorreva, da questo punto di vista, un provvedimento di carattere più stabile, finalizzato però allo stesso scopo, quello cioè « di premunire la società contro le trame della setta anarchica » e nello stesso tempo di « dar modo al Governo di assicurarsi contro il pericolo di quei delinquenti abituali, che avevano fatto e fanno del delitto una professione » ⁽¹⁹⁶⁾.

L'opposizione ai provvedimenti « urgenti e temporanei per il mantenimento dell'ordine pubblico » da parte dai partiti dell'estrema sinistra fu durissima. Così come fu assai vivace l'opposizione alla proposta di legge sulla relegazione dei recidivi ⁽¹⁹⁷⁾. In questo atteggiamento di netto rifiuto si trovarono compatti sia Enrico Ferri e gli esponenti del suo partito, persuasi dell'uso in chiave antisocialista che si voleva fare della deportazione, sia i liberali più intransigenti come Luigi Lucchini e Pietro Nocito, convinti del fatto che tale tipo di sanzione era in netto contrasto con i principi cardine del diritto penale italiano ⁽¹⁹⁸⁾.

⁽¹⁹⁴⁾ Il testo della proposta di legge e la relativa relazione ministeriale di presentazione sono stati consultati in « La Scuola Positiva », IX, 1899, pp. 83-92.

⁽¹⁹⁵⁾ *Relazione al progetto di legge sui delinquenti recidivi*, cit., p. 84.

⁽¹⁹⁶⁾ Ivi, p. 84.

⁽¹⁹⁷⁾ Il dibattito parlamentare sull'approvazione del progetto di legge sui delinquenti recidivi è consultabile in APCD, sessione 1898-99, Discussioni, vol. III, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1899, pp. 2671 ss.

⁽¹⁹⁸⁾ Questa convergenza di giudizio tra penalisti schierati su versanti scientifici opposti in occasione di importanti battaglie di 'civiltà giuridica' è stata evidenziata da

Il disegno di legge sulla deportazione dei delinquenti recidivi, approvato dalla Camera in prima lettura, non resse l'urto (assieme agli altri provvedimenti 'politici') dell'ostruzionismo parlamentare posto in essere dai deputati repubblicani, radicali e socialisti. In ogni caso, nell'animata discussione parlamentare che si accese sul provvedimento, non pochi dei parlamentari che si espressero a favore della misura della relegazione, per giustificarne l'accoglimento, si richiamarono alle teorie lombrosiane sul criminale nato ed incorreggibile. Così come fece l'onorevole Silvio Venturi (direttore del manicomio di Girifalco), il quale avrebbe voluto estendere l'istituto della deportazione « non soltanto [a] coloro che delinquenti sono stati bollati da una condanna, ma pure [ad] altri individui che assolutamente sono presunti delinquenti con enorme approssimazione di giudizio », tra cui gli alcolisti, i vagabondi, gli immorali e gli inabili e refrattari alla società ed al lavoro sociale ⁽¹⁹⁹⁾. « Verrà un giorno — dichiarava il deputato a conclusione del suo intervento — nel quale gli stessi delinquenti non saranno come le scorie buttati via; ma la civiltà creerà anche per loro ciò che Lombroso dice simbiosi, vale a dire quel tale utilizzo degli elementi deboli e refrattari come squadre inferiori e di riserva utili a minori bisogni » ⁽²⁰⁰⁾. E, se si può dire così, pur accordando all'onorevole Venturi la più limpida buona fede, mai parole furono più profetiche.

Mario Sbriccoli, il quale, rispetto alle risalenti categorie storiografiche tese ad enfatizzare le divisioni di 'scuola', ha preferito utilizzare, nello studio dei penalisti italiani tardo ottocenteschi, il tratto unificante dell'impegno 'civile' manifestato da alcuni di essi (M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232).

⁽¹⁹⁹⁾ APCD, sessione 1898-99, vol. III, cit., p. 2731.

⁽²⁰⁰⁾ Ivi, p. 2738.

ELISABETTA GRANDE

POVERO NEMICO.
DIRITTI NEGATI NEGLI STATI UNITI D'AMERICA

I. Introduzione. — II. La povertà e le sue cause. — 1. Contare i poveri d'America. — 2. Il mistero della povertà persistente. — 2.1. L'età della prosperità condivisa. — 2.2. Lo stato sociale e la teoria dell'*underclass*. — 2.3. L'età della disuguaglianza crescente. — III. Le barche piccolissime: gli *homeless*. — 1. I più poveri fra i poveri: i nuovi senzatetto. — 2. Le ragioni della nuova povertà di strada. — 2.1. Le cause politiche ed economiche. — 2.2. La questione casa, nodo cruciale. — 2.3. Una società che cambia. — 3. Il povero di strada e la sua costruzione come nemico. — 4. I diritti del nuovo nemico. — 4.1. Dalla tutela dei diritti positivi... — 4.2. ... alla negazione dei diritti negativi. — 4.2.1. Soddisfare le esigenze di vita primarie. — 4.2.2. *Don't Feed the Homeless* — IV. Conclusioni.

I. *Introduzione.*

Dai tempi dell'illuminismo in poi abbiamo vissuto nella convinzione che le nostre società non potessero che progredire. Progresso economico, progresso delle condizioni di vita, progresso delle conoscenze, progresso tecnologico, progresso in termini di civiltà, anche giuridica, ovviamente. Le carte dei diritti dell'uomo, le garanzie provenienti dal principio democratico di legittimazione delle norme giuridiche, la nascita di costituzioni rigide che sembravano assicurare l'affermazione crescente di diritti fondamentali uguali per tutti, parevano costituire sul fronte giuridico la prova di quel progresso di civiltà che ai più era sembrato inarrestabile. La storia tuttavia ci insegna come il regresso sia sempre in agguato e come la *rule of law* e gli edifici della civiltà giuridica si sgretolino con grande facilità al tocco della paura di un nemico. Le pagine che seguono mirano a ripercorrere la storia recente della costruzione di un nemico, la cui peculiarità è di rappresentare il frutto dell'attuale assetto economico e di essere il prodotto delle profonde disuguaglianze di ricchezza che esso genera. La caratteristica saliente del nemico odierno è infatti di essere un *povero*, nei cui confronti il

diritto, nella veste di guardiano del nuovo ordine economico, si scaglia con ferocia, negandogli quelle garanzie minime che avevamo creduto fossero proprie di tutti gli esseri umani e non più negoziabili. Il regresso in termini di civiltà e la disillusione nei confronti di un progresso inarrestabile del diritto appaiono così tanto più forti quanto più debole è il nuovo nemico, che anzi diviene tale proprio in ragione della sua eccessiva debolezza.

Il presente scritto limita la propria indagine al mondo nord-americano, che ancora oggi rappresenta il modello di riferimento per le politiche del diritto del mondo intero, dettando il ritmo di una danza giuridica che si diffonde con celerità ⁽¹⁾.

II. *La povertà e le sue cause.*

1. *Contare i poveri d'America.*

La stima del numero dei poveri in America varia a seconda della metodologia utilizzata per la sua misurazione. Quella ufficiale, la più prudente, che fissa la linea di povertà secondo il metodo utilizzato per la prima volta negli anni '60 da un'economista della *Social Security Administration*, Mollie Orshanky, e che tiene conto del costo di una dieta nutrizionale minima per una famiglia di quattro persone moltiplicato per tre allo scopo di prendere in considerazione le ulteriori esigenze minime di vita di quella stessa famiglia, calcola per l'anno 2005 in 37 milioni il numero dei poveri americani. Una stima meno prudente (che pur tuttavia al pari della prima presume un cuoco familiare capace di non sprecare nemmeno un centesimo) aumenta del 25% quella cifra, giacché la dieta nutrizionale della prima stima appare agli esperti incapace di sostentare adeguatamente per un lungo periodo una famiglia di quattro persone. Il numero di poveri diventa in questo caso, per quello stesso anno, di 49 milioni. Ci sono inoltre

⁽¹⁾ Sulla circolazione del modello statunitense, le sue ragioni e le sue conseguenze, mi permetto di rinviare, per una più estesa disamina, ai miei: E. GRANDE, *Circolazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata dei modelli*, in « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 29, 2000, pp. 173 ss.; E. GRANDE, *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, Giappichelli, 2000; E. GRANDE, *Il terzo strike. La prigionia in America*, Palermo, Sellerio, 2007.

coloro che fanno osservare come il costo del cibo costituisca oggi solamente un settimo della spesa familiare, giacché le spese più consistenti sono rappresentate dai costi dell'affitto della casa di abitazione, dell'asilo per i bambini e dei trasporti, spese che viceversa non vengono tenute nel dovuto conto dalle stime ufficiali (2). Se poi, nel dar credito a chi nota come la povertà sia un concetto relativo, dipendente dallo stile di vita in un certo contesto sociale, se ne voglia fissare la soglia considerando povero chi percepisce un reddito inferiore alla metà del reddito mediano nazionale, il numero dei poveri statunitensi nel 2005 arriva a toccare i 54 milioni (3).

Si tratta di una cifra quasi sempre in crescita a partire dal 1973, quando i poveri, che nel 1963 in base alla stima ufficiale raggiungevano i 36 milioni, erano calati fino a 23 milioni grazie alla *war on poverty* dichiarata da Lyndon Johnson. Nel periodo fra il 1965-70 la povertà in America era addirittura passata dal 17,3% al 12,6%. « Siamo sulla cresta della migliore era nella vita di qualunque nazione. Per la prima volta nella storia umana abbiamo la ricchezza e la possibilità di cancellare la miseria [...]. Questa nazione, questa gente, questa generazione, ha la prima occasione umana di creare una *Great Society* » proclamava il presidente Johnson nel 1965 e prometteva « una società di successo senza squallore [...] e senza la disgrazie della povertà » (4). A poco meno di vent'anni da quelle dichiarazioni Ronald Reagan poteva però già permettersi di dire che la guerra alla povertà era terminata con una vittoria della povertà stessa e giustificare così una netta inversione di rotta rispetto alle politiche del *welfare* johnsoniane apertamente tacciate di essere il cancro della società americana (5).

(2) Cfr. R. L. SWARNS, *Bipartisan Calls for New Federal Poverty Measure. Current Calculation seen as Inaccurate*, in *The New York Times* 2 settembre 2008, p. A14.

(3) Per tutti dati riportati si vedano le statistiche ufficiali, nonché D. L. GILBERT, *The American Class Structure in an Age of Growing Inequality*, Los Angeles-London-New Delhi-Singapore, Pine Forge Press, 2008, 7 ed., pp. 203 ss. e B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty and Discrimination*, Upper Saddle River, New Jersey, Prentice-Hall, 2008, 10 ed., pp. 36 ss.

(4) Il discorso di Lyndon B. Johnson è citato, fra i tanti da D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., p. 207.

(5) Cfr. F. STRICKER, *Why America Lost the War on Poverty - and How to Win It*, Chapel Hill, N.C., The University of North Carolina Press, 2007, p. 61.

Il numero dei poveri in America è oggi lo stesso di quando la guerra alla povertà è iniziata e la loro percentuale rispetto alla popolazione è uguale a quella dei primi anni '70, anche se, ed è questo il dato rilevante, il pil nazionale è nello stesso periodo di tempo raddoppiato, il reddito medio (non quello mediano) da allora è più alto del 50% e l'America, con il suo prodotto interno lordo di più di 14 trilioni di dollari all'anno, produce oggi il 20% della ricchezza mondiale (6).

2. *Il mistero della povertà persistente.*

La povertà persistente nella società del benessere rappresenta un mistero per tutti coloro che sulla scia di John F. Kennedy pensano che « l'alta marea porti necessariamente tutte le barche in superficie » (*a rising tide lifts all boats*) (7) o che, seguendo la linea di riflessione che si è soliti riassumere nella formula '*trickle-down theory*' (8), immagina che le fasce deboli della popolazione non potranno che beneficiare dell'aumento del benessere economico delle fasce più ricche. Un'analisi che vada oltre tali assunti e che cerchi le ragioni profonde del permanere della povertà in un'America che negli ultimi decenni ha notevolmente incrementato la sua ricchezza e produttività prende, invece, in considerazione un insieme di fattori che tentano di darne adeguato conto.

2.1. *L'età della prosperità condivisa.*

Non sembra essere una coincidenza che l'inversione di tendenza registrata nel calo della povertà intorno alla metà degli anni '70 sia

(6) Cfr. i dati e i grafici, che si riferiscono alle statistiche ufficiali, in particolare dello U.S. Bureau of Census, riportati in B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., p. 1, 50 e in D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., pp. 214, 219.

(7) J. F. KENNEDY, *Address*, 25 June 1963 in « Public Papers of Presidents of U.S. », 1964, p. 519.

(8) L'espressione fu coniata da W.H. LOCKE ANDERSON, *Trickling Down: The Relationship between Economic Growth and the Extent of Poverty among American Families*, in *Quarterly Journal of Economics*, November 1964 e origina dalle riflessioni di William Jennings Bryan che, durante il *Cross of Gold Speech*, nel 1896, dichiarò « Ci sono quelli che credono che se si fa in modo che i ricchi diventino ancora più ricchi, la loro ricchezza sgocciolerà su coloro che stanno sotto ». Sul punto, per esteso e con la necessaria bibliografia, cfr. B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., p. 118.

avvenuta in parallelo con un'uguale inversione di rotta della tendenza ad una maggiore uguaglianza nella distribuzione dei redditi e della ricchezza. Il periodo che va dalla fine della seconda guerra mondiale alla prima metà degli anni '70 è infatti caratterizzato, oltre che da un aumento della produttività nazionale (il boom economico degli anni '60), da un progressivo avvicinamento fra i redditi e le ricchezze degli americani ed è per questo indicato come il periodo della 'condivisione della prosperità' (*the age of a sharing prosperity*)⁽⁹⁾. Al risultato di una prosperità condivisa concorrono diversi fattori, i quali verranno tutti meno nel corso del periodo successivo, significativamente chiamato della 'disuguaglianza crescente' (*the age of a growing inequality*). Si tratta: *a*) di una politica fiscale progressiva capace di una seria redistribuzione dalle fasce di reddito più alte a quelle più basse (con Eisenhower la fascia di reddito più alta arrivava a pagare un'aliquota del 90%); *b*) di una politica economica, sostenuta da un sindacato dotato di un forte potere contrattuale, che stabiliva un livello salariale tale per cui un lavoratore che percepiva il minimo salariale (*minimum wage*) era in grado di mantenere al di sopra della soglia di povertà una famiglia di tre persone; *c*) di un'economia industriale poco tecnologizzata, che non riduceva ancora le opportunità dei lavoratori meno qualificati e infine *d*) di una politica di protezione sociale (di *welfare*) che con Johnson amplia quel sostegno pubblico agli strati deboli della popolazione, che era stato per la prima volta offerto da Franklin Delano Roosevelt negli anni '50. Al sistema pensionistico (*Social Security*), al sussidio temporaneo di disoccupazione e all'aiuto alle famiglie con bambini dipendenti (AFDC, destinato a ragazze madri con figli a carico) dell'era rooseveltiana, lo stato sociale dell'era johnsoniana aggiunge, infatti, gli strumenti della copertura medico-sanitaria per i più poveri e per gli anziani (*Medicaid* e *Medicare*) e i programmi di sostegno alimentare minimo (*food-stamps*). Nixon, successore di Lyndon Johnson, creerà poi la *Supplemental Security Income*, destinata a incrementare il reddito dei disabili, dei ciechi e degli anziani, e provvederà altresì a garantire il reale potere d'acqui-

(9) Cfr. i dati in D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., pp. 85 ss.

sto dei trasferimenti di danaro pubblico ai più poveri attraverso l'indicizzazione rispetto all'aumento del costo della vita ⁽¹⁰⁾.

Né Johnson, né Nixon, né Carter riusciranno tuttavia a operare quel salto di qualità capace di capovolgere una visione del povero come soggetto pigro, e quindi colpevole della sua condizione di indigenza, da aiutare soltanto fino alla concorrenza di un sostegno economico che non gli consenta mai di vivere in condizioni migliori rispetto a chi lavora o a chi lavora più o meglio di lui. Il *welfare* deve pagare meno del lavoro: è questa la ferrea dottrina della c.d. *less eligibility*, i cui effetti risulteranno drammatici non appena il lavoro sarà pagato troppo poco ⁽¹¹⁾. I tentativi di Nixon e di Carter di introdurre il principio del reddito minimo garantito (solo per le famiglie — *Family Assistance Plan* — o addirittura per tutti) sono, infatti, facilmente scalzati da argomentazioni che denunciano la diffusa interpretazione della povertà come scelta di vita. Così per esempio la constatazione che una famiglia che avesse guadagnato appena 720 dollari l'anno avrebbe potuto, grazie al sostegno pubblico, accumulare benefici e danaro per un totale di 6128 dollari, mentre una famiglia che con il suo lavoro avesse guadagnato 5560 dollari e avesse avuto un piccolo aiuto dallo stato per l'affitto di casa, avrebbe finito per vivere con 19 dollari meno della prima, aveva portato all'abbandono dell'idea di un reddito minimo garantito per le famiglie ⁽¹²⁾. Ugualmente di facile presa erano sempre risultati i discorsi che contrapponevano le donne non povere lavoratrici alle donne povere in regime di *welfare*: perché, si domandavano le prime, noi dobbiamo lavorare, mentre loro no?

La sconfitta del sentimento di solidarietà sociale sul fronte del reddito minimo garantito segnerà da un lato l'abbandono di ogni

⁽¹⁰⁾ Cfr. D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., pp. 206 ss.; B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., pp. 225 ss.; F. STRICKER, *Why America*, cit., cap. II, pp. 35 ss. Sulle lotte dei poveri per ottenere sostegno pubblico si veda M. F. DAVIS, *Brutal Need. Lawyers and the Welfare Rights Movement, 1960-1973*, New Haven-London, Yale University Press, 1993.

⁽¹¹⁾ Sulla teoria della *less eligibility* si sofferma a lungo J. BLAU, *The Visible Poor. Homelessness in the United States*, New York, Oxford University Press, 1992, *passim*.

⁽¹²⁾ Cfr. V. BURKE, *Nixon's Family Assistance Plan Killed by Senate Finance Panel*, in *Los Angeles Times*, 21 novembre, 1970, I, 154-157, citato da F. STRICKER, *Why America*, cit., p. 127.

serio tentativo di ridurre davvero la povertà e dall'altro lato il facile ritorno ad un atteggiamento collettivo di sostanziale rimprovero per la situazione di indigenza in capo al povero stesso.

2.2. *Lo stato sociale e la teoria dell'underclass.*

Soltanto l'improvvisa e contemporanea presenza di 15 milioni di disoccupati nel periodo della grande depressione degli anni '30 aveva, infatti, potuto — almeno in parte — rovesciare la radicata convinzione che la povertà fosse l'inevitabile conseguenza dei limiti personali di chi ne viene colpito, declinati in termini di incapacità, svogliatezza o mancanza di ambizione. Già alla fine degli anni '60 però, quando il tasso di disoccupazione era sceso addirittura sotto la soglia del 4% (aveva raggiunto il 25% durante gli anni '30!), l'atteggiamento verso il povero divenne molto meno generoso. In una situazione di prosperità generale la povertà appariva sospetta e la vecchia massima puritana della *Humane Society*, secondo la quale « *by a just and inflexible law of Providence, misery is ordained to be the companion and punishment of vice* »⁽¹³⁾ riprese con facilità ad orientare il sentimento collettivo nei confronti del povero. La forte crescita economica del periodo reaganiano, durante il quale furono creati oltre 20 milioni di nuovi posti di lavoro, consolidò la convinzione che qualunque povero avrebbe potuto diventare ricco, se solo lo avesse voluto, e fornì il sostegno pubblico necessario alla politica di riduzione delle spese sociali messa in pratica prima con Roland Reagan e poi con Bill Clinton.

D'altronde l'idea che la povertà dipendesse da fattori esterni al povero non aveva mai fatto davvero breccia nelle menti degli americani, neppure nel pensiero di chi, come Michael Harrington, aveva posto per primo l'accento sulla situazione di grave indigenza della popolazione americana degli anni '60. Pur denunciando per la prima volta l'alto numero di poveri negli Stati Uniti e pur legando in parte la questione povertà alle contingenze economiche, Harrington, nel suo famoso lavoro *The Other America* del 1962⁽¹⁴⁾, aveva infatti

⁽¹³⁾ Così P. JACOBS, in *Poverty: Views from the Left*, J. LEREMY and I. HOWE (eds.), New York, William Morrow, 1968, p. 40. La massima è del 1809.

⁽¹⁴⁾ M. HARRINGTON, *The Other America. Poverty in United States*, New York, Macmillan, 1962.

accolto l'opinione dominante, presentata con veemenza dall'antropologo Oscar Lewis, che vuole sia « molto più difficile eliminare la cultura della povertà che eliminare la povertà stessa » (15). La cultura della povertà intrappola i poveri, li fa vivere in un mondo psicologicamente differente dagli altri, nel quale « come esuli interiori, quasi inevitabilmente, sviluppano atteggiamenti disfattisti e pessimistici ciò che impedisce loro di trarre vantaggio dalle nuove opportunità che si prospettano » (16). Chiusi in un mondo interiore dai confini invalicabili, i poveri sarebbero dunque tali principalmente perché incapaci di sviluppare un atteggiamento positivo rispetto al mondo circostante.

La teoria dell'*'underclass culture'* forniva una comoda spiegazione all'inversione di rotta del tasso di povertà che dal 1973 aveva smesso di scendere, giacché sarebbe stato proprio l'atteggiamento ostile al lavoro e alla stabilità familiare insito nell'*'underclass'* a determinare la vittoria della povertà nella lotta contro la medesima; e a quella vittoria, nell'ottica di molti, aveva contribuito proprio lo stato sociale, che nel determinare la dipendenza dei poveri dall'aiuto statale ne avrebbe accentuato il comportamento lassista (17). In questo quadro di riferimento intellettuale una politica di riduzione della protezione sociale del povero, quale quella che Ronald Reagan mise in piedi negli anni '80, appariva come necessaria addirittura per il bene del povero stesso: si trattava infatti di dargli quello stimolo a cercare lavoro e a ricostruire l'unione familiare di cui era per natura carente. Una simile prospettiva non teneva ovviamente conto della notevole disoccupazione che si era determinata a partire dai primi anni '70, a causa non soltanto della forte recessione degli anni '73-'75 (la più grave depressione americana dai tempi della caduta della borsa del '29), ma anche dell'aumento dei giovani in cerca di lavoro, figli del *baby boom* degli anni '50-'60, che avevano saturato il mercato. L'entrata nel mercato del lavoro di un maggior numero di donne e di immigrati rispetto a prima aveva reso la situazione

(15) O. LEWIS, *The Children of Sanchez. Autobiography of a Mexican Family*, New York, Vintage Books, 1963, pp. XXIV-XXV.

(16) M. HARRINGTON, *The Other America*, cit., p. 189.

(17) Sul tema dell'*underclass theory* e della *racial inferiority theory*, per una disamina panoramica e per una buona bibliografia in merito, cfr. B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., pp. 153 ss.

ancora più difficile. L'ovvio risvolto era stata la flessione dei salari. Se nel decennio precedente l'aumento reale del salario orario medio era stato quasi del 20%, negli anni '70 non aveva superato il 2%. Che la povertà dipendesse molto più dalla mancanza di lavoro, dal basso livello salariale o dalla precarietà del posto di lavoro piuttosto che dallo scarso desiderio di lavorare dei poveri, è d'altronde evidente non appena si consideri che almeno la metà delle famiglie povere vedeva il capofamiglia al lavoro, così come d'altronde lavorava il 40% delle madri aiutate dallo stato. Quanto alla inutile ricerca di un lavoro, il tasso di quanti fra i giovani neri (20-24 anni) cercavano occupazione e non la trovavano era aumentato, nel periodo che va dal 1972 al 1980, dal 14.9% al 23.7%. Un articolo del *Time* del 1977 è sul punto eloquente: « A Chicago, circa 2000 persone, nella maggioranza giovani neri, hanno fatto la fila lo scorso mese per 300 posti di lavoro al nuovo supermercato della zona sud », recita il pezzo ⁽¹⁸⁾. Ma la retorica di una povertà alimentata da uno stato sociale troppo generoso, responsabile di tante ragazze madri e di tanta nuova criminalità perché incapace di fornire l'adeguato stimolo a lavorare, faceva presa sul grande pubblico più di ogni altra spiegazione, anche perché alla fine degli anni '70 aveva finito per dominare le testate dei telegiornali delle 18 ⁽¹⁹⁾.

A fronte della nuova recessione degli anni '81-'82, Ronald Reagan ebbe così gioco facile nel proporre quale soluzione della crisi la riduzione dello stato sociale, in un'ottica di trasformazione del *welfare* in *workfare*, accompagnata da una drastica diminuzione delle tasse, particolarmente per le imprese, che diventando più competitive avrebbero potuto creare più posti di lavoro. Più posti di lavoro e più lavoratori era la ricetta propagandata come vincente per ottenere maggior produttività e maggiore ricchezza generalizzata. La riduzione dello stato sociale aveva tuttavia soprattutto lo scopo di tener fede al principio della *less eligibility*, per modo che di fronte alle strategie di riduzione del costo del lavoro messe in atto dalle

⁽¹⁸⁾ Dati e bibliografia in F. STRICKER, *Why America*, cit., capitolo 7, pp. 141 ss.

⁽¹⁹⁾ Quella retorica trovò qualche anno dopo un autorevole sostenitore in Charles Murray, il cui libro (finanziato con 125.000 dollari dal *Manhattan Institute for Policy Research*, noto per la sua visione politica *anti-liberal*), dal titolo *Losing Ground: American Social Policy, 1950-1980*, ebbe un gran successo di pubblico, anche grazie al forte marketing di cui aveva potuto beneficiare.

imprese per aumentare i propri profitti, i lavoratori poveri, o quasi poveri, non potessero rifugiarsi nel salario sociale quando le condizioni di lavoro risultassero eccessivamente svantaggiose. Il *welfare* insomma deve sempre pagare meno del lavoro, anche quando il lavoro è pagato molto poco. Le imprese, infatti, che dalla metà degli anni '60 avevano visto diminuire i loro profitti a vantaggio di una maggior distribuzione del surplus cooperativo ai lavoratori, riescono con Reagan a invertire la rotta. E se la politica fiscale di riduzione delle tasse consentì loro un immediato notevole risparmio, la globalizzazione e i suoi (non solo) minacciati effetti di delocalizzazione del lavoro produssero il risultato di indebolire le richieste di un sindacato sempre più in difficoltà. La fortissima disoccupazione conseguente alla politica monetaria restrittiva imposta da Paul Volcker per ridurre l'inflazione galoppante, aiutata nella sua corsa anche dalla diminuzione delle tasse, aveva d'altronde messo i lavoratori nella condizione di accettare qualsiasi compenso per la propria prestazione. Spaventati dai massicci licenziamenti da parte delle grandi *corporations*, che alla ricerca di maggior guadagni investivano sempre di più all'estero, e dal tasso di disoccupazione che, anche grazie alla durissima politica monetaria di Volcker, alla fine del 1982 aveva raggiunto il 10.8% (e il 20% fra i lavoratori neri) ⁽²⁰⁾, i sindacati accettarono accordi salariali particolarmente sfavorevoli ai lavoratori determinando, oltre alla propria scomparsa, una stagnazione dei redditi da lavoro *ad perpetuum* ⁽²¹⁾. La trasformazione in atto da un'economia industriale ad un'economia dei servizi, ricca di lavori sottopagati e di pochi impieghi economicamente gratificanti, consolidava inoltre la debolezza dei lavoratori poveri e meno qualificati ⁽²²⁾. Né la nuova politica di *deregulation* e di minor controllo del rispetto della sicurezza nei luoghi di lavoro doveva aiutarli in alcun modo.

Nel settembre del 1991 i quotidiani nazionali riportarono la notizia che 50 lavoratori erano rimasti gravemente feriti e ben 25

⁽²⁰⁾ Cfr. M. SCHALLER, *Reckoning with Reagan. America and its President in the 1980's*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 49.

⁽²¹⁾ Cfr. sul tema B. HARRISON, B. BLUESTONE, *The Great U-Turn. Corporate Restructuring and the Polarization of America*, New York, Basic Books, 1988.

⁽²²⁾ Dettagli e bibliografia in J. BLAU, *The Visible Poor*, cit., cap. 3, in part. pp. 42 ss.

avevano perso la vita in un incendio divampato in un'industria di polli del Nord-Carolina. Le uscite di sicurezza erano come al solito chiuse a chiave per evitare che i lavoratori rubassero i polli: ciò che aveva ovviamente contribuito a causarne la morte. In 11 anni di attività della fabbrica, dissero i giornali, non c'era mai stata un'ispezione ufficiale volta a verificare il rispetto delle norme di sicurezza e gli operai lavoravano di norma 8 ore al giorno per meno di 5 dollari l'ora, ossia per una cifra che non permetteva loro di sollevare una famiglia di piccole dimensioni al di sopra della soglia della povertà (23). La mancanza di controlli ufficiali, che avrebbero potuto impedire la sciagura, era il frutto della nuova politica inaugurata con Reagan, che fra il 1981 e il 1985 aveva tagliato l'8 per cento del budget dedicato alle agenzie di controllo. La sua amministrazione aveva ridotto di più di un terzo il personale della Commissione per la sicurezza dei prodotti per il consumatore e di quasi un quarto quello dell'Amministrazione per la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro (OSHA). Il risultato fu il drastico calo del numero delle ispezioni ufficiali, che diminuirono di più della metà nel giro di pochi anni. Le sanzioni, d'altra parte, erano state ridotte del 78% e gli imprenditori potevano aspettarsi di pagare una media di soli 6 dollari e 50 per ogni violazione delle norme di sicurezza che avessero posto in essere. Anche le nuove nomine presso organismi chiave quali il *National Labor Relations Board* (NLRB), che si occupa fra l'altro di dirimere le dispute di lavoro, ebbero il loro peso nel diminuire le garanzie e la sicurezza dei lavoratori. La scelta di Reagan cadde, infatti, su noti esponenti di un pensiero ostile al sindacato. La conseguenza fu una drastica riduzione dell'appoggio del NLRB alle accuse di comportamenti scorretti sul lavoro e un aumento delle vittorie dei datori di lavoro nelle cause contro i lavoratori. Il numero di cause in arretrato davanti al *Board* passò poi da un precedente massimo di 400 casi alle nuove 1700 liti in attesa di giudizio: « mentre la possibilità di una rapida definizione positiva della lite evaporava, allo stesso modo calava il potere della forza lavoro nella burocrazia statale », osserva uno studioso del fenomeno (24).

(23) Cfr. il *New York Times* e il *Washington Post* del 4-11 settembre, 1991.

(24) Cfr., anche per i dati precedenti, J. BLAU, *The Visible Poor*, cit., p. 41.

2.3. *L'età della disuguaglianza crescente.*

L'era della disuguaglianza crescente aveva così preso piede a un ritmo incalzante e dal tempo di Reagan in poi non accennò ad arrestare la sua corsa. La politica fiscale di riduzione delle tasse del 25% in tre anni — dal 1981 al 1983 — aveva avuto come effetto immediato una maggior disparità nella ripartizione dei redditi, giacché mentre la metà più bassa della popolazione aveva finito per ottenere un risparmio del 16%, la metà alta aveva ottenuto uno sgravio dell'84%. Nel 1984 il risparmio medio dell'ultimo 20% della popolazione era stato di 3 dollari; quanto al 20% più ricco, il risparmio fu di 2.429 dollari ⁽²⁵⁾. Un risultato analogo si era prodotto in relazione ai vantaggi per le imprese. Nonostante l'aliquota legale fosse rimasta al 46%, quella marginale effettiva scese, fra il 1980 e il 1981, dal 32% al 18%. In pratica la politica fiscale fu così generosa per le imprese che le più grandi compagnie societarie — General Electric, Boeing e Pepsico, fra le altre — non solo non pagarono tasse, ma il governo federale dovette dare loro un rimborso. Fra le istituzioni finanziarie, poi, l'aliquota scese dal 5.8% del 1980 al 3.8% del 1982, cosicché « al momento dei conti con il fisco, gli americani finirono per dovere dei soldi alle banche » ⁽²⁶⁾.

D'altronde il prezzo della stretta monetaria e della conseguente recessione, che portò alla chiusura di 24.900 aziende, fu pagato soprattutto dalla forza lavoro. Dei 570 miliardi persi in produttività fra il 1981 e il 1983, il 59% fu assorbito dai lavoratori, mentre piccoli imprenditori e aziende agricole ne sopportarono il peso per il 25%. Uno studio dello *Urban Institute* stimò però che fra il 1979 e il 1982 la stretta monetaria aveva assicurato un trasferimento di 148 miliardi nelle tasche del 10% delle famiglie americane che possedevano l'86% della ricchezza finanziaria netta nazionale ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Dati in T. FERGUSON, J. ROGERS, *Right Turn*, New York, Hill and Wang, 1986, p. 123. Come confessò più tardi David Stockman, direttore dell'*Office of Management and Budget*, la riduzione delle tasse per le fasce più deboli rappresentò un vero cavallo di Troia per raggiungere l'obiettivo poco appetibile per i più di ridurre le tasse ai più ricchi: cfr. W. GREIDER, *The Education of David Stockman*, in « Atlantic Monthly », 1981, 6, p. 46.

⁽²⁶⁾ Così J. BLAU, *The Visible Poor*, cit., p. 40.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*.

Mentre le grandi industrie licenziavano, inauguravano l'*outsourcing*, riducevano i benefici a favore dei lavoratori, adottavano la strategia del salario 'two-tier' (che prevedeva livelli di reddito più bassi per i neo-assunti), aumentavano il part-time e il lavoro precario, il *minimum wage* veniva congelato e il potere reale d'acquisto dei salari diminuiva: nel 1989, in piena ripresa economica, l'inflazione lo aveva ridotto al livello più basso dal 1956 ⁽²⁸⁾! I profitti delle imprese, viceversa, che negli anni fra il 1973 e il 1980 erano diminuiti dell'1.3% l'anno, fra il 1980 e il 1986 aumentarono annualmente del 12.2% ⁽²⁹⁾.

Alla diminuzione dei salari era poi paradossalmente corrisposta una pari riduzione della protezione sociale. Tutti, o quasi, gli istituti del *welfare* furono ritoccati verso il basso, attraverso tagli drastici oppure nuove regole di accesso ai benefici particolarmente penalizzanti (fra cui per esempio maggiori difficoltà burocratiche per i richiedenti) o ancora l'abbassamento del livello dei servizi offerti ⁽³⁰⁾. Il caso del sostegno statale agli invalidi fu forse il più eclatante. Nel 1980 il Congresso votò una legge che prevedeva un controllo triennale della condizione di invalidità. L'amministrazione Reagan pianificò una riduzione di 3.45 miliardi di dollari nell'arco di 5 anni e attraverso controlli eccessivamente rigidi escluse dal sostegno sociale 491.000 disabili. Solo una vittoriosa *class action* ⁽³¹⁾, durante la quale le corti accertarono che il governo federale aveva agito arbitrariamente e in maniera capricciosa, permise a 200.000 disabili di essere reintegrati nelle liste dei beneficiari, mentre molti altri, mentalmente invalidi, rimasero senza sussidi perché incapaci di fare valere i loro diritti in corte ⁽³²⁾.

La riduzione del *welfare*, appoggiata anche da molti *liberals* sull'onda della convinzione che la povertà fosse da addebitare proprio allo stato sociale, ebbe un sicuro effetto: lo standard di vita di chi si trovava a godere del sostegno pubblico diventò talmente

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 41. Una tabella rispecchiante l'evoluzione storica del *minimum wage* a partire dal 1938 è contenuta B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit. a p. 108.

⁽²⁹⁾ F. STRICKER, *Why America*, cit., p. 187.

⁽³⁰⁾ Cfr. J. BLAU, *The Visible Poor*, cit., pp. 46 ss.; F. STRICKER, *Why America*, cit., pp. 191. ss.; B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., pp. 239 ss.

⁽³¹⁾ *City of New York v. Heckler*, 742 F2d 729 (2d Cir. 1984).

⁽³²⁾ D. ELLWOOD, *Poor Support*, New York, Basic Books, 1988, pp. 110-13.

basso che accettare un qualsiasi lavoro, anche pagato pochissimo, avrebbe comunque rappresentato un miglioramento.

La strada verso una società dalle diseguaglianze sempre più forti, contro la quale il sogno di Lyndon Johnson di un'America libera dal bisogno e dalla miseria doveva infrangersi per sempre, era ormai segnata e imboccarla significò non tornare più indietro.

Da Reagan in avanti la ripresa economica significò qualcosa di nuovo rispetto a prima: salari bassi e forte indigenza. Da allora in poi il valore reale del *minimum wage* fu sempre ampiamente al di sotto del livello raggiunto negli anni '70 (con una punta minima mai toccata prima nel 2006) ⁽³³⁾ e praticamente ciascun anno successivo vide un tasso di povertà più alto che nel 1973 ⁽³⁴⁾. La spinta alla trasformazione del *welfare* in *workfare*, sulla falsa riga di una retorica che voleva cancellare la dipendenza dal *welfare* rendendo i poveri autosufficienti, continuò con Clinton e con il secondo Bush. « Questa legge farà scomparire il *welfare* così come l'abbiamo conosciuto sinora », disse Bill Clinton quando la sua riforma fu approvata nel 1996. Il risultato fu di diminuire del 60% in dieci anni (dal 1996 al 2006) il numero dei beneficiari del *welfare* ⁽³⁵⁾, in particolare delle donne povere con figli a carico, ma non di ridurre la povertà. Il 60% delle ragazze madri che furono escluse dal *welfare* trovarono lavoro, di regola per stipendi bassissimi (di 7 o 8 dollari l'ora), a costo di sacrifici notevoli e rinunciando a qualsiasi possibilità di istruzione e mobilità sociale verso l'alto. Molte tuttavia rimasero fuori sia dal *welfare* che dal mercato: uno studio del 2006 evidenzia i tanti casi di genitori che, esclusi dal TANF (*Temporary Aid for Needy Families*: questo il nuovo nome dell'AFDC), non avevano potuto trovare lavoro perché affetti da problemi mentali, di ritardo psicologico o fisicamente inabili ⁽³⁶⁾.

Con Clinton, per la prima volta dal 1935, il governo americano smise di garantire un sostegno economico ai bimbi poveri e alle loro famiglie. Ad evitare l'esplosione di povertà che l'eliminazione dell'aiuto alle donne povere con bambini e la riduzione dei programmi

⁽³³⁾ Grafico in B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., p. 109.

⁽³⁴⁾ B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., p. 50.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 245.

⁽³⁶⁾ D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., p. 218.

alimentari e di sostegno ai disabili avrebbero potuto portare con sé, furono le particolari favorevoli condizioni di espansione economica in cui la riforma di Clinton ebbe luogo ⁽³⁷⁾. Anche se fu proprio questa, forse, una delle ragioni per cui essa fu varata: l'alto livello occupazionale avrebbe potuto infatti comportare una fruttuosa richiesta di salari più alti da parte dei lavoratori e l'immissione nel mercato di più forza lavoro non qualificata serviva a contenere una simile domanda. I germi della povertà di massa che quella riforma conteneva in sé sembrano però pronti a dare i loro frutti oggi, in un'America che, insieme al mondo intero, è entrata in fase di pesantissima crisi economica.

Il risultato di una politica fiscale estremamente vantaggiosa per i più ricchi (che rimase tale anche dopo Reagan) ⁽³⁸⁾, di un sostanziale congelamento dei salari e di una riduzione del *welfare*, fu la polarizzazione sempre crescente dei redditi e della ricchezza. A fronte di un tasso di povertà stabilmente alto, ma con un numero di poverissimi in aumento, i ricchi erano diventati sempre più ricchi. Al punto che si calcolò che il solo 42.5% del mero *incremento* del reddito di un anno (1997-8) delle 400 famiglie più ricche, ammontante a 48.4 miliardi di dollari, avrebbe consentito di sollevare dalla povertà ben 30 milioni di persone ⁽³⁹⁾! All'inizio degli anni '80 un lavoratore a tempo pieno che avesse lavorato tutto l'anno (2000 ore circa, ossia l'equivalente di 40 ore la settimana) guadagnava abbastanza per mantenere una famiglia di tre persone sopra la soglia della povertà, all'inizio degli anni '90 lo stesso lavoratore manteneva al di sopra di quella soglia solo due persone, nel 2005 manteneva a stento se stesso ⁽⁴⁰⁾. Il tasso di coloro che lavoravano per un salario da poveri (ossia tale per cui anche se avessero lavorato a tempo pieno tutto l'anno non avrebbero potuto mantenere al di sopra della soglia di povertà una famiglia di quattro persone) era cresciuto fra il 1979 e il 2005 dal 16% al 20% ⁽⁴¹⁾ e un confronto fra il 1979 e il 1998 rivela il triste dato che nel 1998 non solo lavorava un numero più

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 217.

⁽³⁸⁾ Ivi, pp. 89- 90.

⁽³⁹⁾ F. STRICKER, *Why America*, cit., p. 211.

⁽⁴⁰⁾ B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., p. 108; D. L. Gilbert, *The American Class*, cit., p. 224.

⁽⁴¹⁾ D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., p. 219.

alto di famiglie povere, ma esse lavoravano più ore e per salari più bassi guadagnando di meno rispetto al 1979 ⁽⁴²⁾. D'altronde la percentuale dei poverissimi, ossia di coloro che stanno nella metà bassa della soglia di povertà, che era del 30% nel 1975, nel 1997 (ossia in fase di piena espansione economica) era diventata del 41%, per crescere fino al 43% nel 2005, per un totale di 16 milioni di americani ⁽⁴³⁾. Fra il 1980 e il 2000, però, gli stipendi dei managers di industria erano cresciuti addirittura del 600%, per raggiungere cifre intorno addirittura ai 300 milioni annui ⁽⁴⁴⁾. Un confronto fra l'era della *sharing prosperity* e quella della *growing inequality* ci dice che fra il 1950 e il 1975 i redditi reali (cioè *after-tax*) del 40% delle famiglie americane più povere erano quasi raddoppiati, mentre nel periodo fra il 1975 e il 2000 essi erano cresciuti assai lentamente per gli strati bassi e medi, ma il reddito medio lordo del 5% delle famiglie più ricche era più che raddoppiato e quello dell' 1% più ricco era addirittura triplicato. Il quadro della distribuzione della ricchezza nazionale americana nel 2004 lascia senza parole: l'1% più ricco della popolazione concentra nelle sue mani più ricchezza di quanta ne detenga il 90% più povero: 34.3% contro 28.7%; e il 10% più ricco ne detiene circa il 71.2 % ⁽⁴⁵⁾. Nei primi sei anni del nuovo millennio l'economia americana è, inoltre, cresciuta in maniera quasi costante, la disoccupazione è stata generalmente bassa e la produttività è aumentata. Ciò nonostante il salario mediano è rimasto stagnante e solamente al vertice del mercato del lavoro esso è cresciuto. Dei vantaggi della crescita economica ha beneficiato solo il 20% più ricco dei lavoratori e delle famiglie, mentre l'indice di povertà è nel 2006 più alto che nel 2000 ⁽⁴⁶⁾.

« *A rising tide lifts all boats* » disse Kennedy, ma un osservatore

⁽⁴²⁾ Ivi, 221.

⁽⁴³⁾ F. STRICKER, *Why America*, cit., p. 209; US Census Bureau, *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2005*, U.S. Government Printing Office, Washington, DC, 2006, p. 18.

⁽⁴⁴⁾ D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., p. 236.

⁽⁴⁵⁾ Ivi, pp. 84 s.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 240. La disuguaglianza all'interno della società americana è analizzata in una prospettiva storica, fra i tanti altri, da G.HODGSON, *More Equal than Others. America from Nixon to the New Century*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2004. Un grido di allarme particolarmente appassionato è lanciato, inoltre, da J. B. WHITE, *Law, Economics and Torture*, in « LQN », 2008, pp. 98 ss.

delle dinamiche in atto dopo il 1973 può dire con sicurezza che l'alta marea ha sollevato soltanto gli yachts, mentre ha fatto affondare le barche piccole.

III. *Le barche piccolissime: gli homeless.*

1. *I più poveri fra i poveri: i nuovi senzatekto.*

All'inizio degli anni '80 l'America si confronta con un fenomeno del tutto nuovo di estrema povertà. Un numero crescente di persone aveva preso a dormire per le strade, nei parchi e negli androni delle case. Sempre più esseri umani vagabondavano per le città con le loro misere cose al seguito, in un carrello della spesa o in tanti sacchetti di plastica. Cresceva il numero di quanti rovistavano nei bidoni dell'immondizia alla ricerca di qualcosa da mangiare o da bere. Nel 1981, un gruppo di attivisti dette loro il nome di '*homeless*'. Il termine non era nuovo, ma per la prima volta veniva usato per indicare un problema sociale. E si trattava di un problema sociale destinato a espandersi, a non abbandonare più gli americani, a diffondersi nel mondo capitalistico avanzato, fino a raggiungere noialtri italiani, che assistiamo oggi a quell'esplosione di povertà di strada cui gli americani sono avvezzi ormai da trent'anni a questa parte.

I '*visible poors*', i poveri di strada, non sono ovviamente una novità in sé, ma il fenomeno degli *homeless* dell'era capitalista avanzata ha caratteristiche tali da renderlo differente da tutti i precedenti episodi di destituzione umana. Legate a momenti di transizione particolari, dalla eliminazione della proprietà collettiva al tempo delle *enclosures* inglesi alla fase dell'industrializzazione nascente con conseguente forte urbanizzazione, le precedenti epifanie di povertà di strada assumono i contorni di eventi legati a un passato caratterizzato da disegualianze e prevaricazioni irripetibili nel contesto giuridico e sociale della modernità. Nel mondo della formale uguaglianza degli uomini di fronte alla legge, della legislazione sociale di Franklin Delano Roosevelt, di *Brown v. Board of Education* della corte Warren e soprattutto della ricchezza e produttività crescente, gli episodi di estrema povertà sembravano, infatti, non poter che esser relegati a particolari momenti di forte crisi econo-

mica. La sorpresa della nuova povertà di strada degli anni '80 fu invece che, esplosa in un momento di depressione ('81-'82), per la prima volta essa non scomparve quando l'economia americana si riprese. Anzi, in piena fase di crescita economica, dal 1984 al 1989, il problema degli *homeless* divenne addirittura più acuto e da allora in poi, indipendentemente dalla fase economica attraversata (anche se con ovvi peggioramenti in periodi di recessione), esso ha fatto parte della dimensione strutturale della società americana (47).

La permanenza, e in alcuni casi addirittura l'aumento, degli *homeless* anche in periodi di contingenza economica favorevole non è però l'unico tratto caratteristico della nuova povertà di strada. Diversa rispetto al passato è la composizione sociale dei senzatetto che negli ultimi trent'anni hanno stabilmente accompagnato lo sviluppo dell'economia americana. A differenza del tipico *clochard* ubriaccone, maschio, bianco e vecchio che rispecchiava lo stereotipo non solo letterario dell'*homeless*, la nuova popolazione di senzatetto è oggi formata in grande misura da famiglie, e la categoria di *homeless* in maggior crescita è quella dei bambini (48). Le famiglie senzatetto, che nel 1981 erano praticamente inesistenti, nel 1989 erano già 20.000 e nel 2005 rappresentavano un terzo dei poveri di strada (49). Le donne (sole, ma soprattutto con figli a carico) costituiscono in totale la metà degli *homeless* americani, le minoranze razziali sono poco più della metà e l'età media della popolazione adulta dei senzatetto è di 35 anni. La percentuale dei senzatetto adulti che ha un diploma di istruzione superiore, corrispondente alla nostra maturità (*high school*), raggiunge quasi il 50% e un consistente numero di *homeless*, che in alcuni luoghi

(47) Sul punto cfr. J. BLAU, *The Visible Poor*, cit., p. 10; C. JENCKS, *The Homeless*, Cambridge, Ma-London, Harvard University Press, 1994, pp. 58 ss.; K. KYLE, *Contextualizing Homelessness. Critical Theory, Homelessness, and Federal Policy Addressing the Homeless*, New York-London, Routledge, 2005, pp. 40 ss.

(48) Durante la discussione alla Camera dei deputati per l'approvazione degli aiuti agli *homeless*, tradottisi poi nel McKinney Act del 1987, il governatore di New York, Mario Cuomo, testimoniò: « Ci sono più uomini, donne e bambini *homeless* — a questo punto lo avete già sentito almeno tre o quattro volte — ci sono più uomini, donne e bambini *homeless* in America oggi di quanti non ce ne fossero nel peggior periodo della Grande Depressione ». Cfr. K. KYLE, *Contextualizing Homelessness*, cit., p. 48.

(49) Cfr. K. KYLE, *Contextualizing Homelessness*, cit., p. 91 e D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., p. 204.

raggiunge più del 40% della popolazione senzatetto locale, lavora⁽⁵⁰⁾. Si tratta di un identikit del nuovo poverissimo decisamente sorprendente per chi è ancora disposto a equiparare l'*homeless* al fannullone per scelta, che pone seri interrogativi intorno alle cause della nuova massiccia povertà di strada.

2. *Le ragioni della nuova povertà di strada.*

2.1. *Le cause politiche ed economiche.*

Un complesso insieme di fattori concorre a dare una spiegazione al fenomeno, ma difficilmente si può sottostimare l'importanza delle cause politiche ed economiche che rendono il problema degli *homeless* parte integrante della più ampia questione della povertà persistente. Il declino dei redditi da lavoro a partire dalla fine degli anni '70 (determinato dalle cause internazionali e nazionali, politiche ed economiche più sopra esposte)⁽⁵¹⁾, in grossa misura veicolato da un forte contenimento del *minimum wage* (che sebbene copra una percentuale bassa di tutta la forza lavoro, determina tuttavia la base salariale generale), non poteva che esporre al rischio povertà un più alto numero di famiglie meno abbienti. Per i quasi 26 milioni di lavoratori che nel 2005 guadagnavano meno di 10 dollari l'ora, ossia meno del cosiddetto *living wage* (quando il *minimum wage* federale corrispondeva a 5.15 dollari l'ora!)⁽⁵²⁾, l'unico modo per avere una famiglia che non fosse in povertà consisteva nell'utilizzare alcune strategie di sopravvivenza, in mancanza delle quali lo scivolamento verso una situazione di indigenza, forte o fortissima, sarebbe stato inevitabile. Limitare il numero dei figli, avere un secondo o un terzo lavoratore in famiglia, avere dei redditi provenienti da fonti diverse rispetto al lavoro e ottenere sussidi pubblici in forma di *welfare*, rappresentavano e rappresentano tuttora altrettanti strumenti, spesso da utilizzarsi simultaneamente, per evitare la caduta nell'abisso della miseria da parte di chi, avendo famiglia, pur lavora a

⁽⁵⁰⁾ M. OTTO, *44 Percent of Homeless People Have Jobs*, HUD Reports, in « Philadelphia Inquirer », Dic. 21, 1999, A 21.

⁽⁵¹⁾ Cfr. per una tabella in proposito B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., p. 58.

⁽⁵²⁾ Ivi, pp. 111-12 e 108.

tempo pieno tutto l'anno ⁽⁵³⁾. Non sempre tuttavia tali accorgimenti sono possibili o sufficienti. Lo stato sociale in contrazione, per esempio, è del tutto inadeguato a fronteggiare in maniera minimamente seria la povertà nell'età della disuguaglianza crescente, e ciò anche in periodi di stabilità economica del paese. Così nel 2005 un esborso totale (federale, statale e locale) di 100 miliardi in trasferimenti di danaro ai poveri mancava per ben 120 miliardi di dollari l'obiettivo di assicurare a tutti uno standard di vita ai limiti della soglia della povertà ⁽⁵⁴⁾. Dei 37 milioni di poveri contati ufficialmente in quell'anno, solo 10 milioni ricevevano dei sussidi in danaro e dei 20 milioni di famiglie povere con bimbi, solo 4 milioni e 400mila godevano di assegni pubblici (peraltro severamente insufficienti indigenti a garantire il minimo indispensabile a vivere dignitosamente) ⁽⁵⁵⁾. Sempre nello stesso anno solamente il 30% delle famiglie indigenti composte da madre e figli piccoli usufruiva di un sussidio per l'abitazione, mentre la porzione delle famiglie povere con entrambi i genitori che ne poteva disporre costituiva un misero 8% ⁽⁵⁶⁾. D'altronde, sempre nel 2005, 2 famiglie povere su 10 potevano contare sul lavoro a tempo pieno per tutto l'anno di una persona e mezza, e ciononostante rimanevano povere, mentre 800.000 famiglie restavano povere anche se del nucleo familiare facevano parte almeno due lavoratori ⁽⁵⁷⁾.

In condizioni del genere una malattia, una spesa improvvisa, una contrazione del lavoro, una nascita non pianificata, una separazione dal coniuge lavoratore, trasformava e trasforma facilmente i quasi poveri in poveri e i poveri in poverissimi.

Il basso livello salariale dell'era della disuguaglianza crescente combinato con il maggior impiego di manodopera femminile dà inoltre (paradossalmente) ragione dell'aumento delle donne povere con figli a carico. L'entrata consistente della presenza femminile nel mondo del lavoro, che gradualmente aumenta fino a rappresentare

⁽⁵³⁾ Nel 2005 erano 6 milioni i lavoratori a tempo pieno per l'intero anno che guadagnavano meno del *living wage*: *ivi*, p. 113.

⁽⁵⁴⁾ *Ivi*, p. 230.

⁽⁵⁵⁾ *Ivi*, p. 231.

⁽⁵⁶⁾ *Ivi*, p. 53.

⁽⁵⁷⁾ *Ivi*, p. 107.

nel 2000 quasi la metà della forza lavorativa ⁽⁵⁸⁾, comporta, infatti, pur nei periodi di maggior occupazione generale, una corrispondente flessione di opportunità lavorative per la popolazione maschile, soprattutto se poco qualificata ⁽⁵⁹⁾. Meno appetibili come *bread winner* perché meno occupati e se occupati comunque percettori di redditi più bassi e più esposti inoltre al precariato, gli uomini appartenenti agli strati sociali più bassi, diventano poco interessanti come mariti, in quanto non idonei a mantenere una famiglia. Le donne dello stesso livello sociale, anche se per un salario inferiore a quello maschile ⁽⁶⁰⁾ (o forse proprio per questo), tendono invece a differenza di prima a lavorare e, avendo a disposizione pochi uomini affidabili sotto il profilo economico, tendono altresì a non sposarsi. Il minor numero di matrimoni non comporta tuttavia un minor numero di figli, che nascono sempre di più fuori dal matrimonio, producendo povertà per le donne che occupano i gradini più bassi della scala sociale ⁽⁶¹⁾.

La percentuale delle famiglie povere con una donna come capo famiglia passa, così, fra il 1960 e il 2005 dal 18% al 35%, nonostante il 65% delle madri povere con figli a carico lavori, a tempo pieno o parziale, e le madri non sposate di regola lavorino di più delle madri sposate ⁽⁶²⁾.

Precise scelte di politica economica possono, inoltre, spiegare almeno in parte, la persistenza di un tasso minimo di disoccupazione che esclude dal mercato del lavoro la fascia più debole della popolazione, la quale, se non assistita da una rete sociale o familiare, scivola con facilità nella povertà estrema. La crescita economica e il corrispondente aumento dell'occupazione terminano, infatti, sempre prima che l'occupazione piena sia raggiunta e dunque prima che la povertà sia spazzata via. La recessione sembra spesso seguire due modelli: può essere determinata da cause interne al processo eco-

⁽⁵⁸⁾ D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., p. 49.

⁽⁵⁹⁾ C. JENCKS, *The Homeless*, cit., pp. 51 ss.

⁽⁶⁰⁾ Dati in D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., pp. 54, 58; B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., p. 110, tavola 6.3, da cui risulta che al 2005 fra tutti coloro che lavoravano per il *minimum wage*, le donne rappresentavano il doppio degli uomini.

⁽⁶¹⁾ Per una tabella che indica il fortissimo incremento delle nascite fuori dal matrimonio dal 1960 al 2000 cfr. D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., p. 222.

⁽⁶²⁾ Ivi, pp. 221 ss.

nomico, quando si raggiunge un punto di sovrainvestimento e sottoconsumo che impone una riduzione della produzione con conseguente aumento della disoccupazione; o può essere causata da politiche monetarie esterne al processo economico, che ne modificano il percorso rallentando la crescita. La seconda via, che impone artificialmente disoccupazione e povertà, è stata intrapresa più di una volta negli Stati Uniti a partire dalla fine degli anni '60. Seguendo le teorie economiche che mettono in una relazione inversamente proporzionale inflazione e disoccupazione, in quanto al decrescere della seconda corrisponderebbe il crescere della prima, negli anni '70, '80 e '90 una parte degli economisti sostenne che la disoccupazione non può scendere sotto il 6% o addirittura il 7%, senza che ciò determini inflazione ⁽⁶³⁾. « Se si riesce a mantenere il mercato del lavoro sufficientemente sottoccupato, gli aumenti salariali, che rappresentano la principale fonte dell'aumento dei prezzi, saranno gradualmente contenuti » disse un analista della rivista *Fortune* già nel 1976 ⁽⁶⁴⁾. Per quanto la *Federal Reserve* abbia consentito nel tempo il raggiungimento di tassi di disoccupazione inferiori al tasso 'naturale' indicato da quel pensiero economico, essa ne fu tuttavia fortemente influenzata. Nel 1969-70, nel 1981-82, nel 1994-95 e nel 1999-2000 la *Federal Reserve* intervenne, infatti, pesantemente per alzare il tasso di interesse del denaro, così da rallentare la crescita economica e la crescita occupazionale, impedendo contemporaneamente l'aumento salariale che dalla maggiore occupazione avrebbe potuto derivare ⁽⁶⁵⁾. « Una simile politica significò che il povero e il disoccupato avrebbero pagato il costo della lotta contro l'inflazione » dice Frank Stricker ⁽⁶⁶⁾. Né tale prezzo risultò in qualche misura calmierato da una politica sociale di aiuto all'emarginato dal mondo del lavoro, ché anzi al contrario il

⁽⁶³⁾ Per una indagine sul punto cfr. J. BERNSTEIN, D. BAKER, *The Benefits of Full Employment: When Markets Work for People*, Washington, Economic Policy Institute, 2003, pp. 13-40; R. KUTTNER, *Everything For Sale: The Virtues and Limits of Markets*, New York, Alfred A. Knopf, 1998, pp. 92-95.

⁽⁶⁴⁾ Così S. ROSE, *We've Learned How to Lick Inflation*, in « *Fortune* », settembre 1976, pp. 100 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. F. STRICKER, *Why America*, cit., pp. 104 ss., pp. 151 s., p. 210.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 152.

welfare, e in specie il sussidio di disoccupazione, subirono nel tempo forti contrazioni ⁽⁶⁷⁾.

La drastica riduzione del *welfare* in precisi momenti storici e in relazione a singole categorie di fasce marginali è poi direttamente responsabile di un certo numero di *homeless* buttati in strada senza pietà. Fu così per esempio, per i disabili che ai tempi di Reagan si videro ingiustamente revocare il sussidio di invalidità e che, troppo malati mentalmente per far valere i loro diritti in corte, si suicidarono o finirono sotto un ponte. Allo stesso modo l'eliminazione con Clinton di un sostegno economico permanente alle madri povere con figli a carico, allo scopo dichiarato di indurle a lavorare ma in realtà anche per punirle di aver irragionevolmente generato in condizioni di non agiatezza economica, provocò un aumento immediato delle famiglie senzatetto in concomitanza con la scadenza del periodo della pur misera assistenza pubblica. « Nell'economicamente prospero inverno del 1998-99, i dormitori pubblici di Milwaukee si riempirono fino al collasso. Un anno dopo a S. Diego, California, c'erano molte più famiglie *homeless* degli anni precedenti » ci racconta per esempio chi osserva gli effetti della riforma clintoniana del *welfare* ⁽⁶⁸⁾. La riduzione dei *food stamps* e dell'SSI, in forma di più stringenti requisiti di accesso o di severe sanzioni per inadempienze o ritardi burocratici o di complicazioni delle procedure, voluta da Clinton ⁽⁶⁹⁾ o il taglio di 40 miliardi di dollari ai poveri nell'arco di 5 anni deliberato dalla *House of Representatives* nel gennaio 2006 ⁽⁷⁰⁾ hanno prodotto e sicuramente produrranno anche questo tipo di effetti.

Se il contenimento dei salari da lavoro, a tutto profitto delle aziende, il contenimento del *welfare*, a tutela del principio della *less eligibility*, e la percentuale di disoccupazione strutturale, anche artificialmente mantenuta, hanno contribuito a creare la disparità di redditi (e ricchezze) crescente che porta oggi la distanza di reddito fra il 5% più ricco e il 40% più povero a un livello mai raggiunto nei

(67) Cfr. per il periodo di Reagan e il primo Bush, J. BLAU, *The Visible Poor*, cit., pp. 58-9; per il secondo Bush, F. STRICKER, *Why America*, cit., p. 233.

(68) F. STRICKER, *Why America*, cit., p. 219.

(69) D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., p. 217.

(70) F. STRICKER, *Why America*, cit., p. 234.

precedenti 50 anni di statistiche ufficiali ⁽⁷¹⁾, gli stessi fattori spiegano dunque in buona misura anche il fenomeno della nuova povertà di strada. « Gli Stati Uniti possono avere alcuni milioni di persone estremamente ricche, oppure possono avere meno poveri e *homeless*. Non possono avere entrambi », sintetizza uno studioso del tema ⁽⁷²⁾.

2.2. *La questione casa, nodo cruciale.*

Pure la questione casa, cruciale per capire la persistenza e l'incremento del numero dei senzatetto in momenti di prosperità economica, va inquadrata nell'ambito di una politica economica che privilegia il ricco sul povero e il meno povero sul più povero.

Il sistema americano ha sempre sostenuto con forza tanto il mercato della casa in proprietà quanto lo sviluppo dell'edilizia privata. Fin dal 1938 il governo federale ha giocato un ruolo fondamentale nel boom del mercato della casa durato sino all'attuale crisi, che proprio nel settore immobiliare ha trovato la sua origine. Negli anni successivi alla grande depressione una serie di interventi legislativi autorizzarono la *Federal Housing Authority* (FHA) a garantire o assicurare i mutui degli acquirenti di nuove case, per modo che i costruttori potessero edificare contando sulla solvibilità degli acquirenti (e su tale base potessero altresì ottenere cospicui prestiti senza anticipare danaro proprio) e le banche andassero esenti dal rischio che i prestiti non fossero onorati. Allo stesso modo un grosso aiuto federale agli acquirenti di case, non necessariamente non precedentemente proprietari, doveva giungere da organismi a forte partecipazione pubblica come i colossi, oggi tristemente famosi, Fannie Mae e Freddie Mac ⁽⁷³⁾. Gli aiuti, elargiti a chi possiede i requisiti necessari per ottenere un prestito bancario, sono diretti alla classe media, ma non sono di alcun vantaggio per i poveri. Anzi, facendo crescere la domanda e quindi i prezzi delle case in vendita, alimentano l'incremento dei prezzi degli affitti (che dei primi sono il riflesso), penalizzando così coloro che non potrebbero mai comprarsi una casa. Nello stesso senso hanno poi sempre operato le

⁽⁷¹⁾ D. L. GILBERT, *The American Class*, cit., p. 87.

⁽⁷²⁾ Così F. STRICKER, *Why America*, cit., p. 202.

⁽⁷³⁾ Cfr. B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., p. 307.

cosiddette *tax expenditures*, ossia le detrazioni fiscali dell'interesse sui mutui e delle tasse sugli immobili abitati dai proprietari. Quale forma di sussidio assai meno visibile, perché si tratta non di somme elargite, ma di somme non esatte, la detrazione fiscale accordata ai proprietari di case stimola il mercato edilizio e aiuta il ceto medio, i ricchi e i ricchissimi, ma non chi una casa in proprietà non se la può permettere. L'aiuto pubblico sotto forma di detrazioni fiscali ai proprietari di case, inoltre, non solo è talmente ingente da superare di parecchie volte la somma elargita ai poverissimi come sussidio per l'affitto delle loro abitazioni, ma è diretto in grande misura ai più ricchi che ne ricevono la parte più sostanziosa. Calcoli di qualche anno fa stimavano, per esempio, come addirittura il 67% della somma totale degli aiuti fiscali fosse devoluta a coloro che si trovavano nella fascia di reddito alta della popolazione e come i 5 milioni di proprietari di case più ricchi ottenessero tramite le *tax expenditures* un sussidio più corposo dei 5 milioni di americani più poveri che ricevevano un sussidio per l'affitto della casa ⁽⁷⁴⁾. « Veniva speso di più in riduzioni fiscali per gli interessi sui mutui immobiliari di quanto non fosse speso per tutti i programmi di assistenza ai poveri sulla casa » commenta un osservatore, che nota: « gli americani dovrebbero davvero ripensare chi è aiutato dallo Stato e quanto » ⁽⁷⁵⁾. Difficile in simili circostanze condividere le affermazioni di chi al Congresso si batteva contro gli aiuti agli *homeless* previsti dal *Mc Kinney Act* del 1987 dicendo: « È il momento di unirci per dire: 'Ascoltate, ci sono 10 milioni di persone là fuori a cui piacerebbe avere una casa gratis'. Io sono *homeless* se volete vederla a questo modo [...]. Se continueremo a offrire caramelle, coloro che si metteranno in fila per averle non finiranno mai » ⁽⁷⁶⁾.

D'altronde sul fronte dell'edilizia pubblica e dei sussidi per la casa il sistema americano è sempre stato particolarmente avaro. Sottoposti al principio della *less eligibility*, i programmi di sostegno

⁽⁷⁴⁾ R. KUTTNER, *Bad Housekeeping*, in « New Republic », 25 aprile 1988, p. 25; The National Low Income Housing Coalition, *Homelessness and the Low Income Housing Crisis*, Washington, D.C., 1987, p. 5.

⁽⁷⁵⁾ Così F. STRICKER, *Why America*, cit., p. 81.

⁽⁷⁶⁾ Così il *Congressman* Clyde Holloway, citato da K. KYLE, *Contextualizing Homelessness*, cit., p. 44.

pubblico agli affittuari poveri non possono infatti permettersi di offrire una sistemazione di qualità decente, e laddove quest'ultima sia fornita, essa non può che costituire un'eccezione. Questo spiega da un canto la condizione di degrado in cui spesso sono tenuti i non molti edifici di proprietà pubblica e dall'altro il ridottissimo numero di famiglie che godono di un sostegno per l'affitto della casa d'abitazione (77). I progetti di edilizia popolare nascono negli Stati Uniti soltanto con il New Deal e trovano immediatamente circoscritto il loro campo d'azione da un'idea di eccezionalità legata alla contingenza economica di profonda crisi. Il numero di alloggi popolari promesso tanto nel 1937 quanto nel 1949 non viene mai realizzato e ben presto i politici abbandonano i programmi di costruzioni interamente pubblici per coinvolgere nell'edilizia per poveri il settore privato. Le partnership fra pubblico e privato assumono forme differenti, ma finiscono in ogni caso per rendere temporanea l'offerta di alloggi a basso costo. Mentre i semplici aiuti ai costruttori in termini di riduzioni fiscali e di prestiti a un tasso ridotto non sortiscono lo sperato effetto di incentivare la costruzione di alloggi da affittare a prezzi contenuti, un maggior successo hanno infatti i programmi di agevolazioni all'edilizia privata associati a un sussidio pubblico di affitto e/o a limiti di durata dei contratti a favore dei poveri. La più sfacciata fra le operazioni di (non) assistenza ai poveri a favore dei privati è però quella messa in piedi da Ronald Reagan, il quale dopo aver ridotto drasticamente il budget da utilizzare per l'edilizia popolare attribuisce ai poveri dei *vouchers* da spendere sul mercato nell'alloggio di 'loro gradimento'. Ma senza abbastanza denaro e un'adeguata offerta di appartamenti a prezzi abbordabili, il concetto di scelta sul mercato si riduce a una pura astrazione e a New York, nel 1987, tre volte su quattro i *vouchers* sono restituiti, perché la loro entità è del tutto inadeguata rispetto ai prezzi degli alloggi (78). A partire dal 2001, sotto la presidenza del secondo Bush, a peggiorare la situazione contribuisce la demolizione di ben 120.000 appartamenti di edilizia popolare, mentre una re-

(77) Nel 2005 il 92% delle famiglie povere con due adulti e il 70% delle famiglie povere con una donna come capofamiglia non ricevevano aiuti per pagare l'affitto. Cfr. dati in B. R. SCHILLER, *The Economics of Poverty*, cit., p. 53.

(78) Cfr. J. BLAU, *The Visible Poor*, cit., p. 71.

cente drastica riduzione dei pur miseri *vouchers* minaccia di gettare per strada un buon numero di famiglie vulnerabili ⁽⁷⁹⁾.

L'offerta di case di abitazione a basso costo si era d'altronde ridotta nel tempo anche a causa della ristrutturazione dei tanti alloggi senza i comfort minimi (riscaldamento, acqua calda, bagno interno, ecc.), operata negli anni '60, '70 e all'inizio del 1980. In un momento di salari reali crescenti e di aumento dei redditi della parte più povera della popolazione, ciascuno sembrava poter aspirare a un miglioramento delle proprie condizioni di vita e la mobilità verso l'alto che si era prodotta aveva quasi naturalmente condotto alla demolizione o ristrutturazione di milioni e milioni di alloggi e case non più adeguati a nuovi parametri di accettabilità. Quando tuttavia, alla fine del 1970 e soprattutto a partire dagli anni '80, i salari reali cominciarono a stagnare e il *welfare* si contrasse, il numero dei poveri crebbe, ma le case ristrutturate erano ormai fuori della loro portata economica. Anche i tanti hotel per poveri, senza bagno, riscaldamento o acqua calda (cosiddetti *Single Room Occupancy* o SRO), che tradizionalmente avevano offerto ospitalità ai poverissimi che lavoravano nelle grandi città, avevano subito una sorte analoga, sostituiti da alberghi costosi, grandi condomini o centri commerciali, che ne avevano preso il posto nel centro delle grandi città ⁽⁸⁰⁾.

La spinta verso l'alto del prezzo delle case in affitto (non solo nelle grandi città) ha, d'altronde, sempre superato di gran lunga l'aumento medio dei costi di ogni altro bene di prima necessità. Una recente indagine in una cittadina come Ventura, California, commissionata da un'agenzia immobiliare locale, ha per esempio indicato come l'affitto di un bilocale nella zona sia intorno ai 1300 dollari al mese: una cifra che chi percepisce il minimo salariale può guadagnare solo lavorando dalle 113 alle 120 ore la settimana, corrispondenti a 24 ore al giorno per 5 giorni su 7 ⁽⁸¹⁾!

⁽⁷⁹⁾ T. KY-NAM MILLER, *The Unmet Promises of Care Not Cash*, in 5 *Hastings Race and Poverty L.J.* 171, 176 (2008).

⁽⁸⁰⁾ Cfr. C. JENCKS, *The Homeless*, cit., pp. 61 ss.; J. BLAU, *The Visible Poor*, cit., pp. 60 ss.

⁽⁸¹⁾ *A Dream Denied: The Criminalization of Homelessness in U.S. Cities. A Report by The National Coalition for the Homeless and The National Law Center on Homelessness and Poverty*, gennaio 2006, p. 77, disponibile sul sito: <http://www.nationalhomeless.org/publications/crimereport/report.pdf>

Gli affitti troppo alti, la stagnazione dei salari, la contrazione dello stato sociale in generale e l'assenza di qualunque seria politica di edilizia popolare, rappresentano perciò i fattori che concorrono a spiegare come, a partire dal 1980, per i più poveri la scelta sia stata spesso limitata all'alternativa fra l'aver di che nutrirsi e vestirsi o il concedersi un tetto sulla testa.

2.3. *Una società che cambia.*

La sempre maggiore individualizzazione della società americana, ben colta già nello studio di David Riesman dal significativo titolo *The Lonely Crowd* (la folla solitaria) ⁽⁸²⁾, la pressione verso un'accentuata mobilità territoriale delle persone e la riduzione del numero di figli e quindi della dimensione della famiglia, spiegano poi l'indebolirsi di quella rete privata, che, accanto e prima della rete pubblica, costituisce tradizionalmente il paracadute di salvezza per coloro che si trovano in difficoltà economica. Sempre meno disposti a farsi carico degli altri, in un mondo che distrugge i legami di gruppo perché mira ad una frammentazione della società che renda gli individui sempre più soli e di conseguenza sempre più 'consumatori' di quei 'servizi' che il gruppo sa viceversa fornire secondo regole non di mercato (che si tratti di momenti di svago e divertimento o di aiuto domestico, di assistenza agli anziani o di *childcare*), gli americani perdono la capacità di assorbire all'interno di nuclei di solidarietà fra uomini i più bisognosi fra loro. Di questa logica fanno le spese anche le donne sole, vedove o mai sposate, un tempo accolte dal gruppo familiare, oggi invece da esso di norma escluse perché considerate potenziali lavoratrici. La maggior solitudine dell'americano moderno, che non sia ancora *homeless*, ne aumenta d'altronde le spese di vita e con esse la possibilità di ritrovarsi senza un tetto sulla testa ⁽⁸³⁾.

L'incessante creazione di bisogni indotti da parte di un mercato che convince gli individui della necessità di case sempre più spaziose, televisioni al plasma, asciugatrici elettriche o forni a micro onde, unita all'invalidere di una mentalità che privilegia il vivere sul

⁽⁸²⁾ D. RIESMAN, in collaboration with D. R. DENNEY, N. GLAZER, *The Lonely Crowd*, New Haven, Yale University Press, 1950.

⁽⁸³⁾ Su questi temi cfr. C. JENCKS, *The Homeless*, cit., pp. 78 ss.

credito rispetto al risparmio, crea poi un'esposizione debitoria degli individui ad altissimo rischio. Così per esempio l'acquisto costante di nuovi vestiti (anche e soprattutto da parte di chi ha meno possibilità), imposto dalla convinzione ormai dominante secondo cui indossare un abito differente tutti giorni rappresenta un indicatore di pulizia e decoro della persona; oppure l'acquisto di un nuovo elettrodomestico, che appare indispensabile a chi è stato esposto a una pubblicità martellante, aumentano il debito su cui la gente vive. Un qualsiasi problema economico o spesa improvvisa o eccessiva rischia, però, di impedire il pagamento rateale del credito che la banca vanta e la conseguenza di ciò, dati gli interessi fortemente crescenti ad ogni mancato pagamento, può essere il pignoramento della casa che a sua volta non è comunque mai stata pagata nella sua interezza. La possibilità di finire per strada diventa dunque reale anche per i ceti medi, o addirittura medio-ricchi, quando l'illusione di poter realizzare il sogno consumistico si infrange sugli scogli del debito bancario.

3. *Il povero di strada e la sua costruzione come nemico.*

Il povero e il poverissimo sono in definitiva il frutto di un assetto economico fortemente sostenuto dal sistema giuridico, che attraverso le sue politiche fiscali, di *welfare* e di appoggio incondizionato al capitale contro la forza lavoro, si pone al servizio del più forte contro il più debole, venendo meno a quell'aspirazione di giustizia sostanziale che pur a livello retorico resta a fondamento del diritto della modernità. L'eguaglianza, soltanto declamata, viene calpestata da politiche del diritto che non riequilibrano le posizioni di disparità fra gli uomini, ma al contrario le accentuano: la giustizia distributiva non viene perseguita dal sistema e l'effettiva uguaglianza fra persone diventa un miraggio. Il sistema giuridico, che pur si vuole equo, non si accontenta però di contribuire alla creazione del povero, ma dopo aver posto le premesse della sua ragion d'essere lo punisce per la sua condizione di inferiorità sociale. Escluso dalla nozione di 'uomo', cui spettano i diritti che le relative dichiarazioni dalla rivoluzione francese in poi gli attribuiscono, il poverissimo diviene, infatti, un 'non essere umano', che il sistema giuridico spoglia di ogni diritto soggettivo, fino a negargli il diritto stesso di esistere. Il medio logico

a tal fine è costituito dalla costruzione del poverissimo come un nemico, in quanto tale da colpire attraverso il mezzo più aggressivo di cui il diritto dispone, ossia lo strumento penale. Il nemico è d'altronde da sempre un 'diverso', un 'altro da sé', ovverossia qualcuno con cui non ci si identifica, e che proprio per questo diviene più facile attaccare. Il poverissimo è allora opportunamente costruito come un 'diverso', e di una tale diversità egli è nella maggior parte dei casi per di più considerato responsabile. L'*homeless* è infatti molto spesso un individuo che fa uso di sostanze tossiche, siano esse alcoliche o stupefacenti, oppure una persona con seri problemi mentali, o ancora — si è visto — una donna *non sposata* con figli piccoli. In ciascuna di queste circostanze egli o ella viene percepito come 'diverso' rispetto al cosiddetto individuo 'normale', il quale ultimo tuttavia non si identifica con la persona media, ma al contrario rappresenta un mero ideale di 'normalità'. Lo scivolamento dell'*homeless* dalla categoria del *deserving poor* (ossia del povero che merita di essere aiutato) a quella dell'*undeserving poor* (ovvero del povero che non lo merita) è così quasi automatico e la sua diversità colpevole lo rende meritevole di una punizione come nemico della società. I reati che, come si vedrà, gli vengono ascritti sono, infatti, significativamente denominati « reati contro la qualità della vita »: ... la vita, ovviamente, delle persone 'normali'. La povertà appare dunque la conseguenza dei comportamenti colpevoli dell'*homeless*, che a ben vedere però era quasi sempre povero/a anche prima di cominciare a bere o assumere sostanze stupefacenti (ciò che inevitabilmente peggiora gli eventuali stati di disagio psicologico pregressi), o prima di avere figli fuori dal matrimonio. D'altronde solo il povero diventa un 'diverso', e quindi un nemico da combattere, allorché beva, si droghi, abbia problemi mentali o generi fuori dal matrimonio, giacché nelle stesse ipotesi un ricco resta assolutamente 'normale'. L'*homeless* drogato, folle, ubriaco fa paura, non così chi, avendo un tetto sulla testa, pur si trova in quelle stesse condizioni. D'altra parte più si vive il disagio di essere senzاتetto, più si cerca rifugio in droga, alcol o si diventa pazzi. Il cerchio infernale non si chiude mai e di fronte a ciò la comunità dei 'normali', ossia degli economicamente più fortunati, reagisce costruendo il povero di strada come un 'altro da sé', facendone un nemico, per modo da legittimarne l'aggressione tramite il diritto.

4. *I diritti del nuovo nemico.*

4.1. *Dalla tutela dei diritti positivi...*

Nel 1931 John Maynard Keynes pronosticava che da lì a cent'anni, per la prima volta nella storia, gli esseri umani non avrebbero più dovuto preoccuparsi di quei problemi di sopravvivenza alimentare e logistica, che avevano impegnato in via quasi esclusiva le loro menti e attività fin dai tempi della loro comparsa sulla terra. Secondo il grande economista, le scoperte scientifiche e tecnologiche della modernità avevano dato un'accelerazione talmente forte al progresso umano che nell'immediato futuro gli uomini sarebbero stati costretti a cambiare radicalmente le loro occupazioni e preoccupazioni, giacché tutte le esigenze primarie avrebbero potuto essere soddisfatte con una quantità di lavoro minima. L'uomo — tutti gli uomini — finalmente liberi dal bisogno, avrebbero avuto il nuovo problema di come impiegare il tempo a loro disposizione ⁽⁸⁴⁾.

Mai previsione fu più sbagliata. Oggi, a ottant'anni circa da quel pronostico, a fronte di una quantità di cibo prodotta mondialmente tale da sfamare da due a tre volte gli abitanti di tutto il pianeta, il numero delle persone affamate cresce senza sosta: per l'anno in corso sono attesi in Africa 150 milioni di nuovi poveri ⁽⁸⁵⁾, che vanno ad aggiungersi ai quei 25 milioni in più l'anno (corrispondenti a 47 poveri in più ogni minuto che passa), calcolati a livello mondiale da uno studio del programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo della fine degli anni '90 (studio che, ovviamente, non aveva ancora potuto mettere in conto l'attuale crisi economica) ⁽⁸⁶⁾. E mentre il 44%

⁽⁸⁴⁾ J. M. KEYNES, *Possibilità economiche per i nostri nipoti*, orig. *Economic Possibility for Our Children*, The Royal Economic Society, Cambridge, Palgrave Macmillan, 1931, ripubblicato in italiano da Adelphi (Milano, 2009).

⁽⁸⁵⁾ Le fonti della cifra sono il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale: cfr. GALAPAGOS, *La crisi si mangia l'Africa*, in *Il Manifesto*, 11 marzo 2009, p. 2. Cfr. altresì l'editoriale, *An Even Poorer World*, in *The New York Times*, 2 settembre, 2008, p. A22

⁽⁸⁶⁾ Cfr. J. FABRE, *Aumenta la povertà. Che fare?*, 1997-8 disponibile al sito <http://www.arpnet.it/abs/POVERTA-AUM.html>. Il rapporto della FAO del 2008 sulla 'insicurezza alimentare' rende peraltro noto come negli ultimi due anni i poveri siano aumentati di ben 115 milioni unità e come nel 2008 siano aumentati per un numero corrispondente a 40 milioni. Su questi temi cfr. anche L. PENNACCHI, *Le diseguaglianze*

della popolazione mondiale (per una cifra totale di circa 2 miliardi e 700 milioni di persone) vive oggi con meno di 2 euro al giorno ⁽⁸⁷⁾, il numero di abitanti della terra che non sono in grado di soddisfare i propri bisogni primari, dal tempo in cui scriveva Keynes (e a dispetto delle sue predizioni) è cresciuto enormemente. Le disuguaglianze, prodotesi anche a livello globale, hanno impedito l'avverarsi delle anticipazioni del grande economista, determinando una forte concentrazione della ricchezza mondiale nei paesi del nord del mondo e nelle mani di pochi individui. I dati diffusi nel 2006 dall'Istituto mondiale per la ricerca sullo sviluppo economico dell'ONU chiariscono, infatti, come nel 2000 Stati Uniti, Giappone ed Europa posseggano l'84% della ricchezza mondiale (che dagli anni '50 è cresciuta di 7 volte), mentre paesi molto popolosi come Africa e India non dispongano che di un 1% a testa. D'altronde, sempre nel 2000, appena il 2% delle persone più ricche del mondo possiede più della metà di tutta la ricchezza, e se il 10% degli individui più ricchi ne detiene nelle proprie mani addirittura l'85%, la metà della popolazione più povera è costretta a spartirsi l'1% della ricchezza del pianeta ⁽⁸⁸⁾.

All'interno però dei ricchissimi Stati Uniti d'America, che dispongono del 34% della ricchezza del pianeta nonostante rappresentino soltanto il 6% della popolazione mondiale, nel 2001 il numero di coloro che in un anno sono stati *homeless* è stimato intorno ai 3 milioni e mezzo di persone ⁽⁸⁹⁾. Si tratta di un vero esercito di poverissimi, tendenzialmente in aumento (nonostante i ricorrenti tentativi di fornire dati in controtendenza ⁽⁹⁰⁾), che nel

accresciute, Gruppo di studio: governo della globalizzazione, rapporto interno, 2009; L. GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Roma-Bari, Laterza, 2000 e L. GALLINO, *Diseguaglianze globali come si producono*, disponibile sul sito <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Gallino-Diseguaglianze.pdf>

⁽⁸⁷⁾ Stimati in base al livello di consumo, cfr. L. GALLINO, *Disuguaglianze globali*, cit., p. 5.

⁽⁸⁸⁾ Tutti i dati sono contenuti in *The World Distribution of Household Wealth*, Dicembre 2006, The World Institute for Development Economics Research of the United Nations University (UNU-WIDER), disponibile sul sito <http://website1.wider.unu.edu>

⁽⁸⁹⁾ M. BURT et al., *Helping America's Homeless*, Washington, D.C., The Urban Institute Press, 2001, pp. 49-50.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. R. L. SWARNS, *U.S. Reports Drop in Homeless Population*, in *The New*

2005 — nelle 24 città oggetto di indagine — faceva registrare un incremento di richieste di letti di emergenza del 6%, a fronte di una media del 14% di domande insoddisfatte, che diventavano il 32% se provenivano da famiglie ⁽⁹¹⁾. Il risultato era che una richiesta su sei, ma addirittura una su quattro se proveniente da una famiglia, rimaneva disattesa. La crisi economica cominciata alla fine del 2007 e il pignoramento delle tantissime case di coloro che non possono più permettersi di pagare il mutuo, rischia oggi di accrescere a dismisura il numero degli *homeless* e di rendere conseguentemente impossibile esaudire le domande di sistemazione di emergenza di un numero altissimo di famiglie senza abitazione.

A partire dal 1980, da quando cioè è diventato visibile, il popolo dei senzatetto ha cominciato a invadere le grandi e le piccole città americane, dormendo nei parchi o negli androni delle case, bivaccando sui marciapiedi delle strade, chiedendo soldi fuori o dentro i grandi centri commerciali, alle fermate degli autobus, davanti ai ristoranti o nelle metropolitane, lavandosi nei parchi pubblici o nei bagni delle biblioteche civiche, espletando i propri bisogni fisiologici in pubblico (data la carenza strutturale di vespasiani o bagni di cui possano fruire), bevendo e mangiando negli spazi di tutti, accatastando le proprie povere cose in carrelli della spesa o avvolgendole in grandi coperte ai lati delle strade o nei parchi, dando a volte inquietanti segni di forte squilibrio mentale. Col tempo esso è diventato un popolo nel popolo, una umanità 'diversa' nel mondo dei normali, una popolazione permanente di rifiuti umani nell'opulenza di una società di consumi. Ed è stata forse proprio la presa d'atto collettiva della dimensione non transitoria del fenomeno dei senza casa che ha prodotto il radicale mutamento di atteggiamento del sistema giuridico nei loro confronti, trasformando l'iniziale tentativo di offrire una tutela, sia pur minima, ai nuovi poveri di strada in una feroce ostilità volta, attraverso il disconoscimento della

York Times, 30 luglio 2008, disponibile al sito: http://www.mhsa.net/matriarch/documents/7.30.08_NYTimes_US_Report%20Drop_in_Homeless_Population.pdf, ma vedi i punti di vista critici già riportati nell'articolo, nonché l'editoriale, *New York Behind the Curve*, in *The New York Times*, 20 agosto 2008, p. A 22.

⁽⁹¹⁾ U.S. Conference of Mayors, *A Status Report on Hunger and Homelessness in America's Cities: A 24-Cities Survey*, Dicembre 2005, p. 5, disponibile sul sito: <http://www.usmayors.org/publications/>

loro umanità, alla loro eliminazione sociale (se non addirittura fisica) mediante il diritto.

All'alba dell'apparizione per le strade americane dei *visible poors* le corti di giustizia sembravano pronte ad assumere il ruolo di tutrici di un ordine giuridico che esprimesse solidarietà e compassione verso quei consociati più sfortunati che, avendo perso tutto, chiedevano protezione al sistema. Ancora agli albori degli anni '90, pur ammettendo che « la gran parte del diritto americano si occupa dell'analisi e della protezione della proprietà privata » e che quindi, giacché « gli *homeless* non possiedono nulla, nel conflitto fra gli esseri umani e i beni materiali le corti incontrano dei forti limiti nel tutelare i primi », uno studioso del tema come Joel Blau poteva commentare con ottimismo: « Gli avvocati degli *homeless* rappresentano un tipo particolare di avvocati. A parte rare eccezioni i loro nomi non sono famosi, ma le loro cause hanno creato un nuovo diritto e trasformato le corti di giustizia nell'istituzione dello Stato di maggior sostegno per gli *homeless* »⁽⁹²⁾. Fino alla fine degli anni '80, infatti, avvocati socialmente impegnati avevano lottato con successo per il riconoscimento di un certo numero di diritti positivi in capo ai senzatetto: diritto a un luogo dove dormire, diritto a standard di decenza minimi nei dormitori pubblici, diritto a dormire insieme ai propri bambini a spese dello stato, diritto al voto o a ricevere i sussidi pubblici anche quando si è senza fissa dimora. Significativamente però le vittorie erano rimaste tutte sul piano statale e avevano riguardato solo alcuni fra gli Stati americani, mentre il livello giurisprudenziale federale si era fin dall'inizio dimostrato estraneo all'anelito di protezione attiva dei senzatetto⁽⁹³⁾.

Lo stato di New York, e in particolare New York City, avevano

⁽⁹²⁾ J. BLAU, *The Visible Poor*, cit., rispettivamente a p. 107 e a p. 98.

⁽⁹³⁾ Per esempio in *Lindsey v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972), la Corte Suprema Federale aveva espressamente chiarito come non fosse rinvenibile nella Costituzione federale alcun diritto da parte di chicchessia di disporre di un luogo in cui dormire gratuitamente: « *The Constitution does not provide judicial remedies for every social and economic ill. We are unable to perceive in that document any constitutional guarantee of access to dwellings of a particular quality* ». Ugualmente in *Lavine v. Milne*, 424 U.S. 577 (1976), aveva escluso l'esistenza di un obbligo costituzionalmente imposto, in capo ad uno Stato o alla Federazione, di provvedere al sostentamento dei poveri in qualunque forma.

rappresentato le forze trainanti nell'ondata di sostegno 'pro-active' a favore dei nuovi poveri di strada.

Nel 1978 un giovane avvocato di nome Robert Hayes, assunto presso il noto studio legale associato *Sullivan & Cromwell*, incuriosito dalla recente presenza di tanti *homeless* per le strade, aveva domandato loro per quale ragione fossero lì. Alla risposta che i pochi ripari pubblici erano in condizioni troppo deprecabili per poter essere presi in considerazione, aveva deciso di andare a trovare personalmente il direttore, del centro che distribuiva i *vouchers* che davano accesso alle stamberghie convenzionate con il comune. L'affermazione del direttore, che i dormitori erano appositamente tenuti in condizioni di degrado al fine di « incoraggiare quella gente ad organizzarsi diversamente », lo spinse a intentare una *class action* contro il comune di New York per far valere il diritto dei senzatetto ad avere un riparo. Il caso che ne seguì, *Callaban v. Carey* (1979) ⁽⁹⁴⁾, costituì una pietra miliare e un punto di riferimento per tutte le successive battaglie legali a favore degli *homeless*. I tre senzatetto che, attraverso Hayes, intentarono la causa a nome di tutti gli *homeless* di New York City fecero valere il fatto che su circa 10.000 persone senza casa presenti nella città di New York, nelle gelide notti invernali solo un numero variabile fra i 1.200 e i 2000 cercava di norma riparo nei dormitori pubblici, ma che fra loro meno di un migliaio poteva sperare di ottenere un *voucher* per dormire, mentre tutti gli altri erano regolarmente ributtati nelle strade per carenza di strutture *ad hoc*. La vittoria contro la *city* fu schiacciante, giacché la *Supreme Court of the State of New York* (che nonostante il nome è corte di primo grado) riconobbe l'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito al riparo notturno a spese pubbliche, in base alla norma della Costituzione dello Stato di New York del 1938, che così recita: « l'aiuto, la cura e il sostegno ai bisognosi costituiscono una preoccupazione pubblica e devono essere prestati dallo Stato [...] nel modo in cui la legge di volta in volta determinerà » ⁽⁹⁵⁾. La Corte avrebbe potuto leggere quella norma in maniera meno stringente, lasciando al legislatore il compito di stabilire la reale portata di quell'obbligo fino a svuotarlo di ogni significato (ciò che in seguito

⁽⁹⁴⁾ *Callaban et al. v. Carey*, No. 42582/79 (N.Y. Sup. Ct. Dec. 5, 1979).

⁽⁹⁵⁾ N.Y. Const. Art. XVII, § 1.

farà), ma nel 1979 decise di assumere il ruolo di paladina delle responsabilità dello Stato nei confronti di coloro che devono rivolgersi alla società per soddisfare le più elementari esigenze di sopravvivenza. Era la prima volta che negli Stati Uniti veniva riconosciuto giudizialmente un diritto ad avere un luogo in cui dormire e ciò generò una pletora di cause in tutta America che speravano in risultati simili. Quasi nessuna giurisdizione, tuttavia, prevedeva un tal diritto nella propria Costituzione e laddove riconosciuto, come in New Jersey, esso trovò fondamento nella legge ordinaria ⁽⁹⁶⁾. Altrove, pur in assenza di norme scritte in proposito, i comuni promisero in via transattiva di provvedere all'assistenza notturna per i senzatetto. D'altronde la stessa città di New York oppose una strenua resistenza al rispetto del decreto che seguì la vittoria giudiziaria degli *homeless* in *Callaban*, tanto che Hayes dovette recarsi ben trenta volte di fronte al giudice per cercare di ottenere l'applicazione dei termini del decreto ingiuntivo.

Le Corti dello Stato di New York andarono oltre nella tutela dei senzatetto, rimanendo insuperate nel loro tentativo di fornire protezione a quella classe di socialmente deboli. Nell'autunno del 1984, la città di New York aveva esaurito tutti i posti letto per famiglie senza casa, cosicché molte madri con figli piccoli erano state costrette ad andare a dormire negli uffici del centro assistenziale. Altre famiglie vivevano in locande poco attrezzate, al punto che i bimbi dormivano nei cassetti delle scrivanie in stanze che erano poco più grandi di un loculo, con fili elettrici volanti, servizi igienici non funzionanti e intonaco cadente. Con il caso *McCain v. Koch* ⁽⁹⁷⁾ gli avvocati degli *homeless*, dopo aver conquistato per i loro assistiti il diritto ad avere un riparo, ottennero dalle corti di giustizia l'affermazione del diritto ad avere un luogo *dignitoso* dove dormire. La

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *Algor v. County of Ocean*, No. Am-388-85T5 (N.J. Super. Ct., 23 December 1985); *Mattick v. Atlantic City* 524 A.2d 416 (N.J. Super.Ct., App. Div., 1987) che fondano le proprie decisioni su una legge dello Stato che stabilisce che: « *immediate public assistance shall be rendered promptly to any needy person by the director of welfare and municipality* ». Per l'unica ipotesi in cui il diritto ad essere aiutati, se bisognosi, è stato ricondotto direttamente alla Costituzione dello Stato, cfr. *Hodge v. Ginsberg*, 303 S.E.2d 245 (W.Va. 1983), in cui il dovere delle municipalità di aiutare gli *homeless* viene fatto dipendere dalla loro condizione di « *incapacitated adults* ».

⁽⁹⁷⁾ *McCain v. Koch*, 117 A.D.2d 198 (1986).

città doveva cioè garantire a coloro che ospitava in strutture di emergenza degli standard minimi di decenza. Nel caso *Jiggetts v. Grinker* ⁽⁹⁸⁾, inoltre, la Corte d'Appello dello Stato di New York si spinse fino ad attribuirsi il compito di controllare che il sussidio pubblico per le madri povere con figli piccoli a carico (AFDC) fosse sufficiente a garantire la reale possibilità di affittare una casa a New York, per modo da assicurare alle mamme indigenti il diritto di crescere i propri bimbi sotto un tetto comune.

Sulla scia delle decisioni delle corti newyorchesi, le giurisdizioni di altri Stati americani emisero pronunce volte a garantire diritti positivi ai senzatetto. Così molte corti assicurarono il diritto di votare ai senza fissa dimora contro norme che richiedevano all'uopo un indirizzo stabile ⁽⁹⁹⁾ o imposero la devoluzione dei sussidi di povertà anche allorquando il povero non potesse provare di avere una dimora fissa ⁽¹⁰⁰⁾. Oppure, come a Los Angeles, permisero agli *homeless* di accedere ai servizi di riparo notturno (pur senza garantire loro il relativo diritto) nonostante non possedessero certificati identificativi ⁽¹⁰¹⁾, ciò che comportò l'immediato sovraffollamento di tutti i letti di emergenza disponibili e il conseguente nuovo obbligo giudizialmente imposto alla città di concedere *vouchers* per alberghi più cari ⁽¹⁰²⁾. Una successiva causa contro la città terminò con un ordine da parte del giudice volto a proibire il rilascio di *vouchers* per l'accesso ad alberghi che non rispettassero livelli minimi di igiene e di temperatura tollerabile durante l'inverno ⁽¹⁰³⁾. Ancora, in California, Delaware, Illinois, Pennsylvania e nel *District of Columbia*, oltre che nello stato di New York, le corti impedirono che i bimbi degli *homeless* potessero essere separati dai loro genitori, come era

⁽⁹⁸⁾ *Jiggetts v. Grinker*, 75 N.Y.2d 411 (1990).

⁽⁹⁹⁾ Così fra le altre per esempio: *Board of Election Commissioners v. Chicago/Gary Area Union of Homeless*, No. 86-29, Ill. Cir. 26 September 1986; *Committee for Dignity and Fairness for the Homeless v. Tartaglione*, No. 84-3447, E.D.Pa. order and decree 14 September 1986; *Pitts v. Black*, S.D.N.Y. 10 October 1984.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. per esempio *Martin v. Milwaukee County*, No. 656-770, Wisconsin Cir. Ct., 9 January 1985.

⁽¹⁰¹⁾ *Eisenheim v. Board of Supervisors of Los Angeles County*, No. C 479453, Cal. Super. Ct., 1984.

⁽¹⁰²⁾ *Ross v. Board of Supervisors*, No. C501603, filed Cal. Ct. App., 11 June 1984.

⁽¹⁰³⁾ *Paris v. Board of Supervisors*, No. C523361, Cal. Super. Ct., filed 20 November 1984.

viceversa previsto dai protocolli amministrativi locali, e imposero una sistemazione di emergenza per tutta la famiglia, non soltanto per i minori ⁽¹⁰⁴⁾.

I successi degli avvocati degli *homeless* ebbero tuttavia vita breve e ben presto l'orientamento giurisprudenziale virò, guidato forse da quel sentimento collettivo che secondo Robert Ellickson aveva ormai colpito la nazione americana: la '*compassion fatigue*', ovvero una 'stanchezza di provar compassione' ⁽¹⁰⁵⁾. Negli anni '90, infatti, le corti smisero di accordare tutela alle rivendicazioni di protezione e aiuto da parte dei più deboli fra i deboli e di fronte alle nuove normative statali e locali, che al contrario adesso criminalizzavano gli *homeless* soltanto perché autori di condotte di mera sopravvivenza, piegarono i principi giuridici fino a renderli compatibili con norme brutali, degne del più cupo periodo medievale, e dettero fiato a un nuovo diritto penale: quello della pura inferiorità sociale.

Gli avvocati dei senzatetto furono così costretti a retrocedere pesantemente nelle loro richieste di giustizia e, partiti dalle battaglie per la tutela dei diritti positivi (ossia di solidarietà e responsabilizzazione sociale), si ritrovarono a combattere, per lo più senza successo, contro le ingerenze dello Stato nelle libertà negative dei poveri di strada e a lottare inutilmente per evitare che la mera condizione di *homeless* fosse punita in quanto tale.

⁽¹⁰⁴⁾ *Hansen v. McMahon* 193 Cal. App. 3d 283, 238 Cal. Rptr. 232 (Cal. App.2d Distr. 1987); *In the Matter of Derek W. Burns*, 519 A.2d 638 (Delaware, 1986); *In the Matter of G. et al.* (District of Columbia Super. Ct., filed 12 April 1982); *In re Annette W.*, No. 87-17975, Ill. Cir.Ct., 26 August 1988); *In the Interest of S.A.D.*, 555 A.2d 123 (Penn. Super. Ct., 1989); *Consentino and Perales* 138 2d 212; 524 N.Y.S. 2d 121 (N.Y. Supr. Ct., 1987).

⁽¹⁰⁵⁾ Per cui l'iniziale empatia dei consociati nei confronti degli *homeless*, il cui numero non accennava a diminuire, si era col tempo trasformata in intolleranza. R. ELLICKSON, *Controlling Chronic Misconduct in City Spaces: Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning*, in 105 Yale L.J. 1165, 1178 (1996). Sul tema, fra gli altri, cfr. J. LECKERMAN, *City of Brotherly Love?: Using the Fourteenth Amendment to Strike Down an Anti-Homeless Ordinance in Philadelphia*, in 3 U. Pa. J. Const. L. 540 (2001); C. L. BELLA, D. L. LOPEZ, *Quality of Life — At What Price? Constitutional Challenges to Laws Adversely Impacting the Homeless*, in 10 St. John's J. Legal Comment. 89, 108 (1994); N. A. MILLICH, *Compassion Fatigue and the First Amendment: Are the Homeless Constitutional Castaways?*, in 27 U.C. Davis L. Rev. 255 (1994).

4.2. ... alla negazione dei diritti negativi.

4.2.1. Soddisfare le esigenze di vita primarie.

L'inversione di tendenza che a partire dai primi anni '90 si registra a New York City costituisce ancora una volta la spia del cambiamento a livello nazionale. Nel 1993 Rudolph Giuliani viene eletto sindaco della città e con lui ha inizio una nuova politica criminal-amministrativa che, basandosi sulla teoria della 'finestra rotta' (cioè sull'idea che per prevenire la macro-criminalità occorre colpire la micro-criminalità e i comportamenti espressione di disordine sociale ⁽¹⁰⁶⁾), apre le porte della prigione a tutti coloro che commettono i cosiddetti 'reati contro la qualità della vita'. Non soltanto il piccolo spaccio di strada, ma anche l'essere ubriachi in pubblico, attraversare la strada senza rispettare i segnali stradali, lasciare le proprie (misere) cose sul suolo pubblico, vendere per strada senza licenza, non pagare il biglietto del pullman e tante altre condotte di scarsissimo allarme sociale vengono con Giuliani colpite con l'arresto, cui segue un giudizio per direttissima che comporta nella maggioranza dei casi un periodo medio di detenzione di circa tre settimane ⁽¹⁰⁷⁾. La nuova politica di 'tolleranza-zero' ha come

⁽¹⁰⁶⁾ « Venti mendicanti in una zona commerciale creano più problemi di una rapina a mano armata » aveva detto Kelling, uno degli ideatori della 'Broken Window Theory'. Secondo questa teoria, così come tutte le finestre di una casa finiranno per rompersi se, quando si rompe, una di esse non viene riparata; allo stesso modo quando i comportamenti espressione di disordine sociale sono tollerati, il disordine cresce fino trasformarsi in fatti di reato gravi e gravissimi. Per i suoi sostenitori l'aumento della criminalità e della paura è l'inevitabile risultato del disordine sociale e la rivendicazione di un controllo e della riappropriazione degli spazi pubblici da parte dell'autorità sono fondate sull'idea che le condotte disordinate rappresentino segnali di fallimento della sorveglianza pubblica che, come tali, aprono le porte alla commissione di reati gravi. Così J. Q. WILSON, G. L. KELLING, *Broken Window*, in « Atlantic Monthly », 1982, 3, pp. 29 ss. Durante il caso Loper, vedi *infra*, Kelling sostenne che i sintomi di disordine che derivano dalla presenza degli *homeless* e dei mendicanti aumentano la percezione di paura della gente, giacché « indicano che i reati sono più frequenti e nessuno se ne preoccupa »: *Loper v. New York City Police Department*, 802 F. Supp. 1029 (S.D.N.Y. 1992), p. 1046.

⁽¹⁰⁷⁾ Sul punto cfr. M. JACOBSON, *Downsizing Prisons. How to Reduce Crime and End Mass Incarceration*, New York-London, New York University Press, 2005, pp. 114 ss., in part. p. 118.

esplicito bersaglio soprattutto i poveri e fra questi in particolare i senzatetto della città. « L'obiettivo principale della politica di attacco ai reati contro la qualità della vita di Giuliani è quello di mandare via gli *homeless* » è in proposito il commento dell'*Economist* nel 1996 ⁽¹⁰⁸⁾. Lo stesso Rudolph Giuliani ammette senza pudore che « sarebbe una buona cosa se i poveri abbandonassero la città » e che l'espulsione dei poveri e dei poverissimi « è parte integrante della nostra strategia » ⁽¹⁰⁹⁾. Nel nuovo clima di pesante ostilità nei confronti dei più deboli e in un momento in cui la Coalizione di New York City contro la fame, nel 1997, stima in 73.000 anime coloro che vengono respinti dalle banche del cibo ogni mese per insufficienza di disponibilità alimentare (di cui il 61% è rappresentato da bambini) ⁽¹¹⁰⁾, il giudiziario dello Stato di New York fa marcia indietro sul diritto dei senzatetto ad avere un luogo dignitoso dove dormire. Mentre tutti i dormitori pubblici di New York sono pieni fino a scoppiare e lasciano all'addiaccio un altissimo numero di persone ⁽¹¹¹⁾, la decisione *McCain v. Giuliani* ⁽¹¹²⁾ del 1998 sovverte, infatti, tanto *McCain v. Koch* quanto, nella sostanza, *Callaban v. Carey*, abolendo in pratica ogni dovere di assistenza ai bisognosi da parte della pubblica autorità. Giuliani, difatti, era riuscito non solo a eliminare i requisiti minimi di sicurezza e comfort nei luoghi destinati al riparo per i poveri, convincendo il governatore dello Stato di New York, George Pataki, a riformare le regole stabilite all'uopo dal Dipartimento dei Servizi Sociali, ma aveva anche creato una tale quantità di ostacoli burocratici all'accesso ai dormitori, che nel 1998, su 24.000 domande di sistemazioni di emergenza, ne erano state accettate solamente 4.622 ⁽¹¹³⁾. Le nuove

⁽¹⁰⁸⁾ *New York's Homeless*, in *The Economist*, 6 luglio, 1996, p. 28.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. P. A. BARTA, *Note: Giuliani, Broken Windows, and the Right to Beg*, in 6 *Geo. J. on Poverty L. & Pol'y* 165 (1999), a p. 169, che cita sul punto W. BARRETT, E. MARKEY, *50 Reasons to Loathe Your Mayor*, in *The Village Voice*, 4 Novembre, 1997, disponibile in 1997 WL 11417426.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹¹⁾ Nel 1998 il *Washington Monthly* riporta che 300.000 famiglie non hanno un posto privato in cui stare. Cfr. E. HALPER, S. McCRUMMEN, *Out of Sight, Out of Mind: New York City's New Homeless Policy*, in « *Washington Monthly* », 1 aprile, 1998, p. 26.

⁽¹¹²⁾ *McCain v. Giuliani*, 252 A.D.2d 461, 676 N.Y.S.2d 151 (1998).

⁽¹¹³⁾ Sul punto P. A. BARTA, *Note: Giuliani*, cit., p. 170.

regole vengono giudicate conformi alla Costituzione dello Stato di New York dalla corte di appello del primo dipartimento: da quel momento in poi le battaglie per i diritti degli *homeless* sono destinate a percorrere linee di pura retroguardia. I diritti positivi vengono dimenticati, quando non addirittura legislativamente eliminati (come nello Stato di Washington, che non ha una Costituzione che impone doveri di aiuto ai poveri ⁽¹¹⁴⁾), mentre gli avvocati dei senzatetto si trovano ora a dover reagire contro le sempre più numerose norme che trasformano i poveri in criminali.

Già nel 1990 la Corte Federale d'Appello di secondo circuito aveva ritenuto costituzionalmente valido un regolamento dell'Autorità dei trasporti di New York che proibiva, sanzionandola anche con l'arresto, la richiesta di elemosina all'interno della metropolitana ⁽¹¹⁵⁾. Due *homeless*, in rappresentanza dell'intera classe dei senzatetto che chiedevano l'elemosina nella metropolitana, avevano fatto presente che la norma ledeva la loro libertà di espressione, giacché impediva loro di rappresentare ai terzi la situazione di indigenza in cui si trovavano. La Corte aveva ritenuto però che « chiedere l'elemosina è molto più una condotta che una espressione del pensiero » e non ricadeva perciò nella protezione del primo emendamento (che, come noto, tutela il *free speech*). Di più, mentre l'autorità pubblica nel proibire la richiesta di elemosina perseguiva un interesse legittimo, giacché mirava a proteggere la sicurezza dei passeggeri dai pericoli derivanti dalla presenza dei mendicanti, l'atto di chiedere l'elemosina « non costituisce nient'altro se non una minaccia al bene comune ». Le basi erano così state poste per una costruzione del povero, non come meritevole di solidarietà e carità umana, ma al contrario come nemico da colpire. E mentre Giuliani aveva naturalmente fatto ampio uso del suo potere di scacciare gli *homeless* dalla metropolitana di New York, all'inizio del suo mandato un'altra causa aveva visto coinvolto il diritto del povero a chiedere l'elemosina: *Loper v. New York City Police Depart-*

⁽¹¹⁴⁾ Sul punto M. FOSCARINIS, *Homelessness and Human Rights: Towards an Integrated Strategy*, in 19 St. Louis U. Pub. L. Rev. 327 (2000), p. 332.

⁽¹¹⁵⁾ Il caso è *Young v. New York City Transit Authority*, 903 F.2d 146 (2d Cir. 1990).

ment ⁽¹¹⁶⁾. Si trattava di una battaglia processuale contro una legge statale del 1989 che puniva chiunque « girovagasse, rimanesse o vagasse in un posto pubblico con l'intenzione di chiedere l'elemosina ». Anche qui si erano costituiti in giudizio come attori alcuni individui indigenti in rappresentanza di un'intera classe, allo scopo di far dichiarare costituzionalmente illegittima la norma per violazione del primo emendamento. La battaglia questa volta fu vittoriosa, perché la Corte (la stessa della volta prima) ritenne troppo ampio il divieto, non circoscritto quanto a luogo, modalità della condotta o orario, e per questo motivo lo considerò in contrasto con la libertà di espressione poiché, disse, non lasciava aperto ai poveri alcun canale alternativo di comunicazione della propria indigenza. Gli avvocati degli *homeless* salutarono con entusiasmo la decisione, ma gli effetti della stessa furono alla lunga decisamente controproducenti per i loro assistiti. Da un canto, infatti, la polizia e i *prosecutors* di New York continuarono ad arrestare ed esercitare l'azione penale nei confronti di chiunque chiedesse l'elemosina, dimentichi della decisione *Loper*. Solo una *class action* intentata nel 2005 convinse il *District Attorney* (ossia la pubblica accusa) del Bronx a stipulare un accordo scritto con la polizia e la città perché la decisione *Loper* fosse rispettata ⁽¹¹⁷⁾. D'altro canto quella pronuncia servì alle legislature degli Stati e delle municipalità per capire come avrebbero dovuto formulare i futuri divieti di elemosinare che, pur rimanendo estremamente efficaci nel criminalizzare il povero, superassero il vaglio di costituzionalità.

Gli anni del dopo *Loper* vedono il fiorire di una fervente attività legislativa, tanto a livello statale quanto soprattutto locale, che produce norme penali volte a punire condotte essenziali per la sopravvivenza dei poverissimi ⁽¹¹⁸⁾. Non solo chiedere l'elemosina, ma anche sedersi (magari addirittura su uno sgabello o una sediolina) o sdraiarsi (a maggior ragione se usando una coperta) sui

⁽¹¹⁶⁾ *Loper v. New York City Police Department*, 802 F. Supp. 1029 (S.D.N.Y. 1992), aff'd, 999 F.2d 699 (2d Cir. 1993).

⁽¹¹⁷⁾ *A Dream Denied*, cit., p. 38.

⁽¹¹⁸⁾ È opportuno notare come negli Stati Uniti, in forza di una generale autorizzazione del parlamento statale, le ordinanze municipali possano contenere norme penali, sia pur limitate a reati non gravi. Cfr. W. R. LAFAVE, *Criminal Law*, 4th ed., S. Paul, Minn., West Publishing Company, 2003, pp. 45 ss.

marciapiedi, riposarsi nei parchi pubblici, accamparsi sul suolo pubblico, posarvi cartoni o costruire dei ripari di fortuna, lasciarvi — anche per poco tempo — i propri effetti personali, fare rumore, bere alcolici in pubblico, urinare e defecare all'aperto, gettare rifiuti per terra, e naturalmente esercitare l'attività di lavavetri nel traffico o vendere per la strada senza licenza, diventano, fra le tante altre condotte, 'reati contro la qualità della vita', punibili con un'amenda (che tuttavia può sempre convertirsi in pena detentiva) e/o con l'arresto. Le leggi statali, ma soprattutto le ordinanze cittadine che, sulla scia della teoria criminologica della 'finestra rotta', puniscono simili attività si moltiplicano negli anni: un recente sondaggio della Coalizione Nazionale degli *Homeless* e del Centro Giuridico Nazionale sugli *Homeless* e la Povertà stima per esempio come fra il 2002 e il 2005, nelle 224 città oggetto di indagine, esse siano aumentate fino al 18% ⁽¹¹⁹⁾.

Prima di *Loper* almeno altre due pronunce giurisprudenziali erano state fondamentali nell'indicare ai nuovi legislatori la via da seguire per emanare norme che, pur odiose nella sostanza, avrebbero ipocritamente superato il vaglio di civiltà giuridica operato dalle corti di giustizia alla stregua delle carte fondamentali, sia statali che federale. Si tratta dei casi *Robinson v. California* ⁽¹²⁰⁾, così come chiarito da *Powell v. Texas* ⁽¹²¹⁾, e *Papachristou v. City of Jacksonville* ⁽¹²²⁾. Nella prima decisione, del 1962, la Corte Suprema degli Stati Uniti stabilì che non si può criminalizzare uno status, pena la violazione del divieto di punizione crudele e inusuale previsto dall'ottavo emendamento della Costituzione Federale. Nel caso specifico la Corte dichiarò incostituzionale il far discendere una sanzione penale dal mero fatto di essere drogati. Pochi anni dopo tuttavia, in *Powell v. Texas* (1968), la stessa Corte operò una distinzione, frutto di vera e propria prestidigitazione giuridica, che si rivelò essenziale per consentire ai legislatori di colpire mediante

⁽¹¹⁹⁾ Ivi, cit., p. 9. Sulla diffusione delle politiche newyorchesi, che si fondano sulla teoria della finestra rotta si sofferma: J. McNAMARA, *Zero Tolerance, Infinte Repercussion: When NYPD Style Becomes Model for Nation, It's Time to Worry*, in *Greensboro News & Rec.*, 9 Nov., 1997, p. F1.

⁽¹²⁰⁾ *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1960).

⁽¹²¹⁾ *Powell v. Texas*, 392 U.S. 514 (1968).

⁽¹²²⁾ *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972).

sanzione penale ciò che in base alla prima sentenza non avrebbero potuto punire. La Corte chiarì infatti che una cosa è lo status, altro è il comportamento associato allo status: così l'alcolista, che non avrebbe potuto essere punito in quanto tale, poteva viceversa ricevere una sanzione penale perché ubriaco in pubblico. E nonostante il giudice White avesse posto la questione relativa ai senza casa, che « ubriachi o sobri, non hanno altro posto che la strada dove andare quando bevono », il suo commento finì per costituire un mero *obiter dictum*, da relegare nel dimenticatoio ⁽¹²³⁾. Nel 1972, poi, la Corte Suprema con *Papachristou v. City of Jacksonville*, dichiarò contraria al quattordicesimo emendamento una legge che puniva il vagabondaggio, perché troppo vaga e non « idonea a fornire a una persona di normale intelligenza l'indicazione della condotta punita » ⁽¹²⁴⁾, mettendo così fuori legge tutte le normative non abbastanza specifiche nella descrizione dei comportamenti vietati.

Dopo tali pronunce i legislatori fecero attenzione a circoscrivere le condotte vietate e a sanzionare i comportamenti associati agli status e non gli status medesimi, riuscendo a venir fuori indenni dal controllo di costituzionalità, anche se i divieti che stabilivano colpivano efficacemente solo e soltanto i deboli in quanto tali. « Il maestoso egualitarismo del diritto che punisce tanto i ricchi quanto i poveri quando dormono sotto i ponti, chiedono l'elemosina per strada o rubano un tozzo di pane » ⁽¹²⁵⁾ fu così definitivamente ristabilito.

Le leggi statali, ma più spesso le ordinanze comunali, sanzionarono le richieste di elemosina 'aggressive', ossia compiute da gruppi composti da due o più mendicanti, o seguendo il destinatario della domanda, toccandolo, bloccandogli il cammino, ripetendo la preghiera dopo un primo rifiuto ⁽¹²⁶⁾. Colpirono anche le domande di aiuto economico effettuate in luoghi precisi: alle fermate degli autobus o dei taxi, di fronte ai ristoranti, ai negozi, ai distributori automatici di soldi, ai bagni e telefoni pubblici, nelle stazioni dei

⁽¹²³⁾ *Powell v. Texas*, cit., a p. 551.

⁽¹²⁴⁾ *Papachristou v. City of Jacksonville*, cit., 162.

⁽¹²⁵⁾ Così Anatole FRANCE, *Le Lys Rouge*, Paris, Calmann Levy, 1984, cap. 7.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. per esempio le ordinanze della città di Minneapolis (MN) o quelle di Lawrence (KS), di Memphis (TN) o ancora di Rochester (NY), in *A Dream Denied*, cit.

treni, nei parcheggi pubblici, nei centri commerciali, nelle strade del centro, agli incroci stradali; o ancora realizzate in orari specifici: per esempio dalle 9 del mattino alle 7 di sera ⁽¹²⁷⁾. Insomma, in nome della sicurezza pubblica, del decoro, o addirittura degli interessi commerciali, i legislatori statali o locali vietarono, criminalizzandole, tutte le richieste di elemosina che avrebbero potuto ragionevolmente essere soddisfatte. Non essendo, tuttavia, più generici e generali quei divieti furono giudicati rientranti nei confini di accettabilità costituzionale del nuovo diritto penale dell'inferiorità sociale ⁽¹²⁸⁾. Allo stesso modo le normative che vietano di sedersi, sdraiarsi, lasciare le proprie cose per strada, dormire nei parchi o sul suolo pubblico, circoscritte in qualche misura, per orario o zona ⁽¹²⁹⁾, furono ritenute costituzionalmente legittime anche se impediscono di fatto ai senzatetto l'espletamento della più necessaria delle funzioni umane: il riposo. Le cosiddette '*anti-camping laws*', ossia le normative che proibiscono di dormire negli spazi pubblici, sono d'altronde state spesso ritenute legittime anche se idonee a impedire quell'attività fisiologica dell'uomo in qualunque luogo della città. In *Tobe v. Santa Ana* (1994) ⁽¹³⁰⁾ alcuni *homeless* avevano per esempio fatto valere di fronte alle corti statali della California l'incostituzionalità di una ordinanza municipale che punisce chi « 1) fa uso di un armamentario da campeggio: lettini, sacchi a pelo o attrezzatura per cucinare 2) pianta, occupa o usa attrezzature da campeggio incluse tende, capanni o ripari provvisori 3) tiene i propri effetti personali ovunque in città 4) vive temporaneamente in un accampamento o negli spazi esterni della città. » L'ordinanza aveva fatto seguito a una

⁽¹²⁷⁾ Fra le tante, cfr. le ordinanze di Atlanta (GA), Battendorf (IA), Pittsburgh (PA), San Antonio e Austin (TX), Chicago (IL), San Francisco (CA), Cleveland (OH), Columbus (OH), Denver (CO), Fort Lauderdale (FL), Norwalk (CT), Savannah (GA), Ukiah (CA), *ivi*.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. *ivi*, pp. 105 e ss., le tante decisioni, federali e statali, sul punto.

⁽¹²⁹⁾ Anche qui, fra le tantissime, cfr. *ivi* le ordinanze di Houston (TX), Philadelphia (PA), Santa Monica (CA), San Francisco (CA), San Antonio e Austin (TX), Anchorage (AK), Los Angeles (CA), Bradenton, (FL), Cambridge (MA), Palo Alto (CA), Portland (OR) (che punisce chiunque si sieda con le gambe allungate sui marciapiedi o vi lasci le proprie cose durante l'orario di apertura dei negozi), Sacramento (CA), San Diego (CA), Santa Cruz (CA) (che punisce chi dorme all'aperto fra le 11 di sera e le 8 del mattino e nelle stesse ore chiunque si copra con coperte!).

⁽¹³⁰⁾ *Tobe v. City of Santa Ana*, 27 Cal. Rptr. 2d 386 (Cal. Ct. App. 1994).

promessa da parte del comune di astenersi da sgomberi come quelli che aveva realizzato nel passato quando « per il solo fatto di aver buttato un fiammifero, una foglia o un pezzo di carta per terra o ancora per non aver rispettato le regole nell'attraversamento stradale » la polizia aveva arrestato alcuni senzatetto e li aveva « ammannettati, portati in un campo sportivo per essere identificati, legati con delle catene alle panchine, marchiati con dei numeri e trattenuti per circa sei ore prima di rilasciarli in un altro luogo » ⁽¹³¹⁾.

Di fronte alle asserzioni degli *homeless* che ritenevano che la nuova ordinanza violasse il loro diritto di libera circolazione, oltre che il diritto a non essere sottoposti a una punizione crudele e inusuale e che fosse inoltre illegittima sotto il profilo della carenza di tassatività, la Corte di secondo grado, a differenza di quella di prima istanza, aveva dato loro ragione. Ritenendo che quelle norme colpissero lo status degli *homeless* aveva detto: « essere senzatetto, così come essere malati o tossicodipendenti, è uno status, come tale fuori dalla portata del diritto penale; e questo vale anche per le condotte di natura involontaria o a carattere indispensabile come il dormire » ⁽¹³²⁾. E ancora: « Come possiamo andare a testa alta e confondere l'attività criminale con il bisogno di aiuto o di lavoro? » ⁽¹³³⁾ La Corte Suprema della California aveva però rovesciato la decisione di secondo grado e dichiarato perfettamente legittima l'ordinanza in quanto, secondo il suo avviso, non solo colpiva non lo status ma alcune specifiche condotte, come tali realizzabili da chiunque (fosse egli o ella *homeless* o meno), ma costituiva una ragionevole regolamentazione degli spazi pubblici, giacché « il comune non soltanto ha il potere di mantenere le sue strade e la proprietà pubblica in condizioni tali da poter essere utilizzate per gli scopi cui sono preposte, ma ha il dovere di farlo » ⁽¹³⁴⁾. Né aveva ritenuto l'ordinanza censurabile sotto il profilo della determinatezza della condotta vietata.

⁽¹³¹⁾ Ivi, p. 389.

⁽¹³²⁾ Ivi, p. 393.

⁽¹³³⁾ Ivi, p. 394. La Corte cita per l'occasione un passo di un lavoro dell'ex giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, William O. DOUGLAS, *Vagrancy and Arrest on Suspicion*, 70 Yale L.J. 1, 12 (1960).

⁽¹³⁴⁾ Così *Tobe v. City of Santa Ana*, 892 P.2d 1145, 1169 (1995).

Allo stesso modo si era regolata, nel 1994, la Corte distrettuale federale del Nord della California di fronte alla sollevata questione di costituzionalità delle tante ordinanze comunali della città di San Francisco che sanzionano reati contro la qualità della vita e che, all'inizio degli anni '90, erano state utilizzate, nell'ambito del c.d. programma Matrix del sindaco Frank Jordan, per allontanare coattivamente i senzatetto della città ⁽¹³⁵⁾. In un noto caso la polizia aveva ammanettato un intero accampamento di *homeless* che stavano in un parco, fatto un mucchio di tutte le loro cose (inclusi i documenti d'identificazione e le medicine) e le aveva distrutte, prima di arrestare tutti i senzatetto e mandarli in prigione. La corte distrettuale aveva respinto le istanze degli avvocati degli *homeless* e ritenuto le ordinanze, che puniscono le attività di mera sopravvivenza dei senzatetto (incluso il dormire nei parchi pubblici e per le strade), legittime sotto il profilo costituzionale perché « essere senza casa non è uno status, ma una condizione, e per di più una condizione che può essere evitata » ⁽¹³⁶⁾! « Verso la fine degli anni '90 », dice un giurista impegnato nelle lotte per i più deboli « i senzatetto di San Francisco dovettero confrontarsi con una cupa realtà. Erano considerati una classe di criminali, ma non avevano letteralmente alcun posto dove andare a causa della carenza di posti letto pubblici. Con una popolazione di *homeless* stimata fra 7.000 e 16.000 anime, i dormitori pubblici potevano ospitare a stento 2000 persone. La città aveva cominciato a distribuire i posti letto mediante lotterie » ⁽¹³⁷⁾.

Nel 2000 la Corte d'Appello dell'undicesimo circuito aveva per parte sua ritenuto pienamente legittimi i divieti contenuti nella sezione 43.52 del codice cittadino di Orlando, Florida (la città di *Disneyworld*), che punisce l'attività di accamparsi sul suolo pubblico, dove il termine « accamparsi » viene definito come « il dormire all'aperto (*sleeping out-of doors*) » ⁽¹³⁸⁾. La Corte ritenne che dormire all'aperto non è un diritto fondamentale costituzionalmente

⁽¹³⁵⁾ *Joyce v. City and County of San Francisco*, 846 F. Supp. 843 (N.D. Cal. 1994); 87 F.3d 1320 (9th Cir. 1996).

⁽¹³⁶⁾ *Joyce*, cit., 846 F. Supp., cit., 857.

⁽¹³⁷⁾ T. KY-NAM MILLER, *The Unmet Promises*, cit., p. 182.

⁽¹³⁸⁾ *Joel v. City of Orlando*, 232 F.3d 1353 (11th Cir. 2000) *cert.denied* 149 L. Ed. 2d 480 (2001).

garantito e che attraverso quel divieto il comune persegue un suo legittimo interesse costituito dal promuovere l'estetica, il profilo sanitario, la salute pubblica e la sicurezza della città. D'altronde, disse la Corte, la città di Orlando ha ancora posti liberi nei dormitori pubblici, ciò che impedisce ai divieti penalmente sanzionati di configurarsi come ipotesi di punizioni crudeli e inusuali. L'opportunità, non sfruttata, di fare uso delle strutture pubbliche per dormire, sia pure laddove esse siano — come nella stragrande maggioranza dei casi accade — in condizioni igieniche e sanitarie degradate, oltre che sovraffollate, sembrerebbe rappresentare così una buona ragione per punire chi voglia evitare simili luoghi. Anche laddove, tuttavia, quelle strutture non sono in concreto disponibili, le Corti finiscono per avallare le ordinanze che sanzionano chi dorme per strada, come di fatto accadde in *Johson v. City of Dallas* ⁽¹³⁹⁾ (dove le ordinanze al vaglio di costituzionalità riguardavano la proibizione di dormire in pubblico, di rovistare nei bidoni della spazzatura alla ricerca di cibo e la chiusura di alcune pubbliche proprietà in certe ore), lasciando a volte aperta la possibilità per l'accusato di far valere la scriminante dello stato di necessità attraverso la prova che nessun alternativa era in concreto fruibile ⁽¹⁴⁰⁾. Possibilità però, che come ben sa chi conosce un poco il sistema processuale nord americano, non è che puramente teorica, legata com'è alle capacità del difensore tecnico, che nel caso dei poveri è normalmente troppo sottopagato per essere minimamente competente ⁽¹⁴¹⁾.

Sono pochissime le pronunce che prendono posizione a favore degli *homeless* ⁽¹⁴²⁾ e anche quando ciò accade gli amministratori e i legislatori locali reagiscono con fermezza, annullandone rapidamente gli effetti positivi. È questo per esempio il caso di una rara

⁽¹³⁹⁾ *Johson v. City of Dallas*, 61 F.3d 442 (5th Cir. 1995).

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. per esempio *In re Eichorn*, 81 Cal. Rptr. 2d 535 (Cal. App. Dep't. Super. Ct. 2000); ma vedi *People v. McManus*, Case No.02M09109 (Cal. Sup. Ct. 2002), in cui il giudice rifiuta all'*homeless* accusato e poi condannato per « illegal camping » di presentare la scriminante dello stato di necessità fondata sulla mancanza di dormitori che fossero disposti quella notte ad accogliere anche i suoi tre cani.

⁽¹⁴¹⁾ Mi permetto di rinviare sul punto a E. GRANDE, *Il terzo strike*, cit., pp. 91 ss.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. *Pottinger v. City of Miami*, 76 F.3d 1154 (11th Cir. 1996), come commentata da J. Leckerman, *City of Brotherly Love?*, cit., pp. 552 ss.

sentenza di una corte di primo grado dell'Oregon (*State v. Wicks* del 2000) ⁽¹⁴³⁾ che, di fronte all'arresto di un padre e di suo figlio per violazione del Portland City Code, titolo 14, 14.08.250, che proibiva « di accamparsi in qualsiasi luogo di accesso pubblico, sotto i ponti o i viadotti », aveva invalidato la norma penale ritenendola contrastante con il principio per cui non si può punire un mero status. È impossibile, disse in sintesi la Corte, separare lo status di *homeless* e i comportamenti accessori a un tale status, come dormire o mangiare in pubblico, se le strade sono l'unico posto in cui i senzatetto possono andare. La punizione è quindi crudele e inusuale e viola altresì il diritto di libero movimento e circolazione delle persone. Poco tempo dopo la decisione, il consiglio comunale di Portland aveva però già varato una serie di misure che nella sostanza riproducevano gli effetti della norma dichiarata illegittima. Oltre ad aver intensificato i controlli nei parchi pubblici, il consiglio aveva varato nuovi divieti penali relativi a vari tipi di condotte 'disordinate' all'interno dei parchi stessi, cui seguivano proibizioni dal rientrarvi della durata di 90 giorni, la cui violazione comportava (e comporta) una pena detentiva fino a sei mesi. L'*Oregon Department of Transportation* aveva poi speso oltre 15.000 dollari per realizzare una gran quantità di sgomberi da accampamenti abusivi di *homeless* che si trovavano sotto i ponti o i viadotti, dando applicazione in proposito ad una pre-esistente legislazione statale. Aveva infine recintato con delle gabbie di metallo le zone sgomberate per modo che gli *homeless* non potessero tornarvi. Un coprifuoco dei parchi pubblici a partire dalle 9 di sera, con sanzione penale annessa, doveva completare la reazione dell'esecutivo e legislativo locale alle aperture verso i poveri operate dal giudiziario.

Così, nella nuova atmosfera giuridica che vede le corti di giustizia americane ritirare il proprio sostegno ai poveri e ai senzatetto, gli avvocati degli *homeless* perdono tutte, o quasi, le loro battaglie, nonostante esse siano ormai mere lotte di retroguardia, volte cioè, non più a rivendicare solidarietà e aiuto per i più poveri, ma molto più banalmente a ottenere il riconoscimento di un puro diritto ad esistere.

⁽¹⁴³⁾ *State v. Wicks*, Nos. 2711742 & 2711743, (Ore. Cir. Ct. Multnomah County 2000).

Le conquiste cui oggi paradossalmente i senzateo mirano sono nulla più che la possibilità di sapere con un po' di anticipo quando avverrà il prossimo sgombero, per modo da riuscire a mettere in salvo le misere cose che rappresentano tutti i loro averi; o l'opportunità, come accade a San Diego, di vedere svolti direttamente nei dormitori pubblici i processi che li riguardano come imputati ⁽¹⁴⁴⁾. Ciò permette loro non solo di avere un'adeguata assistenza tecnica, ma di ottemperare altresì alle citazioni in giudizio per i reati contro la qualità della vita che hanno commesso, evitando così la sicura detenzione conseguente al mandato di arresto che discenderebbe dalla loro mancata presentazione in corte e che trasformerebbe quindi in carcere una citazione in giudizio per un fatto sovente inizialmente punibile con una sanzione pecuniaria o un lavoro di pubblica utilità. Il carcere, d'altra parte, moltiplica gli effetti dell'emarginazione sociale degli *homeless*, perché una sanzione detentiva determina maggiori difficoltà nel trovare lavoro, nel trovare casa, nonché l'esclusione dai miseri sussidi pubblici di cui il senzateo eventualmente fruisce. Sicché, detenzione dopo detenzione la discesa verso gli inferi non ha più tregua e le carceri americane sempre più piene di poveri esplodono, anche se il costo di un posto letto nelle prigioni è da due a tre volte più alto di quello di una decente stanzetta in una casa di accoglienza ⁽¹⁴⁵⁾.

4.2.2. Don't Feed the Homeless.

L'empatia e l'atteggiamento di solidarietà che negli anni '80 avevano caratterizzato la risposta collettiva al problema rappresentato dalla nuova povertà di strada, di cui le corti di giustizia si erano fatte autorevoli portavoce, si sono dunque dissolti con rapidità negli anni '90. Ad essi si sono sostituiti opposti sentimenti di paura, ostilità e addirittura rabbia nei confronti di quel nuovo 'altro da sé', che più si cerca di eliminare dalla vista, più diventa visibile e ingombrante, con quel suo fardello di imbarazzante e costante testimonianza vivente delle profonde disuguaglianze e ingiustizie della società. Il nuovo povero sta sulle scale di casa quando esci, lo

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. per l'esempio di S. Diego, imitato in altre città americane, *A Dream Denied*, cit., pp. 22 s.; T. KY-NAM MILLER, *The Unmet Promises*, cit., p. 187.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. *A Dream Denied*, cit., p. 11.

trovi con il bicchiere di carta in mano fuori dal ristorante dove hai assaporato una deliziosa cena o sta gettato sul marciapiede con a fianco la sua carrozzella da handicappato lungo la strada che percorri per raggiungere il teatro dove è di scena il tuo spettacolo preferito. E per quanto le *anti-homeless laws*, avallate dalle decisioni delle corti di fine secolo, lo prendano di mira per annientarlo, lui è sempre lì, a ricordarti il fallimento di quell'ideale di *'liberté, fraternité et égalité'*, di cui la cui retorica collettiva (e dei giuristi in modo particolare) continua ad avvalersi per descrivere le caratteristiche del sistema giuridico della modernità. E mentre prendi mentalmente le distanze da quell'essere umano, cui di umano è rimasto poco o nulla, costruendolo come diverso da te e come tuo nemico, non immagini quanto sia facile che quelle distanze si accorcino, fino a scomparire del tutto. Un incidente, che per te, che sei uno dei 48 milioni di individui americani non assicurati, significa essere gettato sul lastrico dal costo delle cure mediche; un licenziamento improvviso con quel che ne consegue, giacché non hai che la proprietà virtuale della casa e dei tuoi beni, che ti vengono immediatamente confiscati perché non puoi più pagare le rate del mutuo; un uragano che spazza via la tua casa e la tua città; una crisi economica che ti obbliga a chiudere l'attività commerciale ... ed ecco che in men che non si dica tu sei diventato lui. Ma non ci pensi, non ci vuoi pensare, e accetti passivamente i messaggi che ti giungono dalla società, che, attraverso la teoria della 'finestra rotta', veicolano un'immagine dell'*homeless* coincidente con il micro-criminale, come tale principale responsabile di quella criminalità predatoria e vera (rapine, stupri, violenze, omicidi), che colpisce tutte le città americane.

La *'compassion fatigue'* nei confronti dei poverissimi, ossia quella stanchezza di provare compassione per il più debole, nasce anche, infatti, da una studiata propaganda volta a distruggere qualunque sentimento di solidarietà verso chi ha bisogno. Come sempre la città di New York fa da apripista delle nuove tendenze in atto. Quando nel 1989 entrano in vigore i divieti di chiedere l'elemosina nella metropolitana, la *Transit Authority* di New York lancia un'efficace campagna d'informazione volta a ridurre l'empatia del pubblico nei confronti degli *homeless*. A questo scopo l'autorità dei trasporti newyorchese distribuisce un milione e mezzo di volantini e affigge 15.000 poster all'interno della metropolitana per descrivere le

nuove proibizioni e le relative sanzioni penali. All'arrivo di Giuliani alla carica di sindaco la campagna diventa più aggressiva e i poster e i volantini vengono modificati per modo da veicolare con chiarezza un messaggio di ostilità nei confronti di chi chiede. Uno dei poster recitava: « Chiedere l'elemosina nella metropolitana è illegale. Indipendentemente da quello che tu pensi. Dai all'associazione di beneficenza che credi, ma non dare nella metropolitana ». Sotto questa scritta compariva una nuvola di pensiero, come nei fumetti, che faceva dire a chi era seduto nel posto sottostante: « Uh, Uh, oddio, non me, non me. Oh, per piacere non starmi di fronte. Stai domandandomi soldi, fantastico! Tutto lo scompartimento ci guarda. Cosa faccio? Cosa faccio? Lo so. Farò finta di leggere un libro. Ecco. Ho un senso di rimorso. Davvero. Ma ehi, sono i miei soldi. E che ne so come li spenderai? No, mi spiace, da me non avrai nulla. » Il poster suggeriva che l'offerta fatta direttamente al povero sarebbe stata usata per comprare droga o alcol e che la maggioranza di coloro che mendicano sono in realtà degli imbrogliatori che hanno trovato un buon modo per guadagnare con facilità.

Sulla scia di New York, molte città americane hanno lanciato analoghe campagne contro chi chiede l'elemosina, allo scopo di frenare gli eventuali istinti di generosità o di annullare i possibili sensi di colpa dei consociati più fortunati nei confronti dei più deboli. L'operazione di marketing anti-povero è realizzata attraverso l'uso di un linguaggio ad effetto, come ad Anchorage in Alaska, in cui uno degli slogan della campagna messa a punto dal comune e dalle associazioni di commercianti, dal persuasivo titolo « Cambiare per migliorare » (« *Change for the Better* »), è: « *gives change in ways that make change* », ossia — anche se in italiano si perde il gioco di parole — « dai i tuoi spiccioli in modo da cambiare la situazione »⁽¹⁴⁶⁾. Lo scopo è di scoraggiare, attraverso cartelloni sapientemente affissi nei pullman, nei ristoranti e nei negozi, le donazioni ai mendicanti, per sostituirle (ma si tratta in verità di un obiettivo del tutto secondario) con offerte ad associazioni di beneficenza. Altrove vengono predisposti dei contenitori per la raccolta di quei fondi che non vengono elargiti direttamente agli *homeless*. Ad Athens, in Georgia, per esempio, scritte su

⁽¹⁴⁶⁾ Ivi, p. 39. A Baltimora, in Maryland, la campagna prende similmente il nome di 'The Make a Change', ivi, p. 46.

speciali parchimetri recitano: « Un'offerta qui vi consentirà di aiutare gli *homeless*. Per piacere non date soldi a chi chiede l'elemosina. » Le somme raccolte sono devolute all'associazione locale degli *homeless*, che tuttavia non distribuisce cibo, ma trasporti gratuiti ... possibilmente fuori dai confini della città di Athens! A Evanston, in Illinois, le organizzazioni pubbliche e private locali hanno affisso circa 1.000 manifesti per dire ai residenti di « trovare un altro modo di dare »⁽¹⁴⁷⁾; mentre a Denver, in Colorado, le associazioni di commercianti, che vedono la mendicizia come un serio problema (per loro stessi e le loro attività ovviamente), dopo aver calcolato che i mendicanti raccolgono circa 4 milioni e 600 mila dollari l'anno, hanno lanciato un'iniziativa che sensibilizza la gente nei confronti degli effetti controproducenti della generosità verso i poveri. « Dobbiamo aiutarli, ma dobbiamo farlo senza alimentare le loro tossicodipendenze », dice un esponente di quelle associazioni, proponendo un uso differente delle somme altrimenti elargite ai mendicanti. Come se meno di 5 milioni di dollari l'anno potessero risolvere la questione della povertà di quei 10.200 senzatetto stimati presenti a Denver nel 2005⁽¹⁴⁸⁾!

La retorica ipocritamente buonista volta a enfatizzare gli effetti negativi di un'offerta in denaro utilizzata dai poveri a danno della loro stessa salute (di cui peraltro il sistema si disinteressa completamente quando si tratta di offrire loro cure), è impiegata a Nashville, in Tennessee, così come a Columbus, in Ohio o a Memphis, sempre in Tennessee. A volte, come in quest'ultima città, essa si accompagna a una più esplicita ammissione del mero desiderio di allontanare dal centro commerciale i mendicanti, che, all'interno di un rapporto titolato « Fare in modo che il progresso continui: migliorare gli spazi pubblici di Memphis », sono per esempio indicati come coloro che frenano il progresso della comunità⁽¹⁴⁹⁾!

Ai poveri, che sono ubriaconi e tossicodipendenti, dunque, non solo si può non dare, ma si *deve* non dare: è questo il messaggio che proviene con forza dalle campagne di sensibilizzazione dell'opinione pubblica e poco importa se i sondaggi dicono che chi chiede

⁽¹⁴⁷⁾ Ivi, p. 55.

⁽¹⁴⁸⁾ Ivi, p. 54.

⁽¹⁴⁹⁾ Ivi, p. 61.

l'elemosina usa ciò che riceve soprattutto per mangiare, fare il bucato e acquistare prodotti per l'igiene ⁽¹⁵⁰⁾.

In alcuni casi, poi, gli amministratori locali americani non si sono accontentati di semplici esortazioni rivolte a coloro che vogliono obbedire al precetto di dare ai bisognosi, ma sono andati oltre, giungendo a sanzionare chi fa la carità, come accade ad Anchorage, dove è proibito elargire denaro da un autoveicolo che si trova sulla pubblica via ⁽¹⁵¹⁾.

Don't feed the homeless, ossia « non dar da mangiare ai senza-tetto », sembra dunque essere il monito che sintetizza l'atteggiamento della società americana nei confronti dei suoi membri più deboli, ridotti al livello degli animali (non domestici) da capaci propagande mediatiche. E l'ammonimento non è solo metaforico. A Santa Monica, in California, un'ordinanza municipale del 2002 ha ridotto da 26 a 4 i luoghi in cui le organizzazioni autorizzate possono offrire cibo ai poveri e limita, salvo apposita autorizzazione, il numero dei recipienti a 150, sulla base del principio che dare da mangiare agli *homeless* serve solo a esacerbare il problema dei senza casa ⁽¹⁵²⁾. D'altronde nella stessa città un'altra ordinanza vieta di offrire perfino un dolce a « qualunque membro del pubblico » se non si dispone di licenza. A Dallas, in Texas, dal settembre 2005, un'ordinanza sanziona con 2000 dollari di multa tutte le associazioni caritatevoli che servono da mangiare ai poveri fuori dalle aree designate ⁽¹⁵³⁾. A Jacksonville, in Florida, due ordinanze varate ad ottobre del 2005 vietano la distribuzione di cibo nelle strade e nei parchi cittadini ⁽¹⁵⁴⁾, mentre a San Francisco fra il 1993 e il 1995 furono arrestate più di 700 persone per aver dato da mangiare ai poveri senza permesso ⁽¹⁵⁵⁾.

Le ordinanze che vietano anche alle associazioni religiose di distribuire cibo ai poveri sono state spesso impugnate per contrarietà alla libertà di professione della fede religiosa, giacché quest'ul-

⁽¹⁵⁰⁾ Ivi, p. 67.

⁽¹⁵¹⁾ Ivi, p. 40.

⁽¹⁵²⁾ Ivi, p. 34; B. WINTER, *Libertarian Solutions: Solving the Tenacious Problem of Homelessness*, in « Lp news online: The Official Newspaper of the Libertarian Party », disponibile sul sito <http://www.lp.org/lpnews/0306/libolutions.html>

⁽¹⁵³⁾ *A Dream Denied*, cit., p. 32.

⁽¹⁵⁴⁾ Ivi, p. 59.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. B. WINTER, *Libertarian Solutions*, cit.

tima si esprime anche attraverso il prendersi cura delle esigenze primarie dei bisognosi. E se qualche volta le corti hanno accettato le rivendicazioni delle associazioni e delle Chiese, altre volte hanno dato loro torto. Così a Richmond, in Virginia, un'ordinanza che limitava in una certa zona della città i programmi di distribuzione di cibo e di accoglienza a 30 *homeless* per volta per un massimo di 7 giorni nel periodo fra ottobre e aprile, fu vittoriosamente impugnata di fronte a una corte distrettuale federale da un gruppo di sei chiese che ogni domenica celebrava per 45 minuti una cerimonia in cui venivano offerte « preghiere, ospitalità, cura pastorale e cibo sano ai poveri della città di Richmond »⁽¹⁵⁶⁾. Un'uguale rivendicazione da parte di una missione che, a Daytona Beach, in Florida, distribuiva ai poveri delle borse di cibo in ottemperanza ai suoi doveri di assistenza ai bisognosi, fu invece respinta da una diversa corte di distretto federale⁽¹⁵⁷⁾. Ancora, un religioso che con la sua organizzazione da anni ogni mercoledì distribuiva cibo agli *homeless* sulla spiaggia, cercò inutilmente di opporsi, di fronte a una corte statale, a un'ordinanza della città di Fort Lauderdale (sempre in Florida) che, nel vietare l'uso dei parchi e delle spiagge « per scopi commerciali o di fornitura di servizi senza un'autorizzazione scritta da parte del comune », gli impediva di proseguire la sua attività⁽¹⁵⁸⁾.

Costruito come un nemico da combattere e non come un prossimo da aiutare, il nuovo poverissimo è oggetto di costante e sempre nuova persecuzione. E mentre a Santa Monica, in California, si progetta di rendere illecito farsi la barba, farsi il bagno e lavare i propri indumenti nei bagni pubblici o si programma di chiudere tutte le docce pubbliche che aprono prima delle 6 del mattino (ossia le docce utilizzate dagli *homeless* che vanno a lavorare); a Houston, in Texas, il consiglio comunale, facendo riferimento all'esigenza di « rispecchiare un cambiamento nella società », ha recentemente vietato a tutti coloro che hanno un' « igiene personale indecorosa » di entrare nelle biblioteche pubbliche (da sempre luogo privilegiato

⁽¹⁵⁶⁾ *Stuart Circle Parish v. Board of Zoning Appeals of the City of Richmond*, 946 F. Supp. 1225 (E. D. Va. 1996).

⁽¹⁵⁷⁾ *Daytona Rescue Mission, Inc. v. City of Daytona Beach*, 885 F. Supp. 1554 (M. D. Fla. 1995).

⁽¹⁵⁸⁾ *Abbott v. City of Fort Lauderdale*, 783 So.2d 1213 (Fla. Dist. Ct. App. 2001).

di riposo per chi non ha nessun altro posto dove andare). Ha inoltre vietato ai frequentatori delle biblioteche di dormire, mettere la testa, i piedi o le gambe sui tavoli, di usare i bagni per cambiarsi, farsi il bagno o la barba e di portare grandi zaini e coperte all'interno della biblioteca ⁽¹⁵⁹⁾. La città di Houston ha così emulato il McDonald di Kalamazoo, in Michigan, che, avendo stabilito un limite massimo di 30 minuti per la consumazione del pasto, caccia via tutti i poveri e gli *homeless* che, nelle gelide giornate invernali, sperano di trovarvi riparo per un poco ⁽¹⁶⁰⁾.

Induriti dai messaggi di egoismo sociale, gli americani non provano più compassione per i poveri di strada, che non riconoscono uguali a sé. Restano così indifferenti di fronte a episodi come quello di James Scott il quale, colpito dall'uragano Katrina ed evacuato da New Orleans insieme alla sorella e i suoi due bimbi piccoli, con i quali dormiva in macchina, viene arrestato ad Atlanta, in Georgia, perché 'pizzicato' a chiedere l'elemosina nel centro commerciale più ricco della zona, nonostante avesse dato prova della sua misera condizione di sfollato ⁽¹⁶¹⁾. O trovano del tutto accettabile che a New York City, in cui con il sindaco Bloomberg il numero di arresti dei senzatetto è cresciuto esponenzialmente (passando dai 737 del 2000 ai ben 3.086 del 2005), si portino regolarmente in prigione gli *homeless* che non pagano il biglietto sul pullman, che sono tuttavia costretti a prendere per recarsi ai dormitori pubblici, giacché l'unico ponte che da Manhattan si può attraversare a piedi per raggiungerli è chiuso a fine autunno e per tutto l'inverno ⁽¹⁶²⁾.

Il sentimento collettivo è talmente incattivito nei confronti dei senzatetto e la paura del diverso talmente radicata nella gente, che diventa normale — come accade a Gainesville, in Florida — che gli abitanti del quartiere chiamino la polizia affinché arresti un *homeless* che dorme sotto il porticato del palazzo del Municipio ⁽¹⁶³⁾. Il messaggio di criminalizzazione ed esclusione sociale del povero ha però conseguenze anche più gravi, poiché crea un fertile bagno di

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. *A Dream Denied*, cit., p. 33.

⁽¹⁶⁰⁾ Ivi, p. 59.

⁽¹⁶¹⁾ Ivi, p. 29.

⁽¹⁶²⁾ Ivi, p. 38.

⁽¹⁶³⁾ Ivi, p. 56.

coltura per i germi del razzismo, responsabili dei sempre più frequenti atti di inaudita e gratuita violenza nei confronti degli ultimi della scala sociale ⁽¹⁶⁴⁾. E proprio loro, gli *homeless*, finiscono paradossalmente, ma secondo un ben studiato meccanismo psicologico, per interiorizzare quell'immagine di sé che proviene dalla società in cui vivono e, nel rispecchiarsi nello sguardo collettivo, si convincono di meritare le vessazioni a cui sono sottoposti ⁽¹⁶⁵⁾.

IV. Conclusioni.

Le prime leggi inglesi che puniscono con la prigione tanto i vagabondi, quanto coloro che fanno loro la carità, risalgono al 1349 e al 1350. Nel 1531 una nuova formulazione della normativa, oltre a punire con il taglio delle orecchie alcuni fra i mendicanti, stabilisce che l'elemosina avrebbe dovuto essere raccolta in un'apposita cassetta pubblica (*community chest*) e punisce con una multa chi dà direttamente al povero. L'indigente, dice lo *statute* inglese, per il sol fatto di essere tale commette un reato contro Dio e il regno ⁽¹⁶⁶⁾. Più tardi, al tempo delle *enclosures*, i contadini e i braccianti espulsi dai campi collettivi « vegetarono nella più ignominiosa miseria, spesso arrestati per vagabondaggio e sottoposti al taglio delle orecchie » ⁽¹⁶⁷⁾. Negli Stati Uniti « per secoli le leggi sul vagabondaggio hanno criminalizzato

⁽¹⁶⁴⁾ Fra le tantissime notizie analoghe si vedano gli articoli apparsi su CNN.com, *Teen 'sport killings' of homeless on the rise*, del 12 febbraio 2007, di A. FANTZ, disponibile sul sito <http://www.cnn.com/2007/US/02/19/homeless.attacks/index.html>; The New York Times, *Attacks on the Homeless Rise, with Youth Mostly to Blame*, di A. GREEN, del 15 febbraio 2008 disponibile sul sito <http://www.nytimes.com/2008/02/15/us/15homeless.html>; e The Oakland Press, *Attacks on Homeless Rise*, del 3 settembre 2008, disponibile sul sito <http://theoaklandpress.com/articche/2008/09/03/local/20080903-archive28.txt>. Colpisce notare come gli attacchi feroci agli *homeless* da parte dei giovani riportati nei su indicati articoli di cronaca avvengano proprio nelle città che hanno varato le normative più aggressive nei confronti dei senzatetto.

⁽¹⁶⁵⁾ Antonio Gramsci e Franz Fanon, ognuno i relazioni alla propria categoria di 'vinti' dei conflitti e delle trasformazioni sociali, ci hanno consegnato sul punto pagine indimenticabili. Cfr. A. GRAMSCI, *L'organizzazione della cultura*, in ID., *Gli Intellettuali*, a cura di V. Gerratana, Torino, Editori Riuniti, 1975 e F. FANON, *I dannati della terra*, Einaudi, Torino, 1962.

⁽¹⁶⁶⁾ K. KYLE, *Contextualizing Homelessness*, cit., pp. 70 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Così Giorgio RUFFOLO, *Il capitalismo ha i secoli contati*, Torino, Einaudi, 2008, 110.

le persone per la loro indigenza visibile, l'apparenza di povertà, o perché non potevano dimostrare di avere 'mezzi economici per sopravvivere'. Molte leggi e pronunce giurisprudenziali hanno considerato i vagabondi e i migranti poveri come una minaccia per la sicurezza, la salute pubblica e la stabilità economica. Gli articoli della Confederazione garantirono 'i privilegi e le immunità dei cittadini liberi in molti stati' a tutti 'i residenti liberi', ma esclusero deliberatamente i poveri e i vagabondi da quelle garanzie di libertà e protezione. Nel 1837, la Corte Suprema disse: 'Pensiamo che sia corretto e necessario che uno stato stabilisca delle misure cautelari contro la pestilenza morale dei poveri, dei vagabondi e dei potenziali criminali; così come lo è prendere le contromisure contro la pestilenza fisica [...]'⁽¹⁶⁸⁾. Le persone senza mezzi poterono essere legittimamente escluse, punite e imprigionate soltanto a causa della loro condizione economica », commenta Maya Nordberg⁽¹⁶⁹⁾. Nel 1812 una norma di Washington, D.C., prevedeva che tutti coloro che erano sull'orlo della povertà o che non avevano una dimora fissa pagassero una cauzione 'di buona condotta' volta a indennizzare la città per il sostegno offerto. Chi non poteva pagare era costretto ai lavori forzati fino a un massimo di un anno⁽¹⁷⁰⁾.

La storia si ripete ed è questo il grave. Credevamo di aver lasciato alle nostre spalle un diritto così ferocemente ineguale e palesemente discriminatorio nei confronti degli ultimi, ma ci sbagliavamo. Da sempre quel Giano bifronte che è il diritto rivolge solo una delle sue due facce a chi non ha. Delle due funzioni cui assolve, di protezione e di aggressione, di scudo e di spada, la prima è riservata ai forti, la seconda ai deboli. Chi non ha nulla, non soltanto non ha niente da proteggere tramite il diritto, ma non è neppure da esso protetto. E la libertà di essere, ancora oggi, resta strettamente dipendente dall'averne.

⁽¹⁶⁸⁾ *Mayor of New York v. Miln*, 36 U.S. (11 Pet.) 102 (1837), p. 142, come citata da M. NORDBERG, *Jails Not Homes: Quality of Life on the Street of San Francisco*, in 13 *Hastings Women's L.J.* 261, p. 266.

⁽¹⁶⁹⁾ *Ivi*, p. 267.

⁽¹⁷⁰⁾ *Ibidem*.

I nemici nell'ordine internazionale

ALDO ANDREA CASSI

LO *IUS IN BELLO* NELLA DOTTRINA
GIUSINTERNAZIONALISTA MODERNA.
ANNOTAZIONI DI METODO E ITINERARI D'INDAGINE

1. 'Quattro autori' per una 'nuova scienza' dello *ius inter nationes*? — 2. 'Bellum utinque iustum': dallo *ius ad bellum* allo *ius in bello*. — 3. *Verum, qui sint innocentes*? — 3.1. *La defensio innocentium* ('*ius ad bellum*'). — 3.2. Prigionieri ed ostaggi. Il destino degli *innocentes* ('*ius in bello*'). — 4. Cenni conclusivi.

1. 'Quattro autori' per una 'nuova scienza' dello *ius inter nationes*?

La *querelle* su chi sia stato il 'vero fondatore' del moderno *ius inter nationes* o il precursore del 'diritto internazionale' come noi lo intendiamo oggi (disputa tralatizia, e invero tutt'ora in corso in tanta parte della letteratura giusinternazionalistica ⁽¹⁾), coinvolge eminentemente due figure: Francisco Vitoria — sul quale permane accesa la

(¹) Il convegno internazionale "Ius gentium Ius communicationis Ius belli. Conquiste, diritti, civiltà", tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata (6-7 dicembre 2007) e del quale sono in corso di pubblicazione gli atti, ha offerto l'occasione, in particolare nell'*Introduzione* pronunciata da L. LACCHÉ, per rilevare i pericoli di una siffatta 'caccia al precursore'. Cfr. sotto questo profilo, alcuni dei saggi raccolti nel volume collettaneo *La escuela de Salamanca y el derecho internacional en América: del pasado al futuro: jornadas Iberoamericanas de la Asociación española de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales*, a cura di M. ARACELI MANGAS, Salamanca, 1993, che raccolgono una impostazione storiografica risalente a E. NYS, *Le droit de la guerre et le précurseurs de Grotius*, Bruxelles 1882, consolidata da alcuni 'classici' come C. BARCIA TRELLES, *F. De Vitoria, fundador del derecho internacional moderno*, Valladolid 1928 e J. SCOTT BROWN, *The Spanish Origin of international law: F. de Vitoria and his Law of Nation*, Oxford 1934 e ancora presente in A. GÓMEZ ROBLEDO, *Fundadores del derecho internacional*, Mexico, 1989.

diatriba storiografica ⁽²⁾ — e Ugo Grozio, un *ever green* della storiografia giusinternazionalista ⁽³⁾.

Tra questi due protagonisti si incunea un terzo pretendente, in questi ultimi tempi, in occasione del IV centenario della morte, rilanciato a gran voce: Alberico Gentili, sempre immancabilmente citato per il suo *silete theologi* ⁽⁴⁾. La voce che candida a precursore del contemporaneo diritto internazionale il giurista di San Ginesio è

⁽²⁾ Per un parziale aggiornamento sulla più recente storiografia vitoriana mi permetto di rinviare a *La 'dottrina del bellum iustum' in F. de Vitoria. Testata d'angolo o pietra d'inciampo?*, in *Le nuove rotte dello ius commune. Scoperte e teorie giuridiche agli albori della modernità*, Atti dell'incontro di studi (Verona 25 gennaio 2006), a cura di G. ROSSI, Padova (in corso di stampa), note 19-31.

⁽³⁾ Si vedano in proposito le critiche osservazioni formulate da R. GARCIA PEREZ, *Las relaciones entre el derecho y la guerra en la Monarquía española durante la Edad Moderna: una aproximación general a su estudio*, in *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età contemporanea* (a cura di A.A. CASSI), Soveria Mannelli 2009 (in corso di stampa), che rileva come sia « carente de objeto el debate, generalmente mas político que academico, en torno a la identificación en Vitoria o en Grocio del padre fundador del Derecho Internacional » (nota 10). Si vedano inoltre le considerazioni storiografiche di M. PANEBIANCO, *Ugo Grozio e la tradizione storica del diritto internazionale*, Napoli 1974, *passim* (spec. pp. 120 ss.).

Cfr. sul punto, oltre ai saggi citati alla nota 1, G. DEL VECCHIO, *Grozio e la fondazione del diritto internazionale*, in « Rivista di Diritto Internazionale », 1960, pp. 197 ss.; si è successivamente argomentato che, più di Grozio, il vero fondatore del diritto internazionale sarebbe Vattel; cfr. H. BULL, *The Importance of Grotius in the Study of International Relations*, in H. BULL, B. KINGSBURY, A. ROBERTS (a cura di), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford 1990, pp. 65-93. La bibliografia su Ugo Grozio è vastissima; se ne veda un parziale resoconto ragionato in P. CRAVERI, *Gli studi recenti su Grozio* in « Le carte e la storia: bollettino semestrale della Società per gli studi di storia delle istituzioni », 5 (1999) Bologna, pp. 121 ss; vedasi inoltre H. BULL — B. KINGSBURY — A. ROBERTS, *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford 1990, mentre resta un classico imprescindibile il saggio di P. HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, 1983 (nel quale si insiste sulla continuità della riflessione groziana con il pensiero medievale).

⁽⁴⁾ Uno zittire rivolto anche a Vitoria; tuttavia, la celebre finale del cap. XII del primo dei *De iure belli libri tres*, letta nel testo — e nel contesto — in cui è formulata, era probabilmente molto meno 'modernista' di come lo si suole presentare; accanto al convegno maceratese *supra* ricordato, ed in particolare alla relazione di M. MECCARELLI, *Formato giuridico e modernità politica: un itinerario nella Seconda Scolastica* si segnala, in argomento, quello padovano "Silete theologi in munere alieno". Alberico Gentili e la Seconda Scolastica" (Padova 20-22 novembre 2008) e la relazione tenuta da G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra diritto e teologia* al convegno "Diritto e Religione tra passato e futuro", Roma 27-29 novembre 2008.

tutt'altro che flebile, e dunque la partita diventa a tre. Ma v'è un quarto incomodo, un potente *out sider*: Francisco Suarez.

Il suo ritratto è in effetti annoverato nel catalogo della galleria dei padri fondatori del moderno *ius gentium*, e la sua figura è a pieno titolo allocata nel pantheon del nostro diritto internazionale ⁽⁵⁾, se non addirittura della democrazia contemporanea ⁽⁶⁾ — per quanto, curiosamente, le sue articolate riflessioni dedicate *ex professo* al problema *de bello* ⁽⁷⁾, che qui ci interessano, siano assai poco note, a fronte del suo celebre trattato *De legibus* ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Per il contributo suareziano alla fondazione del moderno *ius gentium* cfr. in particolare K.-H. ZIEGLER, *F. Suarez und das Völkerrecht*, in « Zeitschrift für Historische Forschung », I, 1974, pp. 81-87 e J. SODER, *F. Suarez und das Völkerrecht. Grundgedanken zu Staat, Recht und internationalen Beziehungen*, Frankfurt a. M., 1973. Cfr. anche *infra*, note seguenti.

⁽⁶⁾ In effetti, se Vitoria è stato celebrato non solo — appunto — come il fondatore del diritto internazionale, ma anche come l'ideatore dell'Onu, il precursore dei diritti umani e della loro costituzionalizzazione, nonché il teorico della moderna democrazia, sotto quest'ultimo profilo la palma di 'primo democratico moderno' gli è contesa dal massimo epigono della *Escuela* di Salamanca, Francisco Suarez: cfr. G. JARLOT, *Les idées politiques de Suarez et le pouvoir absolu*, in « Archives de Philosophie », XVIII, 1949, p. 98; giudizio sostanzialmente condiviso, più di recente, da L. CEDRONI, *La comunità perfetta: il pensiero politico di F. Suarez*, Roma 1996, p. 10, ove si riconosce al *Doctor Eximius* « senza dubbio, il merito di aver formulato una teoria della democrazia fondamentale ». Per una rigorosa messa a fuoco, sotto il profilo storico-giuridico, della 'nascita' della 'moderna democrazia' cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, 1999-2001, 4 voll. (spec. vol. II, *L'età delle rivoluzioni*, pp. 317 ss.; vol. IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia, passim*); in merito al Vitoria 'precursore' dell'odierno *établissement* giusinternazionalista mi permetto di rinviare a *Ius commune tra Vecchio e Nuovo mondo. Mari Terre Oro nel diritto della Conquista*, Milano 2004, pp. 54 ss. ed alla bibliografia ivi segnalata e discussa.

⁽⁷⁾ Le citazioni suareziane che seguono sono tratte dal *Doctoris Francisci Suarez Granatensis ... Opus de Triplici Virtute Theologica, Fide, Spe et Charitate*, Conimbricæ 1621, edizione postuma che raccoglie, nella *disputatio* XIII, intitolata appunto *De Bello*, della *Pars* dedicata alla *Charitas*, le *lectiones* romane in *argomento* tenute da Suarez, presumibilmente, nel 1583 e nel 1584. Sull'interesse dell'indagine suareziana dedicata alla guerra e sull'opportunità di una sua maggior circolazione (non solo) nell'ambito della storiografia giusfilosofica mi permetto di rinviare a *Note a margine per un'edizione del De bello di F. Suarez*, in *Guerra e Diritto*, cit., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁽⁸⁾ Testo, quest'ultimo, che non cessa, in effetti, di stimolare la letteratura giusfilosofica; se ne veda la recentissima traduzione italiana in F. SUAREZ, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, lib. I, a cura di O. DE BERTOLIS, con *Introduzione* di F. TODESCAN, Padova 2008.

Lo storico (non solo) del diritto non accetterà siffatto contraddittorio, evitando di addentrarsi nella mischia per scegliere il proprio ‘campione’ e propugnarne la primogenitura nella ‘nascita del moderno diritto internazionale’ ⁽⁹⁾; troppo differenti appaiono le vicende biografiche, la formazione intellettuale, il *milieu* culturale, il contesto istituzionale, lo scenario storico-politico di ciascuno dei ‘contendenti’ per operarne una lettura ‘sinottica’ preconstituita all’elezione, tra essi, del ‘padre fondatore’.

Sotto il profilo metodologico, ciò che lo storico del diritto vorrebbe evitare è, insomma, una lettura ‘fondamentalista’ delle pagine di ciascuno di questi autori; una lettura che, estrapolando determinate proposizioni dall’opera complessiva, ed astraendo a sua volta questa dalla cultura giuridica del proprio tempo, ne operi una teoria sintetizzata *in vitro*, artificiale se non artificiosa ⁽¹⁰⁾.

Il rischio, inoltre, è quello di voler a tutti i costi — magari sotto la spinta di qualche centenario da celebrare — attribuire *ex post* ad un autore della prima età moderna la primogenitura di un assetto dell’odierno ordinamento internazionale (ad esempio l’ONU ⁽¹¹⁾) o di una dottrina giusinternazionalistica, per poi, quando questa ap-

⁽⁹⁾ Oltre alle osservazioni formulate *supra* nelle prime due note, si veda l’opportuno invito a focalizzare con maggior lucidità alcuni ‘voli pindarici’ diacronici relativi alla ‘scienza del diritto internazionale’ espresso in D. QUAGLIONI, *Guerra e diritto nel Cinquecento: i trattatisti del ius militare*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. LIOTTA, vol. II, Bologna, 2007, pp. 191 ss. Sulla ‘invenzione’ del diritto internazionale si è soffermata la illuminante relazione di I. BIROCCHI, *Alberico Gentili e l’“invenzione del diritto internazionale*, in *Ius gentium Ius communicationis Ius belli. A. Gentili e gli orizzonti della modernità* (Atti del convegno di Macerata, 6-7 dicembre 2007), in corso di stampa.

⁽¹⁰⁾ Pericolo, questo, che mi pare possa dirsi realizzato in talune, anche prestigiose, iniziative editoriali, quali quella che ha portato all’edizione di una ‘Charta magna de los Indios’, confezionata mediante un florilegio di passi di Francisco de Vitoria a favore dei ‘diritti’ degli indigeni (elidendone altrettanti in senso contrari); sul punto rinvio a quanto ho ritenuto di dover rilevare in *Ius Commune tra Vecchio e Nuovo Mondo*, cit., p. 80 e nota 178.

⁽¹¹⁾ La tesi che vorrebbe identificare in Vitoria il diretto ispiratore dell’ONU è accreditata nella storiografia contemporanea; si veda S. TILESÌ, *La guerra in Francesco da Vitoria*, Roma 1973, *passim*, spec. pp. 40; HERNANDEZ, *Un español en la ONU. Francisco de Vitoria*, Madrid 1977, *passim*; cfr. anche l’enfasi attribuita alla presenza del busto di Vitoria nella sede newyorkese dell’ONU da J.F. CASTANO, *Il diritto internazionale*, cit., p. 119; cfr. *supra* nota 2.

pare esecrabile nella sua odierna riattualizzazione, come quella della 'guerra giusta' recentemente riesumata, condannare in un sol colpo siffatta riattualizzazione (e si può essere d'accordo), la sua fondazione storica (e lo storico sul punto potrebbe anche esercitare un'opportuna epoché⁽¹²⁾) ed il presunto suo 'padre' (e su questo piano, egli non può che dissociarsi⁽¹³⁾).

Leggere, e magari financo giudicare, ciascuno dei 'quattro autori' sulla base di categorie concettuali e metodologiche appartenenti agli altri⁽¹⁴⁾, o addirittura condannare o celebrare⁽¹⁵⁾ un giurista di età moderna secondo le categorie etiche odierne, insomma, è pratica di questi tempi non infrequente, ed attribuire la paternità del moderno diritto internazionale rappresenta il cavallo di Troia che veicola pericolosi anacronismi.

(12) Non è questa la sede per trattenere il già troppo paziente Lettore su tali questioni; mi permetto pertanto di rinviare alle considerazioni abbozzate in *Dalla santità alla criminalità della guerra. Morfologie storico-giuridiche del bellum iustum*, in "Guerra giusta? Le metamorfosi di un concetto antico", a cura di A. CALORE, Milano, 2003, pp. 101 ss.

(13) Condividendo la considerazione, formulata attraverso altri (*diversi sed non adversi*) itinerari ermeneutici, secondo la quale « il problema che la riproposizione della dottrina della 'guerra giusta' solleva non è quello delle responsabilità del passato, bensì quello delle responsabilità etiche e politiche nei confronti del presente e del futuro di un'umanità ormai planetaria », rinvio a U. STAICO, *La guerra giusta. Fine di un'ideologia?*, Roma 2006 p. 165.

(14) Senza considerare che tra la *Relectio de Indis* di Vitoria e il *De jure belli ac pacis* di Grozio corre poco meno di un secolo, non mi pare possa fondatamente (ovvero, nella prospettiva qui assunta, storicamente) imputare al giurista di San Ginesio che « il modo in cui Gentili tratta il diritto bellico è sistematico in modo debole », non cioè « nel senso in cui Grozio e Savigny intendevano il sistema » e rilevare che la sua dottrina non era 'sistematica' in senso 'giusnaturalistico groziano' (in questo senso, mi pare, A. M. HONORE, *Prolusione in Alberico Gentili e la dottrina della guerra giusta nella prospettiva di oggi*, Milano 1991, p. 45). Alberico non voleva né poteva essere 'sistematico'; al contrario, il suo è un approccio empirico, scaturente dalla Storia, come stanno a significare quegli eruditi elenchi di casi del passato donde trarre una *regula* consuetudinaria; quell'impostazione metodologica ancora impressa dal timbro di diritto comune, 'con il classico metodo della disputatio' (cfr. MINNUCCI, *La nuova metodologia di Alberico Gentili nel I Libro del De nuptis (1601)*, in *Studi di storia del diritto*, cit., II, pp. 218-219).

(15) Cfr. *supra*, note 9-11. D. PANIZZA, *Diversità culturale e diritto delle genti: alle origini del paradigma eurocentrico*, in *A. Gentili e il Mondo Extraeuropeo. Atti del convegno VII Giornata gentiliana*, Milano 2001 (pp. 51-87), segnala « forti corrispondenze tra certe posizioni dei padri fondatori della dottrina internazionalista e certe posizioni della teoria e della prassi delle relazioni internazionali di oggi » (p. 53).

Viceversa, proprio la *querelle* da cui siamo partiti rappresenta per lo storico del diritto un'occasione per focalizzare taluni snodi della dottrina 'de iure belli', quali la configurabilità di una guerra 'giusta' per entrambi i contendenti, lo 'slittamento' dallo *ius ad bellum* allo *ius in bello*, l'intervento bellico a difesa degli *innocentes*, il trattamento di ostaggi e prigionieri.

Tali snodi si intrecciano ad altrettanti nodi storiografici assai delicati: termini come 'giusnaturalismo moderno', 'diritto internazionale', età del 'tardo diritto comune', che costituiscono un dedalo storiografico nel quale è opportuno non smarrirsi ⁽¹⁶⁾.

I 'quattro autori' che nella letterature giusinternazionalistica si stagliano sullo scenario della riflessione politico-giuridica tra '500 e '600 possono, entro questi limiti prospettici, funzionare da punti cardinali per orizzontarsi nella complessa dottrina del 'bellum iustum' e offrire angoli visuali privilegiati per cogliere, nei limiti di questo *coup d'oeil*, quelle che, a partire da Vitoria, attraversando le pagine di Gentili e di Suarez e confluendo nella summa groziana, divennero le questioni focali della dottrina *de bello* e le domande cruciali cui quest'ultima doveva rispondere: si dà la possibilità di una guerra giusta per entrambe le parti? La guerra preventiva per soccorrere gli *innocentes* è una 'guerra giusta'? Quali azioni sono lecite *in bello*?

In particolare, la risposta all'ultima domanda dipendeva in buona parte da quelle che si riteneva di poter dare alla prime due, o, meglio, aveva in esse il proprio presupposto assiologico, come dimostra assai chiaramente la riflessione condotta da Vitoria riguardo alle ipotesi (invero di ampia portata) nelle quali poteva considerarsi *iustum* il *bellum* condotto contro gli indios. Una volta che fosse acclarata la natura 'giusta' di una guerra contro gli indigeni, per il maestro di Salamanca era del tutto legittimo comportarsi nei loro confronti come se si trattasse non di innocenti ma di perfidi nemici, e trarne tutti i diritti di guerra, saccheggiare le loro

(16) Cfr. P. CAPPELLINI, *Passato e presente del diritto naturale*, in «Quaderni Fiorentini», XXX, 2001, t. I, pp.655-662 (recensione a *El derecho natural hispánico: pasado y presente. Actas de las II jornadas hispánicas de derecho natural*, a cura di AYUSO M., Cordoba 2001) ove si effettua una messa a fuoco del complesso «dibattito politico-giuridico post-moderno (e) 'globale'» giusnaturalista e 'neo-giusnaturalista'.

terre e ridurli in prigionia, deporre i loro capi e istituirne di nuovi, pur senza derogare i limiti della moderazione ⁽¹⁷⁾.

Constateremo che per Vitoria tra 'tutti i diritti di guerra' vi è compreso quello di sacrificare, in talune ipotesi, gli *innocentes* ⁽¹⁸⁾; ma, in ogni caso, il presupposto è che gli *omnia belli iura* discendano da un 'bellum iustum' in capo a chi lo ha *iuste* combattuto. Questo valeva *de plano* per il fondatore della *Escuela* di Salamanca, in ciò ancora radicata nel terreno della dottrina *de bello* di diritto comune ⁽¹⁹⁾; tuttavia la sua *opinio* era destinata a diventare minoritaria.

(17) « [...] iam tunc non tamquam cum innocentibus, sed tamquam cum perfidis hostibus agere possent, et omnia belli iura in illos prosequi et spoliare illos et in captivatem redigere et dominos priores deponere et novos constituere, moderate tamen pro qualitate rei et iniuriarum »; FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de indis prior*, I, 3, 7 (ed. 'Corpus Hispanorum de Pace', d'ora in poi solo CHP, V, p. 85).

Non deve, inoltre, passare inosservata la circostanza che vide Vitoria tra i primi commentatori di S. Tommaso pronti a giustificare esplicitamente la guerra 'offensiva preventiva', assente nella riflessione dell'Aquinate (ma *in nuce* presente nella tradizione di *ius commune*: cfr. A.A. CASSI, *Dalla santità alla criminalità della guerra*, cit., pp. 123-124).

L'argomento svolto da Vitoria chiama in causa i santi e i giusti, « [...] qui non solum in bello defensivo tutati sunt patriam resque suas, sed etiam bello offensivo persecuti sunt iniurias ab hostibus acceptas *vel etiam attentatas*, ut patet de Ionatha et Simone [...] »; cfr. *Relectio de iure belli*, I, 2 (CHP, vol. VI, p. 108, corsivo aggiunto). In realtà, la prima lucida distinzione tra guerra offensiva e guerra difensiva si deve ad Caetano: cfr. THOMAS DE VIO (CAIETANUS), *Rev.mi Domini Thomae de Vio Caietani Cardinalis Sancti Sixti perquam docta, resoluta ac compendiosa de peccatis summula*, Parisiis 1539, ad vocem *Bellum*, pp. 13 ss. Sul 'pacifismo' di Vitoria mi permetto di rinviare ai quesiti posti in *La 'dottrina' del bellum iustum in Francisco de Vitoria*, cit. ed alle indicazioni bibliografiche ivi segnalate.

(18) Cfr. *infra*, § 3.

(19) Impossibile in questa sede anche solo accennare alla questione della soluzione di continuità del pensiero vitoriano rispetto alla teorica 'medievale'; sul punto, oltre a permettermi un ulteriore rinvio a *La 'dottrina del bellum iustum' in F. de Vitoria*, cit., cfr. M. GEUNA, *Le relazioni fra gli Stati e il problema della guerra: alcuni modelli teorici da Vitoria a Hume*, in *La pace e le guerre. Guerra giusta e filosofie della pace*, a cura di A. LOCHE, Cagliari 2005, pp. 49 ss. È d'uso, nella letteratura giusfilosofica, indagare sulla configurabilità in Vitoria di un 'diritto soggettivo' nell'accezione ricostruita da M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 1975 (ed. it. *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano 1985 [su Vitoria cfr. pp. 307-315]) nonché di un 'diritto naturale soggettivo' come lo intende B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law (1150-1625)*, Emory University, 1997 (ed. it. *L'idea dei diritti naturali*, Bologna 2002 [cfr. pp. 366 ss.]; cfr. *in argomento*

La sensibile accelerazione della riflessione dedicata al diritto bellico tra XVI e XVII secolo, e la simultanea contrazione dell'indagine sui *legitimi tituli* per indire la guerra ⁽²⁰⁾, evidenziano in effetti il passaggio del baricentro, nella dottrina *de jure gentium*, dallo *ius ad bellum* allo *ius in bello*, con un implicito, ma incisivo, smarcamento di questo da quello.

Fu un passaggio consumatosi gradualmente ⁽²¹⁾, non formulato *expressis verbis*, bensì determinato dal solco del corso che la storia europea aveva imboccato, i cui singoli 'slittamenti' ⁽²²⁾ *sub specie iuris* non sempre sono facilmente identificabili.

La ricostruzione storiografica della complessa 'genealogia di una grande dicotomia del diritto internazionale' non rappresenta l'intento del presente contributo ⁽²³⁾; qui si tenterà, molto più timidamente, di rintracciare alcuni di tali 'slittamenti', di rilevare taluni degli itinerari, non sempre nitidi, percorsi dalla dottrina dello *ius inter nationes* in età moderna.

2. *'Bellum utinque iustum': dallo ius ad bellum allo ius in bello.*

La direzione presa dalla riflessione giusinternazionalistica di età moderna verso una crescente teorizzazione dello *ius in bello* fu, a sua volta, in gran parte determinata dall'itinerario imboccato dai giuristi dopo aver consumato un tornante decisivo: la configurabilità di un *bellum* che fosse *iustum* per entrambe le parti.

L'assetto politico europeo tra '500 e '600 era ormai consolidato ed escludeva che nell'età della politica machiavellica si potesse

le considerazioni, rispettivamente, di L. BACCELLI, *Guerra e diritti. Vittoria, Las Casas e la Conquista dell'America* in « Quaderni Fiorentini », XXXVII, 2008, pp. 67-101 (cfr. p. 67-68) e di G. TOSI, *Interpretazioni del dibattito sul Nuovo Mondo*, in « Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti », CLXIV, 2005-2006, pp. 547-584 (spec. 571-576).

⁽²⁰⁾ Cfr. *infra*, § 4, *Cenni conclusivi*.

⁽²¹⁾ Cfr., sotto altro profilo, G. SILVESTRINI, *Diritti naturali e diritto di uccidere. teorie moderne della guerra fra modelli teorici e tradizioni di pensiero*, in « Filosofia politica », XXI, 3, 2007, (pp. 425-452), p. 441.

⁽²²⁾ Sugli 'slittamenti semantici' inerenti al concetto del 'bellum iustum' cfr. l'Introduzione di A. CALORE a "Guerra giusta"?, cit.

⁽²³⁾ Essa è invece l'oggetto del contributo che precede queste pagine ed al quale, pertanto, si rinvia.

ancora controvertere sulla necessità o meno dell'assenso imperiale allo *ius ad bellum* in capo al Principe (tema cruciale, viceversa, della dottrina *de bello* di diritto comune ⁽²⁴⁾).

E tuttavia non si trattava solo di *Realpolitik*. Entrarono in gioco anche dinamiche di matrice speculativa, che rendono opportune alcune considerazioni sul piano epistemologico, non per indulgere in 'modelli teorici' (terreno indubbiamente fertile che, tuttavia, lo storico non percepisce come proprio ⁽²⁵⁾), ma per non sottovalutare una ricostruzione — appunto — storiografica attenta alle premesse teoretiche della dottrina giusinternazionalista del XVI secolo.

I fondamenti teoretici nei quali gli autori del XVI secolo innestavano le proprie riflessioni *de iure* non rappresentavano mere 'premesse di stile' che, in sede di ricostruzione storiografica, possano omettersi come orpelli di uno *stylus scribendi* farraginoso, onde dare subito spazio alle pagine più strettamente 'giuridiche' — come pure viene spesso fatto. In altre parole, le 'premesse teoretiche' e le scelte sistematiche di molti dei *tractati* etico-giuridici non sono avulse dai profili giuridici, ma presentano, al contrario, ampie ricadute *sub specie iuris*. Un esempio relativo al pensiero di Gentili ci introdurrà *in medias res*.

In Gentili si è oramai esplicitata la rinuncia epistemologica alla possibilità di pervenire alla conoscenza della *Veritas* ⁽²⁶⁾. Alberico abbassa la soglia di accesso intellettuale e di intervento etico dell'uomo — e del giurista — dal livello della *veritas* a quello della 'verosimiglianza', constatando che noi « non conosciamo quella giustizia supremamente pura e vera [...] nella maggior parte dei casi

⁽²⁴⁾ Cfr. CINO DA PISTOIA, *In Codicem et aliquos [...] titulos Digesti veteris commentaria*, Francofurti ad Moenum 1578 [rist. an. Torino 1964] a *Dig. 1.1.5 de iustitia et iure*, l. *ex hoc iure*, 3-4 [ed. cit. p. 642]: « in defectum superioris [slc: imperatoris] ad defensionem personae vel rerum potest bellum fieri ».

⁽²⁵⁾ Sulle implicazioni epistemologiche dell'utilizzo di 'modelli teorici' *in argomento* cfr. G. SILVESTRINI, cit. nota 15 e la bibliografia ivi segnalata.

⁽²⁶⁾ Per alcune considerazioni dedicate alle implicazioni *sub specie juris* dello scetticismo gentiliano (compreso il rifiuto della liceità delle 'guerre di religione') mi permetterei di rinviare a *Conquista. Dallo ius communicationis allo ius belli nel pensiero di A. Gentili*, in *Ius gentium Ius communicationis Ius belli*, a cura di L. LACCHE, cit. in corso di stampa, ed alla bibliografia ivi segnalata.

noi ignoriamo quella verità; e quindi seguiamo la verità come appare agli uomini » (27).

Gentili abbassa quella soglia per rafforzare la conoscibilità e l'allegazione in giudizio della verosimiglianza da parte dei contendenti. Da qui scaturisce la (decisiva) conseguenza in virtù della quale la 'iusta causa' *verosimilmente* può essere ravvisata in ciascuno degli antagonisti.

Conseguenza che ne comporta un'altra: il *bellum* può essere « iustum » per *entrambe* le parti: « *bellum iuste geri utrinque potest* », come recita il titolo del capitolo VI del primo dei *tres libri* gentiliani.

Si tratta di una svolta epocale, consumata al termine di un lungo percorso esegetico-giuridico (28) condotto sul crinale tra indagine

(27) « Huc agit nos humanae nostrae conditionis infirmitas: per quam sunt nobis in tenebris omnia, et purissimum illud atque verissimum iustum ignoratur... eam veritatem nos plerumque ignoramus. Sic ergo sequimur iustum hominis »; cfr. A. GENTILI, *De iure belli libri tres*, 1612, ed. an. New York 1995, p.46. Se ne segnala la recentissima traduzione italiana (Milano 2008) condotta da P. NENCINI e coordinata da D. QUAGLIONI.

(28) Percorso che si dipana dal punto di partenza costituito dall'*opinio* di ENRICO DA SUSA, (?1200-1271). Il Cardinal Ostiense dedica importanti pagine allo *ius ad bellum* sia nella celeberrima *Summa* delle *decretales* gregoriane, destinata a diventare, con il nome di *Summa Aurea*, l'imprescindibile prontuario di ogni canonista, sia nella *Lectura* del medesimo *Liber Extra* di Gregorio IX, in cui egli consacra in guisa di principio giuridico il corollario logicamente discendente dalla premessa relativa alla *iusta causa*: se è dato *is qui gladio utitur iuste*, allora « *per consequens is qui defendit se, temerarie se defendit* »; cfr. HENRICUS DE SEGUSIO (HOSTIENSIS), *Summa Aurea*, in tit. *de tregua et pace*, par. *quid sit iustum bellum*, n. 4 (ed. Lugduni 1579 f. 71v.). Tale 'conseguenzialità logica', sorta di principio di non contraddizione, resisterà ad alcune incrinature tardo-medievali (in particolare il FULGOSIO, 1367-1427, sembra prospettare la configurabilità di un *bellum* che risulti « *iustum* » per entrambi i contendenti, in assenza di un *iudex communis*; cfr. RAPHAEL FULGOSIUS, *Super prima digesti veteris parte*, rubr. *in D. 1,1,5 ex hoc iure*: « [...] cum ex utraque parte bellantium contingant acquisitiones dominiorum et servitutes [...] quomodo ex ea parte que iniuste bellum agit contingit quod acquirit dominia eodem que capit iniustum agens. Respondeo quod quia incertum erat utra pars iuste bellum moveret, nec erat iudex communis utrisque superior per quem possit cetum civiliter effici, optima ratione constituerunt gentes, ut eius rei iudex bellum foret: hoc est, ut quod in bello vel per bellum caperetur, partis capientis fieret: quasi sibi adiudicatum a iudice fuisset »; ed. Lugduni 1654 p. 8), per essere superato (non definitivamente: cfr. infra) con il giusnaturalismo moderno di Alberico Gentili. Si dovrà attendere Molina (1535-1600), altro prestigioso esponente della Scuola di Salamanca,

‘sogettivistica’ di matrice canonistica, e statuizione ‘oggettivistica’, formalistica, dei requisiti *de bello iusto* rinvenibile nel c.d. ‘giusnaturalismo moderno’ (29).

Dunque, un postulato speculativo di matrice scettica (la rinuncia alla *Veritas* ed apertura alla verosimiglianza (30)) comporta corollari rilevanti sotto il profilo giuridico. Se ciò vale per un’epistemologia ‘debole’, scettica, come quella gentiliana, dobbiamo *a fortiori* aspettarci implicazioni significative anche nel caso dei grandi sistemi metafisici della Seconda Scolastica. Prendiamo in considerazione il gigante della terza generazione della Scuola di Salamanca, Francisco Suarez (31).

Il *Doctor eximius* colloca — come Tommaso e a differenza di Vitoria — la propria riflessione sulla guerra entro una sistematica indagine speculativa sulle tre virtù teologali, ovvero nel *De triplici virtute theologica opus*, all’interno della parte dedicata alla *Caritas*. La *disputatio* XIII della *Pars* ‘De Charitate’, intitolata appunto *De bello*, costituisce in effetti un’autonoma, ma non separata e assiologicamente non separabile, trattazione *de iure belli*.

La storiografia giusfilosofica non ha mancato di evidenziare le implicazioni ‘pratiche’ (cioè afferenti alla morale) di una determinata

per assistere a questo nuovo assetto: Molina infatti, pur prudentemente e cautamente, introduce la distinzione tra *iniuria formaliter* ed *iniuria materialiter*, che lo conduce, dopo un itinerario argomentativo, impossibile da ripercorrere in questa sede, ad ammettere che « *bellum illud ex utràque parte fuisse iustum* ». Per alcuni snodi di tale percorso mi permetto di rinviare a *Dalla santità alla criminalità della guerra*, cit., pp. 101-158.

(29) Per le complesse implicazioni della terminologia *in argumento* cfr. *supra* nota 16.

(30) Postulato sotteso anche, pur sotto diversi profili, al pensiero giuspolitico machiavellico e hobbesiano; cfr. M. GEUNA, *Le relazioni fra gli Stati*, cit. *passim* (spec., su Hobbes, pp. 97-119).

(31) Sugli esponenti delle tre ‘generazioni della Scuola di Salamanca’ cfr., per un inquadramento generale, il ponderoso studio di J. BELDA PLANS, *La Escuela de Salamanca*, (Biblioteca de Autores Cristianos) Madrid 2000, con denso ed aggiornato apparato bibliografico. Sulla Scuola di Salamanca mi limito in questa sede a rinviare alle recentissime osservazioni proposte da M. MECCARELLI, *Ein Rechtsformat für die Moderne: Lex und Iurisdictio in der spanischen Spätscholastik*, in *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit* (a cura di C. Strohm e H. de Wall), Berlino 2009, pp. 285-311, con bibliografia aggiornata. Sull’opera di Suarez cfr. *supra* nota 7.

scelta teoretico-sistematica ⁽³²⁾. Non è questa la sede per seguire i vertiginosi itinerari della metafisica suareziana ⁽³³⁾; va tuttavia rilevato come questo robusto spessore teoretico renda tetragona la dottrina giuridica di Suarez all'idea di una 'verosimiglianza' che ammantava di giustizia entrambe le parti. Nella *Sectio IV* della *disputatio 'De bello'* Suarez affronta la *questio* del « bellum iustum in utraque parte »; nel 'Quarto argomento' egli annota che, se fossero legittimi e sufficienti i titoli addotti dai pagani (l'intento di acquisire prestigio e potenza), qualsiasi Stato potrebbe invocarli e il *bellum* sarebbe *per se iustum* per entrambe le parti, anche a prescindere dal caso di ignoranza, il che risulterebbe *absurdissimum*, poiché due diritti contrari non possono essere giusti simultaneamente ⁽³⁴⁾.

L'*absurdissimum* non lascia dubbi: e non si tratta di un assurdo solo logico, ma anche giuridico; o forse dovremmo dire, sulla scorta

⁽³²⁾ Penso alle considerazioni di Giuseppe Pirola in riferimento a S. Tommaso: cfr. G. PIROLA, *La teologia della guerra di Tommaso d'Aquino*, in *Figure della guerra. La riflessione su pace, conflitto e giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, a cura di M. SCATTOLA, Milano, 2003, pp. 43-62 (spec. 44-45). Anche M. GEUNA, *Le relazioni fra gli Stati e il problema della guerra*, cit., rileva che in Tommaso « la discussione del problema della guerra è inserita nel trattato sulla virtù teologale della carità [...] Vitoria sviluppa le sue riflessioni sulla guerra in tutt'altro contesto concettuale [...], [quello] della trattazione della giustizia » (p. 92), notando come « di questo spostamento troviamo traccia anche nel linguaggio filosofico a cui i due pensatori fanno ricorso », riguardo all'uso tommasiano del termine *peccatum* là dove il commento di Vitoria a Tommaso vi sostituisce il termine *iniuria*.

Riguardo a Suarez, la letteratura ha rilevato la complessa 'piattaforma linguistico concettuale' sottesa alla sua metafisica ed alla 'autofondazione di una scienza dell'*ens in quantum ens* nella quale si costituiscono i significati primari del concetto di essere nei termini di essenza e di realtà'; cfr. ESPOSITO, *La fondazione dei diritti umani in Francisco Suarez*, cit., p. 168.

⁽³³⁾ Ci si limita a rinviare sul punto al ponderoso volume di J.F. COURTINE, *Suarez et le système de la métaphysique*, Paris 1990 (ed. it. *Il sistema della metafisica: tradizione aristotelica e svolta di Suarez*, Milano 1999, a cura di C. ESPOSITO) ed all'Introduzione F. TODSCAN citata *supra*, nota 8.

⁽³⁴⁾ « Si illi tituli seu fines, ad quos gentilitas respiciebat (ambitio videlicet, cupiditas, atque etiam inanis gloria, & ferociae ostensio) essent liciti & sufficientes; vnaquaeque respublica posset ad illos aspirare: ergo esset bellum ex utraque parte iustum per se, & sine ignorantia: quod est absurdissimum: duo enim contraria iura non possunt esse iusta ».

Cfr. F. SUAREZ, *Opus de triplici virtute...*, *De Charitate, Disputatio XIII, Sectio IV*, §, cit., p. 804.

degli studi interdisciplinari di storia della logica medievale ⁽³⁵⁾: *in quanto* assurdo sotto il profilo logico, esso è ‘absurdum’ anche *in puncto iuris*.

‘Due diritti contrari’: l’inferenza logica di Enrico da Susa ⁽³⁶⁾ è riaffermata e suggellata da Suarez *sub specie iuris*. La Seconda Scolastica sembra qui dispiegare il proprio potenziale teoretico contro lo scetticismo che, da Montaigne a Charron cominciava ad innervare, o incancrenire, la cultura europea dell’età moderna ⁽³⁷⁾.

Il diritto, in Suarez, non rinuncia al giudizio di ‘giusto’ o ‘ingiusto’ che esso per definizione implica; a maggior ragione, se il giudizio riguarda la natura ‘iusta’ o ‘iniusta’ del *bellum*.

Anche nella successiva *Sectio V* ⁽³⁸⁾, del resto, si ribadisce l’intrinseca contraddittorietà logico-giuridica di un *bellum utinque iustum* ⁽³⁹⁾, con un’eccezione, alla quale già Vitoria aveva aperto uno spiraglio: l’invincibile ignoranza dei belligeranti. Tale ipotesi nel *De bello* suareziano viene sviluppata nella stessa direzione di Vitoria, ma in verso contrario ⁽⁴⁰⁾. Mentre in Vitoria, in effetti, l’ipotesi del-

⁽³⁵⁾ Cfr. sul punto il bel volume *Verità in questione: il problema del metodo in diritto e teologia nel XII secolo*, a cura di P. FELTRIN-M. ROSSINI, Bergamo 1992.

⁽³⁶⁾ Cfr. *supra*, nota 28.

⁽³⁷⁾ Lo scetticismo comportava implicazioni dogmatiche anche nel campo giuridico, e in particolare nella riflessione *de jure gentium*; sulle interconnessioni tra ‘scetticismo morale, teoria dello Stato sovrano e società internazionale’ cfr. B. KINGSBURY, *A. Gentili e il Mondo Extraeuropeo*, in *A. Gentili e il Mondo Extraeuropeo* Milano 2001, (pp. 12-47), pp. 26-31 (sul punto mi permetto di rinviare anche a *Conquista. Dallo ius communicationis allo ius belli nel pensiero di Alberico Gentili*, cit.).

⁽³⁸⁾ Nella quale Suarez prende le distanze dalla « *sententia, quam Hostiensis Panormitanus, & alij Canonistae defendunt* », quella che afferma il « *titulus infidelitatis, quia scilicet nulum veram religionem admittere* ». Saggiamente Suarez nota che per questa strada, più che evitare, si moltiplicano le ingiurie contro Dio più di quanto potrebbero evitarsi: « *quia hac via potius multiplicarentur divinae iniuriae, quam vitarent* » cfr. *Sectio V*, 1; ed. cit., p. 837.

⁽³⁹⁾ « [...] hoc ipso titulo possent etiam Christiani Principes inter se bella movere, cum multi etiam sint Deo iniurij: Vnde fieret bellum vtrinque iustum » (*ibidem*).

⁽⁴⁰⁾ Seguiamo il ragionamento di Suarez, applicato al caso in cui il dubbio o la probabilità del diritto siano uguali per entrambe le parti. In Suarez la pari probabilità non è un asse portante nel sistema gnoseologico, bensì un elemento eccezionale; la valenza della probabilità nell’*ordo juris* non è fisiologica (come nello scetticismo) ma patologica, e quando si verifica, ci si trova di fronte ad uno stallo, ad un nodo, concettuale e fattuale, che va sciolto gordianamente, con un atto arbitrario discrezionale:

l'ignoranza invincibile apriva le cateratte di un *bellum iustum* per entrambi i contendenti ⁽⁴¹⁾ (sia per colui che ha la « vera iustitia » sia per chi ignora incolpevolmente di essere nel torto), in virtù della considerazione che 'un'insuperabile ignoranza assolve completamente' ⁽⁴²⁾, in Suarez, viceversa, non riscontriamo siffatta simmetria assiologica.

Tale simmetria è inevitabilmente, necessariamente (lo necessita la logica) destinata a frantumarsi nell'istante decisionale in cui uno dei due contendenti rompe lo stallo, infrange la *recta intentio* e conduce la guerra. In altre parole, l'ipotesi dell'invincibile o insuperabile ignoranza in Vitoria è prodromica alla legittimazione della guerra *ex utraque parte* ed alla deflagrazione di un *bellum iustum* che ciascuno dei due indice *legitime*. Tale ipotesi in Suarez rappresenta, invece, una sorta di 'bomba ad orologeria' che i protagonisti hanno il dovere (« *ad hoc ipsum tenebuntur Principes* ») di non innescare. In siffatta circostanza, chi fa detonare per primo l'ordigno compie l'*iniuria* che legittima l'altro a muovergli contro un *bellum iustum*. *Iustum* soltanto per una delle parti belligeranti.

Sotto questo profilo, la differenza tra il fondatore della *Escuela* di Salamanca ed il suo massimo epigono, tra Vitoria e Suarez, è condotta sul piano della logica e della *ratio* ⁽⁴³⁾.

« Quia in simili casu iudex posset adiudicare rem suo arbitrato cui vellet partium litigantium » (cfr. *Sectio VI*, § 4; ed. cit. p. 810).

Dunque, conclude Suarez — ed è una conclusione preta di valenze giuridiche — in caso di guerra in condizioni di incertezza assoluta: « Ergo ad hoc ipsum tenebuntur Principes in casu belli, nam aut inter se rem diuident, aut sortem mittent, vel aliqua alia ratione negotium component. Quod si unus tentaret rem totam occupare, aliumque excludere, hoc ipso iniuriam alteri faceret, quam posset iuste repellere, & eo titulo iusti belli, rem totam occupare » (*ibidem*).

⁽⁴¹⁾ FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de iure belli*, (CHP, VI, p. 156): « Exclusa ignorantia manifestum est quod non potest con tingere [...]. Posita ignorantia probabili facti aut iuris, potest esse ex ea parte qua est vera iustitia bellum iustum per se; ex altera autem parte bellum iustum, id est, excusatum a peccato bona fide ».

Cfr. anche *Relectio de indis prior*, I, 3, 5: « Nec est inconueniens quod, cum ex una parte est ius et ex altera ignorantia invincibilis, quod sit bellum iustum ex utraque parte ».

⁽⁴²⁾ *Relectio de iure belli*, ult. loc. cit. Cfr. anche *Relectio de indis prior*, I, 3, 5: « Nec est inconueniens quod, cum ex una parte est ius et ex altera ignorantia invincibilis, quod sit bellum iustum ex utraque parte ».

⁽⁴³⁾ « Si dubium, vel probabilitas sint aequalia, communior sententia esse videtur,

È la ragione, nel suo statuto epistemologico, ad imporre lo statuto giuridico di un *bellum iustum* tale per una ed una sola delle parti. Tuttavia, entrambi i 'teologi-giuristi' ⁽⁴⁴⁾ giungono alla medesima 'logica conseguenza': l'impossibilità, in linea di principio (principio logico-giuridico), di una guerra 'giusta' *ex utraque parte*.

Meno di mezzo secolo più tardi, la *quaestio* appare a Grozio *de plano* risolta, in senso opposto.

Nei *Prolegomena* al *De jure belli ac pacis* del 1625, l'olandese accenna all'efficacia *de facto*, sul piano psicologico, della consapevolezza di agire secondo *iusta causa* ⁽⁴⁵⁾; l'efficacia *de iure* (alla quale faceva riferimento Vitoria), sembra viceversa sfumare; essa non è indefettibile, e passa decisamente in secondo piano. Per Grozio, anche una guerra ingiusta, se condotta in forma ufficiale (*en forme*) tra Stati che si riconoscono reciprocamente, pare configurarsi come guerra *de iure gentium*, tanto che il vincitore, pur se non in possesso di una *iusta causa ad bellum*, diviene legittimo proprietario del bottino ⁽⁴⁶⁾ e ne acquisisce il diritto « *jure gentium non tantum is qui justa causa bellum gerit, sed quivis in bello solemn* » ⁽⁴⁷⁾.

Si tratta di una svolta decisa e decisiva, che ne comporta — come già evidenziato — una seconda, altrettanto conclusiva: il definitivo passaggio (dopo i passi compiuti da Vitoria) dallo *ius ad*

vnumquemque habere ius ad primò occupandum: vnde fieret iustum bellum ex utràque parte, quod non refert, cum interponitur ignorantia. Ratio verum affertur ». Cfr. F. SUAREZ, *Opus de triplici virtute, De Charitate, Disputatio XIII, Sectio VI, § 4, cit.*, p. 810.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. le riserve di I. BIROCCHI, *Juan Ginés Sepúlveda internazionalista moderno?, Una discussione sulle origini della scienza moderna del diritto internazionale*, in Aa. Vv., *A Ennio Cortese*, I, Roma 2001 pp. 81-116, sull'uso della locuzione di 'teologi-giuristi', adottata da una consolidata tradizione storiografica (risalente a V. CARRO, *La teología y los teólogos-juristas españoles en la conquista de América*, Salamanca, 1951).

⁽⁴⁵⁾ Cfr. H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis, Prolegomena, § 27*.

⁽⁴⁶⁾ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, lib. III, cap. VI, §§ 1- 2. Il giurista olandese si preoccupa innanzi tutto di legittimare il diritto al bottino, ricorrendo ad un esempio biblico: « [...] quomodo rex pius Asa narratur, Deo invocato, de Aethiopicibus, iniusto bello se lacescentibus et victoriam et praedam reportasse: quod eo magis notandum, quia arma illa non ex spaciali mandato, sed ex communi jure sumebantur ». H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, lib. III, cap. VI, § 1, 2 (cfr. ed. Lausannae 1752 t. IV, p. 25).

⁽⁴⁷⁾ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, lib. III, cap. VI, § 2, 1 (ed. cit. p. 26).

bellum allo *ius in bello*. Quest'ultimo era certamente presente nella trattatistica precedente ⁽⁴⁸⁾, ma esso era consequenziale alle *iustae cause belli*; ora ne diventa autonomo ⁽⁴⁹⁾.

La riflessione groziana è complessa ed articolata e non possiamo analizzarla in questa sede. Qui interessa, piuttosto, rilevare il duplice spostamento di prospettiva (da connettersi con le istanze politico-istituzionali coeve) compiuto dal giurista olandese, da una parte verso la formalizzazione giuridica della guerra, che pone in primo piano alcuni requisiti procedurali necessari e sufficienti per conferire il carattere *iustum* al *bellum* (*guerre en forme*), lasciando sullo sfondo l'indagine circa *vera iustitia*, *iniuria* e *recta intentio*, e, dall'altra, nella direzione di una robusta implementazione della riflessione dedicata allo *ius in bello*.

Nei limiti della prospettiva qui assunta, incentrata sul passaggio dallo *ius ad bellum* allo *ius in bello*, possiamo individuarne uno degli assi principali nel ruolo degli 'innocenti'.

3. Verum, qui sint innocentes?

Quello degli « innocentes » rappresenta in effetti uno degli snodi di quel passaggio; un anello di congiunzione tra i due versanti: da un lato, incardinato al terreno dei « tituli legitimi » *ad bellum* (in virtù dei quali quest'ultimo è, appunto, « iustum »), e, dall'altro, inanellato nell'aggrovigliata catena di questioni relative ai comportamenti leciti da tenere durante la guerra (afferente allo *ius in bello*). La misura del *quantum liceat in bello*, infatti, dipendeva in larga misura dalla qualificazione dei soggetti sui quali ricadeva l'azione, a seconda se questi fossero innocenti o colpevoli ⁽⁵⁰⁾.

3.1. *La defensio innocentium* ('*ius ad bellum*').

Sotto il primo profilo, si trattava della *vexata quaestio* relativa all'intervento bellico compiuto al fine di salvare gli *innocentes* (quell'intervento la cui ipotesi oggi viene chiamata — secondi molti

⁽⁴⁸⁾ Cfr. A. A. CASSI, *Dalla santità alla criminalità*, cit., pp. 123 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, lib. III, cap. VI-VIII.

⁽⁵⁰⁾ Su siffatto 'criterio di discriminazione' riguardo allo *ius in bello* in Vitoria cfr. M. GEUNA, *Le relazioni fra gli Stati*, cit. pp. 85 ss.

ossimoricamente — ‘guerra umanitaria’); d’altro canto, si trattava parimenti di stabilire *de iure* il trattamento riservato a prigionieri e ostaggi che fossero qualificabili appunto come ‘innocentes’ (donne, bambini, anziani).

Il diritto (o il dovere? Sul punto è interessante l’oscillazione che si riscontra nelle fonti ⁽⁵¹⁾) di intervenire in favore degli *innocentes* era acclarato dalla *communis opinio* in argomento.

Nel valutare concretamente le ipotesi di ‘giusta causa’, Vitoria affrontava, nella *Relectio de Temperantia*, la questione se i principi cristiani potessero, per autorità propria o delegata dal Pontefice, muovere guerra a quei popoli che commettono delitti *contra naturam* nei confronti di altri uomini. Egli si riferiva ad un caso specifico: la pratica dell’antropofagia e dei sacrifici umani ai quali erano dediti gli indios dello Yucatan ⁽⁵²⁾; ma, evidentemente, era in gioco una delle principali cause di guerra giusta invocate nella *Conquista*.

La risposta al quesito era affermativa per la maggior parte dei *doctores*, a cominciare dal grande commentatore di S. Tommaso, il Gaetano ⁽⁵³⁾. Vitoria, nel testo della *Relectio de Temperantia* che ci è stato restituito ⁽⁵⁴⁾, formulò senza indugi una risposta con la quale

⁽⁵¹⁾ Il *De bello* di Suarez, ad esempio, raccoglie, nella sua ultima pagina, l’annotazione che « *defendere innocentem non est praeceptum quod pro semper obliget, sed tunc cum commode fieri potest* » (p. 825 ed. cit.); dunque, tale ‘guerra umanitaria’ è non solo una ‘*facultas*’ (‘*licet indicere bellum*’) ma, pur soltanto in certe condizioni (quando non risulti gravoso, bensì « *commode fieri potest* »), essa diventa il contenuto di un *praeceptum*. Grozio, viceversa, argomenta *expressis verbis* l’opportunità di lasciare al proprio destino l’innocente, qualora l’intervento bellico in sua difesa appaia arduo e pericoloso: « *Itaque si civis unus, quamvis innocens, ad exitium ab hoste deposcatur, dubium non est, quin deferri possit, si appareat civitatem hostium viribus multo esse imparem* ». Cfr. H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XXV, § 3 (ed. cit. t. III, p. 521).

⁽⁵²⁾ « *Utrum si propter sacrilegam consuetudinem comedendi carnes humanas, vel utendi hostia humana in sacrificiis, ut inventi sunt barbari in provincia Yucatan, possint principes christiani sua auctoritate et ratione bellum illis inferre et quatenus liceat, etsi hoc non possint auctoritate sua, an saltem ex mandato et commissione summi pontificis possint* »: cfr. FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de temperantia, Quaestio V*, in *Obras de Fr. de Vitoria, Relecciones teologicas*, a cura di T. Urdanoz, Madrid 1960 (pp. 1004-1069) p. 1038.

⁽⁵³⁾ A.A. CASSI, *Dalla santità alla criminalità della guerra*, cit. pp. 126-129.

⁽⁵⁴⁾ Sul punto mi permetto di rinviare ancora a *La ‘dottrina’ del bellum iustum in Francisco de Vitoria*, cit. nota 23.

accoglieva sostanzialmente l'*opinio communis*. Le tredici *Conclusiones* nelle quali il maestro articolò la *de Temperantia* assumevano quale punto focale la relazione intercorrente tra indios e spagnoli; questi ultimi, in linea di principio, non possono muovere guerra per punire i *crimina contra naturam* dei primi, in quanto solo i *principes* che li governano ne hanno l'*auctoritas* (55).

Nondimeno, Vitoria, alla luce delle Sacre Scritture, giustificava nella *Quinta Conclusio* la guerra mossa contro coloro che « vescuntur carnibus humanis et sacrificant homines » (56). E ciò, si noti, indipendentemente da una richiesta di aiuto delle vittime (57).

Era, questo, uno degli 'argomenti forti' dei sostenitori della *Conquista*, che Vitoria (pur con insistita incertezza, dichiarando di non osare esprimere su di esso un giudizio definitivo (58)), dimostrava di poter sostanzialmente condividere (59). Come si è eviden-

(55) « Principes christiani non possunt inferre bellum infidelibus ratione delictorum contra naturam » (*Conclusio IV*); l'argomento si fonda su quel medesimo principio di reciprocità (e quindi di uguaglianza) con il quale Vitoria negava valore al titolo di acquisizione delle Indie costituito dall'*inventio*. Se si rispondesse affermativamente alla *Quaestio* posta, « item sequeretur quod principes infideles possunt etiam inferre bellum christianis qui peccant contra naturam », così come si dovrebbe ammettere che gli indios avrebbero potuto acquisire il dominio dell'Europa se vi fossero sbarcati prima della *inventio* di Colombo: « Et sic, licet iste titulus [de iure inventionis] cum alio aliquid facere possit, tamen per se nihil iuvat ad possessionem illorum, non plus quam si ipsi invenissent nos »; cfr. FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de indis*, I, 2, 10 (CHP, vol. V, p. 54).

(56) FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de Temperantia, Conclusio V*: « Principes christianorum possunt inferre bellum barbaris quia vescuntur carnibus humanis et quia sacrificant homines'. Probat. Primum, si comedant aut sacrificent innocentes, quia possunt illos defendere ab illa iniuria, iuxta illud, 'Erue eos qui ducuntur ad mortem' [Prov. 24,11]. Confirmatur: ipsi possunt se defendere; ergo principes possunt eos defendere » (ed. cit. p. 110, corsivo nel testo).

(57) Il passo riportato alla nota precedente così prosegue: « Nec valet dicere quod illi non petunt nec volunt hoc auxilium; nam licitum est defendere innocentem, etsi ipse non petat, immo etiamsi renuat, maxime quando patitur iniuriam, in qua non potest cedere iuri suo, ut est in proposito. Non enim potest quis dare alicui ius occidendi seipsum, sive ad vescendum, sive ad sacrificandum » (*ibidem*).

(58) FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de indis prior*, I, 3, 17: « [...] de quo ego nihil affirmare audeo, sed nec omnino condemnare ». I 'giusti titoli' di Vitoria sono pertanto otto, e non sette come spesso si legge.

(59) *Ibidem* (da connettersi al passo finale in FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de indis prior*, I, 1, 16). Va evidenziato, inoltre, come il diritto di intervento bellico

ziato ⁽⁶⁰⁾, infatti, Vitoria formulò le ipotesi (di ampia portata) nelle quali poteva considerarsi *iustum* il *bellum* condotto contro gli indios, e conseguentemente, nelle quali fosse lecito comportarsi nei loro confronti come se si trattasse « non di innocenti ma di perfidi nemici, e trarne tutti i diritti di guerra, saccheggiare le loro terre e ridurli in prigionia, deporre i loro capi e istituirne di nuovi » ⁽⁶¹⁾.

Nell'ambito della medesima *Escuela*, Suarez sfuma i toni vitoriani, dichiarando in termini più asciutti che rimane sempre permesso dichiarare una guerra per difendere bambini innocenti ⁽⁶²⁾, e considerando la *defensio innocentium*, assieme all'*iniuria*, una delle uniche due cause di 'guerra giusta' ⁽⁶³⁾. Suarez, inoltre, sembra limitare drasticamente la sfera di operatività del *bellum* configurato come *iustum* dal comportamento malvagio o 'inumano' dell'avversario.

Egli, in effetti, prende le distanze dal celeberrimo, ed esecrato, *alius titulus* di Vitoria, rappresentato dall'incapacità degli infedeli e dei barbari a governarsi da soli, sulla scorta della categoria aristotelica dei « *natura servi* », in forza della quale essi giungevano non di rado ad essere qualificati *inhumani* ⁽⁶⁴⁾. Questo titolo — nota il *Doctor Eximius* con sottile ironia, già sperimentata dal suo lettore in altre pagine suareziane — non può avere un'applicazione generale, poiché è evidente che ci sono molti infedeli meglio dotati e più disposti verso la vita politica che certi cristiani. Inoltre, prosegue il ragionamento suareziano, perché questo titolo sia valido non basta ritenere che tali infedeli siano meno intelligenti: è necessario che essi

('umanitario', diremmo oggi) a difesa degli *innocentes* trovasse applicazione non solo riguardo ai sacrifici umani nei riti idolatrici, ma anche « propter tyrannidem suorum dominorum vel propter leges tyrannicas in iniuriam innocentium », a nulla ostando l'eventuale acquiescenza delle vittime: « [...] in his enim non ita sunt sui iuris, ut possint se ipsos vel filios suos tradere ad mortem »: F. DE VITORIA, *Relectio de indis prior*, I, 3, 14.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *supra*, nota 17 e testo corrispondente.

⁽⁶¹⁾ *Relectio de indis*, ult. loc. cit.

⁽⁶²⁾ « Et confirmatur [...] semper liceret indicare tale [iustum] bellum propter tuendos innocuos parvulos ».

Cfr. *Sectio V*, § 3 (ed. cit. p. 808).

⁽⁶³⁾ « Christianus Princeps non potest indicare bellum nisi vel ratione iniurie vel ob defensionem innocentium ». *Ibidem*, § 6 (ed. cit. p. 808).

⁽⁶⁴⁾ Sul punto mi permetto di rinviare a *Ius commune tra Vecchio e Nuovo Mondo*, cit., pp. 245-334.

siano tanto arretrati da vivere più come fiere che come uomini, « come dicono che vivano quei popoli che non hanno alcuna organizzazione politica, che vanno in giro completamente nudi e che si nutrono di carne umana » (65).

Se esiste questa tipologia di uomini, li si può assoggettare tramite la guerra, non per annientarli, ma per organizzarli in modo umano e perché siano governati con giustizia. Ma questo titolo raramente o mai deve essere ammesso, eccetto quando intervengono le morti di innocenti e altri crimini simili: « *nisi ubi intercedunt occisiones hominum innocentium* ».

L'intervento bellico a difesa degli innocenti, dunque, sembra configurarsi come *iustum* in quanto doveroso « ex Charitate » di fronte alla disumanità di chi perpeetra l'*iniuria* contro gli innocenti; disumanità che in questo caso eccezionale, costituisce, « ex opinione magis commune », un « *titulus legitimus* » di *bellum iustum*. Potremmo forse dire: una 'guerra umanitaria' *contra inhumanos*.

L'*argumentum* suareziano è articolato e complesso; in questa sede possiamo solo segnalare che, al termine di un lungo percorso ermeneutico, Suarez è esplicito nell'ammettere la legittimità della guerra in difesa degli *innocentes*. Si tratta, sotto un certo profilo, dell'altra faccia dell'*iniuria*: il 'bellum iustum' è la risposta che scaturisce da una *iniuria* perpetrata *contra alios*, a tutela di un soggetto terzo al quale si riconosce una specifica protezione (66).

(65) In questi passi si parla di 'sovrani cristiani', ma si deve evidenziare come il *titulus legitimus* del 'bellum contra inhumanos' non sia loro esclusiva: « *Nihilominus intelligitur, hunc titulum, si quis est, non esse proprium Christianorum, sed eundem pertinere ad omnem Regem, qui velit servare legem naturae, ex qua praecise considerata hic titulus oritur* ».

(66) Suarez formula un'indicazione precisa anche per quanto concerne il soggetto legittimato ad indire siffatto *bellum iustum*: « *Christianus princeps non potest indicare bellum, nisi vel ratione iniuriae, vel ob defensionem innocentium* ». Cfr. *Sectio V*, § 6; ed. cit. p. 808. Nel *De bello* suareziano, in effetti, pur leggendovi la precisazione in base alla quale tale potere non vale solo per i Principi cristiani, si registra tuttavia una non troppo latente preferenza, una elezione 'peculiari modo', a favore di questi ultimi: « *Defensio innocentium peculiari modo potest habere locum in principibus fidelibus* ». Vitoria era stato sul punto molto più drastico e selettivo. Dopo aver formulato i diritti 'naturali' (« *ius societatis et communicationis* »; « *ius negotiandi* »; « *ius participationis* »; « *ius migrandi* ») in quanto tali, quindi, in linea di principio universalmente applicabili, egli ne ammette *de plano* un esercizio monopolistico in favore della sola Corona di Castiglia; e

La legittimazione dell'intervento bellico volto alla *defensio innocentium* è riconosciuta anche da Gentili⁽⁶⁷⁾ e da Grozio, per quanto, in quest'ultimo, essa risulta attenuata e sembra colorarsi delle opache tinte dell'utilitarismo⁽⁶⁸⁾. La preoccupazione è quella di non turbare il delicato equilibrio dell'assetto europeo *inter nationes* legittimando interventi bellici motivati da persecuzioni religiose⁽⁶⁹⁾ o dall'oppressione del sovrano⁽⁷⁰⁾.

Tuttavia, se le pagine *de bello* vergate dai nostri 'quattro autori' presentano in *recto* la tutela degli « innocentes », esse riservano loro in *verso* il rovescio della medaglia: un rovescio drammatico, in cui

ad istituire siffatto monopolio era quello stesso Pontefice del quale Vitoria, secondo molti, avrebbe disintegrato l'*auctoritas in temporalibus* (« Ergo, cum spectet ad Papam principaliter curare promotionem Evangelii in totum orbem, si ad praedicationem Evangelii in illis provinciis commodius possent principes hispani dare operam, potest eis committere et interdicare omnibus aliis, et non solum interdicare praedicationem, sed etiam commercium, si hoc ita expedit ad religionis propagationem, quia potest ordinare temporalia, sicut expedit spiritualibus », F. DE VITORIA, *Relectio de Indis*, I, 3, 9). Suarez è sul punto molto più sfumato; e tuttavia la missione dei sovrani cristiani rappresenta ancora l'ordito in sottotraccia delle sue pagine.

(67) « Sic in civitatem ad publicum crimen accusandum quilibet admittitur; etiam qui de civitate non est, quum res offenditur non civitas propria, sed universalis omnium »; cfr. A. GENTILI, *De jure belli*, lib. I, cap. XXV (ed. cit. t. I, p. 199). 1612).

(68) Il giurista olandese non omette di riconoscere che si tratta di verificare il rapporto rischi/vantaggi (« succurram perituro, sed ut ipse non peream, nisi si futurus ero magni hominis, aut magnae rei merces »; cfr. GROTIUS, *De jure belli*, op. cit. lib. II, cap. XXV, § VII. 2; ed. cit. t. III p. 524). Per un certo 'pragmatismo utilitaristico' groziano *in puncto quo* cfr. anche il testo riportato *supra* alla nota 51.

(69) Le 'guerre di religione', esplicitamente condannate, come è noto, da Gentili, mettevano a repentaglio l'equilibrio faticosamente raggiunto, dopo la pace di Augusta, con il principio *cuius regio eius religio*; d'altra parte, ammettere un sindacato sul corretto esercizio della sovranità altrui avrebbe provocato devastanti reazioni a catena, come Grozio aveva ben presente (« Ne, usurpata, aliarum parti sollicitudine, bellum inter se incitent »; cfr. GROTIUS, *De jure belli*, op. cit. lib. II, cap. XXV, § VIII. 1; ed. cit. p. 526).

(70) Il tema si innesta sulla *vexatissima quaestio* della tirannia e della legittima lotta (interna ed esterna) al tiranno, cui non è possibile in questa sede nemmeno accennare; si rinvia pertanto ai contributi *in argomento* raccolti in questo medesimo volume, nonché, limitandoci al periodo qui considerato, agli studi di D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, 1994; Id., *Trannide e tirannicidio nel tardo Cinquecento francese: La "Anacephalaeosis" di Pierre Grégoire detto il Tolosano (1540-1597)*, in « Il Pensiero Politico », XVI, 1983, pp. 341-355.

agli « innocentes », financo ai « parvuli » e « infantes » ⁽⁷¹⁾, non è risparmiato un tragico, ma 'legittimo', destino.

3.2. *Prigionieri ed ostaggi. Il destino degli innocentes* ('ius in bello').

Un problema, infatti, si presentava alla riflessione *de iure gentium* con drammatica urgenza: il 'secolo di ferro' impregnava i territori europei con il sangue di coloro che, dopo aver vanamente resistito all'assedio della propria città, venivano resi prigionieri e giustiziati in ragione della loro « ostinata resistenza » (« pertinax defensio »). Per questi *captivi* la via di salvezza era rappresentata dalla possibilità di configurarli, *sub specie iuris*, come « innocentes ».

Era decisivo, in altre parole, individuare quei *belligerantes* che potessero reputarsi innocenti; ad esser precisi, anzi, la questione era se i belligeranti, in quanto tali, potessero mai essere anche *innocentes*. Se si fosse trattato di coloro i quali hanno combattuto una guerra ingiusta, la *quaestio* sarebbe stata meno scabrosa ⁽⁷²⁾; ma poiché oramai ogni *bellum* indetto legittimamente (cioè rispettando le norme che presiedono la dichiarazione di guerra) è *iustum ex utraque parte*, non poteva essere questo il discrimine.

L'ipotesi, tragicamente concreta, era appunto quella della popolazione civile che aveva strenuamente resistito all'assedio; alla *scientia iuris* si chiedeva se la difesa « ostinata » (« pertinax ») della fortezza o della città da parte degli assediati ne giustificasse l'uccisione ad opera dell'assediante vittorioso.

È alle riflessioni di Grozio (dove oramai lo *ius in bello* costituiva *magna pars* della dottrina *de bello*) che si deve una esplicita e ferma risposta negativa. Secondo l'olandese il coraggio e l'ostinazione nel difendere una fortezza non costituiscono una legittima causa di supplizio ⁽⁷³⁾; *a fortiori* se si combatte per giusta causa o perché ciò sia stato ordinato dal *Princeps*. Poiché, tuttavia, la 'iusta causa' tende a identificarsi con la guerra *formalmente* giusta, e quindi con ogni

(71) Cfr. *infra* nel testo.

(72) Tale sembra configurarsi ancora in Vitoria; cfr. *supra* note 17 e 60.

(73) « Pertinax vero studium in partes nemo est qui supplicium dignum iudice » (cfr. H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. III, cap. IV, paragrafo XIII. 2; ed. Losanna, 1752, t. III p. 665).

guerra indetta legittimamente ⁽⁷⁴⁾, la scriminante sulla quale riflettere era soprattutto la seconda, ovvero l'ipotesi dell'ordine, impartito dai superiori, di resistere ad oltranza.

Grozio si distanziava *in puncto quo* dal Gentili, per il quale la resistenza *pertinax* giustificava la punizione capitale inflitta ai prigionieri dal vincitore, in ragione delle maggiori perdite patite da quest'ultimo; per Alberico la circostanza che la 'resistenza ad oltranza' fosse stata imposta dal sovrano o dai capi era irrilevante ⁽⁷⁵⁾.

Dunque, l'ordine, impartito agli assediati dal loro superiore, di non abbandonare il proprio posto è considerato da Grozio come giustificazione del comportamento degli assediati, mentre secondo Gentili l'eventuale disobbedienza a tale ordine costituiva un'aggravante, in quanto dimostrava una grave mancanza di rispetto per l'autorità. In Alberico, in ogni caso, coloro i quali hanno combattuto con convinzione (e non si vede come potrebbe essere diversamente, nella difesa da un assedio...) sembrano perdere irrimediabilmente la qualifica di *innocentes* e sono, pertanto, predestinati alla soggezione di uno *ius in bello* che ne contempla la legittima uccisione, pur con qualche attenuazione, a sua volta non priva di diverse eccezioni. I minori e le donne per Gentili ⁽⁷⁶⁾, come per Grozio, sono meritevoli di particolare indulgenza. Tuttavia, riguardo la condizione muliebre, tale trattamento di favore conosce alcune deroghe. Se la donna, venendo meno alle ragioni del suo sesso, ha combattuto e, così facendo, essa è 'andata oltre il suo sesso', si è posta sullo stesso piano dell'uomo, e deve essere trattata, quindi, allo stesso modo ⁽⁷⁷⁾. Una seconda circostanza che rende le donne, e gli anziani, meritevoli di esecuzione capitale è l'uso delle armi, comportamento che giustifica *in re ipsa* la legittima *defensio*: è infatti giusto, argomenta il giurista,

⁽⁷⁴⁾ Cfr. *supra* § 2.

⁽⁷⁵⁾ « Et sic sane si aut contra legem itam, ex contra itam rationem veretur malum miles sivi a suo principe, ex itaque obstinatus est: atque iuri, ex ira hostis nihil propterea imminui necesse est, quia iniustitia aliena non debeat nobis esse incommodo, ex debeat suis nocere magis, quam praescribere hostibus »; cfr. A. GENTILI, *De iure belli*, lib. II, cap. XVI, ed. cit. [Washington, 1932], t. I, p. 350).

⁽⁷⁶⁾ « Aetas puerorum infirmior; sexus mulierum infirmior. Ut utique est indulgendum » (*ibidem*, lib. II, cap. XXI, ed. cit. p. 413).

⁽⁷⁷⁾ « Hic excipio tamen mulieres, quae supra communem sexum agerent viro- rum munia, quod viros agunt foeminae, non sunt foeminae, sed viri » (*ibidem*, p. 413).

resistere a costoro come ai pazzi e a coloro che « ci vengano incontro pericolosamente, come potrebbe venirci incontro una fiera pericolosa » (78).

Sul punto, invero, Grozio era ben d'accordo: le donne che abbiano combattuto, quasi « in spregio al proprio sesso », come scriveva Gentili, o che abbiano compiuto « qualcosa che meriti una punizione » sono passibili di castigo (79). Se il loro sesso le rende inabili a combattere, e quindi esenti dalla punizione, l'esercizio delle armi, al contrario, costituisce una negazione della propria natura, che pertanto le rende passibili, per contrappasso, di punizione al pari degli uomini.

Alla donna, insomma, non si perdona l'essersi comportata da uomo.

L'identificazione degli *innocentes*, del resto, era stata particolarmente laboriosa, e addirittura sofferta, all'interno della Scuola di Salamanca, come dimostrano le probabili interpolazioni subite dal *locus* dove Vitoria elenca i soggetti che debbono considerarsi tali (80): le categorie dei 'contadini inermi', dei 'viaggiatori e stranieri' e quella comprensiva di tutta « alia gens togata et pacifica » (una sorta di salvacondotto riservato agli intellettuali), nelle edizioni a stampa risultano aggiunte a quelle più 'classiche' di donne e bambini, mentre non sono presenti nel *Palentinus*, il più risalente dei

(78) « Quemamodum ex bestias irruentes occidimus, iure semper licito defensionis » (*ibidem*, p. 426). A queste due ipotesi, che derogano al principio di indulgenza nei confronti del prigioniero *infirmior* (tale principio è espresso, ad esempio, nel *locus* ove Gentili inserisce l'elogio alla temperanza dimostrata dal comportamento di Enea nei confronti di Elena, che egli condannò ma nei confronti della quale non arrivò né alla violenza né all'uccisione; cfr. A. GENTILI, *De iure belli*, lib. II, cap. XXI, ed. cit. p. 419) e che sono ipotesi valide anche per gli anziani, se ne affiancano altre due riservate alla condizione muliebre; la prima giustifica la richiesta di un riscatto per la liberazione delle donne fatte prigioniere quando questo medesimo riscatto fosse stato chiesto precedentemente dalla parte avversa, in forza del principio secondo cui il male altrui giustifica la nostra reazione (« Ego, dico, ius pro Italis fuisse; qui hispanis reddiderunt, quod hispani dederunt primi exemplum malorum ex iniustitia »; *ibidem*, ed. cit. p. 415), che Gentili ritiene di ricavare da Aristotele in contrapposizione a Polibio, e, *in secundis*, la reità della donna con la sua condotta antecedente (*ibidem*, p. 419).

(79) « In feminis plerumque obtinet, id est nisi aliquid peculiariter vindicandum admiserint, aut virilia officia et ipsae usurpent » (H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. III, cap. XI, paragrafo IX, 3; Losanna, 1752, t. IV p. 198).

(80) Cfr. F. DE VITORIA, *De iure belli*, IV, II, § 1 (ed. cit. p. 68).

testimoni manoscritti del *De iure belli* vitoriano ⁽⁸¹⁾. Anche questo dato di natura ‘filologica’ esemplifica l’esigenza di un progressivo ampliamento della categoria degli innocenti. Tuttavia, nemmeno in Vitoria questi ultimi sono del tutto esenti dall’essere sacrificati in nome delle superiori ragioni di guerra: se i loro avversari hanno combattuto e vinto una guerra ‘giusta’, essi non faranno distinzione tra ‘colpevoli’ ed ‘innocenti’, e potranno non solo rendere questi ultimi prigionieri, ma sarà loro lecito anche ucciderli, pur soltanto per *accidens*, in talune circostanze. Ad esempio, quando, nel corso di una guerra *giusta*, si assedia una città e si sa che « non si possono sparare i cannoni senza che si travolgano gli innocenti insieme ai colpevoli » ⁽⁸²⁾. Ciò in quanto, altrimenti, sarebbe frustrata la ‘giusta causa’ di chi fa la guerra ⁽⁸³⁾.

Assai significativamente, anche nello svolgere l’*argumentum* relativo all’ipotesi speculare (la difesa della città assediata), Vitoria ribadisce il requisito della *iusta causa* ⁽⁸⁴⁾.

La *Escuela* di Vitoria ⁽⁸⁵⁾, pur mediante posizioni dottrinali articolate e non sempre concordi, non prescinde dal postulato della necessaria istituzione di una *pars iusta* rispetto alla quale (ed *esclusivamente* rispetto alla quale) il *bellum* possa configurarsi *iustum* (sotto il profilo dello *ius ad bellum*) e, *consequentemente*, gli atti compiuti da essa in guerra possano ritenersi leciti (sotto il profilo dello *ius in bello*).

Lo sviluppo delle argomentazioni vitoriane sta in effetti a dimostrare, una volta di più, il laborioso itinerario speculativo *de bello* compiuto nel *milieu* della Scuola di Salamanca.

Non è possibile vagliare *hic et nunc* i passi del *De bello* suareziiano sull’argomento in questione; *loci* assai problematici, con i quali Suarez rilancia la cruciale domanda: *Verum, qui sint innocentes?*

⁽⁸¹⁾ Cfr. (F. de Vitoria), *Political Writings*, a cura di A. PAGDEN e J. LAWRENCE, Cambridge 1991, p. 315 (e cfr. l’*Introduction* di Pagden pp. XIII ss.).

⁽⁸²⁾ F. DE VITORIA, *De iure belli*, IV, ult. loc. cit.

⁽⁸³⁾ « [...] quia alias frustraretur iustitia bellantium » (*ibidem*).

⁽⁸⁴⁾ « [...] sicut, e contrario, si oppidum oppugnatur *iniuste* et *iuste* defenditur, licet mittere machinas et alia tela in obsessores et in castra hostium, dato quod inter illos sint aliqui pueri aut innovi » (*ibidem*, corsivi aggiunti).

⁽⁸⁵⁾ Il passo *supra* riportato potrebbe essere stato aggiunto nelle edizioni a stampa; cfr. nota 81.

Possiamo tuttavia evidenziare come per il *Doctor Eximius* sono ‘innocenti’ coloro i quali pur potendo, fisicamente e mentalmente, prendere le armi (e, dunque, non solo le donne e i fanciulli), non parteciparono alla guerra *ingiusta*: anche in Suarez, infatti, la guerra è ‘giusta’ per una sola delle parti. Per l’antagonista, viceversa, essa sarà necessariamente ‘ingiusta’, con logiche ricadute sul piano dello *ius in bello*.

L’argomentazione *in puncto quo* è articolata (e invero non sempre lineare) e non è possibile in questa sede nemmeno accennarvi; *argumentum* che a sua volta pone un ulteriore quesito, anch’esso cruciale sotto il profilo dogmatico e drammatico sul piano morale: l’innocente è sacrificabile? Suarez risponde in termini affermativi: lo è quando il suo sacrificio sia inevitabile per porre fine alla guerra, quando cioè si dia un caso di ‘*extrema ratio*’⁽⁸⁶⁾.

È la stessa *charitas* che sembra richiederlo: porre fine alla guerra rappresenta la misura *de bello iusto* che discende dall’*ordo Charitatis*. Il principio di carità, rilevante e decisivo per la disciplina della *extrema ratio* bellica, contempla le ipotesi che giustificano la loro morte in vista del bene superiore⁽⁸⁷⁾.

Di fronte a quest’ultimo, invero, pare non esservi ‘innocenti’ non ‘sacrificabili’.

4. *Cenni conclusivi.*

Se è vero che il passaggio dallo *ius ad bellum* allo *ius in bello* si è consumato gradualmente, resta evidente, nella riflessione *de bello* in età moderna, il progressivo restringimento del primo e l’accentuata dilatazione dell’indagine dedicata al secondo.

Già con Vitoria, commentatore di Tommaso⁽⁸⁸⁾, il punto focale

⁽⁸⁶⁾ A questo punto dell’*argumentum iuris* Suarez colloca un esempio di ‘*extrema ratio*’ che può sorprendere il lettore d’oggi: « *Item mulier habens in utero filium potest uti medicina necessaria ad vitam suam, etiam si sciat inde consequendam mortem filij* ».

Cfr. *Sectio VII*, § 17 (ed. cit. p. 818).

⁽⁸⁷⁾ « *Attendendum est ex ordine charitatis: nimirum an ibi intercedat tam commune bonum, vt pro illo tuendo debeat se exponere tanto periculo* » (*ibidem*, § 19).

⁽⁸⁸⁾ « Se Tommaso dedicava nella Quaestio 40ma della Secunda Secundae uno spazio molto modesto » allo *ius in bello*, « chiedendosi soltanto nel terzo articolo ‘se sono

della dottrina giuridica *de bello* comincia a spostarsi sulle modalità con le quali il *bellum iustum* deve essere condotto: attraverso il requisito della *recta intentio* (sviluppato in verso contrario a quanto fece S. Agostino ⁽⁸⁹⁾) si è consumato il passaggio dallo *ius ad bellum* allo *ius in bello* che connota la riflessione successiva. Con Gentili, infatti, lo *ius ad bellum* viene drasticamente sfrondata: sono recisi i *tituli* afferenti alla *religio*, spuntati quelli relativi alla soluzione di controversie di confini o possedimenti territoriali; quelli relativi alla *Conquista* spagnola del Nuovo Mondo vengono setacciati con rete a maglie ancora più strette di quelle vittoriane; l'attenzione di Gentili, dopo aver percorso l'impervio crinale dei 'legitimi titoli ad bellum', sposta, tramite 'slittamenti assiologici', il proprio baricentro sullo *ius in bello*, che occupa due dei *De jure belli libri tres* ⁽⁹⁰⁾.

Non era qui possibile ripercorrere tale complesso itinerario, consumato dai nostri 'quattro autori' attraverso differenti percorsi giusfilosofici ed articolate argomentazioni giuridiche (sia *de iure communi* che *ex iure naturali*). Possiamo tuttavia rilevare, al termine di questo *coup d'oeil*, che dalla robusta potatura dello *ius ad bellum* uscì rafforzato lo *ius in bello*. Del resto, non v'era più molto da discutere, nell'età del consolidamento delle signorie territoriali e dello Stato moderno, sul carattere 'iustum' del *bellum* proclamato dal sovrano, il quale è 'iustus hostis' per definizione.

Molto restava da dire, nell'età dei conflitti di religione, all'indomani della guerra anglospagnola, della battaglia di Lepanto e alla vigilia della Guerra dei Trent'anni, sullo *ius belli*, nella duplice accezione di diritto diplomatico e di diritto bellico. E molto, in effetti, si scrisse.

Sotto questo profilo, si prospetta dunque opportuna e foriera di risultati un'indagine sulla dottrina dello *ius in bello* nell'età

lecite le imboscate', Vitoria dedica invece alle questioni relative allo *ius in bello* molto più spazio»: cfr. M. GEUNA, *Le relazioni fra gli Stati*, cit., p. 85.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. A.A. CASSI, *Dalla santità alla criminalità della guerra*, cit., p. 112 e n. 35.

⁽⁹⁰⁾ Gentili, ad esempio, una volta concluse nel primo libro del *De jure belli* le questioni sulle *iustae cause*, indaga a fondo alcuni requisiti formali (« guerre en forme ») che devono sussistere perché il *bellum* sia « iustum ». Il primo capitolo del II libro comincia con la trattazione della dichiarazione di guerra, considerata *aliquo modo* afferente ai requisiti dello *ius ad bellum*; poi con il cap. III, si passa allo *ius in bello* con la disciplina dei mezzi che possono essere utilizzati in guerra.

moderna (la quale non si esentò dall'occuparsi anche di 'guerra chimica' ⁽⁹¹⁾ e di 'responsabilità collettiva' degli ostaggi e dei prigionieri ⁽⁹²⁾); dottrina elaborata nell'alveo di una nuova *scientia iuris* delle relazioni *inter gentes*, di quello *ius inter nationes* che ha inaugurato l'età moderna e del quale, forse, non è decisivo chiedersi chi sia stato il 'fondatore', bensì necessario individuare i percorsi storico-giuridici.

⁽⁹¹⁾ A differenza di Gentili (che stigmatizza la 'crudeltà barbarica' di una siffatta pratica), Grozio considera legittimo avvelenare frecce ed altre armi, in quanto 'ciò avviene in campo aperto, senza le ombre ed i sotterfugi della notte e dell'intrigo'. L'olandese, peraltro, rileva le riserve dei popoli europei riguardo tale uso delle armi, contario allo *ius gentium*: « Sed hoc quoque contra ius est gentium non universale, sed gentium europearum, et si quae ad Europae melioris cultum accedunt » (GROTIUS, op. cit. lib. III, cap. IV, § XVI, 1; ed. cit. t. III, p. 667). Egli era del tutto contrario, invece, all'avvelenamento dei pozzi e delle fonti idriche, auspicando la stipulazione di apposite convenzioni per evitare siffatte azioni ingiuste: « Neque vero minus videri debet, si ad minuenda pericula tales sint quaedam bellantium tacitae conventiones » (*ibidem*).

⁽⁹²⁾ Gentili, il quale dedica alla condizione degli ostaggi il XIX capitolo del secondo libro del *De iure belli*, ritiene che sia lecito ucciderli allorché il nemico non tenga fede alla parola data o essi stessi tentino la fuga. In quanto « persone date al principe a garantire la sicurezza nell'osservazione della pubblica fede », essi, pur non personalmente colpevoli delle violazioni commesse dalla loro *pars*, ne possono essere considerati responsabili, in quanto, secondo Alberico, « il corpo del nemico, come il suo esercito, è uno solo » (« Nec dici hic valet, non illos esse se, qui crudeliter egerit; ad hoc non se esse tractandos crudeliter. Nam unum corpus sunt hostes, et ut unum corpus est exercitus »; cfr. *De iure belli*, cit., lib. II, cap. XVIII), ed in forza di tale principio può configurarsi una responsabilità collettiva degli ostaggi, per quanto questa sia una condizione accidentale, e non voluta. A maggior ragione, potrà riconoscersi la responsabilità solidale dei prigionieri, dei quali, infatti, Gentili considera lecita l'esecuzione capitale, andando incontro, *in puncto quo*, all'esplicita critica da parte di Grozio, il quale nega valore giuridico alla *factio* gentiliana dell'*unum corpus* e, conseguentemente, nega la legittimità della 'rappresaglia esemplificativa' (« aut talionem natura non admittit, nisi in ipsos, qui delinquerunt; neque sufficit quod hostium unum quasi corpus fictione quadam intelligatur, ut ex potest intelligi, de poenarum communicatione supra a nobis tractata sunt »; cfr. GROTIUS, *De iure belli*, op. cit., lib. III, cap. XI, § XVI.2).

STEFANO PIETROPAOLI

JUS AD BELLUM E *JUS IN BELLO*.
LA VICENDA TEORICA DI UNA « GRANDE DICOTOMIA »
DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

[...] e credo che la guerra sia chiamata in latino *bellum* non già per antifrasi, come hanno creduto certi rabberciatori di vecchie ferraglie latine che nella guerra quasi bellezza non vedono, ma assolutamente e semplicemente per la ragione che in guerra appare ogni specie di bene e di bello e scompare ogni sorta di male e di brutto. Tanto è vero che il saggio e pacifico re Salomone non ha meglio saputo rappresentarci la indicibile perfezione della sapienza divina se non comparandola all'ordinamento di un esercito in campo.

(F. RABELAIS, *Gargantua e Pantagruelle*)

1. Una 'grande' dicotomia? — 2. Una dicotomia 'classica'? — 3. La 'preistoria' della dicotomia. La connessione con il problema della « guerra giusta ». — 4. La genesi della dicotomia. Il contesto teorico. — 5. La definizione della dicotomia: Heinrich Lammasch. — 6. Il consolidamento della dicotomia: Josef Kunz. — 7. La diffusione della dicotomia e la sua crisi. — 8. *Inter arma non sileant leges*. Riflessioni conclusive sul ruolo della dicotomia nel diritto internazionale.

1. *Una 'grande' dicotomia?*

Obiettivo del presente lavoro è delineare la vicenda teorica della « grande dicotomia » della dottrina giusinternazionalistica individuata dalla coppia di termini *jus ad bellum* e *jus in bello*. Prima di affrontare la questione è però opportuno sgombrare il passo da alcuni possibili fraintendimenti. In primo luogo, è necessario chiarire che cosa si può intendere per « grande dicotomia ».

È merito di Norberto Bobbio aver richiamato l'attenzione dei giuristi sul ruolo delle « grandi dicotomie » (1). Nell'accezione bobbiana, l'espressione indica il prodotto di un'operazione di classificazione che intende essere funzionale alla divisione di un determinato campo d'indagine in due sottoclassi « reciprocamente esclusive e congiuntamente esaustive » (2). In altre parole, si può parlare correttamente di « grande dicotomia » a proposito di distinzioni teoriche idonee a dividere uno specifico campo del sapere in due sfere, tali che non abbiano elementi in comune e tuttavia nel loro insieme comprendano tutti i concetti cui la disciplina si riferisce.

Se si accetta l'impostazione del problema nei termini appena delineati, è possibile formulare almeno due questioni fondamentali a proposito della coppia terminologica *jus ad bellum/jus in bello*. La prima, cui è dedicato il presente paragrafo, è se i due termini siano inquadrati dall'attuale dottrina giusinternazionalistica come una coppia concettuale inscindibile, e se vi sia accordo sul significato da attribuire alle due espressioni. La seconda, che sarà oggetto del prossimo paragrafo, è (se e) a partire da quando la teoria del diritto internazionale ha definito i concetti di *jus ad bellum* e *jus in bello* in una prospettiva dicotomica (3).

(1) Si vedano, in particolare, i saggi *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto* e *La grande dicotomia*, entrambi raccolti in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, rispettivamente alle pp. 123-144 e 145-163, nonché *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in Id., *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, Einaudi, 1995², pp. 3-22.

(2) N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 145.

(3) Pur non potendo affrontare neppure marginalmente il tema in questa sede, mi pare importante segnalare che sempre più frequentemente si registra l'uso di una « tricotomia » in cui ai due termini 'classici' si aggiunge quello di *jus post bellum*. Si vedano, ad esempio: G. BASS, *Jus Post Bellum*, in « Philosophy & Public Affairs », XXXII, 2004, 4, pp. 384-412; A. BELLAMY, *The responsibilities of victory: Jus Post Bellum and the Just War*, in « Review of International Studies », XXXIV, 2008, 4, pp. 601-626; J.L. COHEN, *The Role of International Law in Post-Conflict Constitution-Making. Toward a Jus Post Bellum for « Interim Occupations »*, in « New York Law School law review », LI, 2006-7, 3, pp. 498-532; R. JOHNSON, *Jus Post Bellum and Counterinsurgency*, in « Journal of Military Ethics », VII, 2008, 3, pp. 215-230; D.E. KELLOGG, *Jus Post Bellum: The Importance of War Crimes Trials*, in « Parameters: Journal of the US Army War College », XXXII, 2002, 3, pp. 87-99; A. KOEMAN, *A Realistic and Effective Constraint on the Resort to Force? Pre-commitment to Jus in Bello and Jus Post Bellum as Part of the Criterion of Right Intention*, in « Journal of Military Ethics », VI, 2007, 3, pp. 198-220;

Dei due problemi cui si è accennato, il primo è sicuramente quello di più facile risoluzione. Non vi è dubbio, infatti, che *jus ad bellum* e *jus in bello* sono espressioni assai ricorrenti nel lessico giusinternazionalistico contemporaneo, ed è altrettanto sicuro che essi vengono costantemente evocati come elementi di una coppia concettuale inscindibile. Basti ricordare, a questo proposito, che una recente sentenza della Camera di Appello del Tribunale Speciale per la Sierra Leone ha definito la distinzione tra *jus ad bellum* e *jus in bello* « a bedrock principle » del diritto internazionale ⁽⁴⁾. A ciò si aggiunga che le definizioni dei due termini che si riscontrano nell'attuale dottrina internazionalistica sono pressoché univoche. In questo senso può essere sufficiente ricordarne due tra le più autorevoli. Secondo la risoluzione adottata dall'American Society of International Law a conclusione dell'Annual General Meeting del 2006, lo *jus ad bellum* è definito come quel settore del diritto internazionale, rappresentato fondamentalmente dalla Carta delle Nazioni Unite, che regola il ricorso all'uso della forza armata ⁽⁵⁾; lo *jus in bello* è invece quel settore del diritto internazionale che disciplina la condotta dei conflitti armati e l'occupazione bellica, ed è costituito principalmente anche se non esclusivamente dalle Convenzioni di Ginevra del 1949. Rispetto a questa definizione, quella

D. MCCREADY, *Ending the War Right: Jus Post Bellum and the Just War Tradition*, in « Journal of Military Ethics », VIII, 2009, I, pp. 66-78; B. OREND, *Jus Post Bellum*, in « Journal of Social Philosophy », xxxi, 2000, 1, pp. 117-137; Id., *The morality of war*, Peterborough, Ont., Broadview Press, 2006; Id., *Jus Post Bellum: The Perspective of a Just-War Theorist*, in « Leiden Journal of International Law », XX, 2007, 3, pp. 571-591; C. STAHN, 'Jus ad bellum', 'jus in bello' ... 'jus post bellum'? *Rethinking the Conception of the Law of Armed Force*, in « European Journal of International Law », XVII, 2006, 5, pp. 921-943; Id., *Jus Post Bellum: Mapping the Discipline(s)*, in « American University International Law Review », XXIII, 2008, 2, pp. 311-348; C. STAHN, J.K. KLEFFNER, *Jus post bellum. Towards a law of transition from conflict to peace*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2008.

⁽⁴⁾ Mi riferisco all'Appeal Judgement del 28 maggio 2008, Prosecutor vs. Fofana & Kondewa, Case No.SCSL-04-14-A, e in particolare ai paragrafi 517, 530 e 531 (cfr. pp. 170 e 174 della sentenza nella versione consultabile sul sito della Corte all'indirizzo www.sc-sl.org).

⁽⁵⁾ È però importante notare che, con una certa frequenza, nell'espressione *jus ad bellum* il termine *jus* è inteso in senso soggettivo, e non in senso oggettivo: *jus ad bellum*, in questo senso, è la facoltà, giuridicamente riconosciuta ai soggetti di diritto internazionale, di ricorrere all'uso della forza armata.

adottata dal Comitato Internazionale della Croce Rossa presenta solo minime dissonanze ⁽⁶⁾. In primo luogo, lo *jus ad bellum* è definito come « diritto sull'uso della forza » ma anche come « diritto sulla prevenzione della guerra »: in questo senso, lo *jus ad bellum* è inteso essenzialmente come uno *jus contra bellum*. In secondo luogo, lo *jus in bello* non è definito 'asetticamente' come l'insieme delle regole concernenti la condotta delle ostilità belliche, ma è inteso come la parte del diritto internazionale che si propone di limitare le sofferenze causate dalla guerra proteggendo e fornendo assistenza alle vittime dei conflitti armati: esso coincide dunque con il concetto, divenuto di uso comune a partire dall'ultimo decennio del Novecento, di « diritto internazionale umanitario ».

Un esame, anche superficiale, della letteratura giusinternazionalistica contemporanea conferma la ricorrenza della dicotomia e la sostanziale univocità delle definizioni dei termini che la compongono. Ma, è bene sottolinearlo, *jus ad bellum* e *jus in bello* sono espressioni che ricorrono non solo in una grande quantità di testi accademici ⁽⁷⁾ e di articoli su riviste specializzate ⁽⁸⁾, ma anche in documenti a carattere divulgativo e comunque non strettamente scientifico ⁽⁹⁾. Se, dunque, l'affermazione della dicotomia è indiscu-

⁽⁶⁾ Si veda, in proposito, la pubblicazione elettronica dal titolo *International humanitarian law: answers to your questions*, scaricabile dal sito del Comitato Internazionale della Croce Rossa, all'indirizzo www.icrc.org.

⁽⁷⁾ A mero titolo esemplificativo, segnalo che *A Modern Introduction to International Law* di Michael Barton Akehurst (apparso in prima edizione nel 1970 presso Allen & Unwin, London), ovvero quello che può essere considerato come il manuale di diritto internazionale più diffuso al mondo, contiene due capitoli intitolati rispettivamente *International wars, civil wars and the right to self-determination: ius ad bellum*; e *Means of waging war and criminal responsibility: ius in bello* (cfr. Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London-New York 1997⁷, pp. 306-341 e pp. 342-363). A conferma della impostazione teorica che distingue nettamente *jus ad bellum* e *jus in bello* si vedano anche I. BROWNIE, *International Law and the use of force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, e Y. DINSTEIN, *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

⁽⁸⁾ Un elenco dei circa 360 articoli scientifici in cui la coppia ricorre almeno una volta può essere individuato tramite la consultazione degli archivi JSTOR, all'indirizzo www.jstor.org.

⁽⁹⁾ Una ricerca effettuata pochi giorni prima di licenziare il presente lavoro ha individuato circa 70.000 documenti *on-line* in cui i due termini ricorrono almeno una volta.

tibile, rimane da chiarire a quando essa risale, e quali sono state le ragioni della sua fortuna.

2. *Una dicotomia 'classica'?*

È ovvio che i termini *jus ad bellum* e *jus in bello*, per il semplice fatto di essere espressi in lingua latina, lascino supporre un'origine remota della dicotomia che stiamo esaminando. Altrettanto scontato è che gli autori che ne fanno uso vi si riferiscano definendola come una distinzione ora, genericamente, « classica », ora, esplicitamente, « antica » oppure « medievale ». Meno banale è constatare che tali autori non ricordino mai le fonti da cui tale 'classicità' può essere desunta ⁽¹⁰⁾. E niente affatto prevedibile è constatare che della 'classica' distinzione tra *jus ad bellum* e *jus in bello* non si ha traccia né nelle fonti medievali, né tanto meno in quelle antiche. Infine, sorprendente è accertare che i primi testi in cui la dicotomia ricorre sono databili ai primi anni del Novecento.

Non una sola volta è possibile rintracciare la 'classica' distinzione tra *jus ad bellum* e *jus in bello* nei testi teologico-giuridici di Francisco de Vitoria o di Domingo de Soto, di Francisco Suárez o di Fernando Vázquez de Menchaca; e neppure la si incontra nelle opere dei riconosciuti padri del diritto internazionale moderno, da Balthazar Ayala ad Alberico Gentili, da Richard Zouch ad Ugo Grozio e Christian Wolff ⁽¹¹⁾; né nelle dottrine giusnaturalistiche del

⁽¹⁰⁾ Solo per citare un'opera assai diffusa in ambito anglosassone, si veda M. WALZER, *Just and Unjust Wars*, New York, Basic Books, 1977; trad. it. *Guerre giuste e ingiuste*, Napoli, Liguori, 1990, p. 39, dove l'autore parla genericamente di « scrittori medievali ». Ma il medesimo atteggiamento si ritrova anche in testi in cui ci si aspetterebbe maggiore rigore filologico (cfr. ad esempio G. VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, vol. VII, *Comunità e diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 500, in cui si parla genericamente di « distinzione scolastica medievale »).

⁽¹¹⁾ Segnalo però che nelle *Institutiones juris naturae et gentium in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia deducuntur* di Christian Wolff (Prostat, in Officina Rengeriana, 1763) si può individuare l'occorrenza delle espressioni *jus ad bellum* e *jus gentium in bello* (ma non certo della dicotomia nel senso che abbiamo individuato). Si tratta, rispettivamente: di un passo del capitolo VII (*De jure belli gentium*, pp. 720-736), e più precisamente del paragrafo 1171 (*De bellis utilitatis solius causa gestis*, pp. 721-722): « Sola igitur utilitas justa causa belli non est. Quamobrem cum rationes suasoriae dicantur, quae desumuntur ab utilitate, seu quibus evin-

Settecento, da Cornelius van Bynkershoek a Johann Jakob Moser, da Georg Friedrich von Martens ad Emer de Vattel. E il discorso non cambia se si prendono in esame le opere ottocentesche dedicate alla storia del diritto internazionale da maestri del calibro di Carl Kaltenborn von Stachau, Henry Wheaton, Ernst Nys e François Laurent. Neppure un cenno alla dicotomia tra *jus in bello* e *jus ad bellum* si ha nel monumentale *Handbuch des Völkerrechts* curato da Franz von Holtzendorff.

Nonostante si tratti di un'asserzione 'rischiosa', in quanto intrinsecamente suscettibile di essere smentita da nuove ricerche, è possibile sostenere con una certa sicurezza che la dicotomia tra *jus ad bellum* e *jus in bello* è un prodotto originale della scienza giusinternazionalistica del primo Novecento ⁽¹²⁾. Questa affermazione, che può sembrare sorprendente, merita alcune precisazioni. In primo luogo, se pure si accoglie l'ipotesi che i termini *jus ad bellum* e *jus in bello* non ricorrono dal punto di vista linguistico fino al primo Novecento, ciò non significa necessariamente che il senso della dicotomia fosse estraneo alla dottrina giusinternazionalistica precedente. In secondo luogo, rimane da chiarire perché tale distinzione teorica si sia imposta nella cultura giuridica a partire da una certa epoca (e perché essa sia stata formulata in latino). Cercherò di dare una risposta al primo di tali problemi nel prossimo paragrafo, demandando ai successivi il compito di chiarire i fattori specifici della emergenza della dicotomia agli inizi del XX secolo.

3. *La 'preistoria' della dicotomia. La connessione con il problema della 'guerra giusta'.*

Vi sono, come vedremo, ottimi argomenti per sostenere che una

citur e re nostra esse, ut bellum suscipiatur: in opposizione ad*justificas, quae desumuntur a jure ad bellum in casu dato nobis competente; [...]* »); e del titolo del capitolo VIII, *De jure gentium in bello* (pp. 736-754).

⁽¹²⁾ Fondamentale in proposito è R. KOLB, *Origin of the twin terms jus ad bellum/jus in bello*, in « International Review of the Red Cross », 1997, 320, versione on-line all'indirizzo www.icrc.org/eng/review, che peraltro conferma implicitamente la 'rischiosità' della tesi, facendo risalire la comparsa della dicotomia agli anni trenta del Novecento (come segnale nel presente lavoro, la dicotomia è invece sicuramente databile a partire dal 1916).

distinzione teorica tra i concetti individuati dalle espressioni *jus ad bellum* e *jus in bello* sia stata elaborata in un'epoca di molto precedente all'effettiva comparsa dei due termini. Se ciò è vero, è però indispensabile chiedersi quando e perché ciò si è verificato, e se la distinzione 'senza nome' coincide con la dicotomia novecentesca *jus ad bellum/jus in bello*. Occorre dunque, prima di tutto, indagare la 'preistoria' della dicotomia, o, in altre parole, condurre una ricerca non sulla comparsa dei termini che la individuano ma sull'insorgenza della distinzione su cui essa si basa ⁽¹³⁾.

Nel mondo antico è sicuramente possibile rintracciare segni tanto di una disciplina dell'uso della forza armata quanto di un ordinamento giuridico della condotta dei conflitti bellici. Già le culture mesopotamiche, il mondo ittita, la civiltà egizia, come anche gli antichi imperi dell'India e della Cina, conoscevano forme giuridiche cui difficilmente si può negare l'analogia con gli istituti del moderno diritto internazionale di guerra ⁽¹⁴⁾. Questa similarità si rafforza nell'esperienza greca, e ancor più in quella romana, per intensificarsi ulteriormente nell'ambito delle dottrine teologico-giuridiche del Medioevo cristiano. È però solo a partire dalla prima età moderna che la teoria giuridica, nell'affrontare il problema del rapporto tra guerra e diritto, elabora una distinzione tra regolazione dell'uso della forza e limitazione della violenza nel corso delle ostilità: una distinzione, occorre aggiungere, che rimane 'innominata', in quanto assorbita da un'unica categoria concettuale (e quindi non da una dicotomia) individuata dal termine *jus belli*. Più precisamente, è possibile affermare che nella storia del « diritto internazionale classico » ⁽¹⁵⁾ è il concetto di *jus belli* a ricompren-

⁽¹³⁾ In proposito, non posso che limitarmi a segnalare le interessanti considerazioni sui concetti di *Urgeschichte* e di *Entstehungsgeschichte* in Franz Overbeck svolte da G. AGAMBen in *Signatura rerum. Sul metodo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, in particolare pp. 85-111.

⁽¹⁴⁾ Sul punto si veda A. NUSSBAUM, *A concise History of the Law of Nations*, New York, Mac Millan, 1962, in particolare pp. 1-5, e la letteratura ivi richiamata.

⁽¹⁵⁾ Al fine di chiarire possibili equivoci, sottolineo che nella presente esposizione uso i termini *jus publicum europaeum* e « diritto internazionale classico » come sinonimi, e che essi indicano il « diritto internazionale moderno » dalle origini alla prima guerra mondiale. Riprendo dunque la proposta di periodizzazione avanzata da Wilhelm G. Grewe (W.G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984;

dere l'intero *corpus* di regole e istituzioni riguardanti i conflitti armati, inglobando dunque sia il tema delle ragioni legittime per intraprendere un conflitto, sia le regole di condotta della guerra. A conferma dell'ipotesi secondo la quale, pur in assenza sul piano terminologico della dicotomia tra *jus ad bellum* e *jus in bello*, la distinzione da essa richiamata è comunque rintracciabile nel nucleo tematico del concetto di *jus belli*, è sufficiente esaminare le tre principali opere *de jure belli* della storia del diritto internazionale: la *Relectio de jure belli* (1539) di Francisco de Vitoria, il *De jure belli* (1598) di Alberico Gentili, e il *De jure belli ac pacis* (1625) di Ugo Grozio. In queste opere non è difficile individuare non solo singoli passi, ma addirittura intere partizioni del testo dedicate ora a quello che abbiamo definito *jus ad bellum*, ora a quello che oggi potremmo chiamare diritto internazionale umanitario. Se, come si è anticipato, entrambe le materie vengono indicate con perifrasi ed espressioni che non corrispondono alla 'classica' coppia di termini *jus ad bellum/jus in bello*, a livello teorico, invece, è possibile trovare una effettiva, seppur a volte approssimativa, distinzione dei due concetti⁽¹⁶⁾. Così, Vitoria espone le proprie teorie sullo *jus ad bellum* e sullo *jus in bello* in due *quaestiones* intitolate rispettivamente *Quae possit esse ratio et causa belli* e *Quid et quantum liceat in bello justo*⁽¹⁷⁾. Gentili, in maniera simile, nel primo libro del *De jure belli*

trad. ing. *The Epochs of International Law*, Berlin-New York, de Gruyter, 2000), che, dopo aver chiarito in che termini è possibile parlare di « diritto internazionale antico » e di « diritto internazionale medievale », distingue il « diritto internazionale moderno » in « diritto internazionale classico » e « diritto internazionale post-classico », assumendo come spartiacque tra queste due epoche la Pace di Parigi del 1919. Più dettagliatamente, Grewe suddivide il « diritto internazionale classico » in tre fasi: diritto internazionale tra il 1494 e il 1648 (età spagnola), o *jus inter gentes*; diritto internazionale tra il 1648 e il 1815 (età francese), o *droit public de l'Europe*; diritto internazionale tra il 1815 e il 1919 (età britannica), o *international law*.

⁽¹⁶⁾ Come si cercherà di chiarire più avanti, questa « distinzione » tra i due concetti non comporta necessariamente un rapporto di « indipendenza » tra gli stessi. Ad esempio, in Vitoria la liceità dei mezzi impiegati in una guerra dipende direttamente dalla causa per la quale essa è stata mossa e dunque dallo status del nemico (fino ad arrivare al punto della liceità assoluta nei confronti degli *hostes perpetui*).

⁽¹⁷⁾ Cfr. il testo della *Relectio de jure belli* in *Reverendi patris f. Francisci de Victoria Relectiones theologicae XII. in duos tomos diuisae, quarum seriem uersa pagella indicabit: summariis suis ubique locis adiectis, una cum indice omnium copiosissimo*,

affronta il tema delle *causae bellorum*, mentre riserva al secondo libro l'esame delle norme che regolano la condotta delle ostilità (18). Grozio, infine, dedica il secondo libro del *De jure belli ac pacis* al tema delle giuste cause di guerra, destinando il terzo libro alla trattazione dei *temperamenta belli* (è significativo che i capitoli di apertura dei due libri si intitolino, rispettivamente, *De belli causis* e *Quantum in bello liceat*) (19).

Se questa sommaria ricostruzione è plausibile, occorre però chiarire perché la distinzione teorica tra regole sull'uso della forza armata e regole sulla condotta delle ostilità sia stata elaborata solo nella prima modernità, ovvero solo con l'avvento del « diritto internazionale classico ». Per tentare di dare una risposta al quesito è indispensabile fare riferimento alla più ampia questione della genesi dello *jus publicum europaeum*. Come ha dimostrato Carl Schmitt (20), è possibile sostenere che il « diritto internazionale classico » sia stato generato dal superamento del modello teologico-giuridico della « guerra giusta », che aveva contraddistinto le riflessioni sul rapporto tra guerra e diritto per circa un millennio. Se la tesi tradizionale di un modello stabile, e pressoché inalterato per secoli, con cui la cristianità ha affrontato il problema della guerra, è probabilmente inadeguata, ed è dunque più corretto parlare di « dottrine » cristiane della guerra (21), al plurale, piuttosto che di un'unica posizione monolitica sostenuta dalla Chiesa

Lugduni, apud Iacobum Boyerium, 1557; trad. it. F. DE VITORIA, *De iure belli*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

(18) Cfr. Alberici Gentilis I.C. professoris regii, *De iure belli, libri III*, Hanoviae, Excudebat Guilielmus Antonius, 1598; trad. it. A. GENTILI, *Il diritto di guerra*, Milano, Giuffrè, 2008.

(19) Cfr. Hvgonis Grotii *de iure belli ac pacis libri tres: in quibus ius naturæ & gentium: item iuris publici præcipua explicantur*, Parisiis, apud Nicolaus Buon, 1625; trad. it. parziale in U. GROZIO, *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace*, Napoli, Morano, 1979.

(20) C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum europaeum*, Köln, Greven Verlag, 1950; trad. it. *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991.

(21) Cfr. M. SCATTOLA, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Figure della guerra. La riflessione su pace, conflitto e giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, Milano, Franco Angeli, 2003, pp. 15-17. Sul punto si vedano anche: F. CARDINI, *Alle radici della cavalleria medievale*, Firenze, La Nuova Italia, 1981, in particolare p. 183; A. MORISI, *La guerra nel pensiero cristiano dalle origini alle Crociate*, Firenze, Sansoni, 1963; A. COLOMBO, *La problematica della guerra nel pensiero politico cristiano dal I al IV secolo*, Milano, Giuffrè, 1970.

romana, è comunque possibile sostenere che le teorie cristiane del *bellum justum*, da Agostino d'Ippona a Tommaso d'Aquino, abbiano almeno un elemento in comune: il principio per il quale le uniche guerre giuste sono quelle intraprese per una *justa causa*. Nella logica della « guerra giusta », ciò che rileva in una guerra è la causa, intesa in senso etico-sostanziale, per la quale essa viene combattuta. Il *princeps*, in quanto legittimo regnante, conduce una « guerra giusta » quando risponde all'ordine divino: come legittimamente punisce i criminali e i malfattori all'interno del proprio regno, così egli legittimamente colpisce, all'esterno, i nemici della cristianità, conducendo « guerre giuste » in nome di Dio, ovvero *bella Deo auctore*, e in tale prospettiva, al di là dei retorici richiami *de caritate*, è ovvio che contro i nemici della cristianità — nemici assoluti, barbari e criminali, che non si trovano sul medesimo piano morale e giuridico dei cristiani — si possa non osservare alcuna limitazione della conflittualità bellica. La « guerra giusta » era, non poteva essere altro, che una guerra « assoluta » e, per usare il lessico schmittiano, « discriminatoria » (22). Il concetto medievale di guerra era dunque eminentemente teologico, e solo a partire dal Cinquecento assume una dimensione propriamente giuridica. I protagonisti della nascita dello *jus publicum europaeum* rimossero la problematica della *justa causa*, coniugando la prospettiva della legittimità formale della guerra (e in questo si rivelò decisivo l'uso del concetto bodiniano di sovranità) con l'idea della legalità della condotta bellica. Secondo la celebre ipotesi formulata da Carl Schmitt (23), la de-teologizzazione del problema della guerra corrispose alla neutralizzazione dei conflitti di religione e alla umanizzazione e razionalizzazione della guerra, ovvero alla sua limitazione o « messa in forma ». Nella logica del nuovo modello il nemico poteva essere uno *justus hostis*, un nemico che può anche 'avere ragione'. Ed è questa affermazione che rese possibile la riflessione sulle regole che i belligeranti dovevano osservare durante il conflitto. Tra il XVI e il XIX secolo le regole di

(22) C. SCHMITT, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, Berlin, Duncker & Humblot, 1938; trad. it. *Il concetto discriminatorio di guerra*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

(23) C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum europaeum*, cit.

condotta dei conflitti armati internazionali hanno conosciuto uno sviluppo che le rende incomparabili con gli analoghi istituti romanistici e medievali (24). Il carattere peculiare del diritto di guerra moderno sta nel fatto che esso presuppone che la guerra sia legittima e giusta per entrambe le parti. Per Agostino e Tommaso, come anche per Graziano e l'Ostiense, era ovvio che solo uno dei contendenti potesse combattere una « guerra giusta ». Questo assioma inizia ad incrinarsi nell'ambito della Seconda Scolastica, con le teorie di Francisco de Vitoria e di Francisco Suárez, per essere poi completamente risolto nelle riflessioni teoriche di Alberico Gentili e di Balthazar Ayala (25).

Rimosso il problema della *justa causa*, poteva finalmente darsi una risposta positiva alla questione della possibilità di un *bellum utraque parte justum*. Questa considerazione ci consente di rileggere in una nuova luce la questione da cui eravamo partiti: perché la distinzione tra regole di condotta della guerra e regole sull'uso della forza armata fa la sua comparsa in concomitanza dell'elaborazione di un nuovo diritto internazionale, caratterizzato da un concetto 'non discriminatorio' di guerra. L'obiettivo principale dello *jus publicum europaeum*, sorto in un'epoca segnata da conflitti civili e di religione che avevano lacerato il tessuto della *respublica christiana* medievale,

(24) Come già detto, alcuni tentativi di stabilire delle regole di condotta della guerra si erano già avuti nell'antichità e nel Medioevo, ma si trattava di casi particolari, spesso privi di coerenza, e comunque non sistematici. Il secondo concilio lateranense del 1139, ad esempio, aveva proibito l'uso delle armi da tiro. Arco e balestra uccidevano a distanza, anonimamente, in maniera 'sovversiva': volgari villani (il più delle volte mercenari, maestri nell'uso della balestra) potevano uccidere facilmente un nobile cavaliere malamente difeso dalla sua corazza, ma il divieto valeva solo nelle guerre tra principi cristiani (contro gli infedeli, l'uso di tali armi diaboliche era assolutamente legittimo). Sul tema si veda P. FOURNIER, *La prohibition par le deuxième Concile de Latran d'armes jugées trop meurtrières*, in « Revue générale de droit international public », XXIII (1916), pp. 471-479.

(25) Vitoria, in particolare, è stato probabilmente il primo autore ad ammettere la possibilità di un *bellum utrimque justum*. L'argomentazione del domenicano, nonostante un innegabile carattere di novità, appartiene però ancora alla mentalità medievale: Vitoria si limita infatti ad ammettere che una guerra possa essere giusta per entrambe le parti solo a causa di una ignoranza scusabile di una delle parti delle legittime ragioni dell'altra. Sul tema mi permetto di rinviare al mio *Abolire o limitare la guerra? Una ricerca di filosofia del diritto internazionale*, Firenze, Polistampa, 2008, pp. 107-138.

era la limitazione della violenza bellica. La dimensione giuridica della nuova teoria consentiva di guardare al fenomeno bellico indipendentemente dalle cause (politiche, etiche, religiose) che lo avevano determinato: in considerazione dell'assunto erasmiano del « Cui non videtur causa sua justa? », la questione della giusta causa veniva considerata indecidibile sul piano giuridico, e quindi pretermessa, risolta *a priori* come suprema manifestazione del potere sovrano. Il discorso sulle « giuste cause », certo, continuerà a trovare eco fino al Settecento, ma verrà sempre più declinato in senso giuridico-formale (e non più etico-sostanziale), e in particolare in senso procedurale (ed in questa chiave fu probabilmente decisivo il recupero della tradizione romanistica del diritto feziale).

Al teorema della giustizia bilaterale della guerra corrispose in un primo momento una semplice differenziazione tra regole sull'uso della forza e regole sulla condotta delle ostilità. Ma in una seconda fase, tale differenziazione diede vita ad un vero e proprio corollario, secondo il quale anche chi conduce una guerra 'giusta' nel senso di 'giuridicamente legittima' (ovvero, in base al nuovo modello teorico, tutti gli Stati sovrani), deve osservare le regole di condotta della guerra. In questo slittamento teorico consiste l'inconciliabilità del « diritto internazionale classico » con le teorie medievali della « guerra giusta ». Ed è con questo mutamento di paradigma che si spiega la necessità dei « padri fondatori » del diritto internazionale moderno di distinguere il tema della legittimità dell'uso della forza da quello della legalità della condotta della guerra, e, soprattutto, di affermare la loro reciproca indipendenza.

4. *La genesi della dicotomia. Il contesto teorico.*

La storia del diritto internazionale mostra come tra il XVI e il XIX secolo l'interesse per il tema delle « giuste cause » di guerra, spogliato del carattere etico che l'aveva contraddistinto nel Medioevo, si sia via via rarefatto, e come, parallelamente, si sia invece acuita sempre più l'attenzione della dottrina giusinternazionalistica nei confronti delle regole di condotta della guerra. I fondatori del diritto internazionale moderno avevano elaborato un ordinamento internazionale caratterizzato dall'assetto paritario dei rapporti tra Stati sovrani, consentendo così allo *jus publicum europaeum* di

sviluppare e rendere effettiva una grande quantità di regole di condotta della guerra ⁽²⁶⁾. In questo contesto lo *jus belli* poteva andare al di là della prospettiva della mera legittimazione dello *jus ad bellum*. Esso poteva regolare la condotta dei conflitti, facendosi anche *jus in bello*. Fu così che, a partire dagli inizi del Seicento, venne formandosi un *corpus* di regole di condotta delle ostilità il cui esito finale sarebbero state le codificazioni ottocentesche del diritto di guerra. In particolare, gli sforzi teorici dei protagonisti del diritto internazionale classico contribuirono a limitare la violenza bellica sotto almeno quattro profili.

In primo luogo, la guerra venne limitata in quanto condotta esclusivamente da e contro soggetti determinati. In questo senso fu sviluppata la fondamentale distinzione tra soggetti « combattenti » e soggetti « non combattenti ». In secondo luogo, la guerra risultò limitata rispetto al proprio oggetto: la violenza bellica poteva essere esercitata solo contro alcuni obiettivi. Di qui la distinzione tra « obiettivi militari » e « obiettivi civili ». La terza limitazione riguardò gli strumenti della guerra: non tutte le armi potevano essere legalmente impiegate contro i nemici, e in particolare venne rapidamente affermandosi il divieto di usare armi in grado di causare sofferenze non giustificabili o che avessero effetti indiscriminati sulla popolazione civile. Infine, venne avanzata l'idea di una delimitazione spaziale della guerra: la tragedia bellica doveva andare in scena in « teatri di battaglia », ben individuati e circoscritti.

L'elaborazione del diritto bellico nel quadro del diritto internazionale moderno è stata il frutto di un processo lento, graduale, costellato di incertezze e divergenze teoriche anche rilevanti, e che tuttavia pare riconducibile ad un processo unitario che connette le speculazioni cinquecentesche alle Convenzioni dell'Aja. Il tema dei *temperamenta belli* divenne il punto di riferimento della scienza

⁽²⁶⁾ Ma si badi bene: la parziale limitazione della violenza bellica ottenuta dallo *jus publicum europaeum* riguardava le sole guerre tra Stati europei combattute sul suolo europeo: essa non si estendeva in alcun modo né alle guerre coloniali, né alle guerre marittime. Secondo l'ipotesi formulata da Carl Schmitt, la *Hegung des Krieges* è stata resa possibile proprio dalla esternalizzazione della violenza al di là dei confini europei, e ciò significa che la « guerra in forma » ha riguardato un numero relativamente limitato di conflitti. Quanto alla effettività dei risultati, non posso che rinviare a D. SINGER, M. SMALL, *The Wages of War. A statistical handbook*, New York, Wiley, 1972.

giusinternazionalistica per due secoli. Da Jacques-Bénigne Bossuet (1627-1704) a Samuel Rachel (1628-1691), Samuel von Pufendorf (1632-1694), Ulrich Huber (1636-1694), Johannes Wolfgang Textor (1638-1701), Nikolaus Hert (1652-1710), Christian Thomasius (1655-1728), fino ad arrivare a Gian Vincenzo Gravina (1664-1718), è incessante la riflessione sul ruolo della guerra e sulle sue possibili limitazioni. Un percorso che prosegue per tutto il Settecento attraverso le opere di Christian Wolff (1670-1754), Cornelius van Bynkershoek (1673-1743), Giambattista Vico (1688-1744), Emmerich de Vattel (1714-1767), Immanuel Kant (1724-1804), Jeremy Bentham (1748-1832), e Georg Friedrich von Martens (1756-1821). Con l'Ottocento lo studio storico del diritto internazionale si emancipa definitivamente dalla tradizione giusnaturalistica. Il Medioevo e la prima modernità avevano visto nel diritto delle genti la manifestazione della ragione comune dell'umanità. Intorno alla metà del Settecento, Johann Jakob Moser (1701-1785) aveva già tentato di fondare il diritto internazionale esclusivamente sui trattati, cercando di superare così le dottrine sei-settecentesche del diritto naturale. E fu Moser probabilmente il primo a considerare il diritto delle genti come lo strumento di uno Stato che non realizza una giustizia preesistente e sovraordinata, ma che crea un proprio ordinamento giuridico particolare. Al di là dei pregiudizi hegeliani (e austiniiani) ⁽²⁷⁾, l'Ottocento fu il secolo in cui il diritto internazionale riuscì ad affermarsi come « scienza giuridica ». Secondo la manualistica ottocentesca (anticipata da Moser) il diritto internazionale si divide in due branche ben distinte: il « diritto internazionale bellico » e il « diritto internazionale di pace ». È in questo contesto teorico che anche il diritto internazionale, seppur ultimo tra le

(27) Com'è noto, Hegel e Austin possono essere considerati i maggiori avversari della « giuridicità » del diritto internazionale, che viene da loro accusato di essere, rispettivamente, « diritto statale esterno » e « morale positiva ». Si vedano in proposito G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Nicolai, 1821; trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 262; ID., *Scritti politici (1798-1806)*, Roma-Bari, Laterza, 1971, pp. 277-278; J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Oxford, Oxford University Press, 1954. Sui dubbi relativi alla giuridicità del diritto internazionale cfr. anche N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 138-40; H. BULL, *The Anarchical Society*, London, Macmillan, 1977, pp. 130 ss.

discipline giuridiche e in un modo del tutto particolare, conobbe una fase di codificazione.

Il diritto internazionale classico, in quanto « diritto degli Stati », sembrava immune dal processo di codificazione, perché *ratione materiae* privava il codice dei suoi elementi costitutivi: l'unitarietà, « specchio e cemento della unità di una entità statale » (28), la completezza e l'esclusività. Ciononostante, è possibile parlare di una ottocentesca « codificazione del diritto internazionale ». Questa va però intesa in termini del tutto diversi rispetto alla « grande codificazione » statale. Più precisamente, sembra plausibile sostenere che i maggiori tentativi dottrinari di codificazione del diritto internazionale siano stati ispirati non dal giuspositivismo, ma dallo spirito originario (giusnaturalista) dell'idea di codice. Se alcune sperimentazioni, come ad esempio quella di Pasquale Fiore (29), rimasero prive di una traduzione a livello positivo, altre, come quella di Johann Caspar Bluntschli (30), ebbero una effettiva incidenza nella pratica internazionalistica. Non è un caso se, tra i vari tentativi, quelli che trovarono maggiore fortuna furono i numerosi esperimenti di codificazione del diritto di guerra della seconda metà dell'Ottocento (31). La prima codificazione delle regole di condotta

(28) P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 99.

(29) P. FIORE, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, Torino, UTET, 1890.

(30) J.C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, Paris, Librairie de Guillaumin, 1870.

(31) A conferma di questa affermazione, basti rilevare l'assoluta prevalenza dei testi riguardanti il diritto di guerra nell'elenco dei più importanti atti di codificazione del diritto internazionale tra la seconda metà dell'Ottocento e la prima guerra mondiale: *Declaration Respecting Maritime Law*, Paris, 16 April 1856; *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)*, 24 April 1863; *Resolutions of the Geneva International Conference*, Geneva, 26-29 October 1863; *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field*, Geneva, 22 August 1864; *Additional Articles relating to the Condition of the Wounded in War*, Geneva, 20 October 1868; *Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight*, Saint Petersburg, 29 November-11 December 1868; *Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War*, Brussels, 27 August 1874; *The Laws of War on Land*, Oxford, 9 September 1880; *Final Act Of the International Peace Conference*, The Hague, 29 July 1899; *Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land*, The Hague, 29 July 1899; *Convention*

della guerra terrestre può essere considerata lo United States Army General Order n°100, *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, del 1863, meglio noto come *Lieber Code*, dal nome del suo ideatore ⁽³²⁾. Questo documento, pur

(III) for the Adaptation to Maritime Warfare of the Principles of the Geneva Convention of 22 August 1864, The Hague, 29 July 1899; Declaration (IV,1), to Prohibit, for the Term of Five Years, the Launching of Projectiles and Explosives from Balloons, and Other Methods of Similar Nature, The Hague, 29 July 1899; Declaration (IV,2) concerning Asphyxiating Gases, The Hague, 29 July 1899; Declaration (IV,3) concerning Expanding Bullets, The Hague, 29 July 1899; Convention for the Exemption of Hospital Ships, in Time of War, from The Payment of all Dues and Taxes Imposed for the Benefit of the State, The Hague, 21 December 1904; Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, Geneva, 6 July 1906; Final Act of the Second Peace Conference, The Hague, 18 October 1907; Convention (III) relative to the Opening of Hostilities, The Hague, 18 October 1907; Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907; Convention (V) respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land, The Hague, 18 October 1907; Convention (VI) relating to the Status of Enemy Merchant Ships at the Outbreak of Hostilities, The Hague, 18 October 1907; Convention (VII) relating to the Conversion of Merchant Ships into War-Ships, The Hague, 18 October 1907; Convention (VIII) relative to the Laying of Automatic Submarine Contact Mines, The Hague, 18 October 1907; Convention (IX) concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War, The Hague, 18 October 1907; Convention (X) for the Adaptation to Maritime Warfare of the Principles of the Geneva Convention, The Hague, 18 October 1907; Convention (XI) relative to certain Restrictions with regard to the Exercise of the Right of Capture in Naval War, The Hague, 18 October 1907; Convention (XII) relative to the Creation of an International Prize Court, The Hague, 18 October 1907; Convention (XIII) concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War, The Hague, 18 October 1907; Declaration (XIV) Prohibiting the Discharge of Projectiles and Explosives from Balloons, The Hague, 18 October 1907; Final Protocol to the Naval Conference of London, 26 February 1909; Declaration concerning the Laws of Naval War, London, 26 February 1909; Additional Protocol to the Convention relative to the Establishment of an International Prize Court, The Hague, 19 September 1910; *Manual of the Laws of Naval War*, Oxford, 9 August 1913.

⁽³²⁾ Nato a Berlino, Francis (alla nascita Franz) Lieber (1798-1872) aveva militato nell'esercito prussiano ed era stato ferito nella battaglia di Waterloo. Laureatosi a Jena, emigrò oltreoceano per diventare docente presso il South Carolina College e poi presso la facoltà di giurisprudenza della Columbia University. Il *Lieber Code* conteneva 157 articoli, suddivisi in dieci sezioni. Venne preparato e approvato durante lo svolgimento della guerra di secessione, a pochi mesi dalla battaglia di Williamsburg. Il codice di Lieber fu la fonte d'ispirazione per l'opera di codificazione tentata da Bluntschli (il suo *Das moderne Kriegsrecht der civilisirten Staaten* era in larga parte una traduzione del

essendo applicabile concretamente ai soli appartenenti all'esercito degli Stati Uniti, fu fondamentale per la storia del diritto internazionale in quanto recepiva la maggior parte delle leggi e dei costumi di guerra dell'epoca, dal trattamento dei prigionieri alla definizione di disertore, dall'uso della bandiera bianca alla regolamentazione dell'armistizio.

Al *Lieber Code* seguirono, come si è già accennato, numerosi altri atti di codificazione del diritto internazionale di guerra ⁽³³⁾. Questo intenso processo di codificazione era però destinato ad esaurirsi nel torno di pochi anni. Il 24 agosto del 1898 lo zar Nicola II annunciò ufficialmente la sua intenzione di convocare una conferenza di pace. La proposta venne accolta da gran parte dei governi del mondo, uniti dalla preoccupazione per lo straordinario sviluppo tecnologico del settore bellico. La conferenza ebbe come esito, oltre all'atto finale, una convenzione sul rispetto delle leggi e dei costumi di guerra sulla terraferma (*Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land*), integrata da un allegato, nonché da una serie di documenti quali una convenzione sull'estensione alla guerra marittima dei principi della Convenzione di Ginevra del 1864, una sui gas asfissianti, e un'altra ancora sui proiettili ad espansione. Una seconda conferenza di pace, tenutasi nel 1907, pur non arrivando ad un accordo generale sulla limitazione degli armamenti, si concluse con l'approvazione di tredici convenzioni, dieci delle quali riguardavano il diritto bellico.

Le convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 furono gli atti conclusivi della codificazione del diritto di guerra. Una terza conferenza era prevista per il 1915, ma non si tenne a causa dello scoppio del primo conflitto mondiale. La formalizzazione dei principi e delle norme di condotta della guerra, quasi fosse il disperato tentativo di cristallizzare un quadro giuridico di cui erano già evidenti le prime crepe, si rivelò come il *signum prognosticum* della fine della fase evolutiva e l'inizio del declino dell'esperienza del diritto internazionale classico. Tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, il

Lieber Code), e fu all'origine di un progetto di convenzione internazionale sul diritto bellico che venne presentato a Bruxelles nel 1874 e che ha molto probabilmente ispirato le convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907.

⁽³³⁾ Cfr. nota 31.

principio secondo il quale i belligeranti dovevano osservare delle regole nell'uso dei mezzi di offesa contro i nemici perse rapidamente il ruolo di primaria importanza che aveva avuto per circa tre secoli nella teoria del diritto internazionale. In questo contesto entrò in crisi il dogma della indipendenza tra regole di accesso all'uso della forza armata e regole di condotta della guerra.

Come si è tentato di dimostrare ripercorrendo la 'preistoria' della dicotomia individuata dalle espressioni *jus ad bellum* e *jus in bello*, il principio della indipendenza tra i due settori del diritto internazionale di guerra si era potuto affermare grazie al superamento della logica delle dottrine della « guerra giusta ». Ebbene: non è un caso che tale principio torni a essere messo in discussione in un'epoca contraddistinta dalla riscoperta del concetto di *bellum justum* e dalla formulazione di nuove dottrine della « guerra giusta ». Nel ventennio a cavallo tra il XIX e il XX secolo la scienza giusinternazionalistica, riaprendo una questione che era stata rimossa dallo *jus publicum europaeum*, riprende a interrogarsi sul concetto di « causa della guerra ». Nel dibattito dottrinario si distinguono due orientamenti: da una parte, coloro che continuano a sostenere l'irrilevanza della causa rispetto alla liceità di un conflitto bellico, essendo questa determinata esclusivamente dall'osservanza delle regole di condotta delle ostilità; dall'altra, coloro che affermano invece che è la causa l'elemento che determina la « giustizia » di una guerra, e non l'osservanza delle norme disciplinanti i conflitti armati.

Alla crescente rilevanza del secondo orientamento corrisponde un'intensificazione dei contributi degli autori che lo considerano una minaccia alla scientificità del diritto internazionale. E proprio in un discorso dedicato alle « basi scientifiche del diritto internazionale » Ferdinando Laghi, nel 1898, trova l'occasione per ribadire che « la guerra è sempre giusta, non solo, ma è giusta per tutti i belligeranti. Essa sfugge a ogni competenza del diritto internazionale, quanto alla sua intrinseca liceità. Il diritto delle genti deve limitarsi a ricordare gli usi e le regole, più o meno cavalleresche, dei duelli internazionali, quelle regole e quegli usi che Voltaire chiamò semplicemente il codice dell'assassino! » ⁽³⁴⁾. Un altro grande inter-

⁽³⁴⁾ Cfr. F. LAGHI, *Le basi scientifiche del diritto internazionale*, discorso letto nella Regia università di Parma il 16 novembre 1898 (Parma, 1899, p. 18).

nazionalista italiano, Scipione Gemma, pochi anni dopo torna sull'argomento, dedicando un approfondito studio alle nuove tendenze del diritto bellico ⁽³⁵⁾. L'obiettivo polemico del saggio di Gemma è la tesi secondo cui il diritto internazionale, non potendo controllare lo sviluppo delle moderne e inquietanti tecnologie belliche, dovrebbe « saltare l'ostacolo » e puntare non già alla limitazione della guerra, ma alla sua abolizione. In un'ottica che potremmo definire 'realista', Gemma sostiene che « volendo allargare troppo l'ufficio e la competenza del diritto, si frustrano invece quei vantaggi e si sacrificano quelle esigenze cui il diritto può realmente soddisfare » ⁽³⁶⁾. La preoccupazione del giurista è chiara: l'utopia della abolizione della guerra non può che favorire lo smantellamento di quell'apparato di norme disciplinanti i conflitti armati che, pur con gravi lacune, aveva contribuito a una effettiva limitazione della violenza bellica. Gemma, in questa prospettiva, giunge a negare il valore della distinzione tra guerra giusta e guerra ingiusta: se è ovvio che non ci si debba rifugiare nel « fatalismo intellettuale », e che non si possa rinunciare ad apprezzamenti su principi, interessi, passioni che muovono i contendenti, è altrettanto ovvio che « il parteggiare non significa giudicare, nel senso che il diritto può dare a questa parola » ⁽³⁷⁾. In polemica con « chi dice che il diritto delle genti fa una figura meschina con questa concezione », Gemma risponde che « figura ancora più meschina farebbe nel distinguere tra guerre giuste e ingiuste, senza poter impedire queste ultime » ⁽³⁸⁾. Il giurista deve rispettare egualmente « i Vandeani che morirono al grido di *viva il Re* e i repubblicani che caddero a quello di *viva la libertà*, i vinti e i vincitori di Waterloo, i bersaglieri della Cernaia e i difensori di Sebastopoli » ⁽³⁹⁾. Il saggio di Gemma ben chiarisce, mi pare, quale sia la posta in gioco nella questione sulla reciproca indipendenza di *jus in bello* e *jus ad bellum*: la concezione non discriminatoria della guerra.

⁽³⁵⁾ S. GEMMA, *Nuovi appunti e discussioni di diritto bellico*, in « Rivista di diritto internazionale », I, 1906, pp. 319-340 e 523-541, e II (1907), pp. 81-113.

⁽³⁶⁾ Ivi, *sub* I, p. 322.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 323.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

5. *La definizione della dicotomia: Heinrich Lammasch.*

L'accorato appello di Gemma in difesa di una concezione *giuridica* della guerra era destinato a rimanere, se non del tutto inascoltato, largamente disatteso. Ma è proprio nel momento di profondissima crisi vissuto dal diritto internazionale negli anni della prima guerra mondiale, che il problema della estraneità delle regole della guerra rispetto alla logica della « guerra giusta » viene messo a fuoco. Ed è in questo momento che la dicotomia di cui ci stiamo occupando 'trova il proprio nome'. A due anni dallo scoppio del primo conflitto mondiale, l'« American Journal of International Law » pubblica un articolo intitolato *Unjustifiable War and the Means to Avoid It*. L'autore è Heinrich Lammasch (1853-1920), docente di filosofia del diritto e di diritto internazionale a Innsbruck, membro della delegazione austro-ungarica presso la conferenza dell'Aja del 1899, e prossimo alla nomina a *Ministerpräsident* da parte del Kaiser Carlo I ⁽⁴⁰⁾. L'*incipit* dell'articolo di Lammasch merita la massima attenzione: « In the beginnings of international law, in Grotius and his predecessors and immediate successors, discussion of the Right of War, the *jus ad bellum*, takes up a great deal of room by the side of the Right in War, the *jus in bello* » ⁽⁴¹⁾. Quella contenuta nell'articolo di Lammasch del 1916 è probabilmente la prima manifestazione sul piano terminologico della dicotomia *jus ad bellum/jus in bello*. Se questa tesi è plausibile, è però necessario chiarire quali sono le ragioni che hanno portato Lammasch a dare il nome una distinzione che, come ho cercato di dimostrare, era già stata elaborata dalla dottrina precedente, senza peraltro trovare una precisa sistemazione teorica.

Nel suo articolo Lammasch esordisce rilevando l'esistenza di una distinzione tra *jus ad bellum* e *jus in bello* nell'epoca della genesi

⁽⁴⁰⁾ Due brevi ritratti biografici di Lammasch si trovano in J. REDLICH, *Professor Heinrich Lammasch*, in « Journal of the Society of Comparative Legislation, New Series », XI, 2, 1911, pp. 209-210; e in J. BROWN SCOTT, *Heinrich Lammasch (1853-1920)*, in « American Journal of International Law », XIV, 4, 1920, pp. 609-613.

⁽⁴¹⁾ H. LAMMASCH, *Unjustifiable War and the Means to Avoid It*, in « American Journal of International Law », X, 1916, 4, p. 689 (i corsivi sono dell'autore). Dello stesso autore si veda anche *Das Völkerrecht nach dem Kriege*, Kristiania, H. Aschehoug & co. (W. Nygaard), 1917.

del diritto internazionale moderno. Lammasch sostiene che in questa prima fase l'attenzione della teoria giuridica si è concentrata quasi esclusivamente sullo *jus ad bellum*. Quest'affermazione può essere interpretata nel quadro di un'adesione di Lammasch alla tesi secondo la quale all'inizio della sua storia il diritto internazionale moderno si è dovuto confrontare con il problema della « giusta causa », ovvero con il tema, assolutamente preponderante nelle dottrine medievali, della « guerra giusta ». Subito dopo questa affermazione, però, Lammasch sottolinea che in una seconda fase la questione della giustizia della guerra « has almost ceased to be discussed » (42). Confermando l'ipotesi ricostruttiva che si è cercato di esporre nel paragrafo precedente, Lammasch giustifica lo slittamento dell'attenzione teorica della scienza del diritto internazionale dallo *jus ad bellum* allo *jus in bello* sulla base della impossibilità di decidere della « giustizia della guerra » in un contesto in cui « both parties claim to have the *justa causa belli* on their side » (43). Avallando la lettura, tipica della fine dell'Ottocento, secondo cui Ugo Grozio può essere considerato il padre del diritto internazionale moderno, Lammasch indica come obiettivo principale del *De jure belli ac pacis* « to warn against wanton wars » (44). E proprio da un passo dell'*opus magnum* groziano Lammasch potrebbe aver tratto ispirazione per coniare le espressioni *jus ad bellum* e *jus in bello*: « [...] esse aliquod inter populos jus commune, quod et ad bella et in bellis valeret (45) ».

(42) H. LAMMASCH, *Unjustifiable War and the Means to Avoid It*, cit., p. 689.

(43) Ivi, p. 690.

(44) Ivi, p. 692.

(45) *Ibidem*. Si tratta di un passo tratto dai Prolegomeni al *De jure belli ac pacis* (l'edizione che ho potuto consultare è quella del 1670: cfr. *Hugonis Grotii De jure belli ac pacis libri tres: accesserunt annotata in Epistolam Pauli ad Philemonem, et dissertatio de Mari libero*, Amstelædam, apud J. Blæu, 1670, §28, p. VI). È probabile che Lammasch abbia ripreso la citazione del passo da H. RETTICH, *Zur Theorie und Geschichte des Rechts zum Kriege. Völkerrechtliche Untersuchungen*, Stuttgart, Kohlhammer, 1888, p. 5. Non ci è dato sapere se il giurista austriaco abbia creato intenzionalmente i presupposti per la 'classicizzazione' della dicotomia. Ma è probabile che la definizione della dicotomia gli sia stata suggerita, oltre che dal passo di Grozio, anche da un passo kantiano in cui quei due termini appaiono, seppur in lingua tedesca e non in latino: « das Recht zum Kriege, [...] das im Kriege » (cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Königsberg, Nicolovius, 1797; trad. it. *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 179).

Lammasch constata che « the *jus ad bellum* has, however, disappeared from modern science » (46). La scienza del diritto internazionale, infatti, « puts up with war as with a historical fact, without differentiating the rights of belligerents according to their right or lack of right to make war » (47). Questo orientamento, però, viene messo in crisi, secondo Lammasch, dalla nuova guerra europea che in quegli anni si sta combattendo. Una guerra che, per la straordinaria violenza dei mezzi bellici che caratterizzano le ostilità e per il numero di paesi che vede coinvolti, mina alle fondamenta il principio, elaborato dallo *jus publicum europaeum*, della limitazione dei conflitti armati, sotto almeno tre profili. In primo luogo, il vecchio sistema delle regole sulla condotta della guerra risulta inadeguato rispetto al progresso delle tecniche belliche. In secondo luogo, la natura della nuova guerra impedisce di considerare il conflitto armato come uno scontro tra soli belligeranti, tanto da far dire a Lammasch che « the notion that war affects only the belligerents and is for all others a *res inter alios acta*, is entirely false » (48). In terzo e ultimo luogo, le dimensioni della guerra sono tali da generare ripercussioni gravissime a carico anche di paesi neutrali, non direttamente coinvolti nel conflitto, e quindi di ridurre « the earning powers and means of subsistence of millions of people » (49). Lammasch mostra di essere consapevole che la guerra che si sta combattendo è un conflitto senza precedenti, di proporzioni ‘mondiali’ in quanto si ripercuote anche sugli Stati non direttamente coinvolti nelle ostilità, mettendo in discussione il concetto stesso di « neutralità » (50). Ma, a differenza di molti suoi contemporanei,

(46) H. LAMMASCH, *Unjustifiable War and the Means to Avoid It*, cit., p. 692.

(47) *Ibidem*.

(48) *Ivi*, p. 693.

(49) *Ivi*, p. 694.

(50) Interessante la citazione nell'articolo di Lammasch del seguente passo di Nicholas Murray Butler, tratto da un saggio del 1915: « It is idle to say, quite idle to say, that the American people are on the other side of the world and that these clashings and crashings are no concern of theirs. Ask the cotton grower in the South, or the copper miner in the far West, or the lumberman on Puget Sound, or the shipper in New York, in Baltimore, or New Orleans, or the banker in Wall Street, in State Street, or in La Salle Street, whether he knows that there is a war in Europe, and get his answer. Ask the student of international law, or the expounder of political ethics and the sanctity of treaties, or the devoted believer in civil liberty, whether the United States has any interest

Lammasch non abbraccia la tesi secondo cui, dal momento che gli strumenti di disciplinamento della violenza bellica approntati dallo *jus publicum europaeum* sono risultati inadeguati o inservibili, il diritto internazionale deve mutare obiettivo, e mirare non più alla limitazione ma alla abolizione della guerra. A chi sostiene che la guerra deve essere « messa al bando », egli risponde che « no man of judgment thinks of 'stopping' war by means of a treaty or decree »⁽⁵¹⁾. L'unica cosa che si può sperare, sostiene Lammasch usando il lessico evoluzionista, è che la guerra, in un lontano futuro, diventi « rudimentary »⁽⁵²⁾. Nella prospettiva di Lammasch la guerra non è un male assoluto. Essa è semplice espressione dell'aggressività connaturata al genere umano: aggressività che, probabilmente, è stata di vantaggio all'uomo nella sua affermazione sulle altre specie viventi. Con ciò, Lammasch non appoggia affatto le tesi 'belliciste' di autori come Sebald Rudolf Steinmetz, che vedono nella guerra uno strumento imprescindibile per il progresso dell'umanità⁽⁵³⁾. Al contrario, Lammasch ritiene che fattori come l'aggressività e la competizione, di cui pure riconosce l'importanza, non possono più legittimare una « bloody life-and-death struggle »⁽⁵⁴⁾. Se la guerra ha rappresentato uno stadio importante dell'evoluzione umana, ciò può essere detto anche per la schiavitù o per la faida: ma, si domanda Lammasch, « who would, on that account, justify slavery or feuds as suited to our times and circumstances? »⁽⁵⁵⁾.

Secondo Lammasch le argomentazioni di Steinmetz sono prive di significato nel primo Novecento. È, infatti, possibile — egli sostiene — assicurare una competizione tra Stati che sia reale, e non meramente simbolica, anche con mezzi pacifici. È in questo senso che Lammasch sottolinea l'importanza della mediazione nelle controversie internazionali, rivalutando il ruolo degli Stati neutrali (e

in this conflict, and get his answer! ». Cfr. N.M. BUTLER, *The Changed Outlook*, in ID., *A World in ferment. Interpretations of the war for a New World*, New York, C. Scribner's Sons, 1918, pp. 91-92.

(51) H. LAMMASCH, *Unjustifiable War and the Means to Avoid It*, cit., p. 696.

(52) *Ibidem*.

(53) Cf. S.R. STEINMETZ, *Die Philosophie des Krieges*, Leipzig, Barth, 1907, in particolare p. 13 e ss., 73 e ss., e 335 e ss.

(54) H. LAMMASCH, *Unjustifiable War and the Means to Avoid It*, cit., p. 697.

(55) *Ibidem*.

dunque difendendo il concetto di « neutralità ») e, soprattutto, sostenendo che il fattore decisivo per scongiurare un conflitto armato è il tempo ⁽⁵⁶⁾. Se due Stati, oramai intenzionati a ricorrere alle vie di fatto, riconoscessero come obbligatorio il principio secondo il quale non si possono avviare le ostilità prima che sia trascorso un certo periodo di tempo (ad esempio tre mesi) dalla dichiarazione di guerra, le negoziazioni già interrotte potrebbero riavviarsi e avere successo: « by postponing the commencement of hostilities — scrive Lammasch — it would no doubt be possible in many cases to preserve the peace » ⁽⁵⁷⁾. E ciò in quanto una riconciliazione, un « honorable adjustment », è meglio di una guerra dall'esito incerto e che comporta sacrifici intollerabili per la popolazione ⁽⁵⁸⁾.

Lammasch era convinto che il diritto internazionale avrebbe potuto superare la crisi che stava vivendo solo se fosse riuscito a non disperdere il patrimonio teorico faticosamente elaborato nell'arco di tre secoli. Tanto la disciplina riguardante l'avvio delle ostilità, quanto le regole di condotta della guerra, erano conquiste irrinunciabili. Ma di fronte allo scempio del conflitto mondiale erano necessarie due considerazioni. Anzitutto, occorreva porsi il problema di che cosa fare qualora tali regole venissero sistematicamente infrante dalle parti belligeranti. In secondo luogo, bisognava porsi il problema se, dato il potenziale distruttivo dei nuovi armamenti, il ricorso alla guerra potesse ancora essere lasciato al mero arbitrio di un capo di Stato. Lo schema concettuale implicito nella dicotomia *jus ad bellum/jus in bello* si prestava perfettamente allo scopo di Lammasch: valorizzare, da una parte, le regole di condotta della guerra dello *jus publicum europaeum*, e affrontare, dall'altra, la questione della legittimità di un intervento armato in chiave meramente giuridica. Come si è visto, Lammasch insiste soprattutto su quest'ultimo aspetto, concentrandosi sul momento prodromico di un conflitto armato. Pur non essendo un 'abolizionista', Lammasch

⁽⁵⁶⁾ Non a caso il titolo del quarto paragrafo del saggio è intitolato « The value of gaining time ». Cfr. H. LAMMASCH, *Unjustifiable War and the Means to Avoid It*, cit., p. 699.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*.

riteneva che il diritto internazionale avesse prima di tutto il compito di evitare i conflitti. Ma l'orizzonte teorico in cui egli si muoveva era destinato a essere superato dai profondissimi mutamenti della società internazionale intercorsi nei primi decenni del Novecento. Lammasch considerava la guerra ancora come un duello tra pari non solo a livello formale ma, almeno nella maggior parte dei casi, anche a livello sostanziale: un conflitto dall'esito incerto, e pertanto non completamente desiderabile. Il XX secolo avrebbe invece sollevato il problema del ruolo che poteva giocare il diritto internazionale in guerre asimmetriche, dall'esito scontato, e, soprattutto, « discriminatorie ».

6. *Il consolidamento della dicotomia: Josef Kunz.*

Se l'ipotesi ricostruttiva sviluppata nel precedente paragrafo è plausibile, allora non è un caso che, dopo Lammasch, sia stato un altro grande giurista austriaco a sfruttare le opportunità offerte dalla dicotomia *jus ad bellum/jus in bello*. È merito di Josef Kunz l'aver usato il quadro concettuale elaborato da Lammasch per rivendicare il ruolo del diritto internazionale nella limitazione dei conflitti. È da parte di Kunz che la dicotomia viene definitivamente consolidata negli anni trenta, come testimonia un articolo apparso sulla « *Revue générale de droit international public* »⁽⁵⁹⁾. Ed è a partire da quell'articolo che, mi pare, quella fornita dalla dicotomia *jus ad bellum/jus in bello* divenne una chiave di lettura diffusa e sempre più autorevole, ma di cui si dimenticò l'origine. Se la dicotomia di Lammasch è alla base della riflessione di Kunz, è però assai diverso il contesto teorico in cui quest'ultima viene sviluppata. Nel suo articolo Kunz muove da una premessa: se fino al 1920 il diritto di guerra ha occupato un ruolo fondamentale nel diritto internazionale, successivamente esso è stato completamente dimenticato, tanto nella pratica degli Stati quanto nel dibattito scientifico. Nella duplice forma di *jus ad bellum* e di *jus in bello*, il diritto di guerra era stato

(59) Cfr. J. KUNZ, *Plus de lois de la guerre?*, in « *Revue générale de droit international public* », XLI, 1934, pp. 22-57. Si veda anche ID., *Kriegsrecht und neutralitätsrecht*, Wien, Springer, 1935.

a lungo « le noyau du droit international » ⁽⁶⁰⁾. In quanto asse portante della teoria giusinternazionalistica, il diritto di guerra era stato il primo settore del diritto internazionale a subire un processo di codificazione nell'Ottocento. Ma lo straordinario interesse per il diritto di guerra si è dissolto con il primo conflitto mondiale. « C'est une étrange anomalie — scrive Kunz — que de constater l'indifférence presque absolue témoignée au droit de la guerre, à partir de 1920 » ⁽⁶¹⁾. A partire da tale epoca il diritto di guerra esce dall'agenda politica e diplomatica degli Stati, il suo processo di codificazione subisce un improvviso arresto, le convenzioni dell'Aja vengono pressoché accantonate, e negli stessi manuali di diritto internazionale lo *jus belli* occupa un posto modesto, ammesso che ancora vi figuri. Anche l'Institut de Droit International, che dal momento della sua fondazione al 1913 si era occupato per ben 23 volte di diritto di guerra, smette di interessarsene. Secondo Kunz, questo mutato atteggiamento non è « un pur hasard », ma è, al contrario, frutto di una scelta precisa. Una scelta, egli dice, che viene presentata « come una grande conquista della nostra epoca, come un importante progresso, come un passo decisivo sulla strada che conduce all'eliminazione della guerra » ⁽⁶²⁾. Ma questa scelta, si chiede Kunz, è davvero giustificata?

All'interrogativo Kunz dichiara di volere rispondere *sine ira et studio*, esaminando le argomentazioni avanzate dai critici del diritto di guerra. In primo luogo, il diritto di guerra sarebbe inutile, in quanto è impossibile rendere la guerra più umana. La guerra è divenuta ormai 'scientifica', colpisce intere popolazioni, e le norme del diritto di guerra, prive di alcuna applicabilità pratica, non possono far nulla se non screditare il diritto internazionale. In secondo luogo, il diritto di guerra sarebbe dannoso, in quanto ostacola lo sviluppo del più importante « diritto di pace ». In definitiva, gli avversari del diritto di guerra avanzano l'argomento: « Il n'y a plus de droit de la guerre, puisqu' il n'y a plus de guerre » ⁽⁶³⁾.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 22.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 24.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 26.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 27.

Una tale prospettiva, che si presenta come 'pacifista', è duramente contestata da Kunz. Prima di tutto, essa muove dalla considerazione che la guerra non può essere regolamentata, in quanto è pura violenza: essa è l'antitesi del diritto, e non può essere un mezzo del diritto. Tale ipotesi è considerata da Kunz un « *erreur fondamentale* » (64). Ogni ordinamento giuridico, sia esso interno o internazionale, è basato sulla possibilità di fare ricorso all'uso della forza fisica. Una forza che è distinta dalla violenza, in quanto il suo uso è legale. La differenza tra l'ordinamento statale e l'ordinamento internazionale è che quest'ultimo, come ogni altra istituzione giuridica 'primitiva', priva cioè di un'autorità che detenga il monopolio dell'uso legittimo della forza, conferisce la possibilità di applicare questa *force légale* a ogni membro della comunità. La guerra, dunque, altro non è che una forma di auto-tutela, in altre parole un metodo rudimentale, primitivo appunto, per risolvere le controversie. Ma non per questo essa è l'antitesi del diritto. Essa è invece non solo un mezzo consentito, ma è un mezzo giuridico autorizzato dal diritto internazionale (65).

Rispetto all'argomento secondo cui l'assenza delle leggi di guerra favorirebbe lo sviluppo del « diritto di pace », Kunz ritiene che esso sia non solo errato, ma anche pericoloso (66). La guerra mondiale ha dimostrato che un conflitto in cui si oltrepassano i limiti previsti dal diritto bellico diventa una guerra a oltranza, carica d'odio, che rende impossibile una vera pace al termine delle ostilità. In questo senso, « *vouloir éliminer la guerre par l'absence des lois de la guerre, c'est faire fausse route* » (67). L'unica strada che può portare alla eliminazione della guerra, sostiene Kunz, è quella della regolamentazione dei conflitti tra gli Stati attraverso metodi non bellici. Sostenere che le leggi di guerra non producono alcun effetto, in quanto sono costantemente e sistematicamente violate, è una conclusione « *singulièrement fausse* ». Tutte le norme internazionali, così come le norme statali, possono essere violate. Ciò non mette però in questione la loro giuridicità. Anzi, la possibilità che una

(64) *Ibidem*.

(65) *Ivi*, p. 28.

(66) *Ibidem*.

(67) *Ivi*, p. 29.

regola possa essere violata altro non è che la manifestazione di una qualità intrinseca a tutte le norme giuridiche. Il fatto che un reato come l'omicidio venga commesso con una certa frequenza, certo non significa che si possa contestare la giuridicità della norma che ne prevede la punibilità. Inoltre, è assolutamente falso che le norme di diritto bellico siano state violate così spesso e sistematicamente come i pacifisti sostengono. Tale posizione deriva da una « conception complètement erronée du droit de la guerre véritablement en vigueur »⁽⁶⁸⁾. Non è infatti esagerato dire che le leggi di guerra sono rispettate nella medesima misura in cui sono osservate le norme di diritto interno. D'altra parte, prosegue Kunz, abitualmente nessun belligerante ammette di aver violato il diritto di guerra, e questo non significa altro che i belligeranti si considerano vincolati all'osservanza delle norme previste dal diritto bellico.

Ciò che invece è sicuramente vero, secondo Kunz, è che « le droit de la guerre doit être reconstruit ». La Grande Guerra ha fatto emergere in maniera inequivocabile i limiti del diritto di guerra: l'incompletezza della disciplina dell'occupazione bellica e del trattamento dei prigionieri; l'assoluta mancanza di una definizione condivisa del concetto di guerra, di rappresaglia e di ostaggio; l'affidamento alla decisione dei belligeranti di questioni fondamentali come quelle sul regime della proprietà privata in territorio avversario o sull'interdizione del commercio con il nemico; l'incapacità del diritto internazionale di affrontare i problemi legati ai nuovi strumenti bellici, dai tanks ai cannoni a lunga gittata, dalle armi chimiche e batteriologiche alla guerra aerea e sottomarina. Ma tutto questo non giustifica l'abbandono del diritto di guerra: il fatalismo pessimista di chi crede che sia vano tentare di proteggere la popolazione civile dai pericoli della guerra chimica e aerea è solo una resa incondizionata alla logica della guerra barbara che non conosce limiti giuridici. Tale prospettiva è avvertita da Kunz come un grave pericolo. Tentare di fondare « un nuovo diritto di guerra non è una scelta superflua o futile, ma è una necessità urgente »⁽⁶⁹⁾.

A differenza di Lammasch, che aveva indirizzato la propria proposta teorica verso una revisione dello *jus ad bellum*, Kunz

⁽⁶⁸⁾ Ivi, pp. 30-31.

⁽⁶⁹⁾ Ivi, p. 35.

sfrutta lo schema offerto dalla dicotomia nella direzione opposta: il « nuovo diritto di guerra », se pure deve necessariamente confrontarsi con il problema dell'accesso all'uso della forza nei conflitti armati, deve però assumere come questione fondamentale la limitabilità delle ostilità una volta che la guerra sia iniziata. Esso è dunque principalmente, se non esclusivamente, uno *jus in bello*. È in tale prospettiva che Kunz delinea un vero e proprio progetto di revisione programmatica del diritto internazionale, nel quale egli non solo propone modifiche sul piano del contenuto (come l'introduzione di una disciplina della guerra sottomarina), ma avanza anche soluzioni sul piano della tecnica giuridica ⁽⁷⁰⁾. Kunz ritiene infatti che l'osservanza delle regole che disciplinano un conflitto armato sia indissolubilmente legata alla completezza, alla sistematicità, alla chiarezza e dunque alla non equivocità di tale *corpus* normativo.

La proposta teorica avanzata da Kunz cerca dunque di rivalutare l'impianto normativo dello *jus publicum europaeum* attraverso una rilettura sistematica dei principi che esso aveva stabilito. Se il contenuto del diritto di guerra, così come di ogni altra disciplina giuridica, può e deve cambiare, è anche vero che le norme che lo costituiscono devono essere comunque collocate in un impianto teorico coerente, definito da alcuni principi essenziali (come la distinzione tra combattenti e popolazione civile e il divieto di usare armi che provochino sofferenze sproporzionate rispetto ai vantaggi militari con esse conseguibili), che costituiscono uno « standard minimo » riconosciuto e condiviso dagli Stati ⁽⁷¹⁾.

Di fronte a chi sostiene che « il n'y a plus de lois de la guerre, parce qu' il n'y a plus de guerre » ⁽⁷²⁾, la questione decisiva è però un'altra. E su questo punto Kunz sfrutta al massimo le potenzialità della dicotomia *jus ad bellum/jus in bello*. Kunz critica radicalmente chi sostiene che il diritto bellico è ormai superato dalla abolizione giuridica della guerra. Anche tale posizione è erronea sul piano teorico e pericolosa sul piano pratico ⁽⁷³⁾. Contrariamente a quanto viene spesso affermato, né lo Statuto della Società delle Nazioni, né

⁽⁷⁰⁾ Ivi, pp. 35-40.

⁽⁷¹⁾ Ivi, pp. 39-40.

⁽⁷²⁾ Ivi, p. 40.

⁽⁷³⁾ *Ibidem*.

il Patto di Parigi del 1928 hanno ‘abolito’ la guerra. Gli articoli 12-15 del *Covenant* della Società delle Nazioni prevedono la possibilità di ricorrere alla guerra come mezzo sussidiario per la risoluzione delle controversie, ma certo non la eliminano. Egualmente, il Patto di Parigi, pur stabilendo la « rinuncia alla guerra » come strumento di politica internazionale, ammette la liceità di tutta una serie di interventi armati, come le guerre che rientrano nella dottrina Monroe e soprattutto le « guerre difensive ». Ma l’affermazione più interessante di Kunz è che anche le guerre illecite perché intraprese in violazione del *Covenant* o del Patto di Parigi, nondimeno ricadono sotto la disciplina dello *jus in bello*: anche la guerra illecita è « également une guerre, régie par le droit de la guerre » ⁽⁷⁴⁾. « La guerre — ribadisce Kunz — existe encore *en droit*: elle existe d’après le droit des gens général, elle existe sous le régime du *Covenant* et du Pacte de Paris. Même la guerre illicite est une guerre au sens du droit international. La guerre n’a pas été mise hors la loi. Le droit de la guerre est toujours en vigueur » ⁽⁷⁵⁾. Nei termini della dicotomia che stiamo esaminando, ciò significa che la violazione dello *jus ad bellum* non comporta l’inapplicabilità dello *jus in bello*. In altri termini: le regole riguardanti la condotta delle ostilità devono essere osservate da entrambi i belligeranti anche nel caso in cui la guerra sia iniziata in violazione delle regole dello *jus ad bellum*. Com’è facile capire, la posizione di Kunz è una riaffermazione del principio cardine dello *jus publicum europaeum*: l’assoluta indipendenza delle regole di condotta della guerra dalla giustizia della loro causa. Ciò che distingue la riflessione di Kunz dalle teorie giusinternazionalistiche della prima modernità, è che tale causa non è più la *justa causa* intesa in senso etico-sostanziale delle dottrine della guerra giusta, ma è la condizione, intesa in senso giuridico-formale, da cui deriva la legittimità della guerra. Se tale concezione può essere chiaramente rintracciata già nella dottrina giusinternazionalistica dell’Ottocento, è però solo con Lammasch e Kunz che essa trova una precisa collocazione nel quadro del diritto internazionale. E ciò grazie alla dicotomia *jus ad bellum/jus in bello*, che diede l’opportunità di rivalutare il ruolo delle regole di condotta della guerra e di

⁽⁷⁴⁾ Ivi, p. 44 (il corsivo è dell’autore).

⁽⁷⁵⁾ Ivi, p. 52.

declinare in termini giuridici, e non etici, il tema delle cause della guerra, stornando quindi il pericolo di una ricaduta nella logica delle dottrine della « guerra giusta ».

« Les amis de la paix, — nota Kunz con amarezza mista a sarcasmo — hostiles au droit de la guerre, sont un peu loin quand ils supposent que celui qui s'occupe de ce droit est imbu d'un esprit belliqueux! » (76). Abolire il diritto di guerra non significa certo abolire la guerra. Al contrario, questa posizione rischia di privare il diritto internazionale dell'unico strumento che esso era riuscito a elaborare al fine — se non di eliminare — di prevenire o di limitare le guerre. In questa prospettiva, gli « amici della pace » sostengono una tesi che può avere il solo effetto di legittimare un nuovo concetto di guerra: una guerra senza diritto. Le pretese moralistiche di una eliminazione della guerra, dunque, non alimentano la causa della pace, ma mortificano « le grandi conquiste del diritto di guerra » e legittimano « metodi barbari »: e questo « non costituisce certo un progresso, ma è un passo indietro » (77) per il diritto internazionale.

7. *La diffusione della dicotomia e la sua crisi.*

La concezione dicotomica elaborata da Lammasch e da Kunz era destinata ad avere larghissima diffusione. Una « fortuna » (che non a caso in latino è *vox media*) che però non coincide con il « successo » della riflessione dei due giuristi austriaci. Se, come testimoniano le opere di grandi giuristi come Carl Schmitt, Alfred Verdross e Georges Scelle, in un primo momento la dicotomia fu applicata a riflessioni teoriche riguardanti il diritto internazionale, essa venne però presto e sempre più frequentemente applicata a contesti teorici che poco avevano a che vedere con il quadro concettuale in cui era stata generata, e soprattutto con il problema della indipendenza tra regole sul ricorso all'uso della forza e regole sulla condotta delle ostilità. A conferma di ciò, basti constatare la freddezza con cui la dottrina accolse l'elaborazione da parte di Kunz

(76) Ivi, p. 55.

(77) Ivi, p. 56.

del concetto di *bellum legale*, che dell'impianto teorico dicotomico era esito coerente (78).

Vi sono ottime ragioni per sostenere che alla definizione della dicotomia abbia fatto da contraltare la diffusione, già negli anni immediatamente successivi al primo conflitto mondiale, di teorie di impronta neogiusnaturalistica ispirate a un recupero del concetto etico-teologico di « guerra giusta », come quelle di Louis Le Fur (79) e Leo Strisower (80) (ma anche un nemico del diritto naturale come Hans Kelsen avrebbe successivamente recuperato la dottrina medievale del *bellum justum*, inserendola nel quadro della sua « teoria generale del diritto e dello Stato » (81)). Sta di fatto però che la dottrina giusinternazionalistica del periodo tra le due guerre, oltre a relegare (come già denunciava Kunz) lo *jus in bello* in un ruolo di secondo piano, ha sostanzialmente ignorato il problema della giuridicità dello *jus ad bellum*, limitandosi a considerare il ricorso alla guerra un fenomeno extra-giuridico (82).

La prospettiva sarebbe radicalmente mutata a seguito degli eventi della seconda guerra mondiale. Il problema della disciplina giuridica del ricorso alla forza nei conflitti armati internazionali venne affrontato in sede di stesura della Carta delle Nazioni Unite. Com'è noto, la Carta stabilisce un divieto generale di fare ricorso alla forza armata, prevedendo però due eccezioni agli articoli 42 (*Security Council enforcement*) e 51 (*Self-defense*). Proprio sulla base di queste due eccezioni si formò un nuovo concetto di *jus ad bellum*, la cui ambiguità ancora oggi produce effetti relevantissimi nella vita della società internazionale. In particolare, ai fini del nostro discorso, è importante rilevare come la Carta non abbia in alcun modo affrontato il problema della relazione tra *jus ad bellum* e *jus in bello*, lasciando così aperta la questione se esso debba essere risolto nel

(78) Cfr. J. KUNZ, *Bellum Justum and Bellum Legale*, in « American Journal of International Law », XLV, 1951, 3, pp. 528-534.

(79) L. LE FUR, *Guerre juste et juste Paix*, in « Revue Générale de Droit International Public », XXVI, 1919, pp. 9-75, 268-309, 349-405.

(80) L. STRISOWER, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, Wien, Manz, 1919.

(81) H. KELSEN, *General theory of law and state*, New York, Russell & Russell, 1945.

(82) La tesi è ampiamente argomentata in A. NUSSBAUM, *Just War: A Legal Concept?*, in « Michigan Law Review », XLII, 1943, 3, pp. 453-479.

senso della indipendenza (nella direzione auspicata da Kunz) oppure della interdipendenza tra i due concetti (come invece avrebbero voluto i sostenitori delle nuove dottrine della « guerra giusta »). Analogamente, le Convenzioni di Ginevra del 1949, pur affermando che le regole di *jus in bello* in esse contenute dovevano applicarsi in « tutte le circostanze » e « in tutti i casi di guerra dichiarata o in qualunque altro conflitto armato »⁽⁸³⁾, non hanno affrontato il problema della applicabilità dei principi consuetudinari della necessità militare e della proporzionalità in caso di un conflitto avviato in violazione della Carta delle Nazioni Unite, senza chiarire, per esempio, se le forze militari autorizzate dal Consiglio di Sicurezza sono o non sono tenute a rispettare i limiti della necessità e della proporzionalità contro un aggressore ai sensi dell'articolo 2 (4). Successivamente, il Protocollo addizionale del 1977⁽⁸⁴⁾ avrebbe ulteriormente confuso i termini del problema. Se, infatti, nel preambolo si trova scritto che « the provisions of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and of this Protocol must be fully applied in all circumstances to all persons who are protected by those instruments, without any adverse distinction based on the nature or origin of the armed conflict or on the causes espoused by or attributed to the Parties to the conflict », e quindi *jus ad bellum* e *jus in bello* sembrano assolutamente indipendenti l'uno dall'altro, all'articolo 1(4) si legge che le regole di *jus in bello* devono essere applicate anche a belligeranti diversi dagli Stati, ma — ed è questo che rileva — non a tutti, bensì solo ai soggetti « fighting against colonial domination and alien occupation and against racist régimes in the exercise of their right of self-determination ». In altre parole, il Protocollo ha di fatto ricondotto l'applicazione dello *jus in bello* non a una condizione giuridico-formale ma a una valutazione etico-politica (l'autodeterminazione contro regimi razzisti), reintroducendo una logica tipica delle dottrine della « guerra giusta »⁽⁸⁵⁾.

(83) Cfr. rispettivamente gli articoli 1 e 2 delle Convenzioni.

(84) Cfr. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

(85) In questo senso si veda A. CASSESE, *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, in « UCLA Pacific Basin Law Journal », III, 1984, pp. 55-118.

In questa prospettiva è interessante notare che nello stesso anno in cui veniva ratificato il Protocollo I, viene pubblicato *Just and Unjust Wars* di Michael Walzer⁽⁸⁶⁾. Il testo, destinato ad avere vasta fortuna non solo nella cultura anglosassone, può essere inteso come il punto di arrivo di un processo che, avviatosi negli anni cinquanta, aveva fatto registrare un uso sempre più frequente della dicotomia in speculazioni non più puramente giuridiche, ma filosofico-politiche ed etico-morali. Si può infatti sostenere che il testo di Walzer ha definitivamente esteso l'uso della dicotomia in discipline non giuridiche, tanto da decretarne una fase di straordinaria diffusione nel lessico filosofico e politico dal 1977 in poi. Come ha notato Hedley Bull in una lunga recensione di *Just and Unjust Wars*⁽⁸⁷⁾, Walzer imposta la sua teoria della « moralità della guerra » proprio a partire dalla distinzione tra *jus ad bellum* e *jus in bello*⁽⁸⁸⁾. In maniera antitetica rispetto a Lammasch e Kunz, Walzer intende i due termini in chiave politico-morale: lo *jus ad bellum* altro non è che il registro dei fini per i quali una guerra viene combattuta, mentre lo *jus in bello* è il registro dei mezzi con i quali il conflitto si svolge (noto qui per inciso che, quanto all'origine della dicotomia, Walzer sostiene che essa è una distinzione medievale, senza peraltro citare autori o riferimenti bibliografici precisi)⁽⁸⁹⁾. In tale prospettiva, il concetto di *jus ad bellum* è funzionale allo sviluppo di una « teoria dell'aggressione », in cui la guerra di aggressione è considerata un crimine internazionale, mentre le guerre di auto-difesa o intraprese al fine di punire l'aggressore sono « guerre giuste ». Quanto allo *jus in bello* (ma nel testo il concetto viene più frequentemente individuato con il termine *war convention*), se Walzer, da una parte, ribadisce, con un atteggiamento non in contrasto con i principi dello *jus publicum europaeum*, l'eguaglianza morale dei combattenti indipendentemente dalla « giusta causa » del conflitto⁽⁹⁰⁾, dall'altra, coerente-

(86) M. WALZER, *Just and Unjust Wars*, cit.

(87) Cfr. H. BULL, *Recapturing the Just War for Political Theory*, in « World Politics », XXXI, 1979, 4, pp. 588-599.

(88) Ivi, p. 592.

(89) Cfr. nota 10.

(90) Sul punto mi permetto di segnalare la polemica che ha opposto Igor Primoratz a Michael Walzer, in cui il primo ha duramente criticato la tesi walzeriana dell'eguaglianza morale dei combattenti e dei cittadini. Cfr. I. PRIMORATZ, *Michael*

mente con la logica della « guerra giusta », sostiene che una « suprema emergenza » può richiedere l'abbandono, seppur temporaneo, di precetti e norme etiche fondate su valori altrimenti indiscutibili in tempo di pace. Lo *jus ad bellum*, dunque, seppur in casi eccezionali, può prevalere sullo *jus in bello*. Viene così a mancare il presupposto fondamentale della dicotomia nel senso in cui era stata originariamente intesa: la assoluta e reciproca indipendenza tra regole sulla condotta delle ostilità e regole sull'uso della forza.

La declinazione della dicotomia in termini non giuridici ma etico-politici ha dunque avuto la conseguenza di rendere i concetti di *jus ad bellum* e *jus in bello* funzionali allo sviluppo di teorie antitetiche rispetto a quelle in cui essi erano stati originariamente elaborati. In altre parole, lo schema dicotomico di Lammasch e Kunz, ideato per contrastare i pericoli insiti nella retorica abolizionista degli « amici della pace », è paradossalmente finito per diventare parte dell'armamentario teorico degli ideatori delle nuove dottrine liberali della « guerra giusta », da Michael Walzer a John Rawls (il quale, trattando di « right to war » e di « conduct of war » nella « Just War Doctrine », cita entusiasticamente l'opera di Walzer e la cita *sine glossa* ⁽⁹¹⁾). L'elemento comune a queste teorie è che esse risolvono la possibile tensione tra *jus ad bellum* e *jus in bello* nel senso della prevalenza del primo sul secondo. Una prevalenza che si basa su ragioni (« cause ») non giuridiche, ma politiche ('utilitariste') e morali (i diritti del giusto prevalgono su quelli dell'ingiusto).

Sarebbe sicuramente poco generoso sostenere che la dottrina giusinternazionalistica degli ultimi trent'anni si sia totalmente appiattita sulle posizioni delle nuove dottrine liberali della « guerra giusta ». Non sono infatti mancate molte e autorevoli voci che hanno sottolineato i rischi insiti nell'affermazione dell'interdipendenza tra *jus ad bellum* e *jus in bello* ⁽⁹²⁾. D'altra parte, però, non è possibile

Walzer's Just War Theory: Some Issues of Responsibility, in « Ethical Theory and Moral Practice », V, 2002, 2, pp. 221-243; R. SPARROW, « *Hands up Who Wants to Die?* ». *Primoratz on Responsibility and Civilian Immunity in Wartime*, in « Ethical Theory and Moral Practice », VIII, 2005, 3, pp. 299-319.

⁽⁹¹⁾ « [...] an impressive work, and what I say does not, I think, depart from it in any significant aspect ». Cfr. J. RAWLS, *The law of peoples. With, The idea of public reason revisited*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, p. 95.

⁽⁹²⁾ Si vedano, in particolare: C. GREENWOOD, *The Relationship between ius ad*

negare che nella pratica degli Stati l'applicazione dello *jus in bello* viene collegata alla 'giustizia' o alla 'ingiustizia' che ha determinato il conflitto, e che a conseguire questo risultato abbia contribuito in maniera rilevante anche parte della dottrina giusinternazionalistica. Nella guerra della NATO contro la Repubblica Federale Jugoslava, ad esempio, la decisione di far volare i bombardieri a un'altezza non inferiore ai 15.000 piedi ha, da una parte, garantito alla NATO la possibilità di attaccare senza subire alcuna perdita, e, dall'altra ha senza dubbio contribuito a causare la morte di almeno 500 civili serbi. La scelta strategica della NATO è stata giustificata nella prospettiva di un intervento armato finalizzato all'interruzione della pulizia etnica in Kosovo, e certo non in quella della conquista e della colonizzazione della Serbia.

In altre parole, è possibile concludere che il valore della distinzione tra *jus ad bellum* e *jus in bello* ha oggi un'importanza centrale per il diritto internazionale. Proprio la centralità della questione ha generato un dibattito di straordinario interesse, testimoniato dalla grande quantità di testi scientifici e di eventi (come il già ricordato General Meeting dell'ASIL del 2006) dedicati al tema in questi ultimi anni. La posta in palio, come si intuisce, è altissima. Dalla risoluzione del problema teorico derivano infatti conseguenze pratiche che coinvolgono il destino di interi popoli: basti pensare alle ricadute che l'adozione della tesi della interdipendenza tra *jus ad bellum* e *jus in bello* può avere su un conflitto come quello israelo-palestinese. E in questo senso sia sufficiente ricordare che proprio a partire da una contestazione della tesi dell'indipendenza tra i due concetti è stata recentemente avanzata una nuova giustificazione

bellum and ius in bello, in « Review of International Studies », IX, 1983, 4, pp. 221-234; e J.G. GARDAM, *Proportionality and Force in International Law*, in « American Journal of International Law », LXXXVII, 1993, 3, pp. 391-413. Tra i contributi più recenti, segnalo almeno F. BURGNION, *Jus ad bellum, jus in bello and non-international armed conflicts*, in « Yearbook of International Humanitarian Law », 2003, pp. 167-198; A. ORAKHELASHVILI, *Overlap and Convergence: The Interaction Between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, in « Journal of Conflict & Security Law », XII, 2007, 2, pp. 157-196; e M. SASSOLI, *Ius ad Bellum and Ius in Bello. The Separation Between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules To Be Respected in Warfare: Crucial or Outdated*, in M. Schmitt, J. Pejic (a cura di), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2007.

dell'occupazione da parte di Israele dei territori palestinesi (« Although the distinction sometimes fulfils important humanitarian functions in occupied territories, occupation law in regulating governance of territory differs from ordinary IHL norms; this and other differences render the strict application of the distinction to occupation law, whose key norms often depend on *jus ad bellum* references to the 'nature, origin and causes' of armed conflict, impossible »⁽⁹²⁾).

In un recente articolo apparso sullo « Yale Law Journal of International Law », Robert D. Sloane ha avuto il merito di delineare con grande lucidità lo « stato dell'arte » della scienza giusinternazionalistica sulla questione del rapporto tra *jus ad bellum* e *jus in bello*⁽⁹³⁾, e di avanzare alcune interessanti proposte teoriche finalizzate alla salvaguardia della indipendenza tra i due concetti. Analizzando sia posizioni dottrinali sia, e soprattutto, la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, Sloane dimostra che il diritto internazionale contemporaneo ha progressivamente eroso il principio della indipendenza tra regole sul ricorso all'uso della forza e regole sulla condotta delle ostilità, determinando quella che definisce una *conflation* tra i due ambiti normativi. Questa *conflation* assume almeno tre forme diverse: un modello di guerra basato sulla distinzione tra aggressore e aggredito, che nega il « dualistic axiom » sulla base della massima *ex injuria jus non oritur* (chi viola lo *jus ad bellum* non può vantare diritti *in bello*); una concezione secondo la quale il principio della proporzionalità nello *jus ad bellum* deve riflettersi *in bello* (tanto più forte è la giustificazione *ad bellum*, tanto meno rigida dev'essere l'applicazione del principio di proporzionalità *jure in bello*); la tesi della inapplicabilità dello *jus in bello* in caso di *supreme emergency* (si tratta di una posizione che, come ho ricordato, trova il suo massimo sostenitore in Michael Walzer). « Despite international law's embrace of the dualistic axiom », scrive Sloane, « these forms of conflation challenge its vitality at an abstract

(92) R. GILADI, *The Jus Ad Bellum/Jus in Bello Distinction and the Law of Occupation*, in « Israel Law Review », XLI, 2008, 18, pp. 246-301.

(93) R.D. SLOANE, *The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law*, in « Yale Journal of International Law », XXXIV, 2009, pp. 47-112.

level — with concrete consequences for IHL's capacity to protect human rights and reduce superfluous suffering in war » (94). In questa chiave, è facile comprendere come Sloane conduca contro le tre forme di *conflation* una durissima requisitoria, ispirata alla difesa del contributo che il diritto internazionale può dare nel limitare la violenza dei conflitti armati.

In primo luogo, Sloane sostiene che il modello di guerra basato sulla distinzione tra aggressore e aggredito, « which denies the dualistic axiom and instead affords the perceived defender more leeway in its application of the *jus in bello* than it does the perceived aggressor », non è illogico, ma è « simply unrealistic » (95). La Carta delle Nazioni Unite ha reso possibile, secondo Sloane, una applicazione dello *jus in bello* diversa tra aggressore e aggredito: chi ha violato la Carta compiendo un atto di aggressione, non può vedersi riconosciuti tutti i diritti che tradizionalmente venivano riconosciuti ai belligeranti dallo *jus publicum europaeum*. Il diritto internazionale non è però in grado di individuare precisamente chi sia l'aggredito e chi l'aggressore, in quanto il Consiglio di sicurezza, ovvero l'organo che formalmente detiene il potere di decidere le questioni internazionali riguardanti l'uso legittimo della forza, è 'istituzionalmente' bloccato dalla *cross-veto policy*. Il risultato non può essere altro dunque che quello di « a struggle which may be subject to no regulation at all » (96), in cui ogni belligerante può giustificare il proprio intervento invocando la legittima difesa *ex* articolo 51. Ben poco è cambiato, nota Sloane, « since theologians and early international lawyers struggled with the will-of-God paradox: that although it may be absurd to think that a war can be just on both sides in the sight of God, it will seldom be possible to ascertain on which side divine justice lies » (97). Il modello aggressore-aggredito finisce dunque con il proporre un concetto di guerra pericolosamente vicino a quello delle dottrine medievali della « guerra giusta ».

La seconda forma di *conflation* esaminata da Sloane collega l'applicazione del principio di proporzionalità dello *jus in bello* allo

(94) Ivi, p. 70.

(95) Ivi, p. 71.

(96) Ivi, p. 72 (la citazione è ripresa da un passo di Hersch Lauterpacht).

(97) Ivi, pp. 71-72.

jus ad bellum. Secondo i sostenitori di questa tesi, tra i quali Sloane ricorda Jeff McMahan e Thomas Hurka, qualora una guerra sia iniziata per una causa manifestamente ingiusta, nessuna azione bellica dell'aggressore può essere considerata 'proporzionata', e dunque legale. Nella ricostruzione avanzata da Sloane, la tesi secondo la quale « an unjust war cannot be fought justly » va inquadrata nella più ampia prospettiva di un bilanciamento tra gli « ultimate *ad bellum* goods » e i danni provocati *in bello* per conseguirli. Tale orientamento finisce col considerare la distinzione tra *jus ad bellum* e *jus in bello* una mera finzione. Sostenere che il tentativo di ottenere un risultato « oggettivamente buono » può giustificare i « danni collaterali », è, secondo Sloane, scorretto da un punto di vista giuridico. Il diritto internazionale, infatti, riconosce che « even if an unjust (or illegal) belligerent's military advantage would objectively be an evil, *in bello* proportionality nonetheless must legally consider it as if it were a good »⁽⁹⁸⁾. In altre parole, l'applicazione del principio di proporzionalità del diritto bellico non può dipendere da una decisione del singolo belligerante in merito alla giustizia dei propri obiettivi. Al contrario, la proporzionalità *in bello* va concettualmente distinta dai giudizi riguardanti la giustizia della causa in nome della quale la guerra è stata avviata: essa si muove a un livello più basso, meno astratto e più concreto rispetto a quello dei fini ultimi del conflitto. Ciò che rileva nell'applicazione del principio di proporzionalità nello *jus in bello* è il « concrete and direct military advantage », e non la « victory »⁽⁹⁹⁾. Ciononostante, nota Sloane, la « *ad bellum* proportionality, contrary to the dualistic axiom, at times influences *in bello* proportionality »⁽¹⁰⁰⁾, in una prospettiva in cui sempre più spesso si afferma la legittimità, a certe condizioni, di atti palesemente contrari al diritto di guerra come la tortura, l'esecuzione senza giudizio, il diniego di quartiere.

In terzo e ultimo luogo, Sloane prende in considerazione il concetto di *supreme emergency*, con particolare riferimento alla teoria walzeriana di *Just and Unjust Wars*. Walzer, scrive Sloane, ha usato tale concetto « to refer to a threat to national survival dire

⁽⁹⁸⁾ Ivi, p. 74. I corsivi sono dell'autore.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 76.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*.

enough to warrant overriding otherwise absolute *in bello* constraints, including, for example, the prohibition on intentionally targeting civilians — and presumably, therefore, also tactics like terrorism, torture, and carpet bombing » (101). Come negli altri casi di *conflation*, anche nella logica della *supreme emergency* gli obiettivi *ad bellum* comportano la compressione dello *jus in bello*. Strumenti come la tortura e il bombardamento a tappeto, il cui uso è generalmente illegittimo, possono essere lecitamente impiegati quando sono l'unico mezzo per impedire una « untenable catastrophe ». Ovviamente, anche in questo caso non altri può decidere della 'eccezionalità' della situazione se non il singolo Stato che reagisce alla minaccia in virtù del diritto di legittima difesa. Con ciò, la teoria di Walzer fa prevalere il diritto (*ad bellum*) degli Stati di autodifendersi in conformità con la Carta delle Nazioni Unite, sui diritti (*in bello*) dei singoli individui coinvolti nelle ostilità. Il pericolo di questa conclusione — che secondo Sloane è stata fatta propria dalla Corte internazionale di giustizia (102) — è che essa non ammette limiti: « its logic could equally vindicate *any* prohibited *in bello* tactic (torture, terrorism, biological or chemical weapons, etc.), in defense of *any* polity ». E ammettere che tali mezzi possano essere, seppur in condizioni eccezionali, leciti, « is a serious cost of conflation » (103).

8. *Inter arma non sileant leges. Riflessioni conclusive sul ruolo della dicotomia nel diritto internazionale.*

Secondo un celebre aneddoto, Bartolo da Sassoferrato, dopo aver formulato un'ipotesi per la soluzione delle questioni giuridiche che gli venivano sottoposte, era solito chiedere all'amico Tigrinio di individuare i passi del *Corpus juris civilis* che meglio potevano giustificarla (104). Non si trattava, come pure si potrebbe pensare, di mancanza di rispetto nei confronti dell'antica sapienza giuridica ma,

(101) *Ibidem*.

(102) Cfr. la *Advisory Opinion* della ICJ nel caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* dell'8 luglio 1996.

(103) Ivi, p. 78.

(104) Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 172.

al contrario, del tentativo di cercare nel più importante tesoro dell'esperienza giuridica romana una base di legittimità per la nuova e ancora fragile scienza giuridica medievale ⁽¹⁰⁵⁾.

Ebbene: se glossatori e commentatori trovarono quello che Paolo Grossi ha definito il « momento di validità » ⁽¹⁰⁶⁾ del diritto medievale nella compilazione giustiniana, la teoria del diritto internazionale ha invece avuto e ha tutt'ora enormi problemi nel reperire il proprio « momento di validità ». Com'è noto, il diritto internazionale è storicamente considerato « le cendrillon de la famille juridique » ⁽¹⁰⁷⁾: « diritto minore » o « diritto primitivo » secondo alcuni, addirittura « non diritto », « morale internazionale » o « diritto statale esterno » secondo altri, il diritto internazionale è stato ed è tuttora continuamente messo in discussione ⁽¹⁰⁸⁾. I giuristi che tra XVI e XVII secolo elaborarono lo *jus publicum europaeum* non ebbero l'opportunità di trovare nel *Corpus juris civilis* la piena legittimazione che vi avevano invece trovato glossatori e commentatori. La compilazione giustiniana si prestava superbamente a fornire un quadro concettuale in cui era possibile giustificare, magari anche a costo di palesi forzature ermeneutiche, nuove elaborazioni teoriche nel campo dello *jus civile*. Essa però presentava due gravi inconvenienti per chi volesse tentare la strada di fondare un nuovo « diritto delle genti »: da una parte, mal si prestava a legittimare una dottrina che aveva il proprio riferimento fondamentale in una nozione estranea all'esperienza giuridica romana, ovvero il concetto di Stato; dall'altra, essa relegava in un ruolo di secondo piano l'unica elaborazione teorica romanistica che poteva servire (e che sarebbe effettivamente servita) all'edificazione della nuova disciplina, ovvero

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, pp. 154-162.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁷⁾ J. DE LOUTER, *La crise du droit international*, in « Revue Générale de Droit International Public », XXVI, 1919, p. 83 (riprenendo la citazione da S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo 1870-1914*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 1).

⁽¹⁰⁸⁾ Oltre alla celebre posizione di Hegel (cfr. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Nicolai, 1821; trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 262), si pensi ai pareri espressi in tale direzione da autorevoli giuristi (e, tra questi, noti giusinternazionalisti), come John Austin, Adolf Lasson, Max von Seydel, John Norton Pomeroy, Georg Friedrich Puchta, Felix Somló, Philipp Zorn, Alfred Zorn, Alfred Verdross e, ovviamente, Hans Kelsen.

il diritto feziale. D'altronde, il diritto romano non solo non conobbe un *Corpus juris gentium* ⁽¹⁰⁹⁾, ma neppure opere espressamente dedicate al diritto delle genti. E si aggiunga a questa considerazione che il concetto stesso di *jus gentium* solo in maniera assai approssimativa può essere sovrapposto a quello di « diritto internazionale ». Non disprezzo, quindi, quanto piuttosto invidia vi era in chi, come Alberico Gentili, definì i giuristi medievali « interpretes qui ad sua tempora accomodarunt leges Iustiniani » ⁽¹¹⁰⁾.

Oltre che dalla impossibilità di trovare nel *Corpus juris civilis* la legittimazione del nuovo sapere giuridico, notevoli difficoltà teoriche vennero rappresentate dalla pervasività della teologia e della filosofia giusnaturalista, ovvero le attività speculative tradizionalmente vicine ai temi di cui la nascente dottrina giusinternazionalistica pretendeva di potersi occupare in maniera autonoma. È in questa prospettiva che si comprende l'importanza e la fortuna del monito gentiliano: « Silete theologi in munere alieno » (*De jure belli*, libro I, cap. 3).

Da questi rapidissimi cenni, mi pare, è possibile cogliere due aspetti fondamentali per inquadrare correttamente la vicenda teorica della « grande dicotomia » individuata dai termini *jus ad bellum* e *jus in bello*: la 'nostalgia' per la mancanza di un « momento legittimante » della scienza internazionalistica, e la particolare esposizione *ratione materiae* del diritto internazionale all'influsso della politica, della teologia e della morale. Il primo di questi elementi si riflette nella continua (seppur spesso non del tutto consapevole) ricerca da

⁽¹⁰⁹⁾ Un'interessante opera così intitolata è frutto della dottrina giuspubblicistica tedesca del Settecento: cfr. J.J. SCHMAUß, *Corpus Juris Gentium Academicum, enthaltend die vornehmsten Grund-Gesetze, Friedens- und Commerzien-Tractate, Bündnisse und andere Pacta der Königreiche, Republicken und Staaten von Europa, Welche seither zweyen Seculis biß auf den gegenwärtigen Congress zu Soissons errichtet worden*, Leipzig, Gleditsch, 1730. Per alcuni riferimenti fondamentali sulla storia della Pubblicistica dell'Impero, e in particolare sulla scuola di Gottinga, si veda M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 1, *Reichspublicistik und Policywissenschaft, 1600-1800*, München, Beck, 1988; trad. it. *Storia del diritto pubblico in Germania*, vol.1, *Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, Giuffrè, 2008, in particolare p. 402 e ss.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. A. GENTILI, *De Juris interpretibus Dialogi sex*, Londinii, apud Johannem Wolfium, 1582 (che ho potuto consultare nell'edizione curata da Guido Astuti: Torino, Istituto giuridico della Regia Università, 1937, p. 169).

parte dei giusinternazionalisti di un fondamento teorico ‘forte’ della propria disciplina, il cui esito esteriore, e direi quasi infantile, è l’uso di neologismi latini, quasi bastasse la lingua di Cicerone a dare spessore teoretico alle costruzioni dottrinali del diritto internazionale contemporaneo (*jus ad bellum* e *jus in bello*, certo, ma anche *crimina juris gentium*, *jus cogens*, etc.). Le difficoltà nel trovare un « momento di validità » sono direttamente collegate alle incertezze nella gestione del rapporto tra diritto internazionale e i saperi non giuridici: incertezze che ancora oggi collocano il diritto internazionale ai confini del giuridico.

La storia della « grande dicotomia » *jus ad bellum/jus in bello* può essere letta come la storia di un ambizioso tentativo della scienza giusinternazionalistica di rispondere a questi problemi. Se le dottrine medievali della « guerra giusta » si erano concentrate quasi esclusivamente sulle *justae causae*, e quindi su uno *jus ad bellum* inteso in senso morale e discriminante, lo *jus publicum europaeum* aveva ribaltato la prospettiva, assumendo come oggetto centrale della propria riflessione lo *jus in bello*, e dando così vita a un *corpus* di regole sulla condotta delle ostilità che in determinate circostanze ha consentito una non trascurabile riduzione della violenza bellica ⁽¹¹¹⁾. Nella prima metà del Novecento, di fronte al rischio di un ritorno alla logica della « guerra giusta », e quindi a uno stadio ‘primitivo’ del diritto internazionale, alcuni giuristi tentarono di salvaguardare quella che ritenevano fosse la più alta conquista della scienza giuridica internazionalistica: la assoluta indipendenza dello *jus in bello* dallo *jus ad bellum*, ovvero sia da un concetto particolarmente soggetto a distorsioni politiche e morali. La definizione della « grande dicotomia » aveva la funzione di esprimere il principio della *indipendenza* tra regole della guerra e diritto alla guerra, ribadendone il ruolo primario nel conseguimento di una effettiva limitazione della violenza bellica.

Come abbiamo visto, la fortuna della dicotomia non ha coinciso con il conseguimento dell’obiettivo per il quale era stata ideata. Paradossalmente, essa è entrata nel lessico degli apologeti delle nuove dottrine liberali della « guerra giusta », come strumento di affermazione del principio della *interdipendenza* tra *jus in bello* e *jus*

⁽¹¹¹⁾ Sul punto cfr. nota 26 e la letteratura ivi richiamata.

ad bellum, e più precisamente della *dipendenza* del primo dal secondo. Questa distorsione semantica ha prodotto risultati opposti a quelli auspicati dagli ideatori della dicotomia originaria. Sostenere che il combattere per una « giusta causa » comporta la possibilità di ridefinire le regole che disciplinano gli scontri armati — e breve è il passo dalla semplice attenuazione dei vincoli sanciti dallo *jus in bello* alla impunità assoluta di chi combatte contro i « nemici dell'umanità » — significa aprire la strada alla giustificazione del bombardamento di obiettivi civili, della tortura dei prigionieri di guerra, dell'uso di armi dagli effetti devastanti per intere popolazioni.

È possibile sostenere che il compito specifico del diritto internazionale è quello di dimostrare che proprio un fenomeno apparentemente antitetico al diritto, quale è la guerra, può essere, se non 'abolito', limitato dal diritto. La problematica applicazione dello *jus ad bellum* espresso dalla Carta delle Nazioni Unite non dovrebbe dissuadere dall'esperire nuovi tentativi di arginare la violenza bellica. E, soprattutto, non dovrebbe indurre ad abbandonare le regole dello *jus in bello*, che, nonostante le molte lacune e incertezze, si è rivelato un importante strumento di limitazione della guerra.

La capacità del diritto di regolare la guerra in maniera effettiva è sicuramente limitata. Eppure, non vi è alcuna ragione 'realista' che possa motivare un atteggiamento di ostilità o anche di semplice indifferenza nei confronti della rivalutazione del ruolo dello *jus in bello*, nonostante l'esigua probabilità che essa possa conseguire, nel breve periodo, risultati concreti. A chi afferma che il diritto internazionale è « un mondo di carta », possiamo dare ragione, ma chiediamo quale alternativa propone. Se il diritto può far poco, ciò è comunque meglio di nulla. E se oggi non c'è alcuna ragione per essere ottimisti, l'alternativa è una resa totale del diritto alla logica della guerra giusta. Come ha scritto Norberto Bobbio, « Qualche volta è accaduto che un granello di sabbia sollevato dal vento abbia fermato una macchina. Anche se ci fosse un milionesimo di milionesimo di probabilità che il granello sollevato dal vento vada a finire negli ingranaggi e ne arresti il movimento, la macchina che stiamo costruendo è troppo mostruosa perché non valga la pena di sfidare il destino » ⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹²⁾ N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, il Mulino, 1979, p. 97.

In questa prospettiva la teoria giuridica, e non solo la dottrina giusinternazionalistica, ha oggi l'opportunità di ribadire il significato originario della dicotomia, ovvero il principio per il quale l'applicazione dello *jus in bello* non deve essere condizionata da concezioni dello *jus ad bellum* di natura non propriamente giuridica, che inevitabilmente comportano valutazioni altamente politicizzate e moralistiche. In altre parole, la teoria giuridica può ribadire che il fine non giustifica i mezzi ⁽¹¹³⁾. *Inter arma non sileant leges*.

⁽¹¹³⁾ Sul diritto come « critica dei mezzi » (e non dei fini) non posso che rinviare a W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt*, Tübingen, Mohr, 1921; trad. it. *Per la critica della violenza*, in *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Torino, Einaudi, 1962.

FILIPPO RUSCHI

COMMUNIS HOSTIS OMNIUM.
LA PIRATERIA IN CARL SCHMITT

1. 22 novembre 1936. — 2. Der Staatsrechtslehrer Prof. Dr. Carl Schmitt. — 3. Da Nyon a Washington e ritorno. — 4. Il mare, il pirata, il nemico. — 5. Una questione filosofica: il mare. — 6. Una questione antropologica: i figli del mare. — 7. Una questione politica: il pirata. — 8. Una questione giuridica: *l'hostis communis omnium*.

1. 22 novembre 1936.

La brumosa mattina del 22 novembre 1936 l'incrociatore repubblicano *Miguel de Cervantes* si trovava alla fonda nella rada di Cartagena. Nonostante fossero trascorsi quattro drammatici mesi dall'insurrezione nazionalista, la nave non aveva preso alcuna precauzione difensiva: l'*Armada* era restata sostanzialmente fedele al governo di Madrid e, pur con la significativa eccezione dello Stretto di Gibilterra, manteneva una ampia e rassicurante superiorità navale.

L'esplosione che poco prima delle nove squarciò il fianco dritto dell'incrociatore, causando una falla lunga 21 metri, colse l'equipaggio di sorpresa. Solo la perizia del comandante Luis Gonzales Ubieta — destinato nei mesi successivi a guidare la marina repubblicana — riuscì ad evitare l'affondamento dell'unità che, con molte difficoltà, fu rimorchiata nel bacino di carenaggio della base navale dove l'attendeva un lungo periodo di lavori. Anche il locale comando navale fu colto completamente alla sprovvista, tanto che la reazione delle altre unità presenti fu confusa quanto inefficace. D'altra parte non si aveva alcuna certezza sulle cause dell'esplosione: sabotaggio? Non si poteva certo escludere la presenza di simpatizzanti franchisti a bordo dell'incrociatore. Incidente? L'adesione di molti ufficiali alle forze nazionaliste indubbiamente si era ripercosso sull'efficienza degli equipaggi. Fu una commissione tecnica appositamente nomi-

nata ad appurare quello che, forse, il comandante Ubieta aveva già intuito: il *Miguel de Cervantes* era stato colpito da un siluro.

L'azione, portata a termine dal sommergibile della Regia Marina *Torricelli*, fu il primo atto di una prolungata campagna offensiva condotta da unità italiane e tedesche in appoggio delle forze franchiste, tanto contro obiettivi militari, quanto contro il traffico mercantile diretto verso i porti repubblicani. Dal momento che le due potenze europee desideravano evitare un coinvolgimento diretto nel conflitto si trattava di missioni 'coperte', anche se fu subito chiara a tutti la nazionalità dei siluri. D'altra parte queste azioni, per quanto destinate a interessare l'intero bacino mediterraneo — l'obiettivo strategico era interrompere il flusso di rifornimenti provenienti dall'Unione Sovietica —, erano condotte con mezzi limitati, in un contesto politico e diplomatico quanto meno complesso, e soprattutto con rigidi vincoli operativi. Si trattava di attacchi isolati che erano ben lontani dalle indiscriminate offensive sottomarine condotte dalle marine della Triplice Alleanza durante la Grande Guerra. Nonostante questo, o forse proprio perché il ricordo di quelle tragiche vicende era ancora drammaticamente vivo, il panico si diffuse in molte cancellerie europee. Il rischio di una drammatica *escalation* era tutt'altro che irrilevante: come dimenticare che dietro la dichiarazione di guerra degli Stati Uniti alla Germania e all'Austria-Ungheria c'era stato anche il siluramento del transatlantico *Lusitania* da parte di un sommergibile della *Kriegsmarine*? La stampa, dal canto suo, ebbe buon gioco a drammatizzare ulteriormente la situazione agitando il fantasma di un'antica maledizione: la pirateria.

Il 10 settembre 1937, sotto gli auspici anglo-francesi e pur con la significativa assenza di Italia e Germania, si aprirono a Nyon i lavori di una conferenza diplomatica che portò a risultati significativi quanto contraddittori. In primo luogo i *convenors* sancirono l'illegittimità degli attacchi al traffico mercantile che, qualificati come veri e propri atti di pirateria, autorizzavano la reazione offensiva delle unità navali degli Stati aderenti all'Accordo. Nel Preambolo, infatti, si dichiarava che gli attacchi dei sommergibili erano avvenuti in violazione all'art 22 del Trattato navale di Londra del 22 aprile 1930 relativa alla protezione delle navi mercantili, e pertanto costituivano « acts contrary to the most elementary dictates of humanity, which should be justly treated as acts of piracy ». In tal senso, non

solo si disponeva al paragrafo II che il sommergibile-pirata « shall be counter-attacked and, if possible, destroyed », ma al paragrafo III si qualificava come legittima anche la reazione nei confronti di qualsiasi unità « encountered in the vicinity of a position where a ship not belonging to either of the conflicting Spanish parties has recently been attacked in violation of the rules referred to the preceding paragraph in circumstances which give valid grounds for the belief that the submarine was guilty of the attack ». Si trattava, con tutta evidenza, di un margine operativo molto ampio, giustificabile solo alla luce dell'odioso crimine di pirateria.

Allo stesso tempo, però, gli Stati firmatari convenivano al paragrafo IV di ripartire tra di loro il controllo delle acque del Mediterraneo Occidentale, attribuendo successivamente tale compito anche all'Italia che aveva giocato su più tavoli. Soddisfatto per il successo diplomatico, Mussolini, che aveva subordinato la sottoscrizione dell'Accordo di Nyon alla sua successiva modifica e integrazione sulla base di un'ulteriore riunione tecnica prevista per la fine di settembre a Parigi, con il consueto inarrivabile cinismo ebbe così modo di commentare: « Una bella vittoria. Da imputati siluratori a poliziotti mediterranei, con esclusione degli affondati russi » (1).

2. *Der Staatsrechtslehrer Prof. Dr. Carl Schmitt.*

Al di là delle vicende politiche, anche sul piano giuridico i contenuti dell'accordo di Nyon non erano esenti da censure (2).

(1) In merito alle vicende politiche e militari connesse all'Accordo di Nyon si veda F. BARGONI, *L'impegno navale italiano durante la guerra civile spagnola (1936-1939)*, Roma, USMM, 1992, pp. 131-144 e pp. 200-330. Sui problemi giuridici relativi all'offensiva sottomarina e alle forme di autodifesa agli attacchi si veda D. P. O'CONNELL, *The Influence of Law on Sea Power*, Manchester, Manchester University Press, 1975, pp. 79-81. Sul ruolo dell'accordo di Nyon nel quadro dell'evoluzione del diritto bellico marittimo L. F. E. GOLDIE, *Terrorism, Piracy and the Nyon Agreements*, in *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rose*, ed. Y. Dinstein, Dordrecht, Nijhoff, 1989, pp. 225-248, ed in particolare pp. 239-244, nonché ID., 1937. *Nyon Arrangement e Geneva Agreement Supplementary to the Nyon Arrangement. Commentary in The Law of Naval Warfare. A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, ed. N. Ronzitti, Dordrecht, Nijhoff, 1988, pp. 483-502.

(2) In merito si veda L. F. E. GOLDIE, 1937. *Nyon Arrangement e Geneva Agreement Supplementary to the Nyon Arrangement*, cit., pp. 495-502.

All'indomani della conferenza appariva sulle pagine di *Völkerbund und Völkerrecht* un breve articolo fortemente polemico con Nyon, intitolato *Der Begriff der Piraterie*, subito tradotto in lingua italiana (3). Lo firmava quello che era stato il *Kronjurist* della giurisprudenza nazionalsocialista, ma che i giochi di potere all'interno della NSDAP avevano poi emarginato, Carl Schmitt (4). Il giurista era reduce di alcuni durissimi attacchi sferratigli nel dicembre 1936 sulle pagine dell'influente *Das Schwarze Korps* — l'organo di stampa ufficiale delle *Schutzstaffeln* — che, apparsi anonimi, erano con altissimo grado di probabilità opera dello stesso Gunter d'Alquen, redattore capo della rivista (5). L'offensiva anti-schmittiana era poi

(3) Cfr. C. SCHMITT, *Der Begriff der Piraterie*, in « *Völkerbund und Völkerrecht* », IV, 1937, pp. 351-354, trad. it., *Il concetto di 'pirateria'*, in « *La vita italiana* », XXVI (1937), pp. 189-193, poi in Id., *L'unità del mondo e altri saggi*, Roma, Pellicani, 1994 pp. 181-186 e ancora con traduzione di A. Caracciolo in *Posizioni e concetti: in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles. 1923-1939*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 399-404. Sulle complesse vicende della recezione italiana di Schmitt e sulle differenti interpretazioni del fenomeno, si veda G. MALGIERI, *La recezione di Schmitt in Italia*, « *Cahiers Vilfredo Pareto* », XLIV, 1978, pp. 181-186, C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in « *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna* », IX, 1979, pp. 81-160 e, infine, P. CAPPELLINI, *Recensione a Ilse Staff, 'Staatsdenken im Italien des 20. Jahrhunderts — Ein Beitrag zur Carl Schmitt-Rezeption'*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 21, 1992, pp. 572-584.

(4) Era stato Waldermar Gurian, già allievo di Schmitt, ad attribuirgli il titolo beffardo di *Kronjurist*. Gurian, politologo cattolico di origine ebraica, dopo il '33 si era rifugiato in Svizzera lanciando sulle pagine delle *Deutsche Briefe* una vera e propria offensiva contro l'antico maestro. Ricordando i suoi passati legami con intellettuali ebraici, il suo interesse per il pensiero marxiano, la sua freddezza verso le teorie razziali e soprattutto la sua forte matrice cattolica, Gurian — in modo tutt'altro che infondato — tacciava Schmitt di opportunismo politico. Paradossalmente, furono proprio le veementi critiche provenienti dalla resistenza antinazista a richiamare l'attenzione del *Sicherheitsdienst* e a decretare così la caduta di Schmitt dall'empireo nazionalsocialista. In merito si veda G. MASCHKE, *L'ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt. Un documento del 1937*, in « *Behemoth* », V, 1989, pp. 29-30, e in particolare p. 29, nonché J. BENDERSKY, *Carl Schmitt Theorist for the Reich*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1983, trad. it., *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, il Mulino, 1989, pp. 259-273.

(5) Si trattava di *Eine peinliche Ebrenerrettung*, datato 3 dicembre 1936 e di *Es wird immer noch peinlicher*, pubblicato la settimana successiva. Si è anche ipotizzato che fosse stato Günther Krauss — a sua volta allievo di Schmitt — ad aver involontariamente sottolineato l'eterodossia di Schmitt, quando nel novembre 1936 dalle pagine di *Jugend*

proseguita con Alfred Rosenberg che, in qualità di *Beauftragter des Führers für die Überwachung der gesamten geistigen und weltanschaulichen Erziehung der NSDAP*, era uno dei responsabili delle politiche culturali del partito nazionalsocialista (6). All'ostilità di Rosenberg, veemente anticattolico, andava ascritta la severa censura a Schmitt a firma di Hellmut Merzdorf, datata settembre 1937 e destinata alla rivista *Bücherkunde* edita dall'*Abteilung Schrifttumspflege*, la Sezione per la vigilanza sulla letteratura dell'Ufficio diretto da Rosenberg. Ma ancora più minaccioso era il dossier intitolato *Der Staatsrechtslehrer Prof. Dr. Carl Schmitt*, redatto per ordine dello stesso Rosenberg già nel gennaio 1937 e verosimilmente destinato ad un'ampia circolazione nel complesso apparato degli uffici riservati dell'apparato nazionalsocialista (7).

L'offensiva aveva avuto successo: già alla fine del 1936 Schmitt si era dimesso dalle numerose cariche pubbliche fino ad allora ricoperte, mantenendo solo la cattedra universitaria e, grazie ai buoni uffici di Hermann Göring, l'incarico di membro del Consiglio di Stato prussiano: un ufficio meramente onorifico dal momento che tale organo aveva di fatto cessato ogni attività proprio a partire dal 1936. Nel dicembre di quello stesso anno, poi, anche la *Deutsche Juristen-Zeitung*, edita dallo stesso Schmitt, era stata costretta a chiudere i battenti (8).

und Recht, organo di stampa della sezione giovanile della Lega dei giuristi tedeschi, aveva elogiato il pensiero del maestro come un originale sintesi tra tradizione cattolica e dottrina nazionalsocialista. In merito cfr. J. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 279-281 e G. MASCHKE, *L'ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt*, cit., p. 29.

(6) In merito all'operato di Rosenberg e della sua *Dienststelle* si veda H. P. ROTHFELDER, *Amt Schrifttumspflege: A Study in Literary Control*, in « German Studies Review », IV, 1981, 1, pp. 63-78.

(7) Cfr. la traduzione a cura di Antonio Caracciolo, *Il docente di diritto pubblico Prof. Dr. Carl Schmitt. Documento riservato proveniente dall'Ufficio di Rosenberg*, in « Behemoth », V, 1989, pp. 31-38. Si veda la preziosa contestualizzazione contenuta in G. MASCHKE, *L'ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt*, cit., pp. 29-30.

(8) Tutto questo non fu sufficiente: gli attacchi a Schmitt continuarono. Ancora tra il 1940 e il 1941 il *Grossraum* schmittiano fu aspramente criticato da Werner Best e Reinhard Höhn. La polemica andava ben oltre i limiti del dibattito accademico, dal momento che ambedue i giuristi erano ufficiali superiori del *Sicherheitsdienst* (SD), il famigerato servizio di sicurezza delle SS. In merito ai testi citati si veda W. BEST, *Völkische Grossraumordnung*, in « Deutsches Recht », X, 1940, pp. 1006-1007 e R.

Se questa era la temperie, si comprende come *Der Begriff der Piraterie* non fosse solo un penetrante saggio di teoria generale del diritto internazionale ma, a fronte della progressiva marginalizzazione di Schmitt da parte dell'*establishment* nazista, a fronte degli attacchi provenienti tra l'altro da quelli che in molti casi erano stati suoi allievi, era il tentativo — per molti versi disperato — di continuare a dialogare con il potere ⁽⁹⁾. E questo non tanto per accreditarsi come intellettuale 'organico', quanto piuttosto per cercare di influenzare il potere stesso, per recuperare il ruolo di 'consigliere del principe', secondo uno 'stile' che resta uno dei tratti distintivi del realismo politico. In quest'ottica, come ha spiegato bene Angelo Bolaffi, la svolta internazionalistica di Schmitt, di cui *Der Begriff der Piraterie* era un precoce ma significativo esempio, non aveva nulla dell'esilio intellettuale. Al contrario, voleva essere l'occasione per riappropriarsi del ruolo che egli aveva svolto nella politica interna tedesca tra il 1934 e 1935, adottando un nuovo registro tematico e, forse, cercando altri interlocutori istituzionali ⁽¹⁰⁾.

HOHN, *Grossraumordnung und völkisches Rechtsdenken*, in « Reich-Volksordnung-Lebensraum », I, 1941, pp. 256-288. Circa l'allontanamento di Schmitt dalle leve del potere nazionalsocialista cfr. J. W. BENDERSKY, *The Expendable 'Kronjurist': Carl Schmitt and National Socialism, 1933-1936*, in « Journal of Contemporary History », XIV (1979), 2, pp. 309-328, ed in particolare sulla sua progressiva emarginazione pp. 321-328, nonché più ampiamente ID., *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 233-317. Si veda anche l'accurata ricostruzione storica contenuta in G. MASCHKE, *L'ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt*, cit., pp. 29-30, nonché in D. F. VAGTS, *International Law in the Third Reich*, in « The American Journal of International Law », LXXXIV, 1990, 3, pp. 661-704 e infine in P. STIRK, *Carl Schmitt's 'Völkerrechtliche Grossraumordnung'*, in « History of Political Thought », XX, 1999, 2, pp. 357-374.

⁽⁹⁾ Come ha ipotizzato Antonio Caracciolo la sua residenza di Plettemberg, denominata San Casciano, non alludeva tanto alle vicende personali di Machiavelli, quanto al martire Casciano, condannato a morire trafitto dagli stili dei suoi allievi. Cfr. A. CARACCILO, *Presentazione*, in C. SCHMITT, *Teologia Politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 3-30 e in particolare p. 15.

⁽¹⁰⁾ Cfr. A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità*, Roma, Donzelli, 2002, p. 167. La 'conversione' internazionalistica di Schmitt, per altro, è stata interpretata in maniera molto differente. In particolare, c'è che ha preferito vedervi una forma di sofisticato *otium* intellettuale. Per una valida rassegna della letteratura cfr. A. CAMPI, *Introduzione*, in C. SCHMITT, *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 7-13.

Se questa era la finalità di *Der Begriff der Piraterie*, sorprende il percorso scelto, ma d'altra parte Schmitt è stato prima di tutto uno straordinario illusionista, capace di giocare con gli specchi e operare improvvisi, inaspettati, disvelamenti. Le allusioni a Nyon, pure l'obbiettivo esplicito dell'articolo, sono infatti del tutto fugaci e occasionali. Ogni riferimento alla complessa situazione politica creata all'indomani dell'*Alzamiento* è praticamente assente. Le politiche egemoniche delle potenze impegnate a contendersi il dominio del Mediterraneo, quasi fossero un trascurabile accidente della storia, restano sullo sfondo. Sarebbe poi vano ricercare una esplicita apologia della politica estera nazionalsocialista. Anche sul piano più propriamente tecnico-giuridico, Schmitt evitava di soffermarsi sulle significative carenze dell'accordo: come ha rilevato la dottrina internazionalistica l'assenza dell'*animus furandi* rendeva quanto meno problematica la qualificazione delle aggressioni come veri e propri atti di pirateria. Il fatto che le navi mercantili dei belligeranti fossero escluse dall'ambito di efficacia dell'accordo, poi, introduceva una sorta di doppio regime assai discutibile. Infine, nel caso di cattura di un sommergibile, l'accordo ometteva qualsiasi riferimento al destino dell'equipaggio⁽¹¹⁾.

L'articolo non offriva nulla di più di quanto promesso nel titolo: *Der Begriff der Piraterie* risultava una sintetica ma lucida analisi della pirateria, della sua relazione con uno spazio giuridico del tutto peculiare quale il mare aperto, e del mutamento di paradigma cagionato dall'evoluzione dell'ordinamento internazionale.

Il pirata, osservava Schmitt alla luce del diritto internazionale 'classico' era *hostis generis humani*: le sue azioni criminose erano del tutto indiscriminate dal momento che colpivano «tutti gli Stati, ragion per cui a sua volta ogni Stato poteva renderlo inoffensivo»⁽¹²⁾. Questa radicale forma di inimicizia, notava Schmitt

(11) L'accordo di Nyon, da subito, ha lasciato dubbiosa la dottrina, si veda ad esempio il precoce, *The Nyon Arrangements. Piracy by Treaty*, «The British Yearbook of International Law», XIX, 1938, pp. 198-208. Si veda anche J. W. BOULTON, *Maritime Order and the Development of the International Law of Piracy*, in «International Relations», VII, 1983, 5, pp. 2335-2350 e in particolare pp. 2344-2345, e infine, L. F. E. GOLDIE, 1937. *Nyon Arrangement e Geneva Agreement Supplementary to the Nyon Arrangement*, cit., pp. 495-498.

(12) Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di pirateria*, cit., p. 399.

abbozzando un indirizzo di pensiero destinato a ulteriori e più importanti sviluppi, era fortemente dipendente dal peculiare *Raum* che faceva da sfondo alle razzie piratesche: erano le distese marittime, affrancate dal dominio statale, il *topos* per antonomasia del pirata, il suo luogo d'elezione. Alla luce di questa singolare dimensione spaziale, sottolineava Schmitt, era vano ricercare nel predone del mare il segno di un'identità statale o anche solo di una semplice appartenenza politica. La pirateria, d'altra parte, era un'attività assolutamente impolitica che si sostanzitava nella pura e semplice predazione.

Questo principio aveva come corollario il fatto che le azioni dei partiti rivoluzionari — ovvero di coloro che un ventennio più tardi Schmitt qualificherà come partigiani — ancorché dirette nei confronti di uno Stato che non riconosceva tali soggetti come belligeranti, non potevano considerarsi atti di pirateria. La natura politica di tali iniziative, infatti, consentiva di discriminare il partigiano dal pirata, laddove quest'ultimo mirava alla pura e semplice predazione⁽¹³⁾. Sotto questo profilo vi era una perfetta simmetria tra il carattere 'u-topico' del mare — ovvero il suo essere un non-luogo sottratto alla sovranità statale — e l'incommensurabile inimicizia che qualificava il pirata.⁽¹⁴⁾ Ora, precisava Schmitt, se il brigantaggio marittimo aveva questa singolare natura 'impolitica', se le distese marine costituivano uno spazio 'de-statalizzato', ne conseguiva che la repressione della pirateria era « in egual misura non politica ». Non si trattava di una guerra, ma di « giustizia penale » ovvero di una « misura di polizia marittima internazionale », a seconda delle soluzioni offerte dalla dottrina⁽¹⁵⁾.

Nell'età della tecnica 'scatenata' e dello 'Stato totale' era davvero pensabile la permanenza di uno spazio extrastatale come configurato dal diritto internazionale classico? Si trattava di un'ipotesi irrealistica, tanto più in riferimento al Mediterraneo stretto dalla morsa di vecchi e nuovi imperialismi. Evocare lo spettro della

⁽¹³⁾ Ivi, p. 400.

⁽¹⁴⁾ Sul concetto schmittiano di "U-topos" si veda più ampiamente, C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus publicum Europaeum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, trad. it., *Il Nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, pp. 214-216. In merito mi permetto di rinviare anche al mio F. RUSCHI, *Questioni di spazio: la terra, il mare, il diritto in Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 156-173.

⁽¹⁵⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di pirateria*, cit., p. 400.

pirateria, come aveva fatto la stessa conferenza di Nyon, dunque, era un clamoroso fraintendimento. O forse si trattava di qualcosa di più, di una vera e propria mistificazione?

La scienza giuridica non aiutava a sciogliere questi nodi, anzi rendeva la questione se possibile ancora più ambigua. Il pirata, secondo la *communis opinio*, non aveva la dignità di soggetto dell'ordinamento internazionale, né le sue azioni si potevano configurare come dei crimini internazionali. La sua rilevanza, al più, era riflessa: in virtù del suo carattere astatale il predone del mare, infatti, poteva « entrare solamente nell'ambito di potere di uno Stato ampliato sul piano internazionale »⁽¹⁶⁾. In altri termini, il pirata poteva essere liberamente perseguito da qualsiasi Stato, ma nulla di più. Questo era tanto più vero, precisava Schmitt, se solo si considerava la relazione che intercorreva tra l'*hostis humani generis* e la *societas humani generis*⁽¹⁷⁾. Se il predone del mare si configurava come una « una grandezza non politica », ne derivava che « un'umanità che non ha nessun altro nemico che questo *outlaw* non politico, è essa stessa anche una grandezza non-politica ». Ora, però, in virtù dell'accordo di Nyon questa equivalenza, era venuta meno. Il pirata era così divenuto « un vero e proprio problema internazionale » radicato in uno spazio tutt'altro che privo di statualità politica⁽¹⁸⁾.

3. *Da Nyon a Washington e ritorno.*

Il trattato di Nyon aveva in un sol colpo stravolto categorie consolidate e prassi secolari. Quale era stato il *trade off*? In altri termini, a fronte di questi stravolgimenti dell'ordinamento internazionale, cosa offriva in cambio Nyon? Non molto, rilevava Schmitt. Né poteva essere diversamente, a causa di una situazione politica in rapido deterioramento. Sul piano della disciplina della guerra sottomarina l'Accordo di Nyon, infatti, non aveva introdotto alcuna innovazione limitandosi a richiamare la parte IV del *Trattato di Londra per la li-*

⁽¹⁶⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di pirateria*, cit., p. 402.

⁽¹⁷⁾ Sul concetto di nemico in Schmitt si veda quanto meno P. P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Comunità, 1982, pp. 217-265.

⁽¹⁸⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di pirateria*, cit., p. 402.

mitazione e la riduzione degli armamenti navali dell'aprile 1930. Questo accordo internazionale, per altro mai ratificato da Francia e Italia, pur senza fare riferimento alla pirateria aveva posto forti limitazioni alla guerra sottomarina nel quadro del più ampio controllo del *sea power*. In un clima politico sempre più teso, il Trattato non era stato rinnovato alla sua scadenza. La Conferenza Navale di Londra del 1935, però, grazie alle pressioni britanniche aveva comunque approvato l'anno successivo un documento, il *Protocollo sulle norme concernenti l'azione dei sottomarini rispetto alle navi mercantili*, volto a salvaguardare la parte IV del Trattato del 1930, subito ratificato dalle maggiori Potenze ⁽¹⁹⁾.

L'Accordo di Nyon, dunque, richiamando la parte IV, faceva suoi alcuni *temperamenta belli* diretti fondamentalmente a salvaguardare i passeggeri e gli equipaggi delle unità mercantili oggetto degli attacchi dei sommergibili. Si trattava di vincoli strettissimi: in primo luogo si statuiva che, per procedere ad attaccare il mercantile, il sommergibile avrebbe dovuto preventivamente accertarsi della natura dell'obiettivo e del suo carico. Ove questo accertamento avesse dato esito positivo, il sommergibile doveva poi consentire all'equipaggio e ai passeggeri di mettersi in salvo. A questo fine, non era ritenuto sufficiente il loro imbarco sulle scialuppe di salvataggio: il sommergibile doveva verificare che, date le opportune condizioni meteorologiche, queste imbarcazioni fossero in grado di raggiungere la terraferma o, almeno, un'altra nave in grado di accoglierli a bordo. Solo quando l'incolumità dei civili fosse stata assicurata, il sommergibile poteva procedere all'affondamento del mercantile. Si trattava senza dubbio di una complessa procedura quanto meno problematica in condizioni operative. Non sorprende, dunque, che di lì a poco, con l'invasione della Polonia, i *temperamenta* previsti dal Trattato di Londra fossero irrimediabilmente destinati ad essere travolti ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Ho fatto riferimento all'edizione degli accordi contenuti in *The Law of Naval Warfare*, cit., pp. 347-352. Per una disamina dottrinale degli accordi si veda E. I. NWOGUGU, *1922 Washington Treaty relating to the use of submarines and noxious gases in warfare. Commentary*, in *The Law of Naval Warfare*, cit., pp. 353-365.

⁽²⁰⁾ Già il 3 settembre 1939, il giorno stesso della dichiarazione di guerra anglo-francese alla Germania, nelle acque atlantiche l'U-Boot 30 affondava senza alcun preavviso il piroscafo britannico *Athenia* con gravi perdite tra i passeggeri. La violazione dell'art. 22 del Trattato di Londra, per altro, sarà uno dei capi di accusa contro i vertici

Rispetto al Trattato del 1930 e alla Conferenza di Londra del 1935, l'Accordo di Nyon aveva previsto anche un meccanismo sanzionatorio. Se, infatti, la violazione della parte IV come recepita dal Protocollo del 1936 — non aveva mancato di sottolineare lo stesso Schmitt — era priva di sanzione, a Nyon si era provveduto a qualificare l'eventuale trasgressore come pirata, legittimando l'immediata reazione di tutte le forze navali presenti nell'area⁽²¹⁾. Ora, secondo Schmitt, questa vera e propria criminalizzazione della guerra sottomarina altro non era che una discutibile riproposizione dei principi contenuti nell'accordo di Washington del 1922, denominato *Trattato relativo alla protezione della vita dei neutri e dei non combattenti in mare in tempo di guerra e al divieto di impiego di gas e prodotti chimici nocivi*. All'art. 3 del Trattato si prevedeva che in caso di un attacco indiscriminato il trasgressore « shall be liable to trial and punishment as if for an act of piracy and may be brought to trial before the civil or military authorities of any Power within the Jurisdiction of which he may be found »⁽²²⁾. Questa opzione era tutt'altro che neutra sul piano ideologico. Si trattava dell'ennesimo prodotto di una stagione politica dominata dall'idealismo wilsoniano e dalla strenua volontà di lasciarsi alle spalle gli orrori della Grande Guerra. Una temperie, d'altra parte, che un decennio più tardi avrebbe già fatto il suo corso, ma che forse sui mari non era neppure iniziata dal momento che il Trattato di Washington non era mai entrato in vigore a causa dell'opposizione francese⁽²³⁾. Date queste premesse, Schmitt aveva buon gioco a segnalare l'anomalia insita nella riproposizione di un principio che pure non si era riusciti a rendere effettivo negli anni in cui il pacifismo wilsoniano sembrava trionfare⁽²⁴⁾. Evidentemente — è implicito in *Der Begriff der Piraterie* — la *ratio* della norma non poteva essere soltanto quella di rendere meno disumana la guerra navale: piuttosto si voleva discriminare il nemico che avesse fatto un uso illegittimo della propria componente sommergibilistica, degradandolo a pirata e le-

della *Kriegsmarine*, cfr. E. I. NWOGUGU, *Commentary*, in *The Law of Naval Warfare*, cit., pp. 357-360.

(21) Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di pirateria*, cit., p. 403, nonché *supra*, § 1.

(22) In merito si veda *The Law of Naval Warfare*, cit., pp. 343-346.

(23) Cfr. E. I. NWOGUGU, *Commentary*, in *The Law of Naval Warfare*, cit., pp. 353-354.

(24) Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di pirateria*, cit., p. 402.

gittimando la reazione unanime della società internazionale contro questo *hostis humani generis*. Una rapida rassegna degli almanacchi navali e una altrettanto veloce lettura delle cronache ufficiali della Grande Guerra, evidenziava quali fossero le Potenze esposte ad una tale ostilità estrema.

D'altra parte, anche trascurando *Der Begriff der Piraterie* — tutt'altro che immune dall'*esprit du temp*, se non proprio da aporie ideologiche —, questo *revival* della pirateria era tutt'altro che esente da critiche: ancora in tempi recenti la dottrina ha insistito sul fatto che la riproposizione di questa fattispecie era una discutibile superfetazione. La condizione di navi senza bandiera dei sommergibili che avevano condotto gli attacchi, infatti, era già sufficiente per considerarli « as subject to the jurisdiction and laws of any State counterattacking them » (25).

Nelle conclusioni di *Der Begriff der Piraterie* la polemica nei confronti dell'accordo di Nyon, però, sfumava. Certo, le trasgressioni alle regole del diritto del *Seekrieg*, insisteva Schmitt, non potevano essere qualificate *ipso facto* come pirateria. Né aveva più senso che uno Stato fosse costretto ad abdicare alla propria sovranità per il solo fatto che i suoi cittadini venivano a trovarsi in quello « spazio privo di statalità » che, fino ad allora, era stato la premessa della nozione di pirateria (26). Piuttosto, a fronte degli avvenimenti che avevano portato fino a Nyon, occorreva innovare il lessico giuridico. Si trattava di abbandonare una volta per tutte formule antiquate e immagini romantiche quanto obsolete. Occorreva disfarsi delle problematiche che erano l'avvelenata eredità delle dispute sulla condotta delle operazioni navali della Grande Guerra. In definitiva, avvertiva Schmitt, bisognava prendere atto dei mutamenti della società internazionale, attraverso il filtro concettuale costituito dal *feedback* tra spazio, diritto e tecnica. Le complesse problematiche che si pensava di poter risolvere frettolosamente a Nyon, infatti, non avevano nulla di contingente od occasionale, ma erano il prodotto della tensione esistente tra gli 'Stati totali', ovvero tra forme giuridiche e politiche del tutto nuove. In altri termini, questi « nuovi

(25) Cfr. L. F. E. GOLDIE, 1937. *Nyon Arrangement* e *Geneva Agreement Supplementary to the Nyon Arrangement*, cit., p. 498.

(26) Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di pirateria*, cit., p. 186.

problemi di diritto marittimo » erano correlati agli « sforzi di sostituire la guerra con procedure collettive di vario genere » e, al contempo, erano connessi all'identificazione di soggetti che operassero « in nome dell'umanità » (27).

Come nel coevo *Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat*, Schmitt non mancava di evidenziare come tale frizione tra gli 'Stati totali' — ovvero tra modelli istituzionali in cui si era definitivamente smarrita la distinzione tra società, individuo e politica e, al tempo stesso, si era realizzata una totale 'de-spazilizzazione' — determinasse modalità ibride e « concetti intermedi fra guerra aperta e pace effettiva » (28). Più in particolare, ha osservato Wilhelm Grewe, forte della sua competenza di storico del diritto internazionale e di diplomatico, « the Spanish experience disclosed the inadequacy of traditional legal rules in a new environment in which the boundary between war and civil war had become fluid and the distinction between regular forces and volunteers was often unclear » (29). Queste ibridazioni, difficilmente inquadrabili nelle più tradizionali categorie giuridiche e politiche, apparivano dei veri e propri *monstra*. Al contempo, osservava Schmitt con realismo, questi 'ircocervi' giuridici, per quanto estranei al lessico internazionalistico più consolidato, avevano la funzione di evitare — od almeno procrastinare — il *totaler Krieg* (30).

È forse poco generoso sottolineare l'errore in cui era caduto Schmitt. La guerra civile spagnola era solo l'ennesimo sintomo di una situazione sempre più critica. E il coinvolgimento delle Potenze europee nella crisi, lungi dall'essere un 'concetto intermedio' tra guerra e pace, preludeva ad eventi ben più drammatici. In altri termini, le vicende politiche che Schmitt interpretava come procrastinazioni dell'apocalisse, ne erano in realtà i prodromi. Al di là di

(27) Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di pirateria*, cit., pp. 403-404.

(28) Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di pirateria*, cit., p. 404. Sulla nozione di *totaler Staat* si veda quanto meno P. P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum*, cit., pp. 136-149, nonché C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 117-121.

(29) Si veda W. G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1984, engl. trans. M. Byers, *The Epochs of International Law*, Berlin-New York, de Gruyter, 2000, pp. 304-312.

(30) Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di pirateria*, cit., p. 404.

questo fraintendimento — vale la pena sottolinearlo ancora una volta —, le pagine di *Der Begriff der Piraterie* erano tutt'altro che una appassionata difesa della politica tedesca. Piuttosto, costituivano una vibrante denuncia della crisi della società internazionale, dei suoi istituti giuridici, dei suoi assiomi fondamentali. Si trattava dello sgretolamento di un imponente edificio concettuale, lo *jus publicum europeum* che, fino ad allora, aveva garantito al tempo stesso un effettivo criterio di ripartizione dello spazio, una puntuale discriminazione tra amicizia e inimicizia e, infine, una decisiva *mise en forme* della guerra. Questa progressiva frammentazione di una piattaforma normativa condivisa, osservava Schmitt, procedeva anche attraverso la criminalizzazione del nemico e l'occupazione dello spazio marittimo:

Se si dovesse imporre la concezione inglese della pirateria sottomarina come un concetto generale di diritto internazionale, il concetto di pirateria avrebbe cambiato il suo posto nel diritto internazionale. Esso si sposterebbe dallo spazio vuoto di un'impolitica non-statalità in quello spazio, tipico del diritto internazionale del dopoguerra, fatto di concetti intermedi fra guerra e pace ⁽³¹⁾.

4. *Il mare, il pirata, il nemico.*

Al di là del contesto storico in cui si collocava, *Der Begriff der Piraterie* poneva alcune questioni fondamentali, destinate poi a riemergere carsicamente nel resto della produzione schmittiana. Si possono isolare almeno tre distinte problematiche. In primo luogo il mare, che si configurava come una realtà totalmente estranea allo Stato, come uno spazio vuoto immune dalla sovranità. Questa superficie liscia, liquida, in perenne movimento rifiutava qualsiasi partizione e, con questo, ogni forma di radicamento spaziale restando così relegata nella più assoluta e radicale anomia.

Le distese talassiche, a loro volta, generavano un'antropologia altrettanto peculiare: il pirata e tutta la sinistra genia degli « schiumatori del mare », filibustieri, contrabbandieri, bucanieri e, più in generale, tutti coloro che avevano optato per una *maritime Existenz*. In alcuni casi si trattava di una stirpe di uomini che aveva fatto della sfida agli elementi la propria ragione di vita, come era

⁽³¹⁾ *Ibidem*.

per quei cacciatori di balene che animano alcune delle pagine più epiche di *Land und Meer* ⁽³²⁾. In altri casi si trattava di individui animati da un irrefrenabile istinto predatorio, per cui il saccheggio e la rapina erano attività del tutto usuali. Si trattava di una forma di ostilità in un duplice senso ‘elementare’: sia perché strettamente connessa all’alterità dell’elemento marino, sia perché ispirata ad una violenza primordiale rispetto alla quale mancava qualsiasi freno giuridico o politico. E il pirata, proprio per la sua ancestrale aggressività e per la sua radicale eccentricità, era *communis hostis omnium* nella fortunata formula ciceroniana, se non addirittura *hostis humani generis* secondo l’opinione di Samuel Pufendorf ⁽³³⁾.

Infine alla luce della radicale alterità del pirata rispetto al consorzio civile e alla *societas humani generis* tutta, è intuibile che tale squalificante appellativo sia divenuto con facilità un potente strumento per marchiare il nemico, per discriminarlo, per degradarlo e infine espellerlo dalla comunità politica. D’altra parte il contrasto della pirateria era altra cosa rispetto alla guerra, ai suoi rituali e alle sue forme. Piuttosto, chiosa Pier Paolo Portinaro, la repressione di questo fenomeno era « nella sua essenza qualcosa di non politico, giustizia penale, procedura di polizia sottoposta alle norme del diritto marittimo » ⁽³⁴⁾. Se, come avvertiva Schmitt in *Über das Verhältnis der Begriffe Krieg und Feind* — è significativo che si tratti di uno scritto quasi coevo a *Der Begriff der Piraterie* — era vero che all’indomani della costituzione della Società delle Nazioni l’ordinamento internazionale si era trasformato in una « costruzione concettuale » di tipo schiettamente « criminal-penalistico ». Se, ancora, l’aggressore era divenuto nel diritto internazionale ciò che nel diritto penale era il delinquente. Se, infine questa « criminalizzazione e riduzione all’azione dell’aggressore e dell’ag-

⁽³²⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1954, — ma la prima edizione è Leipzig, Reclam, 1942 — trad. it. a cura di G. Gurisatti e F. Volpi, *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Adelphi, Milano 2002.

⁽³³⁾ CICERO, *De officiis*, III, 107-108 e *inter alii* S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, IV, 2.8, citato in W. G. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., p. 305.

⁽³⁴⁾ Cfr. P. P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum*, cit., p. 208.

gressione » era stata salutata dai giuristi ginevrini come un significativo passo avanti nell'evoluzione del sistema internazionale, la repressione della pirateria rappresentava per molti versi un prodromo significativo e un importante archetipo giuridico ⁽³⁵⁾.

Questa relazione tra spazio, diritto e pratiche discorsive è idonea ad inquadrare in maniera unitaria e coerente la vasta produzione internazionalistica di Schmitt. Già in *Staatliche Souveränität und freies Meer*, pubblicato nel 1941, questa interfaccia tra piani differenziati era percepibile: Schmitt, infatti, sottolineava come nel quadro del *Raumordnungsbegriff* prodottosi alle soglie della Modernità, la relazione tra libertà dei mari, attività piratesche, controllo politico delle rotte atlantiche e guerra di corsa fosse stata determinante per assicurare il primato storico britannico. E d'altra parte quando l'utilità dei *sea rovers* finiva, quando il potere decideva che una volta per tutte fosse l'ora di pacificare i flutti, i predoni del mare potevano essere indifferentemente associati alla gestione della cosa pubblica — come fu il caso di molti pirati e corsari elisabettiani fino al celebre Henry Morgan che terminò i suoi anni come governatore della Giamaica — o finire appesi ad una delle forche che, poste lungo gli estuari inglesi, servivano da severo monito per i marinai ⁽³⁶⁾.

In *Land und Meer*, al contempo poema epico, sofisticato saggio e allegoria gnosticheggiante, il pirata era il protagonista della *maritime Existenz* e, come tale, uno dei vettori della *Raumrevolution* ⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Über das Verhältnis der Begriffe Krieg und Feind*, in Id., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1940 trad. it., a cura di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, *Sulla relazione intercorrente tra i concetti di guerra e di nemico*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 193-203.

⁽³⁶⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Staatliche Souveränität und freies Meer. Über den Gegensatz von Land und See im Völkerrecht der Neuzeit*, in *Das Reich und Europa*, F. Hartung (Hg.), Leipzig, Köhler & Amelang 1941, pp. 91-117, trad. it., *Sovranità dello Stato e libertà dei mari*, in « Rivista di studi politici internazionali », VIII, 1941, 1-2, poi in *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 217-251.

⁽³⁷⁾ Le tesi contenute in *Land und Meer*, nelle intenzioni dell'autore un racconto destinato alla figlia Anima, erano state anticipate in Id., *Das Meer gegen das Land*, in « Das Reich », 9 marzo 1941, pp. 1-2, trad. it., *Il mare contro la terra*, in « Lo Stato », XII, 1941, pp. 137-142, poi in *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 253-259. Si veda poi anche Id., *Staatliche Souveränität und freies Meer. Über den Gegensatz von Land und See*

Consapevole della potenza del mito e della sua insuperabile capacità di esprimere l'indicibile, Schmitt abbandonava il linguaggio giuridico e vestiva i panni del narratore di saghe ⁽³⁸⁾. C'era in lui la consapevolezza che, per dirla con Mircea Eliade, « le immagini, i simboli, i miti non sono creazioni irresponsabili della psiche. » Al contrario « essi rispondono a una necessità ed adempiono ad una funzione importante: mettere a nudo le modalità più segrete dell'essere » ⁽³⁹⁾. Si trattava di una consapevolezza che certo aveva a che fare con quella che era stata una sua intensa passione giovanile: *Das Nordlicht*, « poema gnostico e presocratico al tempo stesso » del triestino Theodor Däubler, cui già nel lontano 1912 Schmitt aveva dedicato la monografia *Theodor Däublers Nordlicht* ⁽⁴⁰⁾. D'altra parte, però, questa fuga verso gli *arcana imperii* era una scelta obbligata: la guerra aveva portato ad un ulteriore irrigidimento del regime nazionalsocialista e, allo stesso tempo, alla definitiva marginalizzazione di Schmitt. La sua fuga verso l'arcano, dunque, aveva ben poco di letterario, rappresentando piuttosto il tentativo di

im Völkerrecht der Neuzeit, in *Das Reich und Europe*, cit., pp. 91-117, trad. it., *Sovranità dello Stato e libertà dei mari*, in « Rivista di studi politici internazionali », VIII, 1941, 1-2, pp. 60-91, poi in *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 217-252. Ma si veda anche il più il successivo ID., *Behemoth, Leviathan und Greif. Vom Wandel der Herrschaftsformen*, in « Deutsche Kolonialzeitung », LV, 1943, pp. 30-33.

⁽³⁸⁾ Da costituzionalista a giusinternazionalista a cantore di saghe. In merito all'ennesima metamorfosi di Schmitt si veda F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, cit., pp. 113-149.

⁽³⁹⁾ Cfr. M. ELIADE, *Images et symboles. Essai sur le symbolisme magico-religieux*, Paris, Gallimard, 1952, trad. it. a cura di M. Giacometti, *Immagini e simboli. Saggi sul simbolismo magico-religioso*, Milano, Jaca, 2007, p. 16. È appena il caso che Schmitt per oltre un decennio diresse insieme a Eliade la rivista *Antaios*. Cfr. F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, cit., p. 116.

⁽⁴⁰⁾ In merito si veda C. SCHMITT, *Theodor Däublers Nordlicht*, Duncker & Humblot, Berlin 1991, trad. it. V. BAZZICALUPO, *Aurora boreale: tre studi sugli elementi, lo spirito e l'attualità dell'opera di Theodor Däubler*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995. Ancora su Däubler, si veda ID., *Ex Captivitate Salus, Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Köln, Greven Verlag, 1950, trad. it., *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, Milano, Adelphi, 1987, pp. 47-55. Per un'accurata ricostruzione della vocazione letteraria e poetica di Schmitt cfr. G. TИHANOV, *Carl Schmitt: The Post-Romantic Roots of the Geopolitical Imagination*, in « Il cannocchiale. Rivista di studi filosofici », I-II, 2004, pp. 81-101.

elaborare un 'codice' con cui poter dialogare con gli altri 'iniziati' (41).

Nelle pagine di *Land und Meer* la relazione tra il pirata e il mare sfumava nel mito. Ma proprio in virtù di una sofisticata riflessione svolta fino alle soglie dell'escatologia, Schmitt aveva modo di scandagliare questa problematica in tutta la sua ricchezza e complessità. Già l'*incipit* di *Land und Meer* è indicativo dell'orizzonte in cui si muove Schmitt: « L'uomo è un essere terrestre, un essere che calca la terra. Egli sta, cammina e si muove sulla solida terra. Questa è la sua collocazione e il suolo su cui poggia, e ciò determina il suo punto di vista, le sue impressioni e il suo modo di vedere il mondo » (42). D'altra parte, nell'umana telluricità non vi era nulla di deterministico. L'uomo restava libero di scegliere un'esistenza diversa, optando per il mare e scegliendo una dimensione priva di barriere e confini. Questa opzione talassica, questa netta decisione per le distese marittime, generava una stirpe differente di uomini. Relegata, ovvero auto-esclusasi in una condizione di ancestrale marginalità, questa singolare antropologia aveva preso coscienza di sé con la 'crisi spaziale' innescata dalla scoperta del Nuovo Mondo (43). « Rozzi avventurieri », « audaci balenieri erranti per gli oceani », « intrepidi navigatori », ma soprattutto gli « schiumatori del mare » — i pirati — erano gli eroi di questa « nuova esistenza marittima » (44). In un caleidoscopico gioco di immagini in cui la cosmogonia si intrecciava con la filosofia presocratica, la geografia politica si saldava all'antropologia, Schmitt faceva del pirata il pioniere di un nuovo ordinamento spaziale.

Anche in *Der Nomos der Erde*, certamente il *magnum opus* della produzione schmittiana, la frizione tra esistenza tellurica ed esistenza talassica, la figura del pirata come vettore di un ordine negativo e il suo ruolo di alfiere di una libertà elementare, risultavano essere tematiche preponderanti. Le argomentazioni di Schmitt, in precedenza occultate e camuffate da un linguaggio letterario e da

(41) Si veda i riferimenti contenuti in F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, cit., pp. 119-145.

(42) Cfr. C. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 11.

(43) Sulla *krysis* innescata dalle scoperte colombiane, mi permetto di rinviare al mio F. RUSCHI, *Questioni di spazio*, cit., pp. 157-165.

(44) Cfr. C. SCHMITT, *Terra e mare*, p. 31.

metafore fortemente allusive, erano ora magistralmente disvelate. Sopravvissuto alla catastrofe nazista, reduce delle forche caudine di Norimberga, Schmitt era cosciente della definitività del suo esilio intellettuale. Proprio questa consapevolezza, tradottasi in un atteggiamento di assoluta mancanza di compromessi e di totale disincanto, ha reso particolarmente nitido *Der Nomos der Erde*.

Il volume si offre come un grandioso affresco che ripercorre le vicende storiche e giuridiche della Modernità: la conquista dei nuovi spazi coloniali, la lotta per il controllo degli oceani, la formazione dello *jus publicum Europaeum*, la sua apoteosi e poi la sua parabola discendente. Dalla progressiva frantumazione di questo *Raumordnung* germinava un nuovo ordinamento spaziale che, tendenzialmente universalistico e cosmopolita, esprimeva una specifica inimicizia, determinava un particolare archetipo bellico e, più in generale, imponeva l'adozione di un lessico giuridico e politico radicalmente nuovo per qualificare il conflitto e, più in generale, la stessa società internazionale.

Rispetto alla secolare vicenda dell'ascesa e del tramonto dell'Occidente, il mare — con i suoi inquieti abitatori — aveva svolto una funzione fondamentale: dapprima era stato vettore e al tempo stesso barriera all'espansione europea. Poi era divenuto spazio agonale, non solo per i principi occupatissimi a contendersi il dominio delle acque oceaniche, ma anche per i giuristi che, coinvolti a partire dal Seicento nella celebre 'guerra libresca dei cent'anni', erano impegnati a tutelare la libertà dei mari o, al contrario, ad affermarne la territorialità⁽⁴⁵⁾. Il mare, quindi, nel corso del secolare *command of the sea* inglese si era trasformato in un vero e proprio ordinamento globale. Come rilevava Schmitt: «l'ordinamento eurocentrico del mondo, sorto nel secolo XVI, risulta così diviso in *due* diversi ordinamenti globali: della terra e del mare. Per la prima volta nella storia dell'umanità la contrapposizione di *terra* e di *mare* diventa il

(45) La fortunata espressione, come noto, fu coniata da Ernest Nys alla fine dell'800, cfr. E. NYS, *Les origines du droit international*, Bruxelles, Castaigne, 1894, p. 262. In merito all'uso di Schmitt si veda C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 216. Per un inquadramento generale della controversia cfr. W. G. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 257-275.

fondamento universale di un diritto internazionale globale »⁽⁴⁶⁾. Si trattava di due ordinamenti perfettamente simmetrici: ambedue universali, ambedue dotati di un proprio concetto di inimicizia, di guerra e di conquista, ambedue in grado di esprimere una forma particolare di libertà. Tale simmetria, espressione della « grande risoluzione complessiva del diritto internazionale dei secoli XVI e XVII », si risolveva in un equilibrio dialettico, in una coesistenza tutt'altro che scevra di tensioni che qualificava il *nomos* dello *jus publicum Europaeum*⁽⁴⁷⁾.

Il mare, ancora, era il protagonista di quella ennesima rivoluzione spaziale che, decretando la dissoluzione del Vecchio Continente e dei suoi archetipi giuridici e politici, ha fondato a partire dal secolo scorso la supremazia del *Western Hemisphere*. La 'liquidità' di questo ordinamento si misura nella prevalenza di un 'diritto economico' che, a partire dalla prima Modernità, era stato già ampiamente sperimentato dalle *trade companies* impegnate a monopolizzare i traffici oceanici e a massimizzare il proprio *indirect rule*. Il primato dell'economia sulla politica, il progressivo superamento dei « confini politici territoriali » e la conseguente rimozione del concetto 'tellurico' di sovranità, l'assunzione del *free trade* a standard costituzionale del diritto internazionale, tutto questo secondo Schmitt alludeva al paradigma talassico che informava il nuovo ordinamento spaziale.⁽⁴⁸⁾ Se è vero che il mare era il *topos* degli scambi mercantili, per Schmitt « l'internazionalizzazione dell'economia e la formazione di un mercato mondiale » erano « i presupposti

(46) I corsivi sono in *Der Nomos der Erde*. Cfr. C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 208. In merito mi permetto di rinviare a F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXIII-XXXIV, 2004-2005, t. 1, pp. 379-462, ed in particolare pp. 417-431.

(47) Cfr. C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 208. Il concetto di equilibrio, d'altra parte, è stata la cifra autentica dello *jus publicum europaeum*, cfr. in tal senso S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milano, Giuffrè, 1999. Più in particolare in riferimento alle pratiche belliche si veda A. COLOMBO, *La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, Bologna, il Mulino, 2006, pp. 73-210. Sul concetto di 'liquidità' si veda invece M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, in particolare pp. 3-41.

(48) Cfr. C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 329.

strutturali dell'affermazione di un pensiero giuridico universalistico » che tendeva « ad ignorare sistematicamente il problema degli ordinamenti spaziali concreti », mirando alla formazione di uno « Stato di diritto al servizio della società civile mondiale » (49).

Su di un altro versante, la preminenza del paradigma talassico ha determinato nuove forme belliche che hanno avuto i loro antecedenti nella prassi del blocco navale, nella guerra di corsa e più in generale nelle pratiche del *Seekrieg* (50). « La guerra marittima », aveva osservato Schmitt già in *Staatliche Souveränität und freies Meer* « non è affatto una semplice guerra di combattenti, ma si basa su un concetto totalitario del nemico ». Si trattava, infatti, di una guerra che non distingueva tra privato e pubblico, tra civile e militare, e in definitiva non discriminava neppure tra amico e nemico. L'obiettivo della guerra marittima non era l'occupazione del territorio o la vittoria sull'esercito dell'*hostis*, ma la completa paralisi della sua economia, premessa per il cedimento delle strutture politiche e sociali. Tutto questo, tanto nella guerra moderna quanto nel *Seekrieg*, determinava una dilatazione della nozione di *hostis* tale da comprendere « non soltanto ogni cittadino appartenente allo stato avversario, ma chiunque abbia rapporti commerciali col nemico e ne favorisca l'economia » (51). In altri termini la guerra moderna, intesa come evoluzione del *Seekrieg*, si era venuta configurando come una « guerra di annientamento » nella forma di una « guerra di preda limitata dal diritto internazionale » (52).

Non basta. L'assolutezza della guerra moderna passava anche per il suo carattere discriminatorio. Schmitt ha insistito sulla stretta connessione tra reviviscenza della dottrina del *bellum iustum*, crimi-

(49) Cfr. P. P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum*, cit., p. 201.

(50) Sulla prassi del blocco cfr. W. G. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 403-410 e S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 217-218. In merito alla guerra di corsa e ai suoi ambigui intrecci con la pirateria si veda A. P. RUBIN, *The Law of Piracy*, Honolulu (Hawaii), University Press of the Pacific, 2006, pp. 66-121. Mi permetto infine di rinviare al mio F. RUSCHI, *Ius Predae. Oscar Cruz Barney e la 'guerra di corsa' come paradigma della modernità*, in « Quaderni fiorentini per lo studio del pensiero giuridico moderno », XXXII, 2003, pp. 599-618.

(51) Cfr. C. SCHMITT, *Sovranità dello Stato e libertà dei mari*, cit., p. 226.

(52) Si veda ID., *Il Nomos della terra*, cit., p. 424.

nalizzazione del nemico, sradicamento spaziale del teatro operativo e potenziamento dei mezzi tecnici di annientamento. In virtù di questi fattori l'*hostis* una volta degradato a predone poteva essere inseguito ovunque e, quindi, eliminato con qualsiasi strumento disponibile⁽⁵³⁾. Se queste, agli occhi di Schmitt, erano le caratteristiche più peculiari della guerra moderna, la repressione della pirateria aveva fornito un efficace archetipo normativo, un valido codice lessicale ed una cornice ideologica altrettanto decisiva. Dalla pirateria cilicia alle vicende di Sesto Pompeo, dalle consorterie uscocche ai regni barbareschi, dalla filibusta caraibica alla pirateria 'etnica' dei Mari orientali, le varie *societates piratarum* che si sono succedute nel corso della storia, avevano legittimato forme estreme di repressione. Da Cicerone a Emer de Vattel, passando per Pufendorf e Christian Wolff, in molti si erano impegnati a qualificare l'antagonismo che caratterizzava il pirata: *hostis communis omnium*, *monstrum humani generis*, *ennemi du genre humain*, la trattatistica giuridica e politica abbondava di queste ed altre etichette squalificanti, che preludevano a forme di reazione collettiva e generalizzata nonché a un conflitto che non era mai *bellum*, ma piuttosto legittima *persecutio*⁽⁵⁴⁾. I regna e gli imperi, d'altra parte, avevano capitalizzato tali manifestazioni di radicale ostilità per affermare il loro potere e attuare sottili strategie egemoniche. I sovrani erano stati pronti a cogliere nella repressione della pirateria al contempo l'occasione per affermare la propria autorità — rivendicando per sé il ruolo di *pacatores maris* — e l'opportunità per liberarsi di qualche indesiderabile concorrente esterno o interno. Alla luce della *lectio schmittiana*, il Trattato di Nyon aveva precedenti illustri.

Restava da capire se il pirata, pur nella sua radicale alterità, potesse comunque essere considerato una 'grandezza' politica. La risposta di Schmitt contenuta in *Theorie des Partisanen*, uno o sei suoi testi più tardi, era negativa. Se è vero che, come già aveva scritto un ventennio prima in *Land und Meer*, negli « schiumatori del mare l'elemento marino si manifesta in maniera dirompente », siamo di

(53) Ivi, p. 430.

(54) Esiste in tal senso un filo rosso che lega il moderno terrorista al pirata antico? In merito si veda E. DI RIENZO, *Il diritto delle armi. Guerra e politica nell'Europa moderna*, Milano, Franco Angeli, 2005, pp. 149-167.

fronte ad un'ostilità che trascende ogni forma di inimicizia politica⁽⁵⁵⁾. L'*hostis* ben può essere *iustus*. Il conflitto con il nemico può essere circoscritto attraverso protocolli normativi e codici etici. Anche il partigiano, l'antagonista per antonomasia in quella forma estrema di guerra che è il *bellum civile*, è il prodotto di una forma di inimicizia, per così dire, *en forme*. Questi, infatti, lotta per uno spazio politico o per un'idea rivoluzionaria. Si tratta di un conflitto spietato, di fronte al quale sembra perdere di efficacia ogni possibile *temperamentum belli*. Come segnala Schmitt, il *Parteigänger* sa che il nemico lo considera « al di fuori di ogni diritto, legalità o onore », e che pertanto non gli sarà concesso quartiere: d'altra parte lui stesso non è certo disposto a concederlo⁽⁵⁶⁾. Eppure il partigiano, per quanto eversivo possa essere il suo programma, per quanto estremi siano gli strumenti di lotta adoperati, adotta una precisa sintassi politica, le sue azioni rispondono a criteri di razionalità coerenti e univoci. In altri termini il partigiano, per quanto ostile alla *polis*, è ben lontano dal contestarne la forma: egli è e resta prima di tutto un soldato politico. Se la discriminazione tra *Freund* e *Feind* è il fondamentale criterio di riconoscimento e di definizione del 'Politico', il partigiano non sfugge a questa polarità⁽⁵⁷⁾. Anzi, come precisa Schmitt nella conclusione di *Theorie des Partisanen*, proprio l'esame di questa particolare figura di combattente « sfocia nel concetto di Politico, nella domanda su chi sia il vero nemico e in un nuovo nomos della terra »⁽⁵⁸⁾. Il partigiano, infatti, è almeno nella sua versione più autentica e incorrotta una figura profondamente tellurica: lo è per il contesto strategico in cui opera, per le tecniche adottate, per le finalità che si prefigge. Ma soprattutto la sua telluricità si misura nell'inflessibile attaccamento ad una *Heimat*, nella difesa, spesso disperata e estrema, di un preciso ordinamento spaziale.

Il pirata potrebbe forse essere ritenuto un « partigiano del

(55) Cfr. C. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 43.

(56) Cfr. C. SCHMITT, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, trad. it., *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto di politico*, Milano, Adelphi, 2005, p. 47.

(57) Sul ruolo del *Parteigänger* in Schmitt, si veda F. VOLPI, *L'ultima sentinella della terra*, in C. Schmitt, *Teoria del partigiano*, cit., pp. 159-179.

(58) Cfr. C. SCHMITT, *Teoria del partigiano*, cit., p. 132.

mare»? Lo Schmitt del *Nomos der Erde* pareva aver proposto questa analogia, salvo poi correggersi proprio in *Theorie des Partisanen* ⁽⁵⁹⁾. Si era trattato di una imprecisione terminologica e l'equivoco andava subito chiarito: il pirata è una figura che sfugge ad ogni categorizzazione in termini giuridici e politici, esprimendo una forma 'elementare' e irriducibile di inimicizia. La natura intensamente talassica dei veri « figli del mare » prelude ad un'ostilità primigenia, ad un confronto che supera per intensità ogni altra relazione conflittuale. « In loro », aveva osservato Schmitt già in *Nomos der Erde*, « si cancellano i netti confini tra Stato e individuo, tra esistenza pubblica e privata, come pure quelli tra guerra e pace e tra guerra e pirateria. » ⁽⁶⁰⁾ Si tratta di un giudizio che, riferito ai lunghi decenni del conflitto anglo-spagnolo, può essere esteso *tout court* alla pratica piratesca.

Alla radicale eccentricità del mare, dunque, corrispondeva l'irriducibile antagonismo del pirata. Accogliendo la proposta schmittiana, può essere utile esaminare in una prospettiva 'archeologica' questa singolare figura di inimicizia, la sua relazione con una specifica dimensione spaziale, le pratiche discorsive ad essa connessa. Per fare questo occorre optare per un'analisi diacronica che si dilata fino all'Antico. Si tratta di una scelta che trova giustificazione nel colloquio che Schmitt ha costantemente intessuto con un passato che non si arresta alla Modernità, ma che varcati i suoi limiti si spinge verso una storia che talvolta finisce per scolorare nel mito. Si tratta di un dialogo talora esplicito, più spesso implicito e sottinteso: è il caso della definizione stessa di predone del mare che nella sua 'naturale' impoliticità forse stride con l'immagine del *sea-rover* elisabettiano o con il *rochellois* calvinista, ma che invece si attaglia perfettamente al pirata dell'Antichità. E d'altra parte, se con Schmitt si passano in rassegna le soluzioni che la dottrina giuridica moderna, da Alberico Gentili e Balthazar Ayala in poi, ha dato al problema della corretta qualificazione della fattispecie piratesca, il riferimento alle fonti classiche è costante.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 210 e ID., *Teoria del partigiano*, p. 46.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 210.

5. Una questione filosofica: il mare.

« Terra mare et contra mare terras terminat omnis »: la lirica di Lucrezio ha colto con straordinaria efficacia la dialettica tra terra e mare, il loro ancestrale antagonismo ⁽⁶¹⁾. D'altra parte il *De rerum natura* è tutt'altro che uno svago letterario, un compiaciuto vezzo arcadico. Piuttosto, è un poema dalla vena esoterica che introduce a verità ulteriori e conduce il lettore a oltrepassare la contingenza fenomenica. Se il mare, dunque, è un confine liquido che conclude la terra, in questo *limes* non c'è nulla di statico. Al contrario si tratta di una barriera fluida, in costante tensione dinamica. D'altra parte, l'elemento acqueo non è forse dotato di una straordinaria capacità effusiva? Non è proprio dei liquidi spandersi sulle superfici? Ecco allora che la fluidità e la mobilità dei flutti, opposta alla concretezza e alla stabilità della terra, è fonte di una tensione primigenia che già la filosofia presocratica aveva avvertito e cercato di razionalizzare ⁽⁶²⁾.

L'uomo è tutt'altro che indifferente a questa contrapposizione. La sua 'naturale' telluricità ha modo di manifestarsi su piani differenziati: la *tellus*, più che mai *iustissima*, ne garantisce la sopravvivenza grazie ai suoi innumerevoli doni. Al tempo stesso la terra è matrice dell'ordine giuridico e politico. È infatti la *Landnahme*, la primitiva occupazione dello spazio tellurico, la scintilla prometeica che illumina il caos dell'anarchia e dell'anomia. Ed è proprio attraverso questa 'localizzazione' che il gruppo sociale prende consapevolezza di sé, si autodetermina e diviene comunità politica. Il *nomos*, Schmitt non ha dubbi, non può che presupporre la terra. Con la sua fisicità, con la sua misurabilità e la sua partibilità, la *Muttererde* è la matrice ultima del *nomos* ⁽⁶³⁾. La terra consente il

⁽⁶¹⁾ LUCRETIVS, *De rerum natura*, 1, p. 1000.

⁽⁶²⁾ Per una convincente rilettura del passo di Lucrezio in chiave 'geo-filosofica' cfr. F. BORCA, *'Avido meatu': mare e terra come forze antagoniste*, in « Aufidus », XLI, 2000, pp. 21-34 nonché ID., *Mare e terra nell'esperienza romana*, in « Itineraria », II, 2003, pp. 41-56.

⁽⁶³⁾ Come noto, Schmitt ha particolarmente insistito sul fatto che l'etimologia del sostantivo *nomos* rinvia ad un contesto tellurico. Si veda C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., pp. 54-71 e ID., *Nebmen / Teilen / Weiden. Ein Versuch, die Grundfragen jeder Sozial- und Wirtschaftsordnung vom NOMOS her richtig zu stellen*, in « Gemeinschaft

radicamento spaziale degli ordinamenti, è il presupposto per la concreta attuazione dell'*Ordnung* e, al contempo, è misura del diritto dal momento che ne esibisce i segni distintivi: i contrassegni pubblici e le delimitazioni private. Le linee del terreno dissodato, i cippi confinari, i muri che circondano i fondi, sono tutti strumenti che rendono visibili le differenti forme di dominio. Davvero « il diritto è terraneo e riferito alla terra » (64).

E il mare? Alla luce dell'ancestrale dialettica tra spazi la dimensione marina è un 'negativo' della *justissima tellus*: la sua liquidità significa assenza di misura. Le sue distese fluide, lisce, uniformi ma al tempo stesso in perenne movimento impediscono qualsiasi 'localizzazione'. Si tratta di spazi insondabili nella loro profondità e indistinti nel loro incessante divenire che impediscono ogni forma di radicamento spaziale e, in definitiva, pregiudicano l'esistenza della comunità stessa. Sarebbe vano — ha insistito Schmitt — cercare nel mare aperto recinzioni, confini, luoghi consacrati e spazi sacrali. Se la terra è un fatto normativo, le distese marine non conoscono né diritto né, tanto meno, proprietà (65).

Il costante dialogo di Schmitt con i classici è illuminante: l'alterità del mare non si misura soltanto nella negazione di qualsiasi ordine giuridico e politico. Se, come cantava Virgilio, la terra è *iusta* anche in virtù dei frutti che elargisce all'uomo, il mare è allora un ambiente più che mai ostile e l'andar per mare è poco meno che una maledizione. Del resto, già Esiodo nelle *Opere e i giorni* aveva messo in guardia dai pericoli della navigazione: una tempesta improvvisa, un groppo di vento inaspettato, ed era persa ogni speranza di

und Politik. Zeitschrift für soziale und politische Gestaltung », I, 1953, 3, pp. 18-27, trad. it. *Appropriazione, divisione, produzione. Un tentativo di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico-sociale, a partire dal 'nomos'*, in Id., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 295-312 nonché Id., *Nomos-Nahme-Name*, in *Der beständige Aufbruch. Festschrift für Erich Przywara s.J.*, S. Behn (hrsg.), Nürnberg, Glock und Lutz-Verlag, 1959, pp. 92-105, trad. it., *Nomos - Presa di possesso - Nome*, in C. RESTA, *Stato mondiale o 'nomos' della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, Roma, Pellicani, 1999, pp. 107-131.

(64) Cfr. C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 20. Sul punto si veda G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione tedesca*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 156-158.

(65) In merito alla funzione nomopoietica della terra cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 74-75.

guadagno, quando non la vita stessa del navigante ⁽⁶⁶⁾. Gli faceva eco ancora Virgilio, quando nella quarta egloga profetizzava che la navigazione sarebbe scomparsa nell'età felice che si stava per inaugurare ⁽⁶⁷⁾. Né la pesca, principale risorsa marittima, valeva ad attenuare questa alterità. Sarebbe vano cercare nel pescatore che gettava la propria rete in mare un'analogia con il contadino: laddove la messe è frutto della semina e della laboriosa coltivazione del fondo, l'esito delle fatiche del pescatore dipendeva solo dal capriccioso gioco delle correnti ⁽⁶⁸⁾.

In un gioco di singolari simmetrie alla capacità ordinante della terra corrisponde l'anomia del mare, alla fecondità della superficie terrestre la sterilità delle distese talassiche. Se gli abissi marini sono spazi radicalmente 'altri', non sorprende che in passato questa alterità si spingesse a sfiorare l'escatologia. Per molte popolazioni nordiche, ad esempio, le distese oceaniche erano la porta dell'aldilà: Frazer in *The Golden Bough* ci ha lasciato una vivida descrizione di un funerale vichingo in cui il mare funge da interfaccia tra il mondo dei vivi e quello dei morti ⁽⁶⁹⁾. E che dire degli *imrana* ibernoceltici? Questi miti, destinati ad essere rielaborati durante l'Alto Medioevo nella celebre *Navigatio Sancti Brendani*, concordano nel collocare la dimora dei defunti in un'isola remota dell'Atlantico ⁽⁷⁰⁾. Come documenta l'attenta esplorazione delle fonti antiche condotta da Bruno D'Agostino, il mare è un potente psico-

⁽⁶⁶⁾ Cfr. HESIODOS, *Erga kai Hêmérai*, 618-694. In relazione al passo esiodico si veda P. JANNI, *Il mare degli Antichi*, Bari, Dedalo, 1996, pp. 107-122.

⁽⁶⁷⁾ VERGILIUS, *Eclogae*, IV, 39-40. Il passo virgiliano è richiamato espressamente da Schmitt in C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 21. Per un primo inquadramento delle caratteristiche della navigazione in età romana, e dei suoi rischi, cfr. L. CASSON, *Travel in the Ancient World*, Baltimore (Md.), John Hopkins University Press, 1994, pp. 148-162.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 20. Ci si può domandare se il pescatore dei Vangeli, a ben vedere, sia un *unicum* nel quadro dell'Antichità.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. J. FRAZER, *The Golden Bough. A Study in Magic and Religion*, London, Macmillan, 1922, trad. it., *Il ramo d'oro. Studio sulla magia e la religione*, Torino, Borlinghieri, 1973, ed in particolare circa il mito di Balder vol. II, pp. 939-941.

⁽⁷⁰⁾ Sulla persistenza nel Medioevo del binomio mare/aldilà si veda F. CARDINI, *Alla cerca del Paradiso*, in *Columbeis V. Relazioni di viaggio e conoscenza del mondo fra Medioevo e Umanesimo. Atti del V Convegno internazionale di studi dell'Associazione per il Medioevo e l'Umanesimo Latini*, a cura di S. Pittaluga, D.A.R.FI.CL.ET., Genova 1993, pp. 67-88.

pompo, un vettore fondamentale per comunicare con la dimensione metafisica: nei riti dionisiaci il bagno nell'acqua marina è occasione di rigenerazione, ma le stesse acque possono essere il luogo dell'ordalia che, d'altra parte, ha la funzione di ricostituire il rapporto con la divinità. In altri casi il mare è il luogo dell'oblio, anch'esso dimensione 'altra': lo ricerca Saffo quando si getta dalla rupe Leucade fuggendo dalle pene amorose. E l'oblio, ancora, avvolge coloro che hanno la sventura di perire in un naufragio: le loro anime, private dalla sepoltura nella *iusta* terra, non possono varcare le porte dell'Ade restando relegate in una infelice stasi (71).

La terra è vita, inizio, esistenza. Il mare, invece, è spesso associato alla fine, alla morte, alla perdita dell'identità. Tralasciando cosmogonie e antichi miti fondativi che in alcuni casi restituiscono un'immagine all'apparenza pacificata delle distese marine, occorre piuttosto soffermarsi sull'apocalittica visione del diluvio: l'improvvisa sommersione delle terre è una visione dalla straordinaria potenza drammatica. Nell'immaginario antico questo cataclisma, sovente coniugato alla palingenesi dell'umanità, è senza dubbio l'avvenimento più estremo, più radicale, più tragicamente distruttivo. E allora, se la storia umana si dipana nella dimensione tellurica, ecco che il mare rappresenta piuttosto la fine di questa storia. Dal racconto di Gilgamesh alla narrazione biblica, dai vivaci miti polinesiani alle più cupe leggende delle popolazioni precolombiane, l'apocalisse dell'azione congiunta delle acque pluviali e di quelle marine è un'immagine ricorrente.

Platone con il mito di Atlantide, destinato ad una imperitura fortuna, non ha fatto altro che rielaborare fobie ancestrali (72). L'isola era

(71) Il riferimento d'obbligo è a VERGILIUS, *Aeneidos*, VI, 325-335. Sulla singolare valenza delle distese marine si veda invece B. D'AGOSTINO, 'Oinops Pontos'. *Il mare come alterità nella percezione arcaica*, in « Mélanges de l'école française de Rome », CI, 1999, 1, pp. 107-117.

(72) Sul mito di Atlantide valga per tutti P. VIDAL-NAQUET, *Athènes et l'Atlantide. Structure et signification d'un mythe platonicien*, in « Revue des études grecques », LXXVII, 1964, pp. 420-444, trad. it. con parziali modificazioni *Atene e l'Atlantide. Struttura e significato di un mito platonico*, in ID., *Il cacciatore nero. Forme di pensiero e forme d'articolazione sociale nel mondo greco antico*, Milano, Feltrinelli, 2007, pp. 283-304. Sulla sua fortuna si veda ancora ID., *L'Atlantide. Petite histoire d'un mythe platonicien*, Les Belles Lettres, Paris, 2005, trad. it., *Atlantide. Breve storia di un mito*, Torino, Einaudi, 2006. La

sacra a Poseidone, i suoi magnifici palazzi non avevano rivali, la sua flotta gli aveva garantito il dominio sull'ecumene. Eppure in una sola notte, si legge nel *Tìmaios*, Atlantide si inabissò nel mare e scomparve⁽⁷³⁾. Dopo questo cataclisma, del superbo regno atlantideo non restava più traccia. Solo i bassifondi, le secche insidiose che al di là delle Colonne di Ercole impedivano la navigazione, testimoniavano il dramma di Atlantide: dei suoi grandiosi palazzi non restava che una desolata distesa di acqua e fanghiglia, refrattaria persino alle chiglie delle navi.

Il racconto platonico dice molto della relazione tra l'uomo e il mare. D'altra parte il mito non è uno strumento per comprendere i fenomeni empirici, né un modo 'altro' per raccontare la storia, ma come ha suggerito Konrad Gaiser è la chiave che permette di accedere ad un livello superiore di conoscenza, ad un piano metafisico⁽⁷⁴⁾. In questa prospettiva, le distese marine non sono soltanto spazi refrattari che sfuggono al dominio antropico, che inibiscono ogni razionalizzazione giuridica o politica. Piuttosto l'essenza ultima del mare sta nel caos primigenio: nell'inaudita violenza dell'elemento acqueo, nella sua straordinaria capacità distruttiva. Non è il caso di indugiare nella caratterizzazione di questo timore atavico, ma è certo che alla luce di gran parte della 'geomitologia' vi è una stretta connessione tra l'assoluta eccentricità degli spazi talassici ed il loro potenziale distruttivo⁽⁷⁵⁾. Platone, davvero, ha saputo interpretare e rielaborare paure ancestrali, ha richiamato tabù primordiali collegati al mare e alla sua radicale alterità.

Il mare, dunque, come *finis/fine*? Fernand Braudel, che ha

vicenda di Atlantide ricorre in diversi dialoghi platonici: per un confronto: tra le differenti versioni può essere utile fare riferimento a G. CAMBIANO, *Catastrofi naturali e storia umana in Platone e Aristotele*, in « Rivista storica italiana », CXIV, 2002, 3, pp. 694-714, pp. 699-705. Più in generale sul ruolo del mare nel pensiero platonico cfr. J. LUCCIONI, *Platon et la mer*, in « Revue des études anciennes », LI, 1959, 1-2, pp. 15-47.

⁽⁷³⁾ PLATO, *Tìmaios*, III 25 d.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. K. GAISER, *Platons ungeschriebene Lehre*, Stuttgart, Klett, 1968, trad.it., *La metafisica della storia in Platone*, Milano, Vita e Pensiero, 1988, p. 174.

⁽⁷⁵⁾ Mutuo il termine 'geomitologia' da D. B. VITALIANO, *Geomythology: Geological Origins of Myths and Legends*, in L. Piccardi, W. B. Masse (eds), *Myth and Geology*, London, Geological Society, 2007, pp. 1-8. Sulla persistenza in età romana di simili archetipi, talora celati all'interno di testi letterari o opere scientifiche, si veda F. BORCA, 'Avido meatu': mare e terra come forze antagoniste, in « Aufidus », XLI, 2000, pp. 21-34.

lungamente indagato la complessa relazione tra l'uomo e le distese marine, ha colto nel segno: l'uomo del passato percepiva il mare come « un limite, una barriera che gli si estende fino all'orizzonte, come un'immensità ossessiva, onnipresente, meravigliosa, enigmatica » (76). Questa caratterizzazione delle distese marine colte nella loro 'drammatica' alterità, certo, corrisponde a codici culturali profondamente radicati. Ed è inevitabile che questa percezione degli spazi marini — questo particolare *Raumbegriff* per dirla con Schmitt — abbia importanti riflessi sugli archetipi giuridici, sulle istituzioni politiche e, infine, sulla stessa dimensione antropologica.

La questione, certo, è ben nota ai filosofi: ancora nel secolo scorso, da Martin Heidegger a Ernst Jünger, da George Steiner allo stesso Schmitt, la contrapposizione tra l'esistenza marittima del navigatore e quella tellurica del contadino è stato un *locus* tutt'altro che desueto (77). Ed è significativo che questa antropologia non permetta alcuna conciliazione: ancora una volta la dialettica tra la terra ed il mare si risolve nell'endiadi esclusione/negazione. « Punto centrale e nucleo di una esistenza di terra con tutti i suoi ordinamenti concreti, è la casa », osserva il signor Altmann, uno degli interlocutori dello schmittiano *Gespräch über den neuen Raum* (78). Non è certo così per la *maritime Existenz*, che ha nella nave il proprio fulcro e nel movimento la sua dimensione prevalente.

La casa e l'imbarcazione sono entrambi frutto dell'operosità dell'uomo, è vero, ma prefigurano due forme di esistenza radicalmente opposte: l'una è inserita in modo armonioso e omogeneo nella dimensione tellurica, l'altra ha un carattere del tutto estraneo all'elemento che lo circonda. Per dirla con Caterina Resta, l'immagine della nave che solca il mare aperto è « l'esatto rovesciamento della

(76) Cfr. F. BRAUDEL *La mer*, in *La Méditerranée*, ed. F. Braudel, Paris, Flammarion, 1985, trad. it., *Il mare*, in *Il Mediterraneo. Lo spazio e la storia - gli uomini e la tradizione*, a cura di F. Braudel, Milano, Bompiani, 1987, pp. 31-54, ed in particolare p. 31.

(77) Sul dibattito filosofico quanto meno si veda F. CASSANO, *Il pensiero meridiano*, Laterza, Roma-Bari, 1996, in particolare pp. 11-49.

(78) Cfr. C. SCHMITT, *Gespräch über den neuen Raum*, in *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a Barcia Trelles*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1958, trad. it., *Dialogo sul nuovo spazio*, in C. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 102.

familiarità della casa » (79). Piuttosto, questa immagine esprime il dominio dell'uomo sulle distese marine e, più in generale, la sua capacità di assoggettare lo spazio tramite la *techne*. E d'altra parte, come sanno bene i naviganti, l'aver reso uno spazio percorribile, l'averlo costretto in un reticolo di rotte, non significa averlo pacificato, né tanto meno averlo fatto abitabile (80). La dicotomia casa/nave, in definitiva, qualifica il modo con cui il soggetto si relaziona con l'ambiente circostante: altro è il mondo del contadino, altro quello del marinaio. Il pastore addomestica e custodisce gli animali, il pescatore si limita a issare a bordo la rete. « Fondare la propria esistenza sul mare » ha suggerito Michele Nicoletti « significa quindi, in un certo senso, costruirsi un'esistenza de-localizzata in cui il criterio non è più il rapporto con la terra, ma la funzionalità » (81).

6. *Una questione antropologica: i figli del mare.*

« La domanda cruciale », rilevava Schmitt, « è dunque questa: qual è il nostro elemento? Siamo figli della terra o del mare? » (82). Alla luce della vasta produzione schmittiana la risposta non può essere univoca. L'uomo, infatti, è un essere che non è ridicibile al suo ambiente, ma è in grado di « conquistare storicamente la sua esistenza e la sua coscienza » (83). La sua telluricità come si è visto, è prima di tutto un'opzione (84). Per quanto atavico, il suo legame con la terra non ha nulla di deterministico, di immutabile. D'altra parte, la natura umana è tutt'altro che indifferente allo spazio che lo circonda, mutando e ibridandosi nella ricerca di nuove esistenze.

Se il mare risulta essere una dimensione eccentrica ed ostile, dunque, non desta sorpresa la inveterata alterità di coloro che ne

(79) Cfr. C. RESTA, *Stato mondiale o 'Nomos' della terra*, cit., p. 34.

(80) Sul punto si veda il suggestivo, F. BORCA, 'Homo secans': su alcune immagini della navigazione nei testi latini, in « Itineraria », III-IV, 2004-2005, pp. 37-49. In merito alla tecnologia nautica dell'Antichità si veda L. CASSON, *Ships and Seamanship in the Ancient World*, Baltimore-London, John Hopkins University Press, 1995.

(81) Cfr. M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere: la teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, Morcelliana, 1990, p. 515.

(82) Cfr. C. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 14.

(83) Ivi, p. 17.

(84) *Supra*, § 4.

solcano i flutti. Secondo categorie saldamente radicate fino alla prima Modernità ed oltre, le distese marine non si limitano ad essere un *topos* 'negativo', uno spazio respingente ed esclusivo. Piuttosto, il mare è dotato di una straordinaria forza corruttrice, in grado di pervertire l'uomo fino a renderlo partecipe della propria radicale alterità. Coloro che hanno eccessiva consuetudine con i flutti marini ne sono inevitabilmente 'intossicati'.

Questa 'patologia' si manifestava in forme differenziate e con svariate gradazioni. Il pescatore che al tramonto faceva rotta verso riva con le reti ricolme, era ancora una figura 'tellurica' ed in quanto tale rassicurante. D'altra parte la sua 'talassicità' era solo occasionale, temporanea. Per pescare non occorre prendere il largo: le fonti romane testimoniano il grande sviluppo degli allevamenti ittici, mentre fino a tutto l'alto medioevo, la pesca è stata ampiamente esercitata dalla terraferma con l'ausilio di reti e nasse. In Bretagna, ad esempio, dove con il trascorrere dei secoli si era persa l'*ars navigandi* dei progenitori celti, solo a partire dal Trecento i pescatori iniziarono a lasciare il bagnasciuga: « sino a quel momento », ha ricordato Michel Mollat du Jourdin, « la paura del mare e il pericolo avevano trattenuto gli uomini dall'avventurarsi oltre la distanza dalla quale la terra scompare allo sguardo »⁽⁸⁵⁾. Il pescatore, in definitiva, era solo prestatato al mare: almeno nel bacino mediterraneo la permanenza in mare non era mai prolungata — mancavano tecniche adeguate di conservazione del pescato —, né ci si avventurava volentieri lontano dalla costa, preferendo i banchi e le secche conosciute.

Se la figura del pescatore era tutto sommato rassicurante, la sua intimità con il mare lo poneva ai margini del consorzio sociale: il suo era un mestiere umile e rischioso, i suoi guadagni magri. Lunghi e monotoni periodi di attesa caratterizzavano la pesca, vuoi con le nasse vuoi con l'amo. Nella sua persistente talassofobia Platone non aveva mancato di cogliere l'occasione per biasimare l'oziosità con-

⁽⁸⁵⁾ Cfr. M. M. MOLLAT DU JOURDIN, *L'Europe et la Mer*, Paris, Editions du Seuil, 1993, trad. it., *L'Europa e il mare dall'antichità a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 207. D'altra parte, per buona parte del Medioevo, la pesca riguarderà in primo luogo le acque dolci: fiumi, laghi, paludi.

nessa a questa pratica ed elogiare piuttosto l'attività venatoria ⁽⁸⁶⁾. Aristotele, è vero, aveva sottolineato l'assoluta specificità dei pescatori, ma proprio tale singolarità più spesso si traduceva in marginalità laddove poeti ed aedi commiseravano il duro destino che attendeva i pescatori ⁽⁸⁷⁾. Il motivo della pesca miracolosa, vero e proprio *topos* letterario, costituisce una testimonianza attendibile della precarietà della vita tra le reti: il pescatore di Teocrito, affranto ed affamato dopo una giornata infruttuosa, durante la notte aveva sognato la stupefacente cattura di un pesce d'oro. Si trattava di un presagio? La fantasia già correva: una simile inaspettata ricchezza avrebbe spinto il contadino ad ampliare il fondo. Il mercante avrebbe subito reinvestito l'oro nei suoi traffici moltiplicando la propria ricchezza. Il pescatore, invece, a fronte di questo miracoloso rinvenimento, ambiva soltanto ad abbandonare per sempre barca, fiocine e nasse ⁽⁸⁸⁾. La situazione non doveva essere molto migliorata Medioevo se, come ricorda Jaques Le Goff, la pesca è comunemente considerata un « *vilius officium* » destinato agli strati più bassi della società ⁽⁸⁹⁾.

Il pescatore, quanto meno, era una figura familiare, ma già il mercante, che aveva affrontato una lunga navigazione per meglio sfruttare la domanda del mercato, suscitava forte diffidenza: la sua stiva era ricolma di preziose merci esotiche, ma con le mercanzie giungevano nella *civitas* usi e costumi altrettanto estranei, che potevano indebolirne l'*etos*. La testimonianza platonica è senza dubbio degna di fede: il commercio marittimo era un imperativo difficilmente eludibile. D'altra parte, come sarebbe stato possibile escludere le distese marine dalle attività umane, dal momento che il consorzio umano si affollava sulle rive del Mare di mezzo « come formiche o rane intorno ad uno stagno » ⁽⁹⁰⁾? La *polis*, pertanto, aveva necessità di uomini esperti nei

⁽⁸⁶⁾ PLATO, *Nomoi*, 823 d.

⁽⁸⁷⁾ ARISTOTELES, *Politikà*, I, 1256 b e ancora IV 1291 b.

⁽⁸⁸⁾ THEOCRITUS, *Idyllia*, XXI.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. J. LE GOFF, *Métiers licites et métiers illicites dans l'Occident médiéval*, in « Etudes Historiques », 5, 1963, pp. 41-67, trad. it., *Mestieri leciti e illeciti nell'Occidente medioevale*, in Id., *Tempo della Chiesa e tempo del mercante*, Torino, Einaudi, 1977, pp. 53-71.

⁽⁹⁰⁾ PLATO, *Phaidon*, 109 a-b, per la traduzione del passo faccio riferimento all'edizione del Fedone curata da Giuseppe Cambiano, *Dialoghi filosofici*, Torino, Utet,

mestieri del mare, non meno che degli artigiani e degli agricoltori ⁽⁹¹⁾. Ma non bisogna lasciarsi ingannare. Al di là del riconoscimento del ruolo del mare nel sistema economico della *polis*, Platone « épris de fixité et de stabilité, qui recherchait des certitudes », ha osservato Jean Luccioni, « considérait sans grande sympathie la mer mouvante et changeante, la mer qui est le domaine de l'aventure et du devenir » ⁽⁹²⁾. L'esistenza marittima, agli occhi di Platone, era inscindibilmente legata alla corruzione morale, alla perdita di ogni *aretè*. Per una città le distese marine finivano per avere un « salso ed amaro sapore », laddove il mare portava con sé traffici commerciali, mercanzie esotiche, usanze stravaganti, favorendo improvvise ricchezze ed altrettanto rapidi crolli. Questo flusso costante di persone e di beni, unito agli altissimi rischi connessi alle speculazioni commerciali, era una miscela capace di sgretolare progressivamente la coesione della *polis*, ingenerando nella popolazione inimicizie, competizione, instabilità. Solo « legislatori divini » avrebbero potuto arginare la corruzione generata dalla « variopinta moltitudine di viziose abitudini » che infettava la *polis* vocata ad un'esistenza marittima. Soltanto un « gran protettore » sarebbe stato in grado di arrestarne l'irresistibile decadenza ⁽⁹³⁾.

Se dal IV sec a.C. si fa un salto al I sec. a. C., se dal Pireo si passa ad Ostia, le preoccupazioni restano le stesse. La nave oneraria che

1987, p. 589. Il passo è giustamente celebre, per un suo inquadramento nella 'geofilosofia' platonica cfr. J. S. ROMM, *The Edges of the Earth in Ancient Thought: Geography, Exploration, and Fiction*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1994, pp. 124-128.

⁽⁹¹⁾ PLATO, *Politeia*, 320 e-371 b.

⁽⁹²⁾ Cfr. J. LUCCIONI, *Platon et la mer*, cit., p. 46.

⁽⁹³⁾ PLATO, *Nomoi*, IV, 704-705. Faccio riferimento all'edizione delle *Leggi* curata Francesco Adorno in *Dialoghi politici. Lettere*, Torino, Utet, 1988, pp. 27-531 ed in particolare pp. 152-155. Il porto è una falla nella *polis*? Per un primo inquadramento delle tesi di Platone cfr. A. GIARDINA, *Il commercio romano tra utopia e realtà*, in *Optima haereditas, sapienza giuridica romana e conoscenza dell'ecumene*, Milano, Scheiwiller, 1992, pp. 203-222 ed in particolare pp. 207-210. Sui pregiudizi diffusi nell'antichità sui *loci* prossimi al mare — isole, scali marittimi, sorgitori e fondachi — si veda F. BORCA, *'Vita maritarum urbium': gli inconvenienti dell'apertura*, in « Aufidus », XXVIII, 1999, 2, pp. 7-22. Sulla 'perfidia' del mercante dell'Antichità cfr. S. GUARRACINO, *Mediterraneo. Immagini, storie e teorie da Omero a Braudel*, Milano, Bruno Mondadori, 2007, pp. 47-60.

entrava in porto aveva un enorme potenziale destabilizzante nei confronti del corpo sociale. In merito Cicerone era stato lapidario: « Est autem maritimis urbibus etiam quaedam corruptela ac mutatio morum; admiscentur enim novis sermonibus ac disciplinis, et inportantur non merces solum adventiciae sed etiam mores, ut nihil possit in patriis institutis manere integrum ». D'altra parte la perfidia di Cartagine e la corruzione di Corinto non derivano forse dalla « natura loci », dal fatto di essere prossime al mare e aperte ai traffici mercantili ⁽⁹⁴⁾?

Il mercante marittimo, lo ricorda bene Andrea Giardina, era un *topos* della letteratura antica: se ne poteva celebrare l'intraprendenza organizzativa, il coraggio nell'affrontare le avversità del mare, l'*utilitas* civile della sua professione, la *techne* nautica. Eppure, una volta che il mercante era sceso a terra ogni connotazione positiva svaniva: restava solo l'astuzia, la perfidia, la smisurata avidità, la *corruptela* ⁽⁹⁵⁾. Non si trattava di pregiudizi legati ad un mondo arcaico. Al di là della ciceroniana *corruptio morum*, occorre sempre diffidare del mercante: « insulanos omnes, infidos habere » avvertiva quindici secoli più tardi Jean Bodin nel V libro di *De la Republique*, e Lucien Febvre annota « chi dice isolano, dice mercante che commercia all'estero, abile a discutere e ad ingannare il cliente ed esperto come Ulisse, perfetto prototipo di isolano, Ulisse che aveva conosciuto i costumi di tanti popoli » ⁽⁹⁶⁾.

Se dunque il mercante era una figura cui ancora il Medioevo rurale e feudale guardava con malcelato sospetto, questo scarso *favor* assumeva tinte più fosche laddove la mercatura appariva connessa alle distese marine. Il mercante, infatti, era il forestiero per antonomasia. Come ha segnalato Henri Pirenne: « questo essere errante questo vagabondo del commercio dovette certamente stupire fin dall'inizio, per la stranezza della maniera di vivere, la società agricola

⁽⁹⁴⁾ CICERO, *De Republica*, II, 4.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. A. GIARDINA, *Il mercante nel mondo romano*, in *L'uomo romano*, a cura di A. Giardina, Roma-Bari, Laterza, 1989, poi in A. GIARDINA, A. GUREVIĆ, *Il mercante dall'Antichità al Medioevo*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 3-59.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. L. FEBVRE, *La Terre et l'évolution humaine. Introduction géographique à l'histoire*, Paris, Renaissance du livre, 1922, trad. it., *La terra e l'evoluzione umana*, Torino, Einaudi, 1980, pp. 239-240.

di cui urtava tutte le abitudini e in cui non vi era posto per lui »⁽⁹⁷⁾. Se questa era la singolare condizione del mercante, non è difficile immaginare che colui che allo *status* di *mercator* assommasse quello di *nauta* fosse sommamente partecipe di tale alterità.

Non sorprende, neppure, che nel contesto urbano, e in particolare nelle città portuali, operassero complessi meccanismi di emarginazione: la diffusa presenza di fondachi e quartieri destinati ai *mercatores* forestieri — talora vere e proprie città nelle città con le proprie istituzioni politiche e i propri centri di culto — era la prova migliore di questo atteggiamento fortemente esclusivo⁽⁹⁸⁾. Ma, ancora una volta il Medioevo non aveva inventato nulla. Questa particolare strategia di emarginazione, infatti, ricalcava stereotipi antichi: Platone nei *Nomoi* aveva suggerito di interdire ai forestieri l'accesso alla *polis*. I mercati, i porti, gli edifici pubblici destinati alle transazioni e alla gestione dei traffici dovevano tutti trovarsi al di fuori della cinta muraria. Dal canto suo Aristotele, che pure aveva sottolineato i grandi benefici che la *polis* poteva trarre dalla sua prossimità al mare, raccomandava l'istituzione di due *agorài*, l'una destinata esclusivamente ai cittadini e alle magistrature, l'altra aperta agli scambi e agli stranieri⁽⁹⁹⁾.

(97) Si veda in tal senso il classico H. PIRENNE, *Les villes du Moyen-Age, essai d'histoire économique et sociale*, Lamertin, Bruxelles, 1927, trad. it., *Le città del Medioevo*, Roma-Bari, Laterza, 1985, sulle ricadute giuridiche pp. 73-88 e in merito al frammento citato p. 84.

(98) La figura del mercante — e in particolare il suo statuto nella società medioevale — è stata ampiamente studiata. Quanto meno si veda, J. LE GOFF, *Mestieri leciti e illeciti nell'Occidente medioevale*, cit., nonché A. J. GUREVIČ, *Il mercante*, in *L'uomo medioevale*, a cura di J. Le Goff, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 271-317. Per una esauriente bibliografia sul tema si veda I. AIT, *Il commercio nel medioevo*, Roma, Jouvence, 2005. Sulla singolare fisionomia di fondachi, maone e colonie mercantili può essere utile partire da R. S. LOPEZ, *Storia delle colonie genovesi nel Mediterraneo*, Marietti, Genova 1996. Più in particolare sull'interfaccia tra sfera religiosa, politica ed economica che si realizzava in questi particolari contesti cfr. V. SLESSAREV, *Ecclesiae Mercatorum and the Rise of Merchant Colonies*, in « The Business History Review », XLI, 1967, 2, pp. 177-197. È fin troppo ovvio che questi gli spazi portuali e i loro annessi fossero luoghi altamente conflittuali: in una prospettiva sociologica si veda B. MOORE JR., *Ethnic and Religious Hostilities in Early Modern Port Cities*, in « International Journal of Politics, Culture and Society », XIV, 2001, 4, pp. 687-727.

(99) PLATO, *Nomoi*, XII 952e-953 e ARISTOTELES, *Politikà*, VII 1331b. In merito si vedano le puntuali considerazioni contenute in A. GIARDINA, *Il commercio romano tra utopia e realtà*, cit., pp. 206-207.

Pescatori e mercanti sono stati i protagonisti di quella che Schmitt ha efficacemente definito la *maritime Existenz*. Ma altre figure hanno contribuito a rendere più inquietanti gli spazi marini: schiumatori del mare, pirati, corsari, avventurieri dediti ad equivoci traffici marittimi. Ed è proprio in questa « temeraria specie di figli del mare » che « l'elemento marino si manifesta in maniera dirompente »⁽¹⁰⁰⁾. Il mare, è appena il caso di insistere ancora, era la negazione stessa dell'ordine tellurico, era uno spazio radicalmente 'altro'. Quale appropriazione, quale suddivisione, quale ordinato sfruttamento delle risorse erano mai possibili sulle liquide pianure talassiche? Ora, questa assenza di 'fattualità giuridica' allude ad una libertà elementare e sfrenata. Come ha avuto modo di sottolineare Geminello Preterossi, nella *lectio* schmittiana la illimitatezza del mare non investe soltanto le categorie spaziali, ma ha una latitudine assai più ampia: « Il mare può divenire strumento senza limiti, neutrale rispetto ai fini, e aperto alle imprese di rischio: scoperta, arricchimento improvviso, commercio, libertà di movimento inusitata »⁽¹⁰¹⁾. Ecco allora che i flutti, prima ancora che ai mercanti ed ai pescatori, appartenevano ai pirati, sempre ammesso che fosse davvero possibile distinguere tra queste categorie. Alla assoluta anomia dei mari corrispondeva l'atteggiamento rapace del pirata che non aveva alcun interesse ad occupare lo spazio, ma solo a deprenderlo.

Se il mare negava qualsiasi *Ordnung*, il pirata era certamente il prodotto più autentico di questa anomia. Come i flutti non conoscevano limiti, confini, sovranità, così *lèstai*, *piratae*, *praedones*, e più tardi *sea-dogs*, *guex de mer* e filibustieri erano ossessionati da un insaziabile desiderio di razzia. Ancora una volta è Odisseo il prototipo assoluto dell'uomo di mare: il suo lungo e avventuroso *nostos* alla volta di Itaca, infatti, fu inaugurato da razzie e saccheggi e lui stesso, celando la propria identità, non esita a vestire i panni dello scorridore del mare. Al porcaro Eumeo, che senza riconoscerlo, è il primo ad accoglierlo in patria, Odisseo si presenta come un pirata cretese: « Così ero in guerra, non amavo il lavoro / o il governo della casa, che cresce splendidi figli; / ma amavo sempre le navi coi remi

(100) Cfr. C. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 43.

(101) Cfr. G. PRETEROSSI, *Carl Schmitt e la tradizione tedesca*, cit., p. 158.

/ e le guerre e le aste polite e le frecce, / cose funeste che agli altri danno i brividi »⁽¹⁰²⁾. Il linguaggio poetico ha una rara potenza e, al tempo stesso, ha la capacità di svelare l'abisso che separa l'esistenza tellurica — il lavoro, la casa, la famiglia — da quella marittima — le navi, le armi, le guerre —, una differenziazione che culmina nella fiera rivendicazione dell'alterità del pirata.

Ma nel gioco di dissimulazioni che rende tanto affascinante il poema omerico non bisogna scordare che questa rivendicazione era, a sua volta, un abile espediente, un *éscamotage* diretto ad alterare la realtà. Odisseo non aveva alcuna intenzione di rendere noto il suo ritorno ad Itaca, occorreva cautela dopo tanti anni di assenza e la veste del vecchio pirata certo gli si confaceva. D'altra parte il navigante poteva assumere molteplici identità, non era legato alla concreta fissità della terra: come il mare era uno spazio liscio, indistinto, fluido, tale era anche la natura dei suoi abitatori. Sulle acque marine dominava l'apparenza e, da Odisseo in poi, era l'astuzia — la *metis* — la virtù più alta del navigante⁽¹⁰³⁾. Come attesta la storiografia, questo era tanto più vero per il pirata, in cui ogni fattore identitario risultava inevitabilmente compromesso, in cui l'appartenenza era un fatto di circostanze e, al più, un abile espediente per trarre in inganno la potenziale vittima. Per tutta l'età premoderna, ha osservato John Pryor, « there was no sharp distinction between the peaceful merchantman and the pirate on the one hand and the man of war and the corsair on the other »⁽¹⁰⁴⁾. In altri

(102) HOMERUS, *Odysseia*, XIV, 222-226, ho fatto riferimento all'edizione curata da G. A. Privitera, *Odissea*, Milano, Mondadori, 2007, pp. 421-422. In merito ad Odisseo come archetipo del pirata dell'Antichità, si veda A. MELE, *Pirateria, commercio e aristocrazia: replica a Benedetto Bravo*, in « Dialogues d'histoire ancienne », XII, 1986, pp. 67-109, ma si veda anche P. DE SOUZA, *Piracy in the Greco-Roman World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 17-22. Più attento alla dimensione strettamente nautica L. CASSON, *The Ancient Mariners. Seafarers and Sea Fighters of the Mediterranean in Ancient Times*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1991, pp. 36-46.

(103) Sul concetto di *metis* si veda M. DETIENNE, J.-P. VERNANT, *Les ruses de l'intelligence: La mêtis des Grecs*, Flammarion, 1993, trad. it., *Le astuzie dell'intelligenza nell'antica Grecia*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

(104) Cfr. J. H. PRYOR, *Geography, Technology, and War. Studies in the Maritime*

termini, ogni mercante, almeno in potenza, era un pirata ⁽¹⁰⁵⁾. Giovanni Boccaccio non aveva inventato nulla narrando del mercante amalfitano Landolfo Rufolo che, all'indomani di una bancarotta, « comperò un legnetto sottile da corseggiare [...] e diessi a far sua della roba d'ogni uomo » ⁽¹⁰⁶⁾. Quando Odisseo, idealtipo dell'uomo di mare, aveva dichiarato a Polifemo di chiamarsi Nessuno — *Oùtis emoi g'ònoma* —, certo non aveva mentito ⁽¹⁰⁷⁾.

L'antropologia talassica, dunque, consentiva finzioni, stragemmi, repentini disvelamenti inconcepibili sulla terraferma. Il pescatore non sempre era interessato al contenuto delle reti, il mercante poteva avere in mente qualcosa di diverso dalla stipula di un lucroso negozio, il 'padrone' che accettava sulla propria imbarcazione il passeggero già calcolava il prezzo del riscatto. Le fonti letterarie dell'antichità, confermano il rischio di inaspettati e drammatici disvelamenti: è quello che capitò ad Arione di Metimna, leggendario poeta e citaredo, che dopo aver guadagnato grazie alla sua arte enormi ricchezze in Italia e in Sicilia aveva voluto noleggiare una nave corinzia — all'apparenza fidentissima — per fare ritorno da Taranto in patria, a Lesbo. Erodoto, e dopo di lui Igino, Ovidio fino ad Aulo Gellio, ci hanno attestato che la scelta fu davvero pessima: una volta al largo, i marinai corinzi prima si impossessarono del tesoro di Arione poi costrinsero il poeta a gettarsi in mare. Il lieto fine del racconto — Arione è salvato da un delfino che lo porta fino a Corinto dove ha modo di smascherare i colpevoli e recuperare il suo tesoro — non riesce ad oscurare i rischi connessi alla navigazione ed alla duplicità dei marinai ⁽¹⁰⁸⁾.

History of the Mediterranean 649-1571, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 135-164, ed in particolare p. 154.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. A. UNALI, *Marina, pirati e corsari catalani nel basso medioevo*, Bologna, Cappelli, 1983, pp. 15-25.

⁽¹⁰⁶⁾ BOCCACCIO, *Decameron*, II, 4. Per una lucida riflessione sulla pirateria cristiana, cfr. F. CARDINI, *Quell'antica festa crudele*, Milano, Mondadori 1997, pp. 302-305.

⁽¹⁰⁷⁾ HOMEROS, *Odyseia*, 9, 365.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. HERODOTOS, *Istoriai*, I, 24, ma si veda anche GELLIUS, *Noctes Atticae*, XVI, 19, nonché OVIDIUS, *Fastorum libri sex*, II, 79-118 e infine HYGINUS, *Fabulae*, CXCIV. In merito al mito e alla sua diffusione si veda poi E. PIANEZZOLA, *Le parole dei pirati, schede lessicali*, in *La pirateria nell'Adriatico antico. Atti dell'Incontro di Studio, 'La pirateria nell'Adriatico antico'*. Venezia, 10 marzo 2002, a cura di L. Braccesi, Roma,

Anche le fonti archeologiche ci restituiscono un'immagine tutt'altro che serena degli spazi marini, laddove fin dai tempi di Omero era impossibile distinguere tra chi navigava in armi e chi, invece, lo faceva con intenzioni pacifiche. Nel Mediterraneo occidentale, da Giannutri alle Baleari, l'archeologia subacquea ha ampiamente accertato la diffusa presenza di armi e strumenti difensivi sui relitti di navi onerarie. In alcuni casi, come ha documentato Piero Alfredo Gianfrotta, i residui ossei trovati all'interno di elmi e corazze provano che l'affondamento non è stato dovuto a cause naturali, ma è stato il drammatico esito di un combattimento: a bordo, infatti, nessun marinaio avrebbe altrimenti tollerato l'impaccio causato dalle pesanti protezioni mentre era impegnato nelle ordinarie attività marinarie. Se poi, con Gianfrotta, si focalizza l'attenzione sul relitto di Spargi ritrovato all'arcipelago di La Maddalena in prossimità della c.d. Secca Corsara e risalente al I sec. a.C. — piuttosto noto per essere stato uno dei primi successi dell'archeologia subacquea —, sono numerosi gli indizi di un episodio di « pirateria d'occasione », o di « pirateria artigianale » secondo l'efficace definizione di Yvon Garlan ⁽¹⁰⁹⁾. Nelle strette acque dell'arcipelago sardo, la nave mercantile sarebbe stata avvicinata con cautela da quelli che dovevano apparire pacifici pescatori. La lotta doveva essere stata breve e cruenta, quindi dopo aver preda il carico, i *latrones* probabilmente avevano affondato l'imbarcazione per nascondere il misfatto. Oppure, rovesciando il ragionamento di Gianfrotta, si potrebbe ipotizzare che fosse stata la stessa nave oneraria a voler cogliere l'occasione di un facile guadagno, ma che le circostanze fossero state poi avverse al mercante divenuto pirata ⁽¹¹⁰⁾.

L'Erma di Bretschneider, 2004, pp. 11-20. In merito alla figura del pirata nella letteratura antica si veda il classico H. ORMEROD, *Piracy in the Ancient World*, John Hopkins University Press, Baltimore (MD.), 1997 — ma l'edizione originale è del 1924 — pp. 260-270.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. Y. GARLAN, *La guerre dans l'antiquité*, Paris, Fernand Nathan, 1972, trad. it., *Guerra e società nel mondo antico*, il Mulino, Bologna, 1985, p. 30.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. P. GIANFROTTA, *Commerci e pirateria: prime testimonianze archeologiche sottomarine*, in « Mélanges de l'École française de Rome: Antiquité », XCIII, 1983, 1, pp. 227-242. Il caso della nave di Spargi è richiamato poi in G. PURPURA, *Il naufragio nel diritto romano: problemi giuridiche a testimonianze archeologiche*, in « Annali dell'Università di Palermo », XLIII, 1995, pp. 463-476 e ancora in L. MONACO, *Persecutio*

Si tratta di un frammento di storia legato al Mediterraneo dell'Antichità? Non pare proprio. Se dalle familiari acque del Tirreno si passa a quelle ben più tormentate dell'Atlantico, se dall'evo antico si giunge alla prima Modernità, il mare conserva inalterato il proprio carattere anomico, restando il *locus* dell'astuzia e dell'inganno. Giuseppe Papagno, ricostruendo il contesto socio-economico e giuridico-politico in cui si svolse la conquista delle rotte africane a partire dalla fine del Quattordicesimo secolo, ricorda infatti che:

I pescatori ed i commercianti dell'Algarve dovevano confrontarsi con la pirateria musulmana, ma essi stessi erano pirati, quando le reti non davano pesci o il commercio ristagnava o, ancor più semplicemente quando si presentava un'occasione opportuna. In questo gioco delle parti entravano poi genovesi, castigliani, veneziani, ognuno di essi, secondo le condizioni contingenti, di volta in volta commerciante, pirata, contrabbandiere. La pulizia dei mari, almeno in quest'epoca, non era un vero affare per nessuno ⁽¹¹¹⁾.

Ancora una volta può essere utile fare riferimento a Schmitt: se il *nomos* ha necessità di un *topos* in cui radicarsi, se il diritto è prima di tutto misura, quale sistema di norme può mai promanare da un non-luogo qual è il mare? La risposta non può che alludere ad una radicale anomia, ad un 'dis-ordine' che si contrappone all'ordine di cui è latrice la *justissima tellus*. Solo tenendo ferma questa tensione ancestrale, frutto della dialettica tra gli elementi, è possibile misurare la negatività del pirata, la sua appartenenza ad una antropologia 'altra': il fattore talassico, certo, « si manifesta in maniera dirompente » negli « schiumatori del mare ». Terra e mare, ordine e anomia, proseguendo nel gioco di specchi allestito da Schmitt si può determinare una ulteriore opposizione: quella tra *civis* e pirata, tra colui che appartiene al consorzio umano e colui che invece intende depredare e annichilire proprio tale consorzio.

Piratarum'. I. Battaglie ambigue e svolte costituzionali nella Roma repubblicana, Napoli, Jovene, 1996, pp. 96-99.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. G. PAPAGNO, *I Portoghesi d'oro. Re, nobili, ebrei, mori, mercanti e popolo nella formazione di un impero*, Reggio Emilia, Diabasis, 2006, pp. 212-213. In merito si veda anche J. M. BELLO LEON, *Repercusiones de la Piratería Mediterránea y Atlántica en el Comercio Exterior Castellano a Finales de la Edad Media*, in *Across the Mediterranean Frontiers. Trade, Politics and Religion, 650-1450*, D. A. Agius, I. R. Netton (eds), Thurnout, Brepols, 1997, pp. 283-301 ed in particolare pp. 288-289.

Alla radicale eccentricità del mare, dunque, corrispondeva l'irriducibile antagonismo del pirata.

7. *Una questione politica: il pirata.*

Il pirata non appartiene alla Modernità. Il suo *animus furandi* allude ad una dimensione ancestrale, primigenia. Per comprendere la vera essenza della pirateria occorre fare riferimento ad un'epoca anteriore a quella in cui i grandi imperi europei si sono contesi il dominio degli oceani.

Nella prima Modernità il giusnaturalismo si era impegnato a 'formalizzare' la pirateria, a determinarne il *quid* giuridico. Lo aveva fatto attraverso un costante dialogo con i classici, sottovalutando però i mutamenti avvenuti nel frattempo. Non era soltanto la pirateria ad aver assunto caratteri del tutto inediti, era il mare stesso ad aver subito sul piano 'geo-giuridico' una drammatica mutazione⁽¹¹²⁾. Quando sulla scorta di Cicerone Alberico Gentili scriveva che « *piratae omnium mortalium hostes sunt comune* », offriva una definizione destinata a grande fortuna, ma certo dimostrava scarsa attenzione all'evoluzione storica della pirateria⁽¹¹³⁾. Ed è altrettanto significativo che il giudizio di Alciato, secondo cui « *pirata minus delinquit, quia in mari delinquit* », nonostante avesse colto un aspetto determinante della pratica piratesca moderna, quello spaziale, era destinato a restare isolato.⁽¹¹⁴⁾ In altri termini la dottrina giuridica si era limitata ad un ossequio formale delle fonti, senza tenere in considerazione lo scarto tra la pirateria antica e moderna. Come ha puntualizzato Schmitt, nell'Antichità il principio della libertà del mare « sanciva qualcosa di molto semplice: cioè che il mare costituisce una zona libera, di libera preda »⁽¹¹⁵⁾. Nella prima Modernità questo era meno vero: la libertà dei mari era prima di tutto un'opzione giuridica e una scelta strategica.

(112) Uso l'aggettivo 'geo-giuridico' nel senso in cui lo ha declinato Natalino Irti in N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 109-129, ma si veda anche ID., *Il diritto nell'età della tecnica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007, pp. 21-33.

(113) Cfr. ALBERICO GENTILI, *De Iure Belli libri tres*, Hanoviae, 1612, I, 4.

(114) Citato in C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 21.

(115) *Ibidem*.

Anche il pirata era cambiato. L'*animus furandi* si era attenuato laddove la filibusta atlantica si saldava ai giochi di potere delle potenze europee almeno quanto nel Mediterraneo la pirateria barberesca e cristiana era intrecciata alle politiche egemoniche dei principi. Se il pirata era una figura radicalmente anomica, tanto che Pufendorf — epigono di una consolidata tradizione di pensiero — non esitava a collocarlo al di fuori del consorzio umano, tale alterità tendeva a sfumare sui tavoli della *politique politicienne* ⁽¹¹⁶⁾. La politica, evidentemente informata al realismo machiavelliano, aveva superato ogni preclusione di ordine giuridico e morale e aveva finito con l'includere anche la pirateria nella panoplia a disposizione dei principi. Filibustieri, bucanieri e Fratelli della Costa erano divenuti pedine importanti dello scacchiere strategico, contribuendo a strozzare il flusso di risorse che dai *Virreinos* delle Americhe scorreva verso i forzieri dell'Impero. « Tutti questi *rochellois, guex* del mare e *bucaneers* », ha osservato Schmitt, « hanno un comune nemico politico, ossia la Spagna, la potenza mondiale cattolica. Finché mantengono un minimo di onorabilità, per principio catturano solo navi cattoliche e, in questo vedono, in tutta coscienza, un'opera pia benedetta da Dio » ⁽¹¹⁷⁾. Alla radice della moderna nozione giuridica di pirata — la stessa che sarà richiamata dal Trattato di Nyon del 1937 — vi era dunque un fraintendimento.

Occorre fare chiarezza e per comprendere, e poter così giustificare, la radicale alterità che secondo Schmitt qualificava il pirata conviene ancora una volta volgere lo sguardo all'Antichità.

Le fonti sono concordi: nel Mediterraneo, almeno fino alla campagna navale condotta da Pompeo contro la Cilicia nel 67 a.C., la pirateria era endemica. Si trattava di una pratica diffusa e pervicace, che sfruttava i vantaggi offerti dalla peculiare orografia dei

⁽¹¹⁶⁾ In merito alla qualificazione in termini etici e giuridici della pirateria ed alle diverse soluzioni elaborate da giuristi e filosofi, si veda la ricostruzione contenuta in W. G. GREWE, *The Epochs of International Law*, Berlin-New York, de Gruyter, 2000, pp. 304-312. Mi permetto altresì di rinviare al mio F. RUSCHI, *Ius predae*, cit., pp. 599-618. Più in generale sul ruolo della pirateria moderna nel sistema delle relazioni internazionali della prima Modernità cfr. J. E. THOMPSON, *Mercenaries, Pirates, Sovereigns. State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1994.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 46.

litorali: coste tormentate fatte di anfratti e ripidi promontori, ma anche abbondanza di lagune, di foci paludose e di baie rese infide dalle secche. Infine, una lunga teoria di sorgitori celati agli occhi del nemico ma accoglienti per chi è pratico della navigazione. La pirateria dell'Antichità, dunque, non era legata ad una sola delle tante regioni del Mediterraneo, né era prerogativa esclusiva di una delle molteplici genti che si affacciavano sulle sue rive: etoli, cretesi, cilici, fenici, illiri, tirreni, mauri e più tardi eruli, vandali e visigoti, sono stati solo alcuni dei protagonisti di un fenomeno che coinvolgeva tribù, gruppi etnici, talora intere popolazioni. In questi casi l'attività predatoria poteva essere condotta su una scala così ampia e con una organizzazione tanto complessa da permettere la formazione di veri e propri potentati per arrivare, infine, a costituire entità politiche territorialmente radicate. Questi 'Stati-pirata' erano spesso insediati in regioni povere, ai margini delle grandi vie di comunicazioni, come era il caso dell'Illiria, dell'Etolia e della Cilicia. In altri casi questa ibridazione era causata dal fatto che il pirata si era insediato *polis*, snaturandone la costituzione. Nel mondo greco, infatti, quella forma di radicale inimicizia che qualificava i predoni del mare, non sempre fu un ostacolo all'ascesa politica di brillanti *archipeiratès* che, è stato osservato, con le loro ciurme sembravano precorrere le vicende delle compagnie di ventura e delle *Condotte* tardo-medievali: il pirata, coinvolto nei giochi di potere della *polis*, finiva per ottenerne la signoria in virtù delle superiori capacità militari e della sua spregiudicatezza ⁽¹¹⁸⁾. Ma accanto a questa pirateria 'alta', ce ne era una destinata a restare nascosta negli interstizi della storia. Era la pirateria dei marginali: schiavi in fuga, disertori, mercenari senza paga né padrone, semplici *latrones*, in altre parole i vinti delle mille guerre dell'antichità ma anche pescatori ridotti alla fame e mercanti senza troppi scrupoli. « Il pirata, qui come sempre, » ha osservato Pierre Lévêque nella sua puntuale disamina della pirateria ellenistica « è uno sradicato che non può assicurarsi la sussistenza con un lavoro normale ed è gettato dalla necessità in una vita d'avventura e di violenza » ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. H. ORMEROD, *Piracy in the Ancient World*, cit., pp. 125-126.

⁽¹¹⁹⁾ P. LEVEQUE, *La disgregazione del 'nomos'*, in *La società ellenistica. Quadro politico*. 7. *Storia e Civiltà dei Greci*, a cura di A. Barigazzi, P. Lévêque, D. Musti, Milano,

La pirateria, destinata ad interessare l'intero bacino mediterraneo, aveva origini antiche. Come ci attesta Tucidide, la talassocrazia minoica fu duramente impegnata a lottare contro i pirati che già alla metà del III millennio infestavano l'Egeo ⁽¹²⁰⁾. Le celebri « Lettere di Amarna », circa trecento tavolette di argilla riconducibili alla prima metà del XIV secolo a.C. e contenenti la corrispondenza ufficiale di Amenhotep IV, riportano i preoccupati appelli che i funzionari provinciali rivolgevano al faraone perché intervenisse a contrastare le incursioni piratesche ⁽¹²¹⁾. E sempre dalla fertile valle del Nilo — dall'area di Tebe per la precisione — proviene un bassorilievo che, databile intorno al 1200 a.C., celebra la vittoria navale ottenuta da Ramses III contro una flotta dei 'Popoli del Mare' giunta a depredare il fertile Delta. Il reperto contiene la più antica raffigurazione di una battaglia marittima oggi a disposizione degli archeologi. Ed è senza dubbio significativo che questo antichissimo manufatto rappresenti proprio un episodio della millenaria lotta che ha opposto le popolazioni rivierasche ai predoni del mare.

Cretesi, carii, illiri, tirreni: dai loro porti salpavano le flotte che 'correvano' le coste delle mediterraneo, ricche di fiorenti città da saccheggiare non meno che di baie ospitali dove, all'occorrenza,

Bompiani, 2000, pp. 117-126, ed in particolare pp. 121-122. Sulle differenti modalità della pirateria nel mondo greco si veda poi C. FERONE, *Lesteia. Forme di predazione nell'Egeo in età classica*, Napoli, Procaccini, 1997, pp. 69-115. Circa la difficoltà di inquadrare in maniera unitaria la figura del pirata antico si veda *inter alii* Y. GARLAN, *Signification historique de la piraterie grecque*, in « Dialogues d'histoire ancienne », IV, 1978, 4, pp. 1-16, e in particolare pp. 2-5, che individua almeno cinque differenti modalità di questa pratica predatoria. Per una distinzione tra la pirateria nel bacino orientale del Mediterraneo e in quello occidentale, si veda poi L. MONACO, 'Persecutio Piratarum', cit., pp. 5-31.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. TUCYDIDES, *Historiae*, I, 4. Sulla pirateria e sulla sua incidenza sulle prassi mercantili tra Età del Bronzo ed Età del Ferro si può poi vedere M. LIVERANI, *The Influence of Political Institutions on Trade in the Ancient Near East (Late Bronze to Early Iron Age)*, in *Mercanti e politica nel mondo antico*, a cura di C. Zaccagnini, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2003, pp. 119-137.

⁽¹²¹⁾ Cfr. *Le Lettere di el-Amarna*, a cura di M. Liverani, voll. I-II, Paideia, Brescia 1998. Sulla rilevanza delle Lettere di Amarna nella genesi delle relazioni internazionali, cfr. *Amarna Diplomacy. The Beginnings of International Relations*, R. Cohen, R. Westbrook (eds), Baltimore (Md.), John Hopkins University Press, 2000. Una vivace ricostruzione della politica navale egiziana al tempo delle Lettere di Amarna è contenuta in L. CASSON, *The Ancient Mariners*, cit., pp. 30-35.

trovare un rifugio sicuro. Questa attività predatoria aveva caratteristiche peculiari, profondamente differenti dalla pirateria che si sarebbe sviluppata nell'area caraibica all'indomani della scoperta delle Americhe. Occorre accantonare, avverte Lionel Casson, l'iconografia dei *Frères de la Côte*: il pirata che predava le popolose coste del Mediterraneo esprimeva un *animus furandi* che non ammetteva facili comparazioni ⁽¹²²⁾. *Lestai*, *katapontistai*, *latrones* e *piratae* raccontano una vicenda completamente diversa ⁽¹²³⁾. Sulle coste del Mediterraneo le razzie dei predoni del mare sono un fenomeno antropologico, culturale, in ogni caso pre-politico o meglio, 'anti-politico' ⁽¹²⁴⁾. La pirateria antica era prima di tutto un mezzo per procurarsi sostentamento, non differendo in nulla da altre pratiche ancestrali quali la caccia o la pesca. Tucidide ne è un testimone affidabile:

Anticamente i Greci, e tra i barbari quelli che occupavano la costa del continente e le isole, appena cominciarono con maggior intensità a viaggiare con le navi l'uno verso il territorio dell'altro, si diedero alla pirateria sotto la guida degli uomini più potenti, che avevano lo scopo di procurare guadagno per se stessi e sostentamento per i deboli. Attaccavano città prive di mura e che consistevano di villaggi, le saccheggiavano, e da queste traevano la maggior parte dei loro mezzi di sussistenza: questa attività non aveva nulla di vergognoso, anzi recava una certa gloria. Lo dimostrano ancora oggi alcuni degli abitanti del continente, presso i quali è un onore praticarla con successo ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²²⁾ Cfr. L. CASSON, *The Ancient Marineers*, cit., p. 45.

⁽¹²³⁾ Occorre notare che nel lessico greco *lestes* può indicare tanto il pirata quanto il bandito. Circa la terminologia adottata e la sua evoluzione storica nel mondo ellenico si veda C. FERONE, *Lesteia*, cit., pp. 43-65 e P. DE SOUZA, *Piracy in the Greco-Roman World*, cit., pp. 1-14.

⁽¹²⁴⁾ Il pirata poteva sempre reprimere l'*animus furandi* e scendere a patti con la *polis*. Le monarchie dell'età ellenistica, ad esempio, non esitavano ad impiegare i pirati come mercenari. Questa 'politicizzazione', d'altra parte, era più apparente che reale. In tal senso si veda J. J. GABBERT, *Piracy in Early Hellenistic Period: A Career Open to Talents*, in «Greece & Rome», XXXIII, 1986, 2, pp. 156-163. Il pirata, poi, sapeva sfruttare al meglio l'instabilità della *polis*. Non è un caso, ad esempio, che per comprendere il fenomeno della pirateria cilicica occorre tenere presenti le guerre mitridatiche, cfr. in tal senso G. MARASCO, *Roma e la pirateria cilicia*, in «Rivista Storica Italiana», IC, 1987, 1, pp. 122-146.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. THUCYDIDES, *Historiae*, I.5.1, trad. it a cura di G. Donini, Torino, UTET, 1982, pp. 99-100.

Le annotazioni tucididee contenute nella *Archeologia* forniscono materiale significativo per una etnografia della pirateria antica: si trattava di un fenomeno pulviscolare che, frutto dell'iniziativa individuale, si collocava al di là di ogni forma politica ⁽¹²⁶⁾. Alla base delle razzie piratesche non c'era alcuna mira egemonica né la superiorità navale era funzionale ad un progetto politico. Il pirata non era spinto dall'esigenza di ampliare i confini, dall'ambizione di estendere il proprio dominio, dal desiderio di controllare i traffici mercantili. Non era la volontà di potenza a spingerlo, né la fame di gloria o di onori. Se così fosse stato, quanto meno, il pirata si sarebbe collocato entro un sistema di valori condivisi. E la determinazione di una sintassi comune, a sua volta, avrebbe potuto portare ad una qualche forma di proceduralizzazione del conflitto.

La pirateria, invece, era puro istinto predatorio, era mera volontà di saccheggio. Poco importava che, come era anche il caso del pescatore o del mercante esiodo, il pirata sia spesso costretto a prendere il largo a causa della penuria di risorse: dietro la *lesteia*, non c'è alcun dubbio, c'erano terre aride, carestie, campagne infruttifere. Una spiegazione in termini esclusivamente socioeconomici, però, non è sufficiente. Quello che piuttosto rileva è la natura primordiale — verrebbe da dire 'elementare' — della pirateria, in cui prevale sopra ogni altra considerazione l'*animus furandi*. D'altra parte, alla luce delle categorie schmittiane, il pirata non è forse la figura 'talassica' per eccellenza, il vero protagonista del mare? Nella sua natura predatoria si sublima l'anomia delle distese marine, egli è il protagonista indiscusso del conflitto tra *Land* e *Meer*. Se la terra, come ci ricorda Carl Schmitt, appartiene al contadino ed al pastore ed è lo spazio entro cui si articola il *nomos*, il luogo dove *Ordnung*

⁽¹²⁶⁾ In merito al Libro I di Tucidide si veda l'inquadramento critico proposto da Luciano Canfora in L. CANFORA, *Tucidide. L'oligarca imperfetto*, Roma, Editori Riuniti, 1988, in particolare pp. 25-29. Circa il passo citato si veda poi G. BIRAGHI, *La pirateria greca in Tucidide*, in « Acme », V, 1952, 3, pp. 471-477. Per alcune eccellenti testimonianze del carattere individualistico della pirateria è poi in J. J. GABBERT, *Piracy in Early Hellenistic Period*, cit., pp. 157-162. Un interessante *case-study* è in C. FERONE, *'Illyr.' 3 e la pirateria illirica nel IV sec. A.C.*, in « Hermes », CXXXII, 2004, 3, pp. 326-337.

e *Ortung* si saldano, il mare è soggetto ad un 'ordine negativo' di cui proprio il pirata è massima espressione ⁽¹²⁷⁾.

Al contrario dei suoi epigoni dell'Età Moderna, dunque, il pirata del Mediterraneo era profondamente *unpolitisch*. Non gli interessavano i giochi di potere, i minuetti delle cancellerie, le sottili strategie degli ammiragliati. Per dirla ancora una volta con Schmitt, il pirata era figlio del mare ed era partecipe della natura profondamente anarchica dei flutti: i suoi obbiettivi si limitavano alla razzia, al saccheggio ⁽¹²⁸⁾. La fame di bottino, per altro, doveva essere davvero inesauribile, se il lungo ritorno di Ulisse, prototipo insuperato del pirata, fu inaugurato da razzie e saccheggi. Il re di Itaca, infatti, una volta abbandonata Ilio in fiamme, benché le stive delle sue navi fossero già ricolme di ricche prede non esitò a sbarcare in Tracia per saccheggiare Ismaro, la capitale dei Ciconi, facendo strage dei suoi abitanti ⁽¹²⁹⁾.

Ancora una volta il mito è rivelatore, segnalando quali fossero gli obbiettivi privilegiati della pirateria. I predoni del mare non erano interessati alle barche dei pescatori, ben misero bottino! Anche le imbarcazioni dei mercanti non erano sempre un obiettivo pagante: era difficile coglierle di sorpresa e pertanto si rischiavano lunghi e faticosi inseguimenti. Se poi spesso erano ben difese, non vi era d'altra parte alcuna certezza sull'entità del carico ⁽¹³⁰⁾. Gli obbiettivi privilegiati delle razzie, in realtà, erano gli insediamenti costieri. ⁽¹³¹⁾ Il destino di Ismaro attendeva una lunga serie di

⁽¹²⁷⁾ In relazione alla nozione di schmittiana di "radicamento territoriale", cfr. G. PRETEROSI, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, cit., p. 167. In merito al mare come 'ordine negativo' mi permetto di rinviare al mio F. RUSCHI, *Questioni di spazio*, cit., 11-72.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 42-46.

⁽¹²⁹⁾ HOMEROS, *Odysseia*, IX, 39-52. Per un'analisi del passo si veda A. ORMEROD, *Piracy in the Ancient World*, cit., pp. 44-47.

⁽¹³⁰⁾ Sulle prove della presenza di guardie armate a bordo delle navi mercantili ancora in età repubblicana cfr. P. A. GIANFROTTA, *Commerci e pirateria*, cit., pp. 234-235. Per altro la pirateria era in grado di servirsi di informatori collocati nei porti principali, in tal senso cfr. H. ORMEROD, *Piracy in the Ancient World*, cit., p. 268.

⁽¹³¹⁾ Si tratta di una pratica che dalla protostoria giunge quanto meno alla prima modernità, in tal senso cfr. A. GAT, *War in Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 216-221. Sul mondo greco si veda Y. GARLAN, *Signification historique de la piraterie grecque*, cit., pp. 2-6, nonché C. FERONE, *Lesteia*, cit., con particolare riferimento all'appendice relativa agli attacchi pirateschi registrati dalle fonti

sfortunati villaggi e città dell'Egitto, della Siria, di Cipro, della Ionia e delle lontane coste al di là dell'Ellesponto. Ancora in età tardo-repubblicana Caieta, Misenum, Brindisium furono vittime di scorrerie piratesche. Particolarmente clamoroso fu il sacco di Ostia, che spinse il Senato ad attribuire a Pompeo poteri del tutto eccezionali per debellare una volta per tutte la pirateria ⁽¹³²⁾.

Nelle città e nei villaggi del litorale si potevano trovare gioielli e monili, spezie e tessuti, bestiame e utensili, ma, soprattutto, schiavi. In merito al rapporto tra schiavismo e pirateria William Woodthorpe Tarn, uno dei grandi innovatori degli studi ellenistici, non aveva avuto dubbi: «the pirate had a most useful place in the economy of the old world; he was the general slave merchant». Il gran mercato di schiavi di Delo si alimentava solo grazie al costante approvvigionamento di 'materia prima' assicurato dai predoni del mare ⁽¹³³⁾. Strabone aveva ben presente il rapporto tra attività piratesca e mercato schiavistico, sottolineando che nel II sec. a.C. la pirateria cilicia aveva fondato la sua fortuna proprio sulla pressante richiesta romana di manodopera servile. Sfruttando abilmente lo stato di perenne tensione tra i regni ellenistici «i pirati, facendosi passare per mercanti di schiavi, commettevano impunemente i loro

pp. 180-189. In merito alle vicende di Roma, un buon punto di partenza è rappresentato da C.G. STARR, *Coastal Defense in the Roman World*, in «The American Journal of Philology», LXIV, 1943, 1, pp. 56-70 e da L. MONACO, *Persecutio piratarum*, cit., pp. 33-71.

⁽¹³²⁾ Le fonti, da di Cicerone ad Appiano, concordano sull'ampiezza e la gravità del fenomeno, cfr. CICERO, *Pro Lege Manilia sive de imperio Cnei Pompei*, 31-33 nonché APPIANUS, *Mithridatica*, 92-94. Per un esauriente inquadramento storico cfr. P. DE SOUZA, *Piracy in the Graeco-Roman World*, cit., pp. 161-167.

⁽¹³³⁾ Cfr. W. W. TARN, *Antigonos Gonatas*, Clarendon Press, Oxford 1913, p. 88. Devo la citazione a Philip De Souza, cui rinvio per una approfondita discussione delle tesi di Tarn. In tal senso cfr. P. DE SOUZA, *Piracy in the Greco-Roman World*, cit., pp. 60-65. Sul ruolo di Delo si veda anche la testimonianza rappresentata da STRABO, *Geographiká*, XIV, 5, 2 nonché l'analisi contenuta in V. GABRIELSEN, *Piracy and the Slave Trade*, in *A Companion to the Hellenistic World*, A. Erskine (ed.), Oxford, Blackwell, 2005, pp. 389-404. Per altro il nesso tra pirateria e schiavismo è stato ampiamente scandagliato dalla storiografia, per tutti cfr. D. MUSTI, *Città ellenistiche e commercio degli schiavi*, in *Mercanti e politica nel mondo antico*, a cura di C. Zaccagnini, cit., pp. 199-215.

misfatti »⁽¹³⁴⁾. Il problema della nazionalità della infelice mercanzia tutto sommato, era secondario. Il fatto che gli schiavi fossero greci e non piuttosto barbari, era una variabile fortemente condizionata dalla situazione politica contingente.

La pirateria antica, dunque, era una radicale e ‘elementare’ forma di ostilità. All’esercito assediante la *polis* poteva indirizzare ambascerie, magari prodromiche ad una soluzione pacifica del conflitto e, perfino, ad una possibile alleanza. Il pirata, invece, non concedeva quartiere, non riconosceva alcun *temperamentum belli*, ignorava nozioni fondamentali quali quello di ostilità e di amicizia. Era l’istinto predatorio governava il predone del mare. Policrate di Samo, celeberrimo pirata della prima età Classica che terrorizzava l’intero Egeo « con cento navi a cinquanta remi e mille tiratori d’arco », usava taglieggiare e depredare indiscriminatamente amici e nemici. Secondo Erodoto l’‘archipirata’, vero campione di cinismo, si compiaceva di giustificare il suo operato sostenendo infatti che « a un amico si fa cosa più gradita restituendogli quanto gli si è tolto, che non a prendergli nulla del tutto »⁽¹³⁵⁾. Polibio, poi, ricordava come gli etoli, da sempre impegnati a scorrere il mare, usassero saccheggiare in maniera indiscriminata tanto i territori degli alleati quanto quelli dei nemici. O ancora, nel caso di una guerra che pure non li coinvolgeva, raziassero indifferentemente le coste di entrambi i rivali: « di conseguenza, per gli etoli non esisteva alcuna precisa definizione né di amicizia né di inimicizia, ma si dichiaravano prontamente avversari e in stato di guerra contro tutti coloro che si contendevano qualcosa »⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁴⁾ STRABON, *Geographikà*, XIV 5, 2, citato in P. LÉVÊQUE, *La disgregazione del ‘nomos’*, cit., pp. 121-122.

⁽¹³⁵⁾ HERODOTOS, *Istoriai*, III, 39, trad. it. a cura di L. Annibaletto, *Storie*, Milano, Mondadori, 2007, p. 511. Su Policrate di Samo come idealtipo della pirateria ellenica si veda H. A. ORMEROD, *Piracy in the Ancient World*, cit., pp. 99-107. Sui riflessi geopolitici della sua attività piratesca cfr. poi J. PAGES, *Recherches sur les Thalassocraties Antiques. L'exemple grec*, Paris, ISC-Economica, 2001, pp. 95-109.

⁽¹³⁶⁾ POLYBIUS, *Historiae*, XVIII, 5, 3, ma sullo ‘Stato-pirata’ e sulla singolare prassi bellica degli etoli si vedano tutti i primi quindici capitoli del libro XVIII, relativi al colloquio di Nicea del 197 a.C. Ho fatto riferimento alla traduzione di Alessandro Vimercati in *Storie*, Milano, Rusconi, 1987, p. 936. Per una contestualizzazione storica ricca di riferimenti alla dimensione politica ed istituzionale cfr. P. LEVEQUE, *Evoluzione e declino delle antiche forme statali in Grecia e nel mondo coloniale*, cit., pp. 39-83 e

Al di là del mancato rispetto dei protocolli diplomatici e militari, però, l'antipoliticità del pirata era connessa soprattutto alla sua incontenibile rapacità: il pirata, infatti, più che alle ricchezze della *polis*, bramava la *polis* medesima. Proprio in questo aspetto la pirateria rivelava tutta la sua natura disgregante, finalizzata unicamente alla cancellazione della comunità. Non si trattava soltanto della dimensione istituzionale o di quella economica: con la razzia piratesca era dissolta l'identità stessa della *polis* attraverso la recisione dei legami più profondi, quelli familiari. Le razzie, infatti, erano condotte secondo una precisa razionalità economica, legate alla domanda del mercato schiavistico. E le prede più ambite non erano i cittadini adulti: quale prezzo si poteva ottenere con un vecchio pescatore? E del maturo pastore, si poteva forse fare un contadino? Neppure i remi si addicevano agli schiavi. Era senza dubbio vero che tanto nella Roma imperiale quanto nella prima modernità i banchi delle galee hanno costituito una pena massacrante per delinquenti, marginali, malati di mente ma anche prigionieri di guerra e vittime di scorrerie⁽¹³⁷⁾. Ma, assai più frequentemente, i ranghi dei rematori sono stati appannaggio delle classi meno abbienti che, talora, lo hanno perfino rivendicato con orgoglio come nella Atene classica⁽¹³⁸⁾.

Le prede migliori, quelle che garantivano il miglior prezzo, erano i giovani, gli adolescenti, i bambini. Non è il caso di scom-

in particolare, pp. 60-62 e ancora ID., *La disgregazione del 'nomos'*, cit., pp. 121-122, nonché J. K. DAVIES, *Demetrio di Faro, la pirateria e le economie ellenistiche*, in *La pirateria nell'Adriatico antico*, a cura di L. Braccesi, cit., pp. 119-128. In una prospettiva diacronica e comparatistica poi Y. GARLAN, *Guerra e società nel mondo antico*, cit., p. 32.

⁽¹³⁷⁾ Rimane aperta la discussione relativa allo statuto giuridico dei marinai della flotta imperiale, e segnatamente dei rematori. In merito ad un dibattito già vivace all'epoca di Theodor Mommsen, cfr. l'accurata ricostruzione critica di Michel Reddé in M. REDDÉ, *Mare Nostrum. Les infrastructures, le dispositif et l'histoire de la marine militaire sous l'empire romain*, Roma, École française de Rome, 1986, pp. 474-486.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. P. VIDAL-NAQUET, *La tradition de l'hoplite athénien*, in *Problèmes de la guerre en Grèce ancienne*, J.-P. Vernant (ed.), Paris-Den Haag, Mouton, 1968, pp. 161-181, poi in ID., *Le Chasseur noir. Formes de pensée et société dans le monde grec*, Paris, La Découverte, 1991, trad. it., *Il cacciatore nero*, cit., pp. 103-124 e in particolare p. 104. In merito agli aspetti sociali e giuridici della mariniera ellenica si veda poi L. CASSON, *The Ancient Mariners*, cit., pp. 81-96.

dare cronisti e storiografi: già i mitografi si sono lungamente soffermati su Poseidone, insaziabile rapitore, e seduttore, di ninfe e fanciulle ⁽¹³⁹⁾. I romanzieri dell'età ellenistica, poi, amavano sviluppare intricatissime trame proprio intorno alle vicende di giovani donne rapite da crudeli pirati. Ed è sempre Odisseo, in quel capolavoro di dissimulazione che è il suo dialogo con Eumeo, a ricordare una sua spedizione predatoria — immaginaria quanto verosimile — alla volta dell'Egitto:

Al quinto giorno arrivammo in Egitto dalla bella corrente, / e nel fiume Egitto fermai le navi veloci a virare. / Allora ordinai ai fedeli compagni / di restare vicino alle navi e difenderle, / e spinsi gli esploratori ad andare in vedetta: / ma datisi alla violenza, mossi dal loro furore, / devastavano, subito, i campi bellissimi / degli uomini egizi, le donne rapivano, e i figli bambini, / uccidevano gli uomini: presto l'allarme giunse in città ⁽¹⁴⁰⁾.

Si tratta di testimonianze che, al di là della necessaria drammatizzazione letteraria, evidenziano come le razzie piratesche, per quanto prive di finalità politiche, si ispirassero ad una precisa *ratio* economica. D'altra parte il pirata finiva così per svellere la comunità stessa, spezzandone la continuità biologica. Enea che fugge da Ilio in fiamme trascinando con sé il padre Anchise e il figlioletto Ascanio rappresenta la disperata volontà di una comunità politica di preservare la propria sopravvivenza e la propria identità. Terra e mare, ordine ed anarchia, forse si può aggiungere un'ulteriore antitesi: cittadini e pirati.

La consapevolezza della radicale alterità del pirata senz'altro era diffusa: Tucidide, che pure non aveva provato alcun imbarazzo a ricordare le discutibili pratiche dei suoi progenitori, adottava tutto un altro registro per le imprese piratesche dei suoi contemporanei. Si trattava di pratiche barbare e i loro autori si collocavano ai margini della civilizzazione: un giudizio che, alla luce del lessico

⁽¹³⁹⁾ La progenie del dio del mare, d'altra parte, annoverava « 157 individuals or groups among the sons, about eleven individuals or groups among the daughters, three horses, one hippocamp [...], and one ram with a golden fleece! ». In merito si veda A. S. PEASE, *The Son of Neptune*, in « Harvard Studies in Classical Philology », LIV, 1943, pp. 69-82. e in particolare sul conteggio della numerosa discendenza di Poseidone, pp. 69-70.

⁽¹⁴⁰⁾ HOMEROS, *Odysseia*, IX, 257-265, trad. it. a cura di G. A. Privitera, cit., pp. 423-424.

giuridico e politico ellenico, appare singolarmente duro. In sostanza i pirati sono *homunculi*, individui che il mancato sviluppo culturale ha relegato in una condizione quasi di ferinità. Come è stato fatto osservare, Tucidide non provava neppure a formulare le sue considerazioni in termini di moralità o di etica politica. La ‘bestialità’ dei pirati, non a caso provenienti dalle aree più depresse e remote del mondo ellenico come la Locride, li collocava al di sotto di ogni parametro utile per formulare un tale giudizio. Né il *logos*, né tanto meno il *nomos*, fornivano strumenti adatti a restituire razionalità ad usi tanto barbarici.

La pirateria, dunque, si collocava agli antipodi della *polis* tucididea come, più tardi, della *respublica* ciceroniana. L’una era istinto predatorio, anarchia, ferinità, arretratezza. Su un piano antitetico c’era invece la città ordinata intorno ad una costituzione, fondata su un articolato sistema di relazioni pacifiche, espressione della più elevata forma di razionalità giuridica e politica, radicata in uno ‘spazio concreto’. Ed ecco allora che la repressione della pirateria si configurava come una guerra ‘politica’ nell’accezione più letterale del termine, ovvero come un conflitto per l’affermazione dei valori civili — e in definitiva della civiltà stessa — sugli istinti. Il pirata vinto e ridotto in catene non era altro che l’affermazione della *respublica* sull’*homo homini lupus*. Società civile e pirateria, in altri termini, erano concetti tra loro antagonisti, ma al tempo stesso sottilmente interdipendenti: l’identità della *polis* e la saldezza dei suoi valori costituzionali si rafforzavano in virtù della dialettica tra politica e anti-politica e, in quest’ottica, anche della contrapposizione tra *politeia* e pirateria ⁽¹⁴¹⁾.

8. *Una questione giuridica: l’hostis communis omnium.*

Se la pirateria dell’antichità si fondava su un tale radicale antagonismo, quale era il senso del *repêchage* operato dai giusnaturalisti? La pirateria moderna si collocava in un contesto politico completamente differente: le politiche egemoniche degli Stati europei, l’esistenza di spazi largamente inesplorati quali le distese ocea-

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. le lucide osservazioni contenute in Y. GARLAN, *Guerra e società nel mondo antico*, cit., p. 34.

niche della prima Modernità, un sistema economico assai meno dipendente dalla manodopera schiavistica, questi ed altri fattori ancora rappresentavano una cesura netta con il passato.

Una possibile risposta sta nel carattere stigmatizzante e profondamente discriminatorio connaturato alla nozione di pirata. Le imprese predatorie dell'*hostis humani generis*, infatti, determinavano un'ostilità condivisa da tutta la *societas humani generis*. Il *crimen pirateriae* aveva una straordinaria potenza tanto sul piano simbolico quanto su quello istituzionale, legittimando una replica generalizzata e solidale dei consociati. Se il pirata era l'archetipo del nemico dell'umanità, come confermava Johannes Loccenius forte di una consolidata tradizione di pensiero, chiunque poteva perseguire i suoi crimini: « piratica est contra ius gentium et contra humanae societatis communionem. Et itaque promeretur bellum ad omnibus; quia in eo iure laesi omnes laeso et singuli in se laedi deinceps possunt »⁽¹⁴²⁾.

Si trattava di una eversione dei principi del diritto internazionale classico, fondato sull'equilibrio di potenza, sul ricorso all'autotutela individuale, su di una pratica bellica fortemente ritualizzata. Rispetto ad un simile contesto normativo, la repressione del *crimen pirateriae* era una sorta di 'stato di eccezione'. Al contempo, però, sul piano ideologico tale repressione si configurava come uno strumento prezioso per le pratiche egemoniche del principe. L'archeologia giuridica secentesca, è inutile nascondere, non contraddice questa interpretazione. E d'altra parte questo *vulnus* non aveva riguardato soltanto gli esordi del *jus publicum Europaeum*. Anzi, come si è visto nell'età dello 'scatenamento' della tecnica la patologia si era fatta più preoccupante⁽¹⁴³⁾. Come ha osservato Danilo Zolo rileggendo lo Schmitt di *Der Begriff des Politischen*, se uno Stato conduce una guerra in nome dell'umanità, tale guerra sarà inevitabilmente indiscriminata. È infatti fin troppo facile per lo Stato « impadronirsi di un concetto universale per potersi identificare con esso a spese del nemico. » In quest'ottica « monopolizzare questo concetto nel corso di una guerra significa tentare di negare al nemico ogni qualità umana, dichiararlo *hors-la-loi*

⁽¹⁴²⁾ Cfr. LOCCENIUS, *De iure maritimo et navali libri tres*, Holmiae, 1652, I, 52, citato in W. G. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., p. 307.

⁽¹⁴³⁾ *Supra*, § 4.

e *hors-l'humanité*, in modo da poter usare nei suoi confronti metodi spietati sino all'estrema disumanità » (144).

Il pirata è stato l'archetipo di questa 'disumanizzazione'. Ed era a questa retorica che, ad esempio, andavano ascritte le accuse di pirateria mosse dai regni di Portogallo e di Castiglia ai trasgressori delle disposizioni del trattato di Alcáçovas del 1479, che nella primissima fase dell'espansione coloniale europea aveva suddiviso tra i regni iberici gli immensi spazi dell'Africa atlantica (145). O, ancora, si possono richiamare le imputazioni mosse un secolo più tardi da Madrid ai *rochellois* — figure ricorrenti in Schmitt —, i corsari ugonotti che durante la prima fase della *Conquista* avevano reso le rotte oceaniche se possibile ancora più insicure (146). Ed era sempre a questo registro che Paolo Sarpi faceva riferimento denunciando le predazioni degli uscocchi ai danni della Serenissima (147). Ancora nell'Ottocento l'espansione coloniale europea ai danni degli Stati barbareschi era avvenuta in funzione a questa retorica.

Per verificare tutte le implicazioni connesse all'interfaccia tra politiche egemoniche e pirateria, tra guerra indiscriminata e repressione delle pratiche piratesche, il confronto con l'Antico ancora una volta è imprescindibile. In primo luogo perché le formule adottate nella trattatistica moderna, in realtà, erano il frutto di un vero e proprio saccheggio delle fonti romane. Ma soprattutto, dal momento che la determinazione di tale fattispecie penalistica risaliva proprio al diritto antico, per verificare alla luce dell'interpretazione di Schmitt il carattere discriminatorio della nozione giuridica di pirata e le implicazioni connesse a tale discriminazione,.

(144) Cfr. D. ZOLO, *La profezia della guerra globale*, in C. Schmitt, *Il concetto discriminatorio di guerra*, cit., pp. V-XXXIII e in particolare p. XXII.

(145) Cfr. A. GARCIA GALLO, *Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansion portuguesa y castellana en Africa e Indias*, in « Anuario de Historia del Derecho Español », XXVII-XXVIII, 1957-1958, poi in Id., *Los Orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudio de derecho indiano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1984, cit., pp. 779-783.

(146) In merito ai *rochellois* cfr. M. DELAFOSSE, *Les corsaires protestantes a La Rochelle (1570-1577)*, « Bibliothèque de l'école des chartes », CXXI, 1963, 1, pp. 187-217. In una prospettiva più ampia si veda W. G. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 304-312.

(147) Cfr. G. DA POZZO, *Venezia e il problema degli Uscocchi: una nuova opera sarpiana*, in « Giornale storico della letteratura italiana », CXLII, 1965, 440, pp. 557-580.

L'ordinamento romano aveva avvertito la necessità di distinguere tra le diverse forme di inimicizia. In proposito Ulpiano era stato netto: « *hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipsi populo Romano* » (148). E Pomponio, ancor più *tranchant*, aveva rimarcato che « *hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri latrones aut praedones sunt* » (149). Si tratta di definizioni molto precise che scandivano in maniera rigida il *bellum publicum*, discriminando tra due archetipi agonali: da un lato gli *hostes*, dall'altro i *praedones* e i *latrones*, ovvero tutti coloro che praticavano il banditismo e, in senso più proprio, la pirateria. Come infatti ci insegna la filologia classica, il vocabolo *pirata* era tutt'altro che diffuso fino almeno a Cicerone: è significativo che ancora il provvedimento con cui nel 67 a.C fu attribuito a Pompeo l'*imperium infinitum* fosse intitolato *Lex de uno imperatore contra praedones constituendo* (150).

Rileggendo in chiave schmittiana i passi citati si possono avanzare alcune elementari considerazioni: in primo luogo la nozione di *bellum*, con i suoi protocolli diplomatici, con le sue pratiche rituali e le sue convenzioni militari aveva una caratterizzazione molto forte. Le fonti permettono di delineare un vero e proprio *ius belli*, dal carattere genuinamente 'pubblicistico' e formale (151). D'altra parte

(148) D.49.15.24 (*Ulpianus, libro primo institutionum*).

(149) D. 50,16, 118 (*Pomponius libro secundo ad Quintum Mucium*).

(150) Sulla sovrapposibilità dei termini di *latro* e *praedo* può essere utile fare riferimento a D.47.9.3 (*Ulpianus*) e agli altri esempi richiamati in D. BRAUND, *Piracy under the Principate and the Ideology of Imperial Eradication*, in *War and Society in the Roman World*, J. Rich, G. Shipley (eds), London, Routledge, 1995 pp. 195-212 e in particolare p. 196. In merito al significato dei due vocaboli e alla tarda introduzione del sostantivo greco *pirata*, si veda M. CLAVEL-LÉVÉQUE, *Brigandage et piraterie: représentations idéologiques et pratiques impérialistes au dernier siècle de la République*, in « *Dialogues d'histoire ancienne* », IV, 1978, 1, pp. 17-31. In merito ai legami tra questa legge e i testi ritrovati a Delfi e Cnido che, redatti in greco, utilizzano il termine *pirata* cfr. L. MONACO, *Persecutio piratarum*, cit., pp. 113-197.

(151) La bibliografia sul tema è particolarmente ampia e riguarda problematiche particolarmente complesse e dibattute come, ad esempio, l'origine della nozione di *bellum iustum*. In tal senso si veda quanto meno L. LORETO, *Il 'bellum iustum' e i suoi equivoci. Cicerone ed una componente della rappresentazione del Völkerrecht antico*, Napoli, Jovene, 2001. In un prospettiva 'comparatistica' cfr. Y. GARLAN, *Guerra e società nel mondo antico*, cit., pp. 17-76. Per una ricostruzione diacronica invece cfr. S. PIETROPAOLI, *Abolire o limitare la guerra? Una ricerca di filosofia del diritto internazionale*, Firenze, Polistampa, 2001.

il binomio *arma/iura* aveva profonde ramificazioni nella storia di Roma: l'intreccio tra *bellum* e *ius* si era manifestato per lo meno a partire dalle remote riforme serviane del VI sec. a.C. ed aveva avuto importanti ricadute sulle modalità organizzative della *respublica*, sulla fisionomia delle sue relazioni esterne, sul regime delle convenzioni militari, fino sullo statuto giuridico dei *captivi* e dei *redempti ab hostibus* ⁽¹⁵²⁾. La nozione stessa di *hostis*, ha ricordato Francesco Sini, indicava nella sua accezione originaria lo straniero « *qui suis legibus uteretur* ed al quale si riconosceva parità di *ius* col Popolo romano » ⁽¹⁵³⁾. Se dunque era la *respublica*, titolare del monopolio della forza, a dichiarare la guerra e a qualificare l'avversario come *hostis*, questo avveniva all'interno di una cornice normativa che includeva entrambi i contendenti.

La figura del predone, invece, si poneva al di là di una simile nozione di inimicizia. La sua naturale 'anti-politicità' impediva ogni possibile collocazione in una sintassi giuridica ordinata in funzione alla priorità concettuale della *respublica*. Tanto meno era possibile inquadrare questa ancestrale forma di ostilità in una cornice normativa. Il pirata, non vi è dubbio, non era *hostis*: le sue imprese predatorie si collocavano al di là di ogni possibile formalizzazione, la sua aggressività non consentiva alcuna ritualizzazione del conflitto. Nei suoi confronti, dunque, non valeva il *bellum publice decretum* con il suo corollario di pratiche giuridiche e al tempo stesso militari ⁽¹⁵⁴⁾. Era significativo, in tal senso, che non fosse accordato alcun trionfo nel caso di una vittoria contro i *praedones*, come aveva avuto modo di sperimentare lo stesso Pompeo all'indomani della sua fortunata campagna navale contro i pirati della Cilicia. Aulo Gellio sottolineava che nel caso di un *bellum piraticum* al comandante, con il capo adorno di una semplice corona di mirto, poteva essere

⁽¹⁵²⁾ Si veda *inter alii* V. GIUFFRÈ, 'Ius' e 'Bellum' come manifestazioni correlate della politica, in 'Guerra giusta? Le metamorfosi di un concetto antico. Seminari di storia e di diritto. III, a cura di A. Calore, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 21-30.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. F. SINI, 'Ut iustum conciperetur bellum': guerra 'giusta' e sistema giuridico-religioso romano, in 'Guerra giusta? Le metamorfosi di un concetto antico, a cura di A. Calore, cit., pp. 31-76 ed in particolare p. 48.

⁽¹⁵⁴⁾ Per un inquadramento del problema cfr. L. MONACO, 'Persecutio piratarum', cit., pp. 159-162.

concessa soltanto l'*ovatio*. Questo, infatti, era l'onore che spettava quando la guerra non fosse stata indetta ritualmente, non fosse stata combattuta contro un nemico regolare, oppure quando l'avversario fosse stato di basso rango o comunque incapace di integrare la fattispecie di *hostis*, come avveniva nel caso di schiavi rinnegati e della pirateria ⁽¹⁵⁵⁾.

La disciplina della *captivitas* subiva una torsione consistente: si trattava, come noto, di un istituto che aveva pesanti conseguenze sul piano civilistico e, in particolare, sullo statuto giuridico del soggetto. Se, infatti, il cittadino romano prigioniero in guerra era ridotto in schiavitù *iure gentium*, come puntualizzava Ulpiano, tale servitù legittima non operava nei confronti di colui che fosse stato catturato da pirati e briganti: « Et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est ». Altrettanto netto era stato Paolo, osservando che « a piratibus aut latronibus capti liberi permanent » ⁽¹⁵⁶⁾. Né, precisava ancora Ulpiano, in caso di liberazione era necessario ricorrere ai gravami del *postliminium*, uno *ius singulare* volto a far riottenere la piena capacità giuridica al *civis* che, dopo essere stato *captivus*, fosse poi riuscito a tornare fortunatamente a Roma ⁽¹⁵⁷⁾.

« Piracy », ha osservato David Braund, « did not conform to accepted rules: it was inimical to civilization in all its aspects, even civilized warfare » ⁽¹⁵⁸⁾. Se il mare era uno spazio 'altro', se i suoi irrequieti figli costituivano una singolare antropologia consacrata alla preda e al saccheggio, era inevitabile che il *bellum piraticum* si configurasse come un conflitto assoluto, radicale, insopportabile a qualsiasi *temperamentum* etico o normativo. Alla luce dei parametri della cultura giuridica e politica romana, non si può fare a sussisteva

⁽¹⁵⁵⁾ AULUS GELLIUS, *Noctes atticae*, 5. VI. 20-21.

⁽¹⁵⁶⁾ D.49.15. 19.2.

⁽¹⁵⁷⁾ D.49.15.24. In merito si veda ancora F. SINI, 'Ut iustum conciperetur bellum', cit., p. 55. Circa la condizione giuridica di colui che fosse stato catturato da *piratis aut latronibus*, si veda quanto meno A. MAFFI, *Ricerche sul 'postliminium'*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 229-235, nonché M. F. CURSI, *La struttura del 'postliminium' nella Repubblica e nel Principato*, Napoli, Jovene, 1996, pp. 136-145. Più in generale sulla *captivitas* cfr. L. D'AMATI, *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. D. BRAUND, *Piracy under the Principate and the Ideology of Imperial Eradication*, cit., p. 197.

una perfetta simmetria tra l'anomia del mare, la 'disumanità' del pirata e l'assenza di vincoli nella repressione della pirateria.

Cicerone, ricordando il caso di Attilio Regolo, era stato esplicito: nel caso di guerra « est autem ius etiam bellicum fidesque iuris iurandi saepe cum hoste servanda. Quod enim ita iuratum est, ut mens conciperet fieri oportere, id servandum est ». Con i pirati, invece, era tutt'altra faccenda, ad esempio « ut, si praedonibus pactum pro capite pretium non attuleris, nulla fraus est, ne si iuratus quidem id non feceris ». Come avrà modo di confermare anche Alberico Gentili una quindicina di secoli più tardi, la parola data era priva di valore, la violazione del giuramento era privo di sanzione: tutto era permesso nei confronti del pirata ⁽¹⁵⁹⁾. Del resto, precisava Cicerone — in un passo che non sfuggirà all'attenzione di Grozio — « pirata non est ex perduellium numero definitus, sed communis hostis omnium; cum hoc nec fides debet nec ius iurandum esse commune » ⁽¹⁶⁰⁾. Il pirata esprimeva una forma di inimicizia totale: si trattava di una ostilità che non ammetteva paragoni, irriducibile ad ogni altra categoria del lessico politico e polemologico. D'altra parte, se la consueta sintassi bellica risultava insufficiente a esprimere la contrapposizione tra *respublica* e *praedones*, occorreva ricercare nuove categorie dotate di una forza discriminante ancora maggiore. Come dimostra il testo ciceroniano, la soluzione a quella che prima di tutto era una esigenza linguistica e concettuale stava nella nozione di « communis hostis omnium », destinata ad imperituro successo venendo recuperata ed ulteriormente affinata dal giusnaturalismo secentesco. Si trattava di una forma di inimicizia 'naturale', del resto, ampiamente compatibile con quella ostilità 'elementare' che caratterizzava da sempre le inquietanti distese talassiche. Corollario della forma estrema di inimicizia che qualificava i *praedones* era la subduzione della pirateria dalla sfera militare a quella criminale. Alla luce della definitiva affermazione dell'apparato istituzionale di Roma il lessico penalistico — un universo simbolico di inusitata potenza —

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. A. GENTILI, *De Iure belli*, II, 4.

⁽¹⁶⁰⁾ CICERO, *De officiis*, III,107-108. Ma in tal senso si veda anche H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, Amstelaedami, 1720, 2.XIII.15.1. Vale la pena rileggere il passo di Cicerone alla luce delle accuse mosse Floro ai pirati della Cilicia che avrebbero cercato di impossessarsi dei mari, « rupto foedere generis humani ». In tal senso LUCIUS ANNAEUS FLORUS, *Epitomae*, I, 41.

forniva la retorica più idonea a legittimare la repressione, sovente spietata e feroce, della pirateria. In altri termini, una volta formalizzata la nozione di « *communis hostis omnium* », il ricorso al vocabolario penalistico forniva gli strumenti tecnici per rendere effettiva l'espulsione del pirata dalla società civile e, al contempo, consentiva il controllo pubblico sulla repressione. La perdita della capacità giuridica, la nullità di atti di natura personale e familiare come il matrimonio, la *cognitio extra ordinem* attraverso cui i *praedones* erano frettolosamente processati e, infine, i *summa supplicia* che li aspettavano, garantivano questo duplice obbiettivo ⁽¹⁶¹⁾.

La 'costruzione' della fattispecie — è appena il caso di puntualizzarlo — si manifestava in una cornice politica e giuridica tutt'altro che neutra. Se infatti, come ha suggerito Schmitt, il pirata era il nemico dell'umanità, la sua repressione era particolarmente idonea alle espansioni imperialistiche ⁽¹⁶²⁾. In tal senso è altamente significativo il vero e proprio terremoto istituzionale rappresentato dall'avvento del Principato a Roma. Si trattava di una dinamica istituzionale che — è lecito supporre — si ricollegava anche alla pirateria e alla questione della sua repressione. L'*imperium infinitum* concesso a Marco Antonio Cretico nel 74 a.C e poi a Pompeo nel 67 a.C., infatti, aveva fortemente destabilizzato il quadro costituzionale. Come ha autorevolmente rilevato Francesco De Martino nella sua *Storia della Costituzione romana* « il conferimento di questo *imperium infinitum* costituì una chiara violazione dei principi repubblicani tradizionali e fu quindi il primo precedente giuridico del principato, nel quale il concetto fu spinto alle sue logiche ed estreme conseguenze » ⁽¹⁶³⁾. Nessuna relazione di causalità diretta, dunque,

⁽¹⁶¹⁾ Per una disamina di questi meccanismi di espulsione cfr. B. D. SHAW, *Bandits in the Roman Empire*, in « Past and Present », CV, 1984, pp. 3-52. In merito ad un inquadramento generale della repressione criminale nell'età del Principato si veda invece B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 110-133.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di politico*, cit., p. 139. Sul concetto di impero si veda D. ZOLO, *Usi contemporanei di 'impero'*, in « Filosofia politica », XVIII, 2004, 2, pp. 183-198.

⁽¹⁶³⁾ Cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, Napoli, Jovene, 1958 in particolare vol. III, p. 136. In merito si veda anche la ricostruzione contenuta in L. MONACO, *'Persecutio piratarum'*, cit., pp. 199-237.

ma certo è che la svolta costituzionale impressa dall'*imperium infinitum* apriva ad ulteriori e più significativi sviluppi.

D'altra parte, la lotta alla pirateria si configurava come una importante occasione per legittimare il Principato. Sul piano della teologia politica, se il pirata era « *communis hostis omnium* » e se l'*imperator* era *totiusque orbis terrarum praeses e conservator*, questa interfaccia tra grandezze opposte era perfino scontata. In quest'ottica la repressione dei predoni del mare era occasione per celebrare l'autorità imperiale. Ma la dimensione ideologica connaturata alla pirateria non si manifestava solo nello 'splendore' della repressione. Se, infatti, nel caso della 'pirateria d'occasione' l'assimilazione al brigantaggio poteva essere plausibile, il sillogismo si inceppava nel caso delle forme più complesse e strutturate di pirateria ⁽¹⁶⁴⁾. E d'altra parte nonostante la progressiva formalizzazione della fattispecie criminale del *praedo* e la tipizzazione degli strumenti repressivi, la nozione giuridica di pirata manteneva pur sempre una flessibilità che poteva risultare preziosa al potere politico. Le vicende del *bellum piraticum* vittoriosamente condotto da Ottaviano all'indomani dell'assassinio di Cesare, sono in tal senso esemplari. La guerra, in realtà, rientrava piuttosto nella fattispecie del *bellum civile*, dal momento che consisteva nel definitivo regolamento di conti tra il partito pompeiano e quello cesariano. Il figlio di Pompeo, Sesto, occupata la Sicilia e armata una potente flotta, aveva condotto a cavallo tra gli anni Quaranta e gli anni Trenta una efficace politica di blocco navale delle coste italiche, garantendosi il controllo del Mediterraneo centrale. La dimensione talassica del conflitto, abbinata al fatto che gli equipaggi di Sesto Pompeo fossero largamente forniti di schiavi fuggitivi e pirati, giovava però alla propaganda di Ottaviano. L'etichetta di pirata attribuita a Pompeo, al tempo stesso era destinata a legittimare l'inasprimento della repressione nei confronti dei suoi partigiani e a fornire una forte legittimazione al potere augusteo ⁽¹⁶⁵⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ In merito alla componente ideologica della repressione cfr. M. CLAVEL-LÉVÉQUE, *Brigandage et piraterie*, cit., pp. 23-31 e ancora B. D. SHAW, *Bandits in the Roman Empire*, cit., in particolare pp. 1-32.

⁽¹⁶⁵⁾ Sui singolari caratteri della campagna navale di Sesto Pompeo, sul *bellum*

Alla luce dello slittamento di piani tra archetipi spaziali, pratiche militari e modelli istituzionali, è possibile tracciare in via del tutto provvisoria alcune considerazioni che riferite alle vicende della Roma tardo-repubblicana, possono forse valere anche per la Modernità, riacciandosi in ultimo alla polemica schmittiana nei confronti dell'Accordo di Nyon.

Il pirata era una 'non-persona' che, in quanto tale, non soltanto si collocava al di fuori della *respublica*, ma si poneva al di là della stessa *societas humani generis*. La questione di dare una corretta qualificazione della pirateria andava di pari passo con la necessità di fronteggiare questa sorta di antimateria sociale. Alla luce della intensa frizione fra la terra e il mare, tra il *civis* e il *praedo* che caratterizzava l'Antico, la risposta stava nel Principato e nella sua capacità di gestire quella singolare forma di ostilità che era il *bellum piraticum*. Non è il caso di proporre alcun determinismo storico, né di sottovalutare la presenza di altri fattori certo non meno risolutivi nell'ascesa dell'*imperator*, quali le trasformazioni del mercato e dell'economia, la crisi dell'etica pubblica, le tensioni sociali, la diffusa sfiducia nelle istituzioni politiche. Eppure, la correlazione tra l'ascesa del Principe e la repressione della pirateria era tutt'altro che occasionale. Ma si sa, « Caesar dominus et supra gramaticam ». Nel quadro della progressiva monopolizzazione della forza statale nelle sue mani, l'attribuzione al principe del compito di contrastare la pirateria, significava anche concedergli il potere di determinare chi, in concreto, fosse il pirata.

piraticum, e sulla strategia delegittimizzante di Ottaviano si veda P. DE SOUZA, *Piracy in the Greco-Roman World*, cit., pp. 185-195. Lucia Monaco, poi, ha sottolineato come nella propaganda augustea si intreccino *bellum piraticum* e *bellum servile*, cfr. L. MONACO, 'Persecutio piratarum', cit., pp. 237-246.

FRANCESCO MANCUSO

LE DROIT DES GENS COME APICE
DELLO JUS PUBLICUM EUROPAEUM?
NEMICO, GUERRA, LEGITTIMITÀ
NEL PENSIERO DI EMER DE VATTEL

1. Schmitt interprete di Vattel. — 2. *Jus in bello, jus ad bellum*. — 3. Le « Loix de la Guerre »: legittimità formale e sostanziale. — 4. Sovranità, costituzione, guerra civile.

1. *Schmitt interprete di Vattel*.

L'immagine del pensiero di Emer de Vattel come una sorta di punto culminante della riflessione filosofico-giuridica moderna sui concetti di 'guerra' e 'nemico legittimo' origina essenzialmente (sebbene non esclusivamente) dalla ricostruzione genealogico-concettuale e dottrinarica operata da Schmitt nel *Nomos der Erde* ⁽¹⁾. Per quest'ultimo Vattel, nonostante la persistenza nelle sue opere di alcuni 'luoghi comuni' della tradizione premoderna, è stato l'autore che ha portato a compimento, da un punto di vista teorico, il processo di statizzazione-pubblicizzazione della guerra, di svuotamento del potenziale discriminatorio, sostanzialistico e polemogeno dell'idea di 'guerra giusta' e dunque, attraverso l'inedita centralità della figura del 'nemico giusto', di formalizzazione giuridica degli istituti bellici. Soltanto con la pertinenza esclusiva agli Stati sovrani dello *jus ad bellum* (con conseguente esclusione delle *potestates indirectae*) è stato possibile, secondo Schmitt, pensare (e praticare) la neutralizzazione della conflittualità assoluta, distruttiva di ogni possibilità di ordine politico, tipica delle guerre civili europee di reli-

⁽¹⁾ C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, trad. it. Milano, 1991. Già in *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* del 1938 c'è un importante riferimento a Vattel. Vedi la trad. italiana *Il concetto discriminatorio di guerra*, Roma-Bari 2008, p. 63.

gione, e dunque realizzare la *Hegung des Krieges* attraverso una razionalizzazione/relativizzazione del conflitto e dei suoi scopi, che non sono più giustizia o verità assolute, ma diritti, interessi, scopi eminentemente politici (e perciò stesso limitati): la « forza di tensione e la violenza dello sforzo bellico » sono ridotte, avrebbe poi sottolineato Clausewitz, dal fatto che la guerra (politica, non di religione) non è determinata dall'obbiettivo di produrre risultati assoluti e definitivi, bensì da uno « scopo politico » che « dà la misura » (2).

La statizzazione della guerra equivale pertanto alla trasformazione del *bellum justum* in *bellum legale*, cosicché l'*hostis* non è più un nemico assoluto da eliminare, ma un nemico legittimo da combattere attraverso 'forme' condivise e mutualmente accettate che limitano l'intensità del conflitto. Lo *jus in bello* deriva quindi da una precisa sistemazione e delimitazione dello *jus ad bellum*, in base al quale la questione della legittimità della guerra viene risolta attraverso la fissazione di principi formali riguardanti lo statuto (giuridico) dei soggetti belligeranti. La *guerres en forme*, di cui per primo parlò Vattel, non è dunque utopistica esorcizzazione dell'evento bellico, elemento strutturale di quelle 'macchine da guerra' che sono i moderni Stati, bensì il tentativo di una sua limitazione e razionalizzazione (in vista del suo contenimento), ed è, come appare nella ricostruzione storico-teorica di Schmitt, esemplare di quella mediazione di 'ragione' e 'potenza', di 'universalità' e 'identità' tipicamente europea (3). Mediazione destinata a rapido declino, dal momento che, per Schmitt, il processo di civilizzazione e moderazione del fenomeno bellico sarebbe stato per sempre interrotto dalla reintroduzione kantiana della figura del nemico ingiusto, preludio della successiva, e per il giurista tedesco ben più pernicioso 'giuridificazione' liberale, universalistica e antisovranista della politica, eversiva

(2) K. VON CLAUSEWITZ, *Della guerra*, trad. it. Milano 1970, pp. 28 e 27. Si noti che Schmitt, in un saggio del 1967 (*Clausewitz als politischer Denker*), considerò la visione clausewitziana della guerra limitata all'elemento terrestre (come *Landkrieg*), e quindi necessariamente priva di strumenti concettuali capaci di afferrare il processo di tecnicizzazione/illimitatezza spaziale della guerra totale, refrattaria a ogni forma di *Hegung*, di contenimento e limitazione. Su questi temi vedi A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità*, Roma 2002, pp. 177 ss. Vedi anche C. GALLI (a cura di), *Guerra*, Roma-Bari 2004.

(3) B. DE GIOVANNI, *La filosofia e l'Europa moderna*, Bologna, 2004 pp. 161-173.

di quell'ordine concreto e spazializzato dello *jus publicum europaeum*, di cui la tradizione dello *jus gentium* è stata un essenziale riflesso dottrinario.

La rappresentazione di Schmitt del diritto interstatale moderno è stata definita una « narrazione » (4), una visione « mitologica » (5) della storia del diritto internazionale. Peraltro, lo stesso Schmitt sembra ammettere la delineazione di un 'modello' allorquando specifica che « il diritto internazionale interstatale dello *jus publicum europaeum* è soltanto una delle molte possibilità del diritto internazionale presenti nella storia del diritto » (6). Ma anche all'interno della pur dichiarata modellistica schmittiana sono presenti consapevoli deformazioni e molte elusioni, le cui ragioni sono diverse e complesse essenzialmente perché coinvolgono, come è stato efficacemente scritto, il « propellente » della teoria politico-giuridica di Schmitt. In linea generale, rileva la commistione di 'dottrina' e 'pensiero', o, per dirla con il titolo di una celebre opera del 1940, di 'posizioni' e 'concetti', che rende la prestazione teorica schmittiana difficilmente separabile dai suoi 'reagenti' polemici (7). L'obiettivo polemico della teoria del *Nomos* è citato nel sottotitolo di *Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar — Genf — Versailles*. Ma si tratta di 'posizioni', anche quella meno polemica presente nel *Nomos*, che mal si conciliano con l'elemento teorico, laddove solo si consideri la distanza tra l'apologia schmittiana della connessione tra spazio e diritto e della neutralizzazione dei rapporti interstatali operata dallo *jus publicum europaeum*, e il fatto che la dottrina imperialistica (guglielmina e poi, ancor di più, quella nazionalsocialistica) tedesca, di cui Schmitt si erse senza dubbi né successivi ripensamenti ad avvocato d'ufficio, ne rappresentò una patente e ripetuta violazione (8).

(4) G. SILVESTRINI, *Diritti naturali e diritto di uccidere. Teorie moderne della guerra fra modelli teorici e tradizioni di pensiero*, in « Filosofia politica », n. 3, 2007, p. 426.

(5) C. GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna 2008, p. 140.

(6) C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 263.

(7) C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., p. 11.

(8) Vedi, tra i molti saggi sull'argomento, H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, trad. it. Napoli 1999; M. KOSKENNIEMI, *International Law as Political Theology: How to Read Nomos der Erde?*, « Constellations », 4, 2004; J.L. VILLACANAS BERLANGA, *The Nomos of the Earth and the Scandal of Kant: Commentaries on Carl Schmitt's Book*, « The South Atlantic Quarterly », 2, 2005.

La posizione schmittiana è poi ancora più evidente e ‘partigiana’ nella lunga disamina delle teorie appartenenti al corpo dottrinario dello *jus publicum europaeum*, dove emerge, insieme ad una rara capacità letteraria di isolare e analizzare pochi ma essenziali elementi identificativi delle dottrine prese in considerazione, una tendenza ad integrare tali ‘ritratti’ con interpretazioni ‘simboliche’ e spesso strumentali. Molto è stato scritto sulle letture di Vitoria, Grozio e Gentili ⁽⁹⁾: autori variamente valutati da Schmitt più in ordine agli utilizzi ideologici che sarebbero stati operati secoli dopo, che per le effettive risultanze di un’analisi dottrinale priva di pathos e di ‘proiezioni deformanti’. Che queste caratterizzino molte pagine di Schmitt è dimostrato, tra l’altro, dalla sua identificazione in un autore come Gentili, che va di pari passo alla liquidazione della teoria di Grozio, il cui orizzonte concettuale è giudicato anacronistico, per la permanenza della figura delle guerre private e per il residuo della concezione della guerra giusta, e confuso. È con Gentili, il quale, secondo Schmitt, per primo definì modernamente la guerra come fenomeno essenzialmente pubblico (« *Bellum est publicorum armorum justa contentio* », *De jure belli*, I, II), che si inaugurò con chiarezza e consapevolezza la via alla concezione giuridica (e non teologica) della guerra e delle sue cause, centrata sui soggetti legittimati a muoverla. Tuttavia, come ha ben rilevato Peter Haggemacher, non solo su alcuni punti decisivi, secondo un’ottica schmittiana, Grozio potrebbe apparire più moderno di Gentili (si pensi al fatto che quest’ultimo tiene ferma l’idea di guerra teologico-punitiva), ma le differenze tra i due autori sono minori di quanto Schmitt vorrebbe sottolineare, perché entrambi hanno prodotto un tentativo, che nelle soluzioni proposte appare convergente, di ripensamento e ridefinizione della dottrina classica dello *jus belli* ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Tra i contributi più recenti, S. PIETROPAOLI, *Mitologie del diritto internazionale moderno. Riflessioni sull’interpretazione schmittiana della genesi dello jus publicum europaeum*, « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 37, 2008.

⁽¹⁰⁾ P. HAGGENMACHER, *Il diritto della guerra e della pace in Gentili. Considerazioni sparse di un « Groziano »*, in *Il diritto della guerra e della pace di Alberico Gentili*, Milano 1995.

L'utilizzo 'simbolico' delle costruzioni dottrinarie da parte di Schmitt è ancora più evidente nel caso di Rousseau, e soprattutto di Kant, le cui prestazioni teoriche nel primo caso sono svalutate, nel secondo alterate. Ma ciò che importa adesso rilevare è quanto fedele sia il ritratto, pur estremamente benevolo, che Schmitt ha composto della teoria di Vattel. In questo caso, la rappresentazione schmittiana è come sempre acuta sebbene non del tutto esplicita sulle ragioni della presenza di alcune opacità concettuali che appannano — come scrive — la « classica trasparenza illuministica del XVIII sec. » della dottrina vatteliana. Per Schmitt, uno degli elementi maggiormente caratterizzanti la teoria della *guerre en forme* di Vattel è il nesso da lui stabilito tra *aequalitas* (sovrana), limitazione del fenomeno bellico e fissazione del diritto alla neutralità (la quale, come vedremo, coinvolge anche le fazioni in lotta durante una guerra civile), cosicché la prima, l'*aequalitas*, « costringe tutti ad aver riguardo per tutti gli altri, a riconoscere la possibilità di una posizione neutrale e a trasformare la guerra, da cieca attività di annientamento reciproco, in misurazione regolata delle forze che termina con la realizzazione di un nuovo equilibrio » (11). L'idea che la guerra potesse essere limitata nei propri effetti distruttivi attraverso una rigida demarcazione dello *jus ad bellum* non poteva essere formulata in assenza di un'altra strategia argomentativa decisiva per Vattel: la destrutturazione, operata a partire da un rifiuto morale degli effetti perniciosi del fenomeno bellico (12), del potenziale controversistico della stessa *morale* intesa come criterio assoluto. La trovata geniale di Vattel è essenzialmente convenzionalistica, e consiste innanzitutto nella formalizzazione/legalizzazione del concetto di giustizia attraverso l'elaborazione del concetto di 'nemico legittimo' (*justus hostis*), che è ben più del rovesciamento della figura del 'nemico ingiusto': è il passaggio, come ha ben evidenziato Schmitt, da un concetto « quasi teologico » ad un concetto puramente giuridico (13).

La mutazione del concetto di nemico comporta di per sé la trasformazione dell'idea di guerra, e questa è una tesi che è utilizzata

(11) C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., pp. 200-201.

(12) S. GOYARD-FABRE, *La construction de la paix ou le travail de Sisyphe*, Paris 2003, p. 174.

(13) C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 139.

da Schmitt nella sua critica all'“imperialismo democratico” e all'ideologia della Società delle Nazioni. La giustezza di una guerra è non può essere altro che la sua legalità, e quest'ultima deriva dalla presenza, nell'agone internazionale, di soggetti (gli Stati) *esclusivamente* legittimati ad attivare l'impresa bellica. Secondo lo *jus gentium* moderno, di cui Vattel è per Schmitt una sorta di apice teorico, giusta non è più e innanzitutto la guerra, ma la figura del nemico, la cui qualificazione in quanto *justus hostis* dipende da un criterio esclusivamente formale. L'effetto principale di questa rappresentazione si concreta nella messa tra parentesi del contenuto sostanziale della giustizia, poiché la *justa causa* è intrinsecamente impregiudicabile in assenza di *superior* (stante il principio, centrale nell'opera internazionalistica di Vattel, di assoluta eguaglianza formale degli Stati sovrani): in guerra, pertanto, l'unica giustizia possibile è la ‘giustezza’ del nemico legittimo, nei confronti del quale lo scontro non potrà assumere le sembianze di un conflitto assoluto e annichilente. In assenza di formalizzazione della figura del nemico, scompare, secondo Schmitt, qualunque tentativo di limitazione della guerra: gli effetti della discriminazione dell'avversario sono una intensificazione dell'energia politica conflittualistica tale da annientare i limiti a quelle che Schmitt chiamava (con Clausewitz) le potenze « acherontiche » dell'evento bellico. Non si pensi tuttavia ad un elogio da parte di Schmitt della legalizzazione delle relazioni internazionali: la teorizzazione del *Nomos* interpreta la formalizzazione delle relazioni internazionali meno come ordine normativo, e più come ordine storico e concreto, conseguenza o semplice sanzione della assoluta, sovrana esclusività politica in un gioco di forze che presuppone il riconoscimento reciproco degli attori in conflitto.

La grande rilevanza del traguardo teorico costituito dal riconoscimento vatteliano del nesso tra guerra, sovranità e limitazione della guerra sopravanza e riduce di significato — secondo Schmitt — la permanenza nell'opera di Vattel di alcuni ‘luoghi comuni’ o ‘espediti retorici’: tra essi il principale e, secondo la chiave interpretativa di Schmitt, il più deleterio, è costituito dal ricorso, frequente in Vattel nonostante gli sforzi verso una sua neutralizzazione, al concetto di guerra giusta « nel senso della *justa causa* ». Il punto, sbrigativamente liquidato dal giurista tedesco, è invece un nodo teorico che un'interpretazione corretta del pensiero di Vattel non

può non affrontare. E ancora: nel *Droit des Gens*, oltre alla permanenza dell'idea di guerra giusta, ci sono altri e forse più rilevanti elementi problematici che complicano la geometrica figurazione schmittiana dello *jus publicum europaeum* vatteliano, suggerendo ipotesi interpretative non alternative, ma complementari a quella che si potrebbe forse ingiustamente, data la sua grande e indiscutibile esplicatività, definire la *lectio facilior* schmittiana dell'opera di Vattel: due di questi sono costituiti dalla figura del 'nemico', la quale è in effetti decisiva se Vattel, nella lettura di Schmitt, è, prima e ben più fortemente di Rousseau, il campione teorico dell'idea della guerra come relazione puramente interstatale, e dal rapporto tra guerra esterna e guerra civile, *polemos* e *stasis*. Quanto a quest'ultimo punto, una lettura appropriativa di Vattel come quella schmittiana, centrata sulla ordinalizzazione della guerra incardinata sulla sovranità statale e sulla rimozione dell'elemento sostanzialistico della giusta causa, veicola e sottintende una logica e radicale antitesi tra questa definizione-disciplinamento normativo della guerra pubblica esterna (attraverso la formalizzazione del nemico), e il fenomeno della guerra civile interna, irriducibile a qualunque regolamentazione in quanto riemersione di quello stato di natura che è insieme origine e minaccia contingente per ogni ordine politico. In altri termini, la relativizzazione e la limitazione del conflitto prodotta dalla istituzionalizzazione della guerra (esterna), comporta necessariamente un 'altro da sé' che non può non essere rappresentato dalla guerra civile, intesa anche come guerra civile europea, la quale sorge esattamente dalla dissoluzione di ogni vincolo politico, prima ancora che istituzionale, esplicandosi come il grado intensivo più elevato del conflitto, assolutizzazione dell'ostilità, squalificazione del nemico e dissociazione totale dell'ordine politico. Per Schmitt, la neutralizzazione attiva si esplica sul piano interno come nascita di un ordine politico effettivo, e sul piano esterno come reciproco riconoscimento di soggetti, gli Stati, legittimi in quanto effettivi. Su questo piano, la guerra civile è quindi estranea ad ogni idea di ordine, se non in via potenziale.

Ma è con una sorprendente mossa teorica che Vattel, curiosamente, 'istituzionalizza' e formalizza anche la guerra civile, laddove, al contrario, tiene fermo, nonostante il caratteristico sforzo di neutralizzazione del potenziale controversistico della *justa causa* sostan-

zialisticamente determinata, un forte elemento di moralizzazione *anche* nel diritto internazionale, che si cela nella eccezionale, ma prepotente, riemersione in tutta la sua pienezza discriminatoria della giusta causa nei confronti di un nemico assoluto, di un *hostis humani generis*. La figura del nemico assoluto è stata tradizionalmente incarnata dal ‘pirata’ (che è non nemico, bensì criminale) e dal ‘barbaro’ (nemico esterno, perpetuo, irriducibile). La specificità e la novità del discorso vatteliano risiedono nel fatto che per lo scrittore svizzero il nemico assoluto può essere anche ‘interno’: interno sia al sistema d’equilibrio degli Stati europei che ad un singolo organismo politico (14). Ciò che importa sottolineare non è il presupposto discorso intorno alla tirannide, che Vattel con tutta evidenza trae dalla pubblicistica ugonotta, né la riformulazione, in chiave costituzionalistica, del tema della resistenza legittima, entrambi elementi che innervano la figurazione vatteliana del nemico assoluto (interno), ma la complicazione della distinzione concettuale, essenziale per la moderna statualità, tra interno ed esterno per cui da un lato, secondo Vattel, fazioni di una guerra civile sono da considerare convenzionalmente come nazioni avverse, e quindi, di conseguenza, con tutto il necessario bagaglio di formalizzazione/limitazione proprio dei conflitti tra Stati sovrani; dall’altro, una guerra esterna può essere condotta da uno o più Stati coalizzati contro un « ennemi du genre humain », squalificato con moralistica intensità, contro il quale cadono tutti i limiti della « guerre en forme »: « Quand on a la guerre avec une Nation féroce, qui n’observe aucunes règles, qui ne sçait point donner de quartier; on peut la châtier dans la personne de ceux qui l’on saisis, (ils sont du nombre des coupables), et essayer par cette rigueur » (15).

(14) Laddove Schmitt, ripetendo l’aggettivo per ben quattro volte, afferma come corollario che non ammette eccezioni: « *Giusta nel senso del diritto internazionale europeo dell’epoca interstatale è pertanto ogni guerra interstatale che sia condotta da eserciti militarmente organizzati appartenenti a Stati riconosciuti dal diritto internazionale europeo, sul suolo europeo e secondo le regole del diritto europeo* » (corsivo dell’autore), *ivi*, p. 168.

(15) E. DE VATEL, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle, Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres 1758, riprodotto nella collana *The Classics of International Law, Carnegie Institution*, Washington 1916 (d’ora in avanti citato con l’abbreviazione DDG) III, VIII, § 139.

Ora, il movimento sistolico/diastolico della teoria vatteliana, il fatto cioè che essa veicola, contemporaneamente e su entrambi i piani, sia quello interno che quello esterno, estreme moralizzazioni e formalizzazioni altrettanto radicali, può essere spiegato, ma non adeguatamente, come semplice incoerenza; oppure è possibile, come è stato fatto recentemente con eleganza e dovizia di argomentazioni, rovesciare l'interpretazione schmittiana, e valutare la prestazione teorica vatteliana come essenzialmente organica alla tradizione giusnaturalistica. Operazione per molti versi convincente, ma che produce anche l'effetto di svalutare la non negabile portata convenzionalistica e la destinazione positivista della teoria vatteliana, vale a dire due degli elementi che più fortemente la caratterizzano⁽¹⁶⁾; oppure, infine, come ha suggerito una più risalente interpretazione della teoria di Vattel (peraltro profondamente influenzata da Schmitt), leggerla come una sorta di doppio movimento di neutralizzazione assolutistico-hobbesiana della politica esterna, e di moralizzazione illuministica e prerivoluzionaria della politica interna⁽¹⁷⁾. Si tratta della lettura di Reinhart Koselleck, che, a mio parere, illumina magistralmente i due principali e distinti vettori ideologico-concettuali presenti nel *Droit des gens*, e in particolare, analizzando la politicizzazione del concetto di 'nazione', coglie in Vattel un movimento teorico concettualmente esemplare, rispetto alla genesi dello Stato moderno, che si evidenzia come neutralizzazione spolticizzante della società e come ripoliticizzazione, attraverso il concetto di sovranità dispiegato sul piano esterno, dello Stato. Lettura, quest'ultima, indubbiamente imprescindibile per qualunque analisi dell'opera vatteliana, la quale, tuttavia, trova un limite nel non legare strettamente, come andrebbe fatto per poter cogliere la doppia strategia della criminalizzazione del nemico assoluto esterno e della formalizzazione del nemico interno, la riflessione politico-costituzionalistica e la riflessione (anacronisticamente definibile) internazionalistica di Vattel.

Paradossalmente, la lente di ingrandimento offerta da Schmitt, in alcuni suoi punti cieca, in altri deformante, in altri ancora

(16) G. SILVESTRINI, *Giustizia della guerra e disuguaglianza: Vattel, l'aggressore ingiusto e il nemico del genere umano*, in «Filosofia politica», n. 3, 2008.

(17) R. KOSELLECK, *Critica illuministica e crisi della società borghese*, trad. it. Bologna 1972.

mirabilmente capace di mettere a fuoco, coglie senz'altro la grande novità teorica originata da un autore che, pur assorbendo la quasi totalità delle sue tesi fondamentali da Wolff, le sublima con pochi ma decisivi scarti, trasformandole e arricchendole di significati nuovi. Ma soprattutto ci porta a valutare con maggiore consapevolezza non solo le novità, ma le opacità teoriche dell'opera vatteliana, le quali non sono casuali bensì significative, cioè frutto di ben determinate posizioni teoriche e politiche, e che in ogni caso sono rivelative di alcuni punti d'attrito della modernità così rilevanti da eccedere la stessa non discutibile rilevanza dottrina del pensiero dell'autore svizzero. Ed è per questo che, per addentrarsi all'interno del *Droit des gens* al fine di analizzarne le figure del 'nemico' (tra cui c'è anche, *malgré* Schmitt, quella del 'nemico assoluto' *hors l'humanité*), è importante tener conto non solo delle parole, ma anche dei silenzi, dell'autore del *Nomos der Erde*.

2. Jus in bello, jus ad bellum.

A prima vista la dottrina dello *jus in bello* dell'autore svizzero, sebbene improntata a grande realismo, prudenza e moderazione, appare come un perfezionamento dalla tradizionale dottrina groziana dei *temperamenta belli*, e non sembra essere particolarmente indirizzata verso il confinamento della guerra ai soli belligeranti poiché, contemporaneamente alla definizione dell'idea di 'nemico legittimo', Vattel estende la relazione di ostilità a tutti i soggetti coinvolti nel vincolo associativo nazionale. La sua dottrina del nemico prende le mosse dalla chiara distinzione, derivata direttamente da Wolff, tra il concetto di *inimicus* e quello di *hostis* ⁽¹⁸⁾:

(18) Merita riportare il limpido brano di Vattel: « L'Ennemi est celui avec qui on est en Guerre ouverte. Les Latins avoient un terme particulier (*hostis*) pour designer un Ennemi public, et ils le distinguoient d'un ennemi particulier (*inimicus*). Notre langue n'a qu'un même terme pour ces deux ordres de personnes, qui cependant doivent être soigneusement distinguées. L'ennemi particulier est une personne qui cherche notre mal, qui y prend plaisir: l'Ennemi public forme des prétentions contre nous, ou se refuse aux nôtres, et soutient ses droits, vrais ou prétendus, par la force des armes. Le premier n'est jamais innocent; il nourit dans son coeur l'animosité et la haine. Il est possible que l'Ennemi public ne soit point animé de ces odieux sentimens, qu'il ne désire point notre mal, et qu'il cherche seulement à soutenir ses droits », DDG, III, V, § 69. Secondo J.

imputando quest'ultimo a *tutti* i membri di una nazione in guerra, « tous les sujets de l'une [Nation] sont ennemis de tous les sujets de l'autre [...]. Les Ennemis demeurent tels, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Le lieu du séjour ne fait rien ici; les liens Politiques établissent la qualité [...]. Puisque les femmes et les enfans sont sujets de l'Etat et membres de la Nation, ils doivent être comptés au nombre des Ennemis »⁽¹⁹⁾, Vattel non pare isolare e autonomizzare i diritti della popolazione non combattente, distinguendoli dai diritti dei nemici combattenti (legittimi). Senz'altro, egli specifica che il « Sovrano », essendo il solo cui pertiene il diritto esclusivo di decidere sulla guerra, muove come « strumenti » delle proprie mani coloro che, « dando esecuzione alla sua volontà », agiscono negli affari bellici. In questo senso, il rapporto di ostilità è rousseauvianamente 'accidentale' in quanto relazione non tra uomo e uomo, ma tra sovrani (e dunque, a più bassi livelli, tra 'soldati' in quanto 'strumenti' dei sovrani). Ma poiché per Vattel esiste un rapporto rappresentativo tra 'sovrano' e 'nazione' (sino ad una vera e propria identificazione, in certi passi, tra il primo e la seconda), la relazione di ostilità non è confinata al solo teatro di scontro bellico, includendo i soli 'mezzi' (soldati, armi) per la conduzione della guerra, ma riguarda il corpo intero della nazione in conflitto: nonostante i limiti prudenziali all'azione bellica che Vattel non cessa mai di rammentare, la guerra per lo scrittore svizzero è implicitamente e

FREUND (*Il nemico nella guerra e nella pace*, trad. it. in « Behemoth », 5, 1989, p. 43) le categorie amico/nemico di Schmitt sono il frutto di una ripresa e un approfondimento della distinzione vatteliana.

(19) DDG, III, V, § 70; segue l'immediata specificazione che « on n'a pas les mêmes droits contre toute sorte d'ennemis ». Anche le *res* sono incluse nella relazione di ostilità, e i diritti su di esse sono attentamenti elencati nel *Droit des gens*. La trattazione di Vattel è sui punti sopra richiamati direttamente ricalcata su quella di Wolff: cfr. C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de Mr. de Wolff par Mr. Formey*, Amsterdam 1758, VIII, VII. M. SENELLART (*La qualification de l'ennemi chez Emer de Vattel*, « Astérian », n. 2, 2004), in un saggio che compara le letture di Vattel operate da Bluntschli e Schmitt, ha bene messo in evidenza i limiti delle regole vatteliane (non giuridiche ma prudenziali) prescriventi l'immunità dei « nemici non combattenti ». Sullo *jus in bello* vatteliano cfr. anche le interessanti osservazioni di R. KOLB, *La validité du modèle de Vattel après 1945*, testo presentato al Colloque Emer de Vattel, Neuchâtel 2008 (testo dattiloscritto). Dello stesso autore, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, Bruxelles 2003.

potenzialmente, in quanto guerra di sovrani (*i.e.* di Nazioni), guerra ‘totale’. Inoltre, ciò che in precedenti autori sembra essere un relitto premoderno, rispondente al principio *silent enim leges inter arma*, vale a dire il fattuale e non regolabile normativamente (ma solo prudenzialmente) coinvolgimento della popolazione civile in un conflitto, in Vattel acquista un significato nuovo, per la ragione che l'autore svizzero dà l'innescò ad uno dei concetti politici tra i più importanti e polemogeni della storia contemporanea, offrendo — è stato più volte ribadito — gran parte del materiale ideologico-concettuale ad un teorico della Rivoluzione come Sieyès⁽²⁰⁾. Si tratta del concetto di ‘nazione’, che, paradossalmente, rispetto all'impianto dello *jus publicum* europeo, sarà produttivo di due fenomeni congiuntamente erosivi di questa stessa tradizione: la massificazione della guerra, e la sua ideologizzazione. Peraltro, non sono infrequenti nel *Droit des gens* i codici del repubblicanesimo classico (« tout homme capable de porter les armes devenoit soldat, quand sa Nation faisoit la guerre »)⁽²¹⁾, con riferimenti a Machiavelli e al nesso tra libertà di popolo e patriottismo militare⁽²²⁾.

Nonostante i limiti e le latenze problematiche appena accennate, Vattel è essenzialmente un autore che ha come stella polare un progetto di neutralizzazione e di limitazione della guerra, non mancando di biasimare il coinvolgimento della popolazione civile in massacri e devastazioni indiscriminate: « Ce seroit une erreur éga-

(20) M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna 1999, pp. 110-111. Su questi temi mi permetto di rimandare a F. MANCUSO, *Diritto, Stato, sovranità. Il pensiero politico-giuridico di Emer de Vattel tra assolutismo e Rivoluzione*, Napoli 2002, pp. 101 ss.

(21) DDG, III, VIII, § 147.

(22) DDG, III, III, § 48. Vedi anche DDG, III, II, § 12. Senellart, citando le *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, individua una differenza fondamentale tra il ‘repubblicanesimo’ di Rousseau e il ‘sovranesimo’ di Vattel, il quale, per il fatto stesso di non riconoscere alcun combattente legittimo all'infuori delle truppe regolari di uno Stato, anche mercenarie, non prevederebbe la legittimità dell'insurrezione di un « peuple en armes ». In effetti, come è possibile notare, analizzando sia il pensiero politico-costituzionalistico di Vattel, sia la sua trattazione della rilevanza internazionalistica della guerra civile, la distanza tra Rousseau e Vattel su questo (e su altri temi) è notevolmente inferiore, al punto che molti elementi del pensiero internazionalistico di Rousseau sembrano essere stati tratti dall'opera vatteliana. Un confronto non può prescindere dalla recente edizione critica dei *Principes du droit de la guerre* e degli *Écrits sur la paix perpétuelle* di J.-J. ROUSSEAU (Paris 2008), a cura di B. Bernardi-G. Silvestrini.

lement funeste et grossière de s'imaginer que tout devoir cesse, que tout lien d'humanité soit rompu, entre deux Nations qui se font la Guerre » (23). Ed è anche per questo motivo che egli dedica due interi capitoli al trattamento dei nemici e dei loro beni, distinguendo attentamente « ce qu'on est en droit de faire, et [...] ce qui est seulement permis, ou impuni, entre Ennemis ». Indubbiamente, pur non trattandosi di una vera e propria codificazione dello *jus in bello*, che in Vattel si struttura come specie e derivato immediato dello *jus ad bellum*, la sua trattazione dei diritti dei 'nemici' è ciò nondimeno un'importante, e per certi versi innovativa definizione di 'regole generali' in equilibrio tra validità assoluta delle norme della legge naturale (che rispetto allo stato di guerra posso condannare soltanto *in foro interno*, come « Tribunal de la Conscience »), validità morale, relativa alle circostanze e impregiudicabile da terzi, di tutte le azioni che mirano ad ottenere i due scopi della guerra (giusta), che sono « venger » o « prévenir l'injure », e infine norme consuetudinarie e pattizie (24): e ciò non solo perché « il appartient à chaque Nation de juger de ce qui lui permet sa situation particulière » (25), ma anche perché, come Vattel più volte specifica, la « justice de la Guerre » è estremamente 'problematica', dipendente dalle circostanze e in ultimo dalla norma suprema della 'necessità', e pertanto non universalizzabile. Tra un diritto naturale assoluto ma ineffettuale, privo, tranne che per un caso (la legge suprema dell'autoconservazione, valida per gli uomini e per i corpi politici), di obbligatorietà esterna, e un diritto 'volontario' (cioè, una sorta di diritto naturale applicato) non pregiudicabile in assenza di riferimenti alle circostanze fattuali, si apre lo spazio ad una giuridicità positiva provvista essa stessa,

(23) DDG, III, X, § 174.

(24) Secondo A. HURRELL, il cui saggio è un'ottima sintesi del pensiero di Vattel, c'è in esso una sorta di doppio movimento teorico: « There is, therefore, a twofold movement: on one side he seeks to move from pure natural law to applied natural law; but on the other side, he wants to maintain a clear connection between the particular practices and customs of states and this applied or modified natural law », ID., *Vattel: Pluralism and Its Limits*, in I. CLARK-I.V. NEUMANN, (eds.), *Classical Theories of International Relations*, London 1996, p. 238. Vedi anche E. JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris 1998.

(25) DDG, III, VIII, § 136.

come 'forma' limitante, di una sua intrinseca eticità, minimale e non produttiva di conflitti.

Si potrebbe dire, anticipando la tesi che proverò a formulare, che più che i singoli elementi della dottrina dello *jus in bello* vatteliana, il cui contenuto è perlopiù ancora tradizionale, conta il suo essere strutturalmente collegata alla dottrina dello *jus ad bellum* attraverso un duplice dispositivo di legittimazione formale e politico-materiale, e più in generale il suo essere inclusa all'interno di un progetto, che ha una destinazione eminentemente positivista, giuridificazione delle relazioni internazionali (parallelo ad un abbozzo, prerivoluzionario, di costituzionalizzazione del potere). Solo su questa base è possibile ammettere i frequenti riferimenti di Vattel alla 'guerra giusta' non come evenienze sporadiche e contraddittorie (rispetto alla più volte conclamata esigenza di 'neutralizzare' il potenziale conflitto infinito e assoluto delle verità e delle visioni di giustizia irriducibili in lotta), ma come aspetti di una strategia a doppio senso: da un lato neutralizzare e formalizzare, tramite il diritto, quella che con Schmitt potremmo definire la 'tirannia dei valori' assoluti e le 'squalifiche' ideologiche, morali e religiose ⁽²⁶⁾; dall'altro mantenere una riserva di giudizio etico-politico da attivare in casi estremi, eccezionali, sia sul piano interno (con la sovranità inalienabile della Nazione, che fissa le sue prerogative nelle non alterabili « Leggi fondamentali »), sia sul piano esterno, con la guerra contro un « nemico dell'umanità ». Sullo sfondo c'è sì la legge naturale, ma non in quanto « contenuto normativo oggettivo » ⁽²⁷⁾, ma come stella polare che indica essenzialmente il fine minimale della autoconservazione (e del perfezionamento) degli individui e delle nazioni.

Si noti che per Vattel il « diritto delle genti volontario » è

⁽²⁶⁾ In assenza di un « Juge reconnu », « si les autres [Nations] entreprennent de [...] juger [une Nation], ils donnent atteinte à sa Liberté, ils le blessent dans ses droits les plus précieux. Et puis, chacun tirant la justice de son côté, s'attribuera tous les Droits de la Guerre, et prétendra que son Ennemi n'en a aucun, que ses hostilités sont autant de brigandages, autant d'infractions au Droit des Gens, dignes d'être punies par toutes les Nations. La décision du Droit, de la Controverse, n'en sera pas plus avancée, et la querelle en deviendra plus cruelle, plus funeste dans ses effets, plus difficile à terminer », DDG, III, XII, § 188, corsivo mio.

⁽²⁷⁾ G. SILVESTRINI, *Giustizia della guerra e disuguaglianza*, cit., p. 396.

fattualmente conforme allo « stato in cui le Nazioni si trovano nei loro rapporti reciproci ». Egli infatti parla di « perfetta eguaglianza di diritti tra le Nazioni, nell'amministrazione dei loro interessi e nella ricerca delle loro aspirazioni, senza riguardo alla intrinseca giustizia della loro Condotta, che non può essere giudicata definitivamente da altri ». Dunque, poiché le nazioni sono formalmente eguali e libere, non è il diritto naturale necessario che può, se non per riflessa esemplarità, fornire il quadro normativo che assicuri forme possibili di coesistenza pacifica e limiti all'esplicazione delle attività belliche. Per Vattel è decisivo quindi elaborare, sulla base della concreta realtà delle relazioni internazionali, una sorta di mediazione tra potenza e ragione, che si esprime come giuridicità (e intrinseca eticità) minima, contenutisticamente rispondente alla sola norma fondamentale dell'utilità ⁽²⁸⁾: siffatta giuridicità tra le nazioni si esprime essenzialmente come reciprocità.

Alle forme giuridiche, alle regole relative agli « effetti esteriori del diritto », si ricorre « per la salvezza e il vantaggio della grande Società del genere umano » ⁽²⁹⁾. Tali « regole di applicazione più sicura e agevole » veicolano una razionalità che si esprime, in quanto alta *ratio Status* mutualmente valida, come pubblicità, regolarità, prevedibilità. La messa tra parentesi della morale rispetto al diritto tra gli Stati, il tentativo di pensare un ordine interstatuale essenzialmente de-eticizzato per finalità di neutralizzazione, fanno sì che la giustizia intrinseca dell'agire delle nazioni non abbia, per Vattel, alcuna rilevanza giuridica. Quindi il campo delle relazioni giuridiche *esterne* si instaura tra gli Stati sulla base della reciprocità delle obbligazioni scaturenti esclusivamente dalla loro libertà ed eguaglianza. Ciò significa che il diritto delle genti volontario presuppone una serie di obblighi e diritti simmetrici che non possono essere

⁽²⁸⁾ Vattel specifica in molteplici luoghi delle sue opere che il concetto di utilità deve essere ben inteso come non incompatibile con ogni regola morale: « la pretesa utilità diventa funesta » per chi la ricerchi la « puissance » a danno di ogni considerazione morale e di giustizia perché origina effetti perversi di instabilità e insicurezza: « même entre Souverains, la Candeur et la Droiture se trouvent être la Politique la plus sûre ».

⁽²⁹⁾ DDG, III, XII, § 189. Un recente saggio dedicato all'idea di società internazionale in Vattel è quello di I. NAKHIMOVSKY, *Vattel's theory of the international order: Commerce and the balance of power in the Law of Nations*, in « History of European Ideas », n. 33, 2007.

attivati, dunque sanzionati, se non in presenza di una 'lesione' dell'autonomia e dell'indipendenza delle nazioni, oppure allorché sia messa in pericolo la conservazione dello Stato. Il reagente etico-politico che riattiva, potenziandolo, il concetto di guerra giusta neutralizzato dalla formalizzazione del nemico è dunque l'obbligo alla autoconservazione per gli Stati, vigente sul piano interno e sul piano esterno: mutuato analogicamente dagli individui, è un elemento centrale della teoria del diritto delle genti di Vattel, ed è definibile come il contenuto *minimo* di diritto naturale produttore di diritti *perfetti*, cioè sanzionabili. I doveri fondamentali, quasi la ragion d'essere di una nazione, consistono pertanto nella sua conservazione e nel suo perfezionamento. I doveri di autoconservazione (solidale, nei limiti in cui la solidarietà non danneggi l'autoconservazione stessa) sono anche le ragioni che sottostanno alla nascita della società civile, e si estendono dal piano individuale al piano collettivo, senza che quest'ultimo indebolisca il primo: una nazione *deve* conservare se stessa e « tutti i suoi membri »⁽³⁰⁾.

Soltanto su questa base è possibile cogliere, senza enfasi o sottovalutazioni, i molteplici riferimenti di Vattel al nemico sommaramente ingiusto, interno ed esterno, e le sue oscillazioni tra formalizzazione-neutralizzazione ed eticizzazione: il termine medio che ricomponne frammenti isolatamente presi incompatibili fra loro (e cioè un modello di sovranità sciolto da ogni vincolo, anche quello

(30) In tutto il primo capitolo del secondo libro del DDG, il nostro autore cerca di mediare le esigenze della politica con i doveri dell'umanitarismo, formulando il principio della nocività sia di una politica *assoluta*, del tutto non conforme a criteri etici minimi e rispondente soltanto ad una grezza utilità immediata, sia di una giustizia *assoluta*, la quale « ouvre la porte à tous les fureurs de l'Enthousiasme et du Fanatisme ». Chi viola i doveri imperfetti di assistenza « pecca contro l'equità », ma non commette « injure »; quest'ultima si produce quando vengono violati i diritti perfetti di una nazione o si commette una *lesione*. Ciò equivale ad affermare che nel quadro della dottrina delle genti di Vattel la giustizia si trasforma in giustizia *formale*, basata su doveri *negativi* che prescrivono di astenersi dal compiere azioni offensive verso altre nazioni. Una tesi del genere, la quale indubbiamente priva di cogenza giuridica la giustizia materiale, era già presente nella distinzione tra diritto inteso in senso *interno* (in realtà, non un vero e proprio diritto), riguardante « ciò che è giusto e buono in sé », e diritto *esterno* (« ciò che è solamente tollerato per necessità »). Il criterio dell'esteriorità è il criterio della giuridicità, e ne fonda la giuridica obbligatorietà, laddove il diritto naturale *necessario* ha vigenza soltanto sul piano del foro interno, essendo fonte di mera obbligatorietà morale.

morale, e un'idea di diritto naturale che necessariamente deve orientare il giudizio morale e politico, a scapito però della libertà e indipendenza degli Stati sovrani) ⁽³¹⁾ è, come più avanti si cercherà di specificare, costituito dalla legittimità politica, necessario vincolo politico-morale e originario fattore ordogenetico, ma soprattutto riserva di giudizio etico da attivare in casi di eccezione ⁽³²⁾.

Riassumendo: Vattel rimane senz'altro un giusnaturalista, ma del diritto naturale, dopo il prosciugamento teorico operato dal nostro, resta, come abbiamo visto, soltanto una legge imprescrittibile e sanzionabile (la cui obbligazione è perfetta, secondo il lessico vatteliano), valida allo stesso modo sia per gli individui che per i corpi politici: la norma prescrivente l'utilità, che è insieme (hobbesianamente) autoconservazione, e, in seconda istanza (wolffianamente) perfezionamento. Rousseau definirà un concetto molto vicino a quello vatteliano nell'« amour de soi », estendibile anche ai corpi politici; Locke lo aveva già analizzato come l'assoluto diritto-dovere di preservazione della società ⁽³³⁾.

Per Vattel, come è dimostrato anche dalla violenta polemica antipatrimonialistica che coinvolge lo stesso Wolff, gli Stati originano come realtà indipendenti, « persone morali » in funzione della salvaguardia del benessere e della libertà degli individui, cioè di presupposti sociali che ne sono la condizione essenziale. È però importante notare che nel momento in cui la statualità trova la sua ragion d'essere minima nell'ordine sociale (in vista però del « bonheur » collettivo), essa prende le sembianze di una totalità morale che consente agli individui di elevarsi ad un momento di superiore determinazione costituito dalla vita associata. Quindi,

⁽³¹⁾ È esattamente su questo punto che l'analisi di Koselleck, che valuta la teoria vatteliana come una subordinazione, sul piano esterno, della morale alla politica, non appare pienamente convincente, non riuscendo a spiegare le tante riemersioni del concetto di guerra sostanzialisticamente giusta. Vedi in particolare R. KOSELLECK, *Critica illuministica e crisi della società borghese*, cit., pp. 243-244.

⁽³²⁾ È particolarmente significativo il fatto che Guglielmo Ferrero, uno dei più attenti teorizzatori del concetto secolarizzato di legittimità, abbia dedicato gran parte dei suoi corsi ginevrini (al momento ancora inediti) all'analisi della dottrina del diritto delle genti settecentesco, e in particolare della figura di Vattel.

⁽³³⁾ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, trad. it. Milano 1998, XIII, § 158, p. 279.

extra rem publicam nulla salus, essendo lo Stato condizione essenziale dell'ordine sociale e strumento della società. Ma lo Stato è anche una persona morale, ed è sempre « plus considérable sans-doute qu'aucun individu. Le souverain représente sa Nation entière, il en réunit dans sa personne toute Majesté »⁽³⁴⁾. Lo Stato sovrano, persona morale, luogo di esplicazione politica della nazione, è il soggetto che agisce nella « Société des Nations »⁽³⁵⁾, con propri diritti e doveri, *superiorem non recognoscens*. La sovranità è pertanto la *dignitas* delle nazioni: « Un Nain est aussi bien un homme, qu'en Géant: Une petite République n'est pas moins un Etat souverain que le plus puissant Roïaume »⁽³⁶⁾.

La centralità dell'elemento statualistico-sovrano sta alla base del deciso rifiuto, da parte di Vattel, dell'inclusione, che ancora c'era in Grozio, delle guerre private nell'ambito concettuale della guerra: la sola guerra pensabile, e limitabile, è la guerra pubblica. Quest'ultima necessita, per poter essere formalmente legittima, di determinate procedure, senza le quali non avviene quella sublimazione della violenza in 'forza' legittima che è teoricamente elaborata con lo stesso meccanismo concettuale, agostiniano-rousseauviano, di distinzione tra un ordine statale e una banda di briganti. La legittimità formale non è però vuotezza: è, al contrario, l'attestazione che non è nemmeno concepibile una 'guerra per la guerra', cioè una guerra che non sia ordogenetica e destinata, comunque, alla pace. Una siffatta impresa bellica, in assenza di « autorità legittima », « senza formalità » e in assenza di « ragioni giustificative » anche apparenti, non sarebbe guerra, ma brigantaggio, disordine illimitato (contro il quale possono essere usati illimitatamente — perché giustamente — tutti i necessari mezzi di repressione).

Come si vedrà, la distinzione tra « brigandage » e guerra legittima non si basa *soltanto* sulla legittimazione formale del nemico; a questo piano si sovrappone, e qui l'omissione interpretativa di Schmitt è palese, anche il piano della legittimazione sostanziale della guerra, quest'ultima intesa come gioco regolato e limitato di forze,

(34) DDG, II, III, § 35.

(35) Vattel utilizza questa espressione, destinata ad avere fortuna, nei *Préliminaires* di DDG, § 13.

(36) DDG, *Préliminaires*, § 17, p. 11.

che non può prevedere, a pena di sua immediata trasformazione in impresa criminale, un'alterazione del rapporto tra mezzi e fini né può essere esplicitata come mero perseguimento di interessi materiali, pirateria, razzia. Se il fine della guerra pubblica legittimo-legale è limitato, anche i mezzi di questa guerra, concepita in senso 'agonistico', *devono*, per Vattel, essere limitati.

3. *Le « Loix de la Guerre »: legittimità formale e sostanziale.*

Le « Loix de la Guerre » sono derivazioni particolari della « Guerre en forme », vale a dire i necessari limiti e procedure che ne determinano la sua legalità, che è quindi tutt'uno con la istituzionalizzazione della guerra stessa. La guerra in forma è « une Guerre réglée, parce qu'on y observe certaines règles »⁽³⁷⁾. Fa parte delle « Loix de la Guerre » anche il « diritto di uccidere il nemico », che però è limitato dalla condizione della resa del nemico stesso (« Dès qu'un ennemi se soumet et rend les armes, on ne peut lui ôter la vie »): la violazione sistematica delle « leggi della guerra » criminalizza il combattente⁽³⁸⁾ e con lui anche un'intera Nazione, definita « feroce », allorquando « n'observe aucunes règles », e trasforma la sua impresa bellica in guerra assolutamente ingiusta (il *bellum ferinum* di cui parla anche Wolff) perché priva di 'forma'.

La norma dello *jus in bello* relativa al divieto di non uccisione dei prigionieri di guerra non è però assoluta: da un lato perché sottintende la reciprocità (che è un elemento centrale dello *jus ad bellum* vatteliano); dall'altro perché è subordinata alla norma fondamentale dell'intero edificio giusnaturalistico, secolarizzato e hartianamente 'minimo', di Vattel: la legge della « necessità » o utilità. Non è casuale che Vattel dedichi un intero paragrafo al 'caso difficile' rappresentato dall'impossibilità di preservare la vita dei prigionieri di guerra, ed è significativo che non biasimi il massacro dei combattenti francesi catturati ad Azincourt (« La plus grande nécessité peut seule justifier une exécution si terrible; et on doit plaindre le Général qui se trouve dans le cas de l'ordonner »). In linea di massima, l'approccio di Vattel ai limiti convenzionali da

⁽³⁷⁾ DDG, III, IV, § 66.

⁽³⁸⁾ DDG, III, VIII, § 139.

rispettare in guerra può essere definito — usando le parole di Michael Walzer — « utilitarismo delle situazioni eccezionali »⁽³⁹⁾, che in Vattel, come è noto, legittima anche la guerra preventiva⁽⁴⁰⁾.

Tra le « *Loix de la Guerre* » non figurano i precetti di quello che oggi verrebbe chiamato il diritto internazionale umanitario: Vattel parla di « *justes bornes* », di « *politesse* » e di « *modération* », loda le usanze di un « *siècle éclairé* », apprezza la « *maxime de justice et d'humanité* » relativa alla clemenza verso il nemico, ma non fissa in alcun modo i diritti della popolazione non combattente, affermando al contrario che la « moderazione » non è « assolutamente obbligatoria ». È certamente vero che per Vattel non sussiste alcun diritto di maltrattare, usare violenza o uccidere i nemici non combattenti che non oppongono resistenza (tra cui sono compresi le donne, i bambini, gli infermi, i malati); ma è anche vero « *qu'ils appartiennent à la Nation avec laquelle on est en guerre, et que de Nation à Nation, les droits et les prétentions affectent le Corps de la Société avec tous les membres* »⁽⁴¹⁾. Cioè, « *tous ces ennemis vaincus, ou désarmés, que l'humanité oblige d'épargner, toutes ces personnes qui appartiennent à la Nation ennemie, même les femmes et les enfants, on est en droit de les arrêter et de les faire prisonniers, soit pour les empêcher de reprendre les armes, soit dans la vue d'affaiblir l'Ennemi [...]* »⁽⁴²⁾. Vattel ammette anche la possibilità di riduzione in schiavitù dei prigionieri di guerra, ma soltanto « *dans le cas où est en droit de les tuer* »⁽⁴³⁾.

È stato notato che sussiste una asimmetria tra i diritti dei nemici combattenti e quelli della popolazione civile, la quale è inclusa

⁽³⁹⁾ M. WALZER, *Guerra giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, trad. it. Napoli 1990, pp. 301 e ss.

⁽⁴⁰⁾ Sul tema, meritevole di analisi approfondita, vedi G.M. REICHBERG, *Preventive War in Classical Just War Theory*, « *Journal of the History of International Law* », 9, 2007, pp. 25-31.

⁽⁴¹⁾ DDG, III, VIII, § 145, corsivo mio.

⁽⁴²⁾ Ivi, § 147.

⁽⁴³⁾ Ivi, § 151. Altri aspetti dello *jus in bello* vatteliano, maggiormente definiti, riguardano « *les choses appartenantes à l'Ennemi* » (DDG, III, V e soprattutto DDG, III, IX). La legittimità dei bombardamenti, delle rappresaglie, dei saccheggi dipende in ultima istanza da un duplice criterio di ragionevolezza e proporzionalità.

nell'ambito dei nemici reali ⁽⁴⁴⁾. Tale asimmetria è particolarmente evidente analizzando i principi della *guerre en forme*. Le leggi 'della guerra' sono obbligatorie; le norme prescriventi la limitazione della furia bellica (soprattutto nei confronti della popolazione civile) sono invece essenzialmente prudenziali e relative. Tuttavia, l'asimmetria si ricomponde parzialmente secondo due aspetti: la logica interna delle regole della *guerre en forme*, che concernono sì, innanzitutto, la legittimità formale, ma presumono anche la legittimità sostanziale degli atti di guerra; in secondo luogo il carattere essenzialmente repubblicano dello scritto di Vattel, che fornisce un'ulteriore dimostrazione dell'importanza della legittimità, sia sul piano della politica interna, che su quello della politica internazionale.

Lo *jus in bello*, insieme di 'regole generali', non è giustificato esclusivamente da considerazioni morali, ma morali e giuridiche insieme, le quali vanno ricollegate alla concezione della guerra come strumento « doloroso ma spesso necessario » il cui fine è « venger » o « prévenir l'injure », cioè « procurarsi con la forza una giustizia non ottenibile altrimenti ». Con questa definizione, la guerra, da esplicazione di cieca irrazionalità muta in forma di strumento giuridico sanzionatorio, che tuttavia non crea — all'interno del quadro normativo dettato dai principi della *guerre en forme* — discriminazioni penalistiche tra chi sanziona e chi è sanzionato, giacché la *causa* dell'applicazione della sanzione è sostanzialmente impregiudicabile ed è valutabile moralmente in quanto giusta o ingiusta soltanto su un piano *soggettivo*. Il fatto che la causa sia impregiudicabile dipende dall'assenza, sul piano internazionale, di un'autorità terza, e dunque dalla presenza di una pluralità di interpreti (gli Stati) formalmente eguali. Pertanto, la giustizia di una causa si trasforma in *legittimità* (formale), e le regole del diritto volontario, che Vattel cerca di individuare, sono regole minime, ma inviolabili e imprescrittibili, « applicabili con certezza » al comportamento esterno dei soggetti: sono le *forme* del diritto volontario, le quali sono, innanzitutto in quanto forme giuridiche, intrinsecamente limitative. L'idea vatteliana di eguaglianza giuridica degli Stati, in assenza di un superiore legislatore, giudice o *rector civitatis*, implica non già l'assolutizzazione della loro volontà, ma la limitazione insita nella reciprocità. In

(44) M. SENELLART, *La qualification de l'ennemi chez Emer de Vattel*, cit.

questo senso il significato del *Droit des gens* è tutt'altro che 'sovranista', se si intende la sovranità come potere illimitato, hobbesiano *ius ad omnia*, e non come personificazione, morale e giuridica, di un'associazione politica (la nazione). Come ha notato Schmitt, la situazione fondamentalmente anarchica che sanziona, sul piano internazionale, il principio *par in parem non habet jurisdictionem*, non è assolutamente « una situazione priva di diritto »⁽⁴⁵⁾.

Esiste per Vattel una sorta di doppio regime giuridico-morale, quello del diritto naturale necessario, un diritto naturale che potremmo definire weberianamente 'della convinzione', scarsamente applicabile sul piano delle relazioni tra gli Stati, teso alla realizzazione della giustizia, ma che impone un solo obbligo perfetto: quello dell'autoconservazione; e un diritto *volontario*, elaborato in nome della 'responsabilità' e della reciprocità, teso alla preservazione dal male e alla costruzione di una pace intesa come assenza di conflitto e alla moderazione della guerra (anche se non del tutto impermeabile alla moralizzazione), che sviluppa la destinazione all'autoconservazione sancita come più alta legge naturale dal diritto 'necessario'. Anche il diritto volontario è una derivazione del diritto naturale, ma non ne assorbe tutta la compattezza di contenuto e la rigidità in virtù della particolare destinazione costituita dall'ordine nella società delle nazioni. Le sue regole si basano essenzialmente sulla reciprocità (e, fattualmente, sull'equilibrio di potere)⁽⁴⁶⁾, e

(45) C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 173. Come ha notato efficacemente A. COLOMBO (*La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, Bologna 2006, p. 177) « se, in qualunque ordinamento internazionale, il primo passo verso la limitazione della guerra è la definizione di chi ha il diritto e a quali condizioni di combatterla, il diritto internazionale moderno risolse tale problema riconoscendo tale diritto a tutti gli stati e negandolo a tutti gli altri soggetti: promuovendo il massimo della non discriminazione in un senso, ma legandolo al massimo della discriminazione nell'altro ». Discriminazione che non si attua nei confronti del 'nemico', bensì del criminale, del pirata, del nemico assolutamente illegittimo. La complicazione della distinzione tra discriminazione legittima e no si evidenzia, nell'opera di Vattel, come processo di autodelegittimazione degli stessi 'nemici formalmente legittimi' a causa dei loro atti di guerra intrinsecamente illegittimi.

(46) Un elemento di debolezza del discorso vatteliano sull'eguaglianza formale degli Stati è costituito dalle effettive sperequazioni di potenza sussistenti sul piano internazionale, tali da azzerare il fattore limitativo della reciprocità/riconoscimento tra soggetti eguali. Ed è per questo che Vattel assegna tanta importanza ai trattati di alleanza

sono le sole che permettano, per Vattel, un'applicazione soddisfacente delle regole neutralizzatrici delle situazioni conflittuali. E il diritto volontario è il solo la cui efficacia sanzionatoria e dissuasiva possa essere attivata dall'innescarsi del meccanismo della reciprocità, che produce autolimitazione.

Pur fondato sul diritto naturale, il diritto volontario di Vattel segna la moderna destinazione della dottrina all'elaborazione e la definizione di un sistema di regole autonome vigenti sul piano internazionale. Esiste, per Vattel, una sorta di eticità delle forme giuridiche a tutti i livelli e delle regole convenzionali, in assenza delle quali si innesca la spirale entropica del conflitto assoluto privo di destinazione ordinativa (ed è questo un rischio a cui è esposta la stessa teoria amico/nemico di Schmitt) ⁽⁴⁷⁾. Le regole della *guerre en forme* sono le seguenti: 1) « *La Guerre en forme, quant à ses effets, doit être regardée comme juste de part et d'autre* »; 2) « *Le Droit étant réputé égal entre deux Ennemis, tout ce qui est permis à l'un, en vertu de l'état de Guerre, est aussi permis à l'autre* »; 3) « *ce Droit des Gens Volontaire, admis par nécessité et pour éviter de plus grands maux, ne donne point à celui dont les armes sont injustes, un véritable droit, capable de justifier sa conduite et de rassurer sa Conscience, mais seulement l'effet extérieur du Droit, et l'impunité parmi les hommes* ».

La reciprocità, che innerva di significato due delle tre norme base della *guerre en forme*, è un elemento teorico distintivo che richiama alla memoria il passo di un bel testo di W.B. Gallie: « Nella sua teoria internazionale i debiti di Kant [...] verso Vattel [erano] maggiori di quanto fosse disposto ad ammettere » ⁽⁴⁸⁾, sebbene in Vattel non sia espressa, ma solo presentita, quella saldatura teorica

e alle « confederazioni », le quali tuttavia sorgono *in vista* della guerra possibile, dell'equilibrio e della dissuasione, non già direttamente della pace.

⁽⁴⁷⁾ Sul punto mi permetto di rimandare a F. MANCUSO, *Guerra giusta, nemico assoluto. Ordine e conflitto in Kant e Schmitt*, in A. CATANIA-G. PRETEROSI (a cura di), *Forme della violenza, violenza della forma*, Napoli 2007.

⁽⁴⁸⁾ W.B. GALLIE, *Filosofie di pace e di guerra. Kant, Clausewitz, Marx, Engels, Tolstoj*, trad. it. Bologna 1993, p. 43. Aggiunge Gallie: « sotto diverse angolazioni, negli scritti di Montesquieu, Voltaire, Rousseau e Vattel » c'è l'esigenza « espressa per la prima volta con autorità e precisione filosofica da Kant quando scrisse che 'il problema di instaurare una costituzione civile perfetta dipende dal problema di creare un rapporto esterno tra gli Stati regolato da leggi, e non si può risolvere il primo senza risolvere il secondo' », *ivi*, p. 20.

tra « costituzione repubblicana » (non dispotica) e pace internazionale che sarà elaborata con chiarezza dal filosofo di Königsberg. Con buona pace di Schmitt, alcuni degli articoli preliminari per la pace perpetua fra gli Stati sembrano essere tratti direttamente dal *Droit des gens*: pensiamo ad esempio al sesto, dove la reciprocità, che si evidenzia nella « fiducia nella disposizione d'animo del nemico », e quindi nel riconoscimento tra nemici, è l'elemento essenziale di quella che Hegel chiamerà poi la « transitorietà » della guerra. Qui risiede anche il nesso tra legittimità formale e legittimità sostanziale degli atti bellici: la reciprocità non richiede soltanto la 'pubblicità' dell'evento bellico (la dichiarazione non è soltanto il momento inaugurale solenne della guerra, ma contiene in sé anche gli elementi — pretese, rivendicazioni, diritti e altro — necessari al ristabilimento della pace) ⁽⁴⁹⁾, ma esige anche l'astensione dall'uso di mezzi che comprometterebbero ogni possibilità di pace futura: Kant cita « l'assoldare *sicari* (*percussores*), ed avvelenatori (*venefici*), la rottura della capitolazione, l'istigazione al tradimento (*perduellio*) nello Stato al quale si fa la guerra ecc. » ⁽⁵⁰⁾. Per Vattel la « Fede delle promesse e dei trattati è la base della tranquillità delle Nazioni »: i trattati, cui dedica grande attenzione, sono la forma giuridica del rapporto fiduciario tra gli Stati (e la loro violazione, tranne che in casi di estrema necessità, attiva diritti perfetti), che si esplica anche attraverso convenzioni non scritte, violate le quali « la guerre ne finira avec quelque sûreté, que par la destruction entière de l'un des partis »: senza « foi entre ennemis », « la Guerre dégénérerait dans une licence effrénée et cruelle; ses maux n'auraient plus de bornes » ⁽⁵¹⁾. Come e prima di Kant (e di Rousseau), Vattel interpreta la legittimità degli atti bellici non soltanto in base alla legittimità

⁽⁴⁹⁾ DDG, III, IV, § 56.

⁽⁵⁰⁾ I. KANT, *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, trad. it. Roma 1989, p. 6.

⁽⁵¹⁾ DDG, III, X, § 174. In questo capitolo Vattel analizza con dovizia, distinguendone un uso lecito e un uso illecito rispetto al diritto delle genti, ma sostanzialmente e realisticamente ammettendole: la menzogna non « perfida », gli stratagemmi, l'uso delle spie, e quelle che chiama « pratiques pour séduire les gens de l'ennemi ». Rifiuta invece nettamente sia l'utilizzo dei « traditori », sia i falsi tradimenti a scopo di trappola (« intelligence double »), sia — con parole durissime — le attività che mirino ad « exciter (l)es sujets à la révolte », DDG, II, IV, § 56.

formale dell'attore, ma anche su quella della natura dell'atto: è con particolare forza che Vattel critica la tesi « si l'on a le droit d'ôter la vie, la manière est indifférente ». Non è affatto « indifferente » utilizzare « mezzi odiosi capaci di provocare la desolazione su tutta la terra » ⁽⁵²⁾: « L'Assassinat et l'Empoisonnement sont donc contraires aux Loix de la Guerre, également proscrits par la Loi Naturelle et par le Consentement des Peuples civilisés. Le Souverain qui met en usage ces moyens exécrables, doit être regardé comme l'ennemi du Genre-humain, et toutes les Nations sont appelées, pour le salut commun des hommes, à se réunir contre lui, à joindre leurs forces, pour le châtier » ⁽⁵³⁾.

Questo è il punto dove la apparente asimmetria tra *jus ad bellum* e *jus in bello*, la dipendenza del secondo dal primo, si riduce sin quasi a scomparire, giacché palesi, ripetute violazioni dei principi fondamentali dello *jus in bello* compromettono lo stesso *jus ad bellum* (in questo caso la guerra si ritrasforma in sanzione penale discriminatoria). Ed è questo il reagente che attua il secondo registro della strategia teorico-politica vatteliana, dalla cui struttura l'interpretazione di Schmitt rimane (a mio parere consapevolmente) estranea, fermandosi invece all'apprezzamento dell'apparente 'sovranismo' di Vattel: si tratta della connessione di legittimità (formale e sostanziale), sovranità, e modalità dell'impresa bellica. La necessità di una legittimazione anche solo formale degli atti bellici è essenziale perché il conflitto armato, l'esercizio della violenza, possa essere qualificato giuridicamente come atto di guerra (in questo caso legittima in quanto legale). La legittimazione formale genera l'identificazione (necessaria al reciproco riconoscimento) degli attori della

⁽⁵²⁾ DDG, III, VIII, § 154.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*. Nelle *Questions de droit naturel et observations sur le traité du droit de la nature de M. le Baron de Wolf*, Berne 1762, in C. WOLFF, *Gesammelte Werke. Materialien und Dokumente*, Band 61, Hildesheim 2000, Vattel rimprovera a Wolff, che aveva ammesso la liceità dell'utilizzo delle armi avvelenate, non solo l'errore di ignorare le conseguenze delle azioni da lui concepite « abstractivement », giacché « la guerra diverrebbe atroce, il male non avrebbe più limiti, ed essa sarebbe capace di distruggere il genere umano », ma anche il « dovere dell'uomo di moderare i furori della guerra ». Le fortissime critiche a Wolff sulla questione delle armi avvelenate sono presenti anche in DDG, *Préface*, pp. XVI-XVII, (« Cette décision m'à révolté, et je suis mortifié de la trouver dans l'Ouvrage d'un si grand homme »).

guerra. Ma tale legittimazione formale può essere, come si vedrà poco più avanti, insufficiente, allorquando la guerra è scatenata per mera depredazione. Pertanto, l'atto in sé può essere valutato come legittimo o illegittimo a seconda dei suoi fini e dei suoi effetti: un atto di guerra non necessario alla salvaguardia della nazione, e che sia meramente un'impresa predatoria, è assolutamente illegittimo, e squalifica come illegittimi anche i soggetti della guerra formalmente legittimi.

Che il livello sostanziale della legittimazione sia legato a quello formale, rappresentandone quasi l'inveramento, è dimostrato anche dalla analisi di Vattel della pirateria, e dalla sua distinzione dalla guerra corsara (formalmente legittima in base alla « concessione » del sovrano). In effetti, poiché non esiste per Vattel una legittimazione sostanziale possibile degli atti di depredazione, la « Commissione », cioè la loro legittimazione formale, può sì assicurare l'impunità ai corsari secondo le usanze di guerra (« Une Commission de leur Prince ou de l'Amiral, peut seule les assurer, s'ils sont pris, d'être traités comme des prisonniers, faits dans une Guerre en forme ») ⁽⁵⁴⁾, ma « non può lavare la loro infamia ». In un solo caso la guerra corsara è « scusabile » ed è allorquando « assistent de cette manière une Nation, dont la Cause est indubitabliment juste, qui n'a pris les armes que pour se garantir de l'oppression » ⁽⁵⁵⁾.

Quanto al primo livello della legittimità degli atti di guerra, c'è un passaggio estremamente significativo dove Vattel parla dei 'pretesti', che sono il grado minimale sufficiente per una legittimazione formale della guerra: « I pretesti sono almeno un omaggio che gli ingiusti rendono alla Giustizia » ⁽⁵⁶⁾. Il punto precede un passo dove Vattel scrive: « la guerra è un flagello così terribile che può essere autorizzata soltanto dalla giustizia, unita alla necessità ». Questa affermazione, nonostante appaia essere una riproposizione del tema della *justa causa*, non è altro che la riaffermazione del principio

⁽⁵⁴⁾ DDG, II, XV, § 226. Sulla pirateria, con cenni alla dottrina vatteliana, cfr. A.P. RUBIN, *The Law of Piracy*, Irvington-on-Hudson NY 1998². Vedi anche J.E. THOMSON, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton NJ 1994, ed E. DI RIENZO, *Il diritto delle armi. Guerra e politica nell'Europa moderna*, Milano 2005.

⁽⁵⁵⁾ DDG, III, XV, § 229.

⁽⁵⁶⁾ DDG, III, III, § 32.

secondo cui la norma suprema della necessità è la *sola* che autorizzi lo scatenamento della guerra. Il fatto stesso che per Vattel una causa pretestuosa sia sufficiente a legittimare *formalmente* una guerra svuota di significato qualunque riferimento alla giustizia sostanziale, già eroso dalla irrimediabile autocomprensione soggettiva di ciò che è *necessario*, e dunque *giusto*, per una nazione. E tuttavia la guerra non *deve*, per Vattel, essere vettore di irrazionalità cieca, non solo perché tale nichilismo bellico sarebbe incompatibile con l'orientamento della 'società' degli Stati alla autoconservazione, ma anche perché la necessità di una legittimazione anche solo pretestuosa è una sorta di (seppur debolissimo) ponte comunicativo tra i soggetti in conflitto, del tutto assente allorquando il conflitto è 'troppo pieno', cioè tra verità sostanzialisticamente fondate, oppure privo di senso, privo di scopi politici, come la guerra mossa da coloro « qui semblent se nourrir de fureurs de la Guerre, qui la portent de tous côtés sans raisons ni prétextes, et même sans autre motif que leur férocité » (definiti da Vattel « Monstres, indignes du nom d'hommes », « Ennemis du Genre-humain ») ⁽⁵⁷⁾. In questi casi la guerra non veicola alcuna comunicazione né alcun riconoscimento reciproco: essa è pura e nichilistica distruzione che non ha altro fine che l'annientamento e la depredazione. È questa la ragione per cui i « perturbateurs de la Paix » sono definiti « Héros monstrueux ». « fléaux de la Terre », « cruels ennemis du Genre humain ». La guerra è per Vattel un « male » cui dover ricorrere solo in casi di necessità estrema: « Elle trouble le Commerce, elle détruit la subsistance des hommes, elle fait hausser le prix des choses le plus nécessaires, elle répand de justes allarmes et oblige toutes les Nations à se mettre sur leurs garde, à se tenir armées » ⁽⁵⁸⁾. La rottura immotivata della pace colpisce anche le nazioni non direttamente interessate dalla guerra, autorizzandole a « reprimere » e « punire » congiuntamente i « perturbatori della pace ». Le lontane prefigurazioni delle operazioni di polizia internazionale da parte di Vattel, spesso presenti nel *Droit des gens* e passate sotto silenzio nell'interpretazione schmittiana ⁽⁵⁹⁾, non formulano una definizione

⁽⁵⁷⁾ DDG, III, III, § 34.

⁽⁵⁸⁾ DDG, IV, I, § 5.

⁽⁵⁹⁾ Ad esempio, la « Nation des *Usbecks* est coupable de tous les brigandages des

di criteri secondo i quali, a causa delle sue ripetute e piratesche violazioni della pace, una nazione debba essere inclusa nell'ambito dei nemici del genere umano. Anche in questo caso si ripropone, e questa è una rilevante aporia del discorso di Vattel, il problema del *quis judicabit?*. Chi stabilisce che gli atti di guerra di una nazione nemica sono 'pirateschi', e dunque illegittimi? La risposta sembra andare nel senso del *consensus omnium*, vale a dire nel parere unanime e nella comune qualificazione, da parte dell'intera società internazionale e non di un singolo Stato, della figura del nemico assolutamente illegittimo. Per Vattel, inoltre, una singola, sporadica rottura della pace non costituisce fattispecie di quello che sarà definito 'crimine contro la pace'; violazioni ripetute della pace, invece, sì. Queste rientrano nell'ambito delle guerre « informes et illégitimes ». Una guerra siffatta, « entreprise sans aucun droit, sans sujet même apparent, [...] ne peut produire aucun effet légitime, ni donner aucun droit à celui qui en est l'Auteur »: diventa, come avrebbe scritto Schmitt (senza riferimento a Vattel, che nel suo modello sembra estraneo a questo concetto), « crimine della guerra »⁽⁶⁰⁾.

Il riferimento di Vattel al 'nemico assoluto' possiede una valenza universalistica, e non segna alcuna linea di demarcazione tra 'civiltà europea' e 'barbarie extraeuropea'. A riprova, due elementi: il primo è costituito dal fatto che secondo Vattel un « crudele nemico del genere umano » può essere, ed è stato, anche europeo⁽⁶¹⁾; in secondo luogo, il fatto che la stessa sua posizione sui popoli *sauvages*, che spesso è stata letta, giustamente, come una legittimazione

individus qui la composent »; e più avanti, « Toutes les Nations ont droit de se liguier » per reprimere e trattare come nemico comune del genere umano queste 'nazioni briganti' (si noti l'assonanza con recente categoria di *Rogue state*). E ancora: « Les Nations Chrêtiennes ne seroient pas moins fondées à se réunir contre les Républiques Barbaresques, pour détruire ces repaires d'écumeurs de mer, chez qui l'amour du pillage, ou la crainte d'un juste châtement sont les seules règles de la paix ou de la guerre », DDG, II, VI, § 77. Gli stati barbareschi, benché effettivi, sono nemici illegittimi perché i loro atti di ostilità sono atti criminali di pirateria. La definizione ciceroniana del nemico (« Hostis est, qui habet rempublicam, curiam, aerari, consensum et concordiam civium et rationem aliquam, si res ita tulerit, et pacis et belli »), pienamente recepita da Vattel, non esclude la trasformazione del nemico in criminale.

⁽⁶⁰⁾ C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 337.

⁽⁶¹⁾ Cfr. ad es. DDG, IV, I, § 5.

del colonialismo dall'impronta fisiocratica e dalle ascendenze lockeane per il suo essere centrata sull'obbligo della società umana di coltivare la terra ⁽⁶²⁾, non veicola, ciò nonostante, discriminazioni à la Sepùlveda: senz'altro Vattel richiama esempi di popoli che, alla maniera degli antichi Germani e dei Tartari, abitano lande fertili, ma ne disdegnano la coltivazione. Ma non è per questo che tali popoli meriterebbero di « essere sterminati come bestie feroci e nocive », bensì per le loro usanze piratesche, *outlaw*: « Ces Peuples [...] aiment mieux vivre de rapines, se manquent à eux mêmes, font injure à tous leurs voisins » ⁽⁶³⁾. Il lavoro, e soltanto il lavoro diventa per Vattel il titolo di legittimità dell'occupazione delle *terrae nullius* ⁽⁶⁴⁾. Non è affatto casuale che lo scrittore svizzero non solo biasimi la privazione dei diritti e la sopraffazione delle popolazioni indigene, ma contesti le giustificazioni della conquista basate sull'affermazione — meramente esornativa dell'attuazione di una brutale politica di potenza — della superiorità dei valori dei popoli europei, o sugli scopi benefici delle « missioni » di civilizzazione e di evangelizzazione ⁽⁶⁵⁾.

In conclusione: la forza deve essere esercitata anche attraverso modalità che ne prevedano una sua limitazione. Non è quindi rilevante soltanto il *chi* muove una guerra legittima, ma anche il *come* dell'esplicazione delle attività belliche, che prevede innanzitutto determinate procedure di 'pubblicizzazione' e dichiarazione dell'atto di guerra, e in secondo luogo, e ciò è forse più importante, ben precisi limiti nella sua conduzione, anche quando la guerra sia pienamente legittima ⁽⁶⁶⁾: in sé, la guerra, per Vattel non è un crimine, quando è legale; diventa crimine quando non è legalmente mossa, e quando viene condotta con mezzi eccedenti il fine, che per

(62) Cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Vol. 3, Roma-Bari 2001, pp. 483 ss.

(63) DDG, I, VII, § 81.

(64) DDG, I, XVIII, § 209.

(65) Si legga ad esempio questo passo (DDG, II, I, § 7, p. 262): « Ces ambitieux Européens, qui attaquoient les Nations Américaines [si noti l'utilizzo del termine 'nazione'] et les soumettoient à leur avide Domination, pour les civiliser, disoient-ils, et pour les faire instruire dans la véritable Religion; ces Usurpateurs, dis-je, se fondoient sur un prétexte également injuste et ridicule ».

(66) DDG, III, III, § 43.

Vattel è *sempre* limitato. In questo caso, la guerra, « entreprise sans aucun droit, sans sujet même apparent », e che è quindi « informe et illégitime », attiva il meccanismo della reciprocità: « La Nation attaquée par des ennemis de cette sorte, *n'est point obligée d'observer envers eux les règles prescrites dans la Guerre en forme; elle peut les traiter comme des brigands*. La Ville de Genève échappée à la fameuse *Escalade*, fit pendre les prisonniers qu'elle avoit faits sur les Savoyards, comme des voleurs, qui étoient venus l'attaquer sans sujet et sans Déclaration de Guerre. Elle ne fut point blâmée d'une action, qui seroit détestée dans une Guerre en forme » (67). Il passaggio è di grande rilevanza giacché non ribadisce la classica distinzione/opposizione formale tra atti di guerra (legittimi) e atti di pirateria (criminali), ma attesta che anche un nemico legittimo (in questo caso, i Savoia) può trasformarsi, per effetto dell'illegittimità delle sue operazioni belliche, in nemico 'illegittimo', ossia in 'criminale'. Nemico assoluto, che, appunto, in quanto assoluto, non è neanche più un nemico: è un'alterità totale da annientare con tutti i mezzi, anche quelli che in una guerra in forma sarebbero illegittimi. Al di fuori del recinto regolato della guerra in forma, limitata dagli 'specchi' della reciprocità, esiste soltanto la guerra assoluta, la guerra giusta contro un nemico *injustissimus*. La guerra giusta, pertanto, permane nella costruzione dottrinarica vatteliana, ma come latenza, come caso d'eccezione che si attiva con la lesione della legalità e della legittimità etico-politica.

4. *Sovranità, costituzione, guerra civile.*

Abbiamo precedentemente visto come per Vattel la sovranità statale, sul piano esterno, non possa essere concepita come mera 'illimitatezza', in quanto intrinsecamente destinata ad essere produttiva di ordine, sicurezza e 'perfezionamento' delle nazioni, sia singolarmente considerate, sia all'interno della società internazionale. Ciò è esplicito sul piano del diritto pubblico interno, la cui trattazione da parte di Vattel è essenziale per una migliore comprensione della sua dottrina internazionalistica. In un passo del *Droit des gens* dedicato alla negazione dell'alienabilità della sovranità, Vattel af-

(67) DDG, III, IV, § 68.

ferma che la Nazione si forma come « corpo della società » per scopi conservativi ed eudemonistici; in vista di questi, essa stabilisce un'autorità « pubblica » e « affida » l'autorità a un « Principe » (68). Il passo è importante almeno per due ragioni: sia perché indica che la 'qualità' politica è già posseduta dal corpo sociale della nazione e non è alienata, ma trasferita, « affidata » ad un soggetto politico; sia perché sottintende il fatto che l'affidamento dell'autorità non è né definitivo, né impregiudicabile. È su questo piano che Vattel introduce il discorso sul carattere rappresentativo del sovrano, il quale « représente la Nation » e « agit en son nom » (69). Questa è, come è stato notato (70), un'immediata traduzione del tema hobbesiano (71), priva tuttavia del carattere di definitività del trasferimento

(68) DDG, I, V, § 69, p. 70. « le Prince n'agit pas par un droit qui lui soit propre, à parler exactement, et dont il puisse faire tel usage qu'il lui plaira; mais seulement en vertu d'une administration, qui a lui été confiée » E. DE VATTEL, *Questions de droit naturel*, cit., p. 345, corsivo mio. E inoltre: « nous avons dit que la Souveraineté est cette Autorité publique, qui commande dans la Société Civile, qui ordonne et dirige ce que chacun doit faire pour en atteindre le but. Cette Autorité appartient originairement et essentiellement au Corps même de la Société, auquel chaque membre s'est soumis et a cédé les droits, qu' il tenoit de la Nature, de se conduire en toutes choses suivant ses lumières, par sa propre volonté, et de se faire justice lui-même. Mais le Corps de la Société ne retient pas toujours à soi cette Autorité souveraine: Souvent il prend le parti de la confier à un Sénat, ou à une seule personne. Ce Sénat, ou cette personne est alors le Souverain », DDG, I, IV, § 38, p. 39, secondo corsivo mio. In Vattel vi è un senso logicamente gradualistico della costruzione dell'ordine politico sociale, per cui gli individui formano la società-nazione, e quest'ultima, a sua volta, dà forma al potere politico (si noti che questo è un 'dare forma' necessitato, e quindi in qualche modo cronologicamente contemporaneo alla autocostituzione della società). Nasce così lo Stato, che è insieme nazione e sovrano. È vero che lo Stato sovrano è la condizione necessaria della giuridicità, quindi anche della rilevanza giuridica della nazione come corpo collettivo, e tuttavia esso promana necessariamente da quest'ultima.

(69) DDG, I, XI, § 121, p. 112.

(70) H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin 1990², p. 393.

(71) « Come l'aristocrazia, così anche la *monarchia* deriva dalla potestà del *popolo*, che trasferisce il suo *diritto*, cioè il *potere* supremo, ad un *solo uomo*. Anche a questo riguardo si deve pensare che sia proposto un *uomo*, distinto da tutti gli altri per fama, o per un altro tratto, e che gli venga trasferito a maggioranza di voti ogni diritto del *popolo*, così che l'eletto possa legittimamente fare tutto quello che il *popolo* poteva fare prima di eleggerlo. Ciò fatto, il *popolo* non è più una *persona* unica, ma una moltitudine dispersa, perché era una persona unica solo in virtù del *potere supremo*, che ormai ha trasferito in quell'uomo », T. HOBBS, *De cive*, trad. it. Milano 1993³, VII, § 11, p. 150.

di potere: difatti, mentre in Hobbes, il popolo « cessa di essere una *persona* non appena compiuto tale atto » (72), in Vattel il popolo, o la nazione, mantiene una *riserva tacita* (73) attivabile in caso di violazione delle leggi fondamentali, le quali identificano il corpo sociale e ne sanciscono la ‘necessaria’ destinazione autoconservativa: la volontà generale di Vattel, dopo l’affidamento del potere al governo, si fissa in uno stato di passività che può essere interrotto, riattivandosi politicamente, solo in caso di eccezione, cioè di rottura del patto sociale (74): qualora avvenga la scissione del contratto tra « Principe » e società, « tutti i Cittadini, o almeno la grande maggioranza, avvertono la necessità di correre ai rimedi, agiscono di comune accordo, e si attua la *rivoluzione, senza grandi pericoli per lo Stato* » (75). Le leggi fondamentali rappresentano il piano dove si attua la mediazione — potenzialmente alterabile — tra nazione e potere politico rappresentativo, e in virtù di ciò costituiscono una sorta di banco di prova della legittimità sostanziale del potere politico, cioè della conciliazione prodotta tra libertà originaria e autorità politica, ma anche la fissazione della latente potenzialità costituente della nazione. Che il piano della legittimità politica sia intrecciato con la struttura della società internazionale è dimostrato anche dalla sua interazione con il concetto di ‘effettività’, che alcuni autori, da Grewe a Piovani, hanno attestato essere stato definito, tra i primi, proprio da Vattel. Il concetto di effettività, ossia il tema dell’autorità di fatto costituita, è decisivo per molte questioni ricorrenti nel *Droit des gens*, dall’occupazione dei territori sino alla guerra

(72) *Ibidem*, § 12.

(73) E. DE VATTEL, *Questions de droit naturel*, cit., p. 322.

(74) Con le parole di Schmitt, la nazione (il popolo) « anche se solo in pochi momenti decisivi esso ha e manifesta in modo riconoscibile una volontà che decide, è pur sempre capace e pronto ad una simile volontà e può dire sì o no alle questioni fondamentali della sua esistenza politica. La forza così come la debolezza del popolo consiste nel fatto che esso non è un’istanza già formata [...]. In quanto entità non organizzata esso non può neppure essere sciolto. Finché esiste e vuol continuare ad esistere, la sua energia e forza vitale è inesauribile e sempre capace di trovare nuove forme di esistenza politica », C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. it. Milano 1984, p. 119.

(75) E. DE VATTEL, *Questions de droit naturel*, cit., pp. 316-317, corsivo mio. Nello stesso brano Vattel manifesta ammirazione per la *Glorious Revolution*.

civile. Rispetto a quest'ultima, l'effettività è il solo criterio che, in assenza di un terzo, permetta di separare, distinguere e riconoscere le parti avverse in un conflitto intestino come « *deux Puissances distinctes* ». In un capitolo celebre della sua opera, Vattel analizza i gradi progressivi della rottura (o della « sospensione ») del legame politico tra nazione e « sovrano », e definisce i contorni di una dottrina che rivoluziona l'antico principio *aliud est hostis, aliud est rebellis*: al massimo grado di separazione, quando « *deux Partis indépendans [...] se regardent comme Ennemis, et ne reconnoissent aucun Juge commun* », è necessario 'formalizzare' la discordia civile (limitandone gli effetti), e considerarli come « *deux Corps séparés, deux Peuples différens* », « *deux Nations* » (76).

Nel caso delle guerre civili, l'effettività non è soltanto l'unico criterio necessario al riconoscimento reciproco di due nuovi soggetti politici sorti per dissociazione, ma è anche il solo criterio di legittimità sul piano internazionale. In questo caso vale un criterio meramente potestativo per cui l'esistenza degli Stati sovrani è la loro stessa ragione e legittimazione. Ma ci sono due altri livelli di legittimazione: uno, che abbiamo già considerato, dipendente dalla natura degli atti aventi rilevanza internazionale, che qualificano, in modo sostanziale, la condotta di uno Stato nello scenario internazionale; l'altro, rilevante sul piano interno e, per così dire, originario, poiché riguarda le ragioni essenziali dell'obbligo politico. Se, con le parole di Santi Romano, « il riconoscimento internazionale di uno Stato si fonda sulla presupposizione che nei rapporti interni la podestà di quest'ultimo sia effettiva e legittima » (77), la legittimità è sul piano esterno risolta nell'effettività, e quest'ultima, però, è sul piano interno nient'altro che l'attestazione della fisiologia di un ordinamento, effettivo proprio perché legittimo, e legittimo perché rispondente, e qui parliamo della legittimità *per esercizio*, agli scopi sociali. Per cui, se l'effettività 'esterna' è sufficiente per il riconoscimento dei soggetti statuali, l'effettività 'interna', condizione logica e cronologica della prima, richiede forme di riconoscimento e consenso variamente articolate, pena l'attivazione di una situazione di

(76) DDG, III, XVIII, § 292.

(77) S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in Id., *Scritti minori*, Vol. I, Milano 1950, p. 146.

‘patologia’ dell’ordinamento, preludio alla sua dissoluzione: il riconoscimento che l’effettività attua è la conferma del riconoscimento che lo Stato ha ottenuto dalla società (78). Le ragioni di questo riconoscimento si fissano, per Vattel, nella ‘costituzione’: la nazione ha « pieno diritto [...] di formare, mantenere e perfezionare la costituzione ». Al protocostituzionalismo di Vattel, che è una riformulazione del diritto di resistenza, sono essenziali contemporaneamente l’idea di ‘nazione’, qualificazione originariamente politica di un insieme di soggettività individuali associate, e la delineazione di un concetto di sovranità che, nella sua intima essenza antipatrimonialistica, comincia a prefigurare le sue moderne sembianze in quanto astratta prerogativa giuridica. Nel momento in cui si spezza il meccanismo della reciprocità dei diritti e dei doveri si attiva l’obbligo perfetto della società (nazione) a provvedere alla propria salvaguardia. La legittimazione, pertanto, non si esaurisce nell’atto fondativo di una soggettività politica collettiva: la nazione mantiene una riserva di giudizio, etico e politico, sulla legittimità dell’ordinamento, che proprio in quanto legittimo riesce ad essere effettivo, soddisfacendo i fini fondamentali dell’associazione sociale. Durante la resistenza legittima alla tirannia, i *rebellantes* sono coloro i quali violano le clausole del patto sociale, e non chi si oppone con la forza a tale violazione: sicché anche sul piano interno è possibile pensare, naturalmente come evento-limite, ad una guerra sostanzialisticamente legittima contro un nemico assoluto, che in questo caso è un tiranno. Fa parte della successiva storia del costituzionalismo la ricerca delle forme giuridiche di controllo e limitazione del potere, e dei soggetti deputati all’interpretazione costituzionale.

(78) P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953. Con le parole di N. BOBBIO (*Il potere e il diritto*, « Nuova Antologia », n. 2142, 1982, pp. 76 e 80): « solo la giustificazione, quale che essa sia, fa del potere di comandare un diritto e della obbedienza un dovere, trasforma cioè un rapporto di mera forza in un rapporto giuridico ». Pertanto, « né l’effettività né la legalità esauriscono il processo di legittimazione del potere ».

LUIGI NUZZO

UN MONDO SENZA NEMICI.
LA COSTRUZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE
E IL CONTROLLO DELLE DIFFERENZE (*)

In ricordo di Vincenzo Piano Mortari

1. Comunità internazionale e ordine giuridico. — 2. Storia, sistema e diritto internazionale. — 3. Dall'Inghilterra alla Germania. — 4. Tra diritto naturale e diplomazia: uno sguardo sugli anni '50. — 5. Verso Oriente: la Turchia. — 6. Verso Oriente: la Cina.

1. *Comunità internazionale e ordine giuridico.*

Alla fine degli anni cinquanta del secolo XIX, nelle rappresentazioni offerte dalla dottrina, il diritto internazionale si avviava ad essere una scienza giuridica dal carattere positivo, differente dalla diplomazia e dal diritto naturale, e al contempo fortemente radicata nella storia e in una tradizione culturale comune intimamente cristiana. Il diritto internazionale era un diritto cristiano, le cui norme affondavano le loro radici in un nucleo di valori morali condivisi. Ciò permetteva di individuare un fondamento oggettivo del diritto internazionale più saldo della semplice volontà dei singoli stati, in grado forse di arginare la forza espansiva del principio di sovranità. Il rinvio ad una dimensione pregiuridica riproduceva, però, anche il

(*) Questo articolo è stato realizzato presso il Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte di Francoforte sul Meno e fa parte di un progetto più ampio sui rapporti tra diritto internazionale e colonialismo tra Otto e Novecento. È stato finanziato, nel 2008, dalla Alexander von Humboldt Stiftung. Ricordo con molto rimpianto Marie Theres Fögen che aveva seguito e sostenuto con entusiasmo il progetto e sono grato a Michael Stolleis e Miloš Vec per aver reso proficuo e piacevole il mio lungo soggiorno francofortese.

paradosso del progetto savignyano di una scienza giuridica che per essere positiva e al contempo sfuggire alla contingenza e all'abbraccio con il potere politico, doveva inevitabilmente trovare rifugio in una dimensione metagiuridica.

Nella costruzione del discorso giusinternazionalista ottocentesco questo paradosso fu sapientemente occultato. Per la dottrina giuridica, infatti, insistere sulle origini cristiane del diritto internazionale contribuì a definirne il carattere positivo. Il diritto internazionale non poteva ancora essere universale e positivo al tempo stesso.

L'Europa e l'America delimitavano il suo orizzonte spaziale. Il diritto internazionale poteva autorappresentarsi come un diritto positivo solo se fosse stato il diritto di quelle popolazioni che condividevano una medesima forma di organizzazione territoriale e avevano una storia e una tradizione morale comune. Tuttavia, se i confini della *völkerrechtliche Gemeinschaft* erano i confini dell'Occidente cristiano, l'esistenza al di fuori di essi di un mondo oggetto di rinnovati interessi economici e politici imponeva ai giuristi europei di tematizzare, all'interno di una rappresentazione concettuale unitaria, le relazioni diplomatiche che i governi occidentali già da tempo intessevano con i paesi del bacino del Mediterraneo o del vicino Oriente o che si avviavano a stabilire con la Cina, il Siam, la Persia, il Giappone, la Corea.

Nel 1856 l'art. 7 del trattato di Parigi ammetteva la Turchia a « godere dei benefici del diritto pubblico europeo » e non pochi giuristi avevano salutato in modo entusiastico l'evento. Ciò non significava, tuttavia, che il grado di civiltà raggiunto dalla Porta avesse soddisfatto gli standards fissati dagli stati cristiani e tantomeno aveva prodotto, come vedremo, l'inclusione della Turchia nel 'club' esclusivo dei paesi occidentali. L'ammissione del primo stato islamico al concerto europeo, così come poi accadrà con la Cina, non aveva causato alcuna mutazione genetica del diritto internazionale. Le popolazioni non cristiane non potevano concorrere alla sua produzione, ma erano solo soggette ai principi universali di giustizia e ragione del vecchio diritto naturale. Riconoscendo l'universalità dei propri valori e costruendo i rapporti con gli 'altri' sulla base di quei valori, sembrava possibile all'Occidente includere le popolazioni extraeuropee nello spazio civile delle sue leggi, assicurare loro

progresso e sviluppo e nello stesso tempo offrire un'immagine unitaria dell'ordinamento giuridico e del diritto internazionale.

Il problema non era solo di carattere teorico o retorico. Si trattava, infatti, di assicurare impulso e garanzia agli interessi commerciali nei paesi del Levante e di tutelare gli operatori economici americani ed europei dai pericoli di una giustizia locale rappresentata come arbitraria e vessatoria. Per il conseguimento di questo obiettivo un diritto internazionale dal carattere positivo non appariva adeguato. Il deficit di cristianità e civiltà delle popolazioni orientali permetteva al massimo un'applicazione parziale e blanda di quel diritto dalla cui produzione erano del tutto escluse; ma non impediva, in ogni caso, l'inclusione di quelle stesse popolazioni all'interno di un ordine internazionale eurocentrico e globale attraverso il recupero e l'esaltazione della componente morale ed universalistica del diritto internazionale. Si trattava quindi di mettere a punto gli strumenti più adeguati per registrare le esigenze politiche od economiche degli stati e gli interessi commerciali degli operatori economici occidentali in Oriente. Il diritto e la giurisprudenza consolare sembrarono costituire la migliore soluzione per il loro perseguimento e, al contempo, per non incrinare la rappresentazione del diritto internazionale come sapere scientifico dalla vocazione universale.

Schematicamente potremmo dire che i giuristi europei riuscirono a mantenere un'immagine unitaria dell'ordinamento giuridico internazionale attraverso tre differenti operazioni:

- 1) proiezione ed operatività del principio di unità esclusivamente su di un piano metapositivo;
- 2) non applicazione delle regole positive del diritto internazionale fino a quando il grado di civiltà raggiunto dalle popolazioni orientali non fosse ritenuto tale da soddisfare il principio di reciprocità;
- 3) affidamento del compito di strutturazione delle relazioni giuridiche con gli stati orientali al potere esecutivo e alla prassi della magistratura consolare.

Attraverso questa rappresentazione — le cui conseguenze appariranno con maggiore chiarezza verso la fine del secolo con l'ingresso del continente africano nell'orizzonte degli interessi dei giuristi e con l'emersione della nuova disciplina del diritto coloniale — la dottrina

poté pensare la realtà orientale come speciale o eccezionale e così giustificare le compressioni del principio di sovranità cui dava luogo l'extraterritorialità, cioè la sospensione del principio della territorialità della legge e il ritorno al principio della personalità della legge. Allo stesso modo risultava possibile sul piano politico legittimare gli interventi militari per la tutela dei sudditi dell'impero turco di fede cristiana o dei missionari che partivano per l'Oriente.

Tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta le strategie di controllo messe a punto dalla dottrina non presentarono modifiche sostanziali. I giuristi riuniti attorno all'*Institut de droit international* rilanciarono l'immagine di un diritto internazionale non direttamente vincolato alla sovranità dei singoli stati, ne individuaronò il fondamento nella coscienza giuridica delle nazioni civilizzate e rivendicarono l'esclusività della sua interpretazione ⁽¹⁾. Neppure l'ingresso del concetto di civiltà nel discorso giusinternazionalistico determinò automaticamente un cambio di paradigma all'interno del discorso giuridico, ma contribuì con il suo opposto, il concetto di barbarie, al processo di costruzione e autorappresentazione dell'identità europea durante la seconda metà dell'Ottocento ⁽²⁾. I popoli cristiani erano senza dubbio i popoli civili e i due termini, almeno fino agli inizi del secolo successivo, furono utilizzati indistintamente. La cristianità continuava a tracciare i confini della civiltà, a determinarne il contenuto e, sul piano giusinternazionalistico, a garantire la positività del diritto internazionale. Assertori della storicità del diritto internazionale, i nuovi protagonisti del dibattito giuridico furono così orgogliosamente consapevoli del suo carattere europeo e cristiano che alcuni di essi non seppero rinunciare ad argomentazioni dal carattere apertamente razzista, ma furono anche così impregnati di spirito umanitario da sentire come una missione il compito di diffondere quel diritto oltre i confini dell'Occidente e della cristianità ⁽³⁾.

⁽¹⁾ M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nation. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, University Press, 2001.

⁽²⁾ Cfr. G. W. GONG, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

⁽³⁾ Johann Caspar Bluntschli è forse l'esempio migliore. Tra i suoi lavori spesso caratterizzati da accenti razzisti v. *Mohammed und sein Reich* (1844), e *Arische Völker arische Rechte* (1857), rispettivamente in Id. *Gesammelte kleine Schriften*, Nördlingen,

Mi sembra quindi opportuno superare la classica rappresentazione offerta dalla dottrina ottocentesca, e spesso acriticamente recepita dalla storiografia contemporanea, di un diritto internazionale pre 1856 delle nazioni cristiane e un diritto internazionale post 1856 delle nazioni civili. Al suo posto suggerirei un'ipotesi di lavoro in cui il criterio cronologico sia sostituito, o meglio preceduto ed integrato, da un criterio spaziale. Ciò significa, innanzitutto, distinguere tra questione orientale e colonizzazione dell'Africa centro meridionale, ed analizzare separatamente le differenti problematiche che le due esperienze sollevarono da un punto di vista giuridico. Solo una volta che siano state individuate le loro specificità si potrà provare, attraverso la ricerca di un minimo comun denominatore, a ricomporre le differenze all'interno di un quadro unitario ⁽⁴⁾. Da un lato, infatti, non si può dimenticare che, almeno fino agli inizi degli anni ottanta, l'Africa non costituì un problema giuridico e che, sia l'assenza di forme politiche dal carattere statale, sia la totale alterità delle popolazioni africane imposero un approccio completamente diverso da quello fino ad allora sperimentato. Dall'altro, si deve ricordare che la specialità o eccezionalità della situazione giuridico politica del vicino e lontano Oriente non poteva non segnare in modo ancor più significativo anche la rappresentazione della realtà africana e condizionare le costruzioni giuridiche pensate dai giuristi per leggere quella realtà.

In entrambi i casi uomini e testi furono fisicamente traslocati e concetti giuridici occidentali furono recepiti in contesti extraeuropei, ma anche, in Oriente come in Africa, le stesse recezioni o le stesse traslazioni non esistettero in sé, non furono date. Al contrario furono il frutto di strategie discorsive che ne imposero la direzione, ne resero opaco il contenuto e ne definirono i limiti. Si trattò di una

Beck'schen Buchhandlung, 1879, B. 2, B. 1, pp. 11-40; 63-90; v. anche F. LIEBER, *De l'idée de la race latine et de sa véritable valeur en droit international*, in « Revue de droit international et de législation comparée », 3, 1871, pp. 458-463.

(4) Per primi risultati di questa ricerca, fondata sull'utilizzo della categoria dell'eccezione, rinvio a Luigi NUZZO, *Dal colonialismo al postcolonialismo. Tempi e avventure del soggetto indigeno*, in « Quaderni Fiorentini », 33/34, 2004-2005, vol. 1, pp. 409-453; ID., *La colonia come eccezione. Un'ipotesi di transfer*, in « Rechtsgeschichte », 8 (2006), pp. 52-58.

molteplicità di rappresentazioni condivise che si nutrono di stereotipi altrettanto diffusi e resistenti in grado di creare una realtà differente da quella che immaginarono di descrivere.

Con questa traslazione giuridica non si trasferì, quindi, solo qualcosa di dato, di già esistente. I *transplants* e le traduzioni produssero tradimenti, adattamenti, trasformazioni profonde ⁽⁵⁾. Gli stessi *transfers*, poi, non furono solo orizzontali (e unidirezionali), cioè non provocarono un trasferimento di uomini e di testi dall'Occidente verso l'Oriente e le colonie africane interno ad una medesima dimensione temporale, ma furono anche verticali. Ciò permise ai giuristi di muoversi liberamente attraverso il tempo, utilizzando per la lettura della realtà coloniale categorie giuridiche d'antico regime e riscoprendo in colonia una centralità del potere esecutivo ormai incompatibile con la separazione di poteri propria dello stato di diritto ⁽⁶⁾. Nell'impossibilità di estendere i sistemi giuridici occidentali al mondo extraeuropeo, il fine era quello di assorbirne la radicale diversità all'interno di una rappresentazione unitaria dell'ordinamento giuridico internazionale. Si trattava di un problema di non facile soluzione, la cui ricostruzione conduce fino ai primi anni del Novecento e che presenta sorprendenti affinità con altre ipotesi particolarmente ambigue, come lo stato d'assedio, lo stato d'eccezione, la necessità internazionale o l'occupazione militare bellica, cioè casi limite in cui la tenuta dell'ordinamento sembrava essere assicurata solo attraverso la sua sospensione e la disapplicazione delle garanzie dello stato di diritto ⁽⁷⁾.

Gli obiettivi di questo lavoro sono però più circoscritti. Non vi rientra infatti né la trattazione delle problematiche sollevate dal colonialismo europeo in Africa né lo studio di quelle categorie concettuali, come appunto l'eccezione, che potrebbero fornire gli

⁽⁵⁾ G. TEUBNER, M. T. FOGEN, *Rechtstransfer*, in « Rechtsgeschichte », 7, 2005, pp. 38-45.

⁽⁶⁾ Cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, Roma, Athenaeum, 1918, vol. 1, p. 123; ma vedi tutto il cap. VI.

⁽⁷⁾ Cfr. G. AGAMBEN, *Lo stato d'eccezione*, Milano, Bollati Boringhieri, 2000; v. anche Luciano NUZZO, *Le anticamere del diritto. Ordine politico ed eclissi della forma giuridica*, Lecce, Pensa, 2008.

strumenti per rappresentare e rileggere unitariamente, pur nel rispetto della specificità di ciascuna, le diverse esperienze coloniali. In considerazione del fatto che, invece, la presenza occidentale in Oriente ha presupposti, caratteri e finalità profondamente differenti da quella africana, la storia raccontata nelle pagine che seguono ci porterà dalla Germania di Savigny alla Turchia e alla Cina della metà degli anni cinquanta. La nostra storia parla infatti degli inizi paradossali del diritto internazionale. Una nuova scienza giuridica che si autorappresentò come storica, cristiana, sistematica e positiva e che volle porsi come l'unità di misura del mondo civile, ma che allo stesso tempo rivendicò, in virtù delle sue radici cristiane, una vocazione universale in grado di superare i confini dell'Occidente e di ricomporre le distinzioni tra noi e gli altri che pure non cessava di produrre.

2. *Storia, sistema e diritto internazionale.*

All'inizio del secolo, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) aveva indicato la strada da seguire per costruire il diritto internazionale come una scienza storicamente fondata che trae la sua forza scientifica e sistematica proprio dalle profondità della storia ⁽⁸⁾. Attraverso una salda consapevolezza metodologica, filologica, storica e filosofico-sistematica, i giuristi potevano svelare la razionalità di un ordine naturale che preesisteva alla legge e allo stato. La giurisprudenza, la scienza della legislazione, la scienza giuridica, il diritto o la legge — Savigny, nei corsi di Metodologia, gli attribuiva il medesimo significato — erano scienze storiche che il tempo aveva modellato e che i giuristi potevano ricomporre in modo sistematico accentuando le sfide del tempo e della storia ⁽⁹⁾. Solo così sarebbe stato possibile sottrarre il diritto agli arbitri della volontà del legislatore e si sarebbe potuto riconoscere il carattere necessario e libero

⁽⁸⁾ J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friederich Carl von Savigny*, Ebelsbach, Gremer, 1984.

⁽⁹⁾ A. MAZZACANE, *Jurisprudenz als Wissenschaft*, in F. C. von SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie: 1802-1842*, herausgegeben und eingeleitet von A. MAZZACANE, Frankfurt, Klostermann, 2004, pp. 1-55, in part. 31-43.

del diritto ⁽¹⁰⁾. Il ricorso alla necessità permetteva a Savigny di spezzare la relazione tra diritto e volontà politica, ma paradossalmente superare la contingenza normativa, liberandosi dall'abbraccio del legislatore, lo costringeva a fondare la positività del diritto in un dato metafisico, la necessità appunto ⁽¹¹⁾. Non solo, per ulteriore paradosso, il ricorso al concetto di popolo e di spirito del popolo come strumento di produzione del diritto, si accompagnava alla sua depoliticizzazione e di conseguenza alla sua destoricizzazione. Il diritto dunque era storico, in quanto nella storia si era sedimentato il materiale giuridico, ma « in sé non aveva storia » ⁽¹²⁾. Era infatti la scienza giuridica che doveva dare forma ai diversi materiali, dirigendo il processo della loro organizzazione concettuale. Il metodo storico sistematico avrebbe permesso loro sia di « risalire alle radici di ogni materiale dato e di scoprire il suo principio organico, per modo che si separi da sé ciò che è ancora in vita da ciò che è già morto e che solo appartiene alla storia » ⁽¹³⁾, sia di svelare « l'intimo legame » o « le affinità per cui i singoli concetti giuridici e le singole regole sono connesse in una grande unità » ⁽¹⁴⁾. Il diritto romano, sul quale si fondava la tradizione giuridica europea, era quindi un diritto attuale che viveva nella coscienza comune del popolo, si perfezionava in virtù dell'intervento di « una classe speciale di giuristi » e si manifestava esternamente nella legge dello stato. Ai giuristi Savigny attribuiva il compito di farsi interpreti della coscienza del popolo e di dare forma scientifica ai materiali che nel tempo si erano accumulati, al legislatore e alla sua legge, invece, di divenire « l'organo del diritto del popolo », e di essere uno strumento flessibile in grado di mantenere uno stabile equilibrio tra

⁽¹⁰⁾ F. C. von SAVIGNY, *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), in A.F.J. THIBAUT F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli, ESI, pp. 87-197.

⁽¹¹⁾ Sottolinea opportunamente questo paradosso R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione. Critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Lubmann*, Lecce, Pensa, 1998, p. 29 ss.

⁽¹²⁾ A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, Liguori, 1976, p. 17; W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), trad. it. a cura di P.L. Lucchini, Milano, Giuffrè, 1974, p. 36.

⁽¹³⁾ SAVIGNY, *Della vocazione*, cit., p. 158.

⁽¹⁴⁾ F. C. von SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (1840), trad. it. V. Scialoja, Torino, Unione Tipografica torinese, vol. 1, 1886, p. 21.

diritto popolare, forme astratte ed esigenze storiche ⁽¹⁵⁾. Nella rappresentazione savignyana era il popolo il protagonista principale, entità inafferrabile e allo stesso tempo vero soggetto attivo del processo di produzione del diritto. Esso partecipava dello spirito universale dell'umanità e si manifestava, sul piano politico, nella forma organica dello Stato, e, sul piano giuridico, in quella del diritto pubblico ⁽¹⁶⁾.

Individuare nella coscienza del popolo l'origine del diritto positivo non poteva non condizionare anche la rappresentazione del concetto di diritto internazionale offerta da Savigny nel primo libro del *Sistema*. L'esistenza di una tradizione giuridica comune di matrice romanistica, in parte « le affinità di stirpe » e soprattutto la condivisione del credo religioso permettevano a Savigny di immaginare una cristiana *völkerrechtliche Gemeinschaft* e di pensare, tra gli stati che vi prendevano parte, l'esistenza di un diritto internazionale « fondato su una comunanza di sentimenti giuridici simile a quella che in un popolo genera il diritto positivo » ⁽¹⁷⁾.

Liberato il concetto di diritto da ogni dimensione volontarista, Savigny poteva quindi rappresentare il diritto internazionale come un diritto positivo (o più esattamente *eine unvollendete Rechtsbildung*), nonostante fosse indeterminato nel contenuto e privo di sanzione, non derivasse da un atto di volontà, né si ricollegasse ad un'idea di sovranità condivisa. La positività non era però l'unica dimensione in cui il diritto internazionale era immerso, né la sua efficacia era circoscritta alle nazioni civili e cristiane che avevano una storia giuridica in comune o condividevano gli stessi valori. La sua natura era più complessa e rinviava ad una dimensione più profonda, morale e religiosa, cioè a quella storia e a quei valori condivisi da cui la stessa comunità internazionale si originava e su cui si fondava l'intero discorso giuridico occidentale. Gli stati europei possedevano una forza morale in grado di garantire il progresso della civiltà e di guardare cristianamente anche a quei popoli « dai

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 69.

⁽¹⁶⁾ Ivi, pp. 48-54. Cfr. sull'influenza di Savigny nel diritto pubblico tedesco, M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 13-39.

⁽¹⁷⁾ SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 58.

quali questi sentimenti non sono divisi e dai quali non si può aspettare un reciproco trattamento » (18). Perfino con queste popolazioni selvagge, o semplicemente non cristiane, potevano stabilirsi delle relazioni giuridiche, ma la distanza che le separava dal mondo civile non poteva essere colmata con un diritto che si costituiva nel rispetto dei nuovi standards di scientificità, storicità e sistematicità. La loro estraneità ad un sistema di valori morali e giuridici condiviso rendeva sufficiente il ricorso ad un diritto « analogo » al diritto internazionale, la cui applicazione aveva un carattere puramente morale.

Savigny non aggiunge altro che possa aiutarci a mettere a fuoco questo 'altro' diritto e sarebbe eccessivo voler rinvenire in questa alterità o semplice « analogia » la presenza di una dimensione coloniale insita nel diritto internazionale sin dal suo primo momento di vita. Le parole del maestro tedesco, tuttavia, appaiono profetiche se lette attraverso il filtro degli internazionalisti che pochi anni dopo la pubblicazione del *Sistema* provarono a definire la relazione tra cristianità e diritto internazionale, confrontandosi direttamente con il problema coloniale. Con Savigny il diritto internazionale si afferma come il prodotto della coscienza giuridica europea, il frutto di un processo storico che permetteva agli stati europei di affidare le loro relazioni giuridiche ad una serie regole condivise, ma anche come una disciplina scientifica non incompatibile con l'esigenza di regolare i rapporti con i popoli incivili. Il carattere europeo del diritto internazionale non era sufficiente per escludere quelle popolazioni e l'umanitarismo che lo ispirava imponeva di renderle in qualche modo partecipi della storia europea. Tuttavia la loro barbarie, e soprattutto quello stesso umanitarismo sempre sul punto di scivolare nel razzismo, rendeva impossibile un'automatica applicazione del diritto internazionale e le condannava in una dimensione pregiuridica, ma non per questo meno vincolante, fatta di obblighi morali e precetti cristiani.

Non era un compito facile quello che attendeva gli internazionalisti della seconda metà del XIX secolo, ma la storia e i suoi protagonisti erano pronti ad andare al loro soccorso (19). Betsy

(18) *Ibidem.*

(19) Il rapporto tra storia e diritto internazionale è al centro del recente lavoro di

Röben, in un interessante libro sul rapporto epistolare tra Franz Lieber e Johann Caspar Bluntschli, ha opportunamente sottolineato che dopo Savigny il diritto positivo non poté essere più soltanto l'espressione della volontà di un legislatore, bensì il prodotto della « comune coscienza del popolo »⁽²⁰⁾. Aggiungerei che dopo Savigny nessuna rappresentazione giuridica avrebbe potuto qualificarsi scientifica se non fosse stata storica e soprattutto sistematica. Dopo Savigny, infatti, non sembrò più possibile potersi fare a meno del sistema. Indipendentemente, infatti, dalla sua connotazione, legislativa o anche dottrinale, esso non veniva identificato con un principio logico necessario per l'esposizione e l'organizzazione degli argomenti, o con un prodotto storico, funzionale ad un preciso progetto politico giuridico, quanto con un principio costitutivo del diritto da cui non si sarebbe potuto prescindere pena la perdita di scientificità e di verità del proprio discorso e del proprio oggetto. Il sistema era divenuto un modello interpretativo in grado di selezionare gli eterogenei materiali normativi che avrebbe dovuto coordinare e capace di costruire la realtà che era chiamato a descrivere⁽²¹⁾. Ciò incide in maniera profonda sul processo di costruzione del diritto internazionale come disciplina scientifica in corso nel secolo XIX, ma anche sulle narrazioni che la giusinternazionalistica ha offerto del proprio passato.

Il diritto internazionale non era una più confusa filosofia giusnaturalista, ma un' autonoma scienza dal carattere sistematico, la cui storia si costruiva e poteva essere raccontata per mezzo dell'idea di sistema⁽²²⁾. Si trattava di una storia segnata dalla frattura della

M. CRAVEN, M. FIZMAURICE, M. VOGIATZI (eds.), *History and International Law*, Leiden, Nihoff, 2007.

(20) B. RÖBEN, *Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das moderne Völkerrecht*, Baden Baden, Nomos, 2003, p. 98.

(21) MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica*, cit., p. 12.

(22) Sul discredito « metodologico » in cui era caduto il diritto naturale v. M. STOLLEIS, *Die allgemeine Staatslehre im 19. Jahrhundert*, in D. KLIPPEL (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität - Inhalt - Funktion - Wirkung*, Keip, Goldbach, 1997, p. 12 ss.; sempre nello stesso testo sulle resistenze giusnaturaliste all'interno del diritto internazionale v. H. STEIGER, *Völkerrecht und Naturrecht zwischen Christian Wolff und Adolf Lasson*, pp. 45-74.

Riforma e poi fondata, a partire da Grozio, sui contributi forniti dalla dottrina nel corso del tempo.

Anche nelle prime storie del diritto internazionale, raccontate tra la fine del settecento e i primi anni del secolo successivo, storia, scienza, sistema costituivano le parole chiave. Il loro significato era però differente. Il sistema cui si riferiva uno dei grandi campioni della diplomazia europea come Georg Friederich de Martens (1756-1821), non era altro che l'ordine stabilito dai trattati, dagli usi, dalle consuetudini diplomatiche, e la storicità della scienza del diritto internazionale cui alludeva si risolveva semplicemente nella forza esemplificativa del dato temporale e nella memoria autobiografica degli ambasciatori ⁽²³⁾. I protagonisti della sua storia non erano ancora i giuristi, ma appunto gli stati e i loro rappresentanti istituzionali, e lui stesso nella prefazione alla dodicesima edizione francese dei *Précis du droit des gens moderne* del 1801 dichiarava di pensare il suo lavoro come introduzione al *Cours diplomatique ou tableau des relations particulières des puissances de l'Europe* che avrebbe pubblicato a Berlino, per i tipi di Mylius, nello stesso anno.

Il diritto internazionale della Restaurazione nasceva dagli sforzi della diplomazia e ad essa era destinato. Il diritto pubblico esterno, ossia « il diritto delle genti positivo, proprio e particolare » era costituito, per Martens, solo dalle convenzioni e dagli usi espressi o taciti che intercorrevano tra due stati europei. Positivo perché convezionale e consuetudinario; proprio e particolare perché valido solo tra gli stati interessati. Nulla certo, continuava il giurista e diplomatico tedesco, poteva impedire di immaginare che una rete di convenzioni prima particolari, poi generali e comuni, vincolasse gli stati d'Europa e ponesse le basi per un codice di diritto internazionale insieme generale e positivo, ma la storia delle relazioni internazionali e la sua stessa esperienza lo portavano ad affermare, mi sembra senza alcun rimpianto, che non solo non esisteva un diritto delle genti positivo, ma che probabilmente non sarebbe mai esi-

(23) G. F. MARTENS, *Précis du droit des gens moderne augmenté des notes de Pinheiro-Ferreira. Précédé d'une introduction et complété par l'exposition des doctrines des publicistes contemporains et suivi d'une Bibliographie raisonnée du Droit des gens*, par M. Ch. VERGE, Paris, Guillaumin et Cie, Libraries, 1864, p. 62.

stato ⁽²⁴⁾. Come del resto non sarebbe mai potuto esistere un diritto internazionale positivo e universale nel medesimo tempo. La motivazione era soltanto una ed anche facilmente intuibile: da un lato, il diverso livello di civiltà impediva l'estensione del diritto delle nazioni cristiane europee a chi era fuori dai suoi confini o non ne condivideva i suoi presupposti; dall'altro, qualunque aspirazione ad una *civitas maxima* o ad uno *ius cosmopoliticum* poteva trovare fondamento solo nella legge naturale o in principi filosofici, ed essi erano in entrambi i casi incompatibili con la necessaria positività del diritto internazionale ⁽²⁵⁾.

Al contrario, sul presupposto che molti dei trattati europei presentavano aspetti in comune, che ciò che stabilivano le grandi potenze era osservato anche dagli stati più piccoli, poteva dedursi « per astrazione, una teoria di ciò che si pratica generalmente tra le potenze e gli stati d'Europa » (p. 49). In altre parole era possibile una « teoria del diritto delle genti generale, positivo, moderno e pratico » ricavata dalle convenzioni comuni o più generalmente osservate dalle potenze europee o dalle loro consuetudini, necessaria per comprendere i meccanismi della politica internazionale europea, ma incapace di imporsi sui singoli e differenti diritti delle genti che sussistevano tra i diversi stati o di offrire valide risposte a questioni e problemi cui solo la prassi diplomatica poteva essere d'aiuto ⁽²⁶⁾.

Alla definizione di una teoria del diritto delle genti europeo era indirizzata anche la riflessione di altri due importanti giuristi, uomini politici e diplomatici attivi nella Germania dei primi dell'Ottocento: Theodor Schmalz (1760-1831) e Johann Ludwig Klüber (1762-1837). Il primo, dopo aver pubblicato nel 1814 una sua lezione dal titolo *Idee eines gemeinen positiven Staats-Rechts von Europa*, dava alle stampe nel 1817 una monografia, *Das europäische Völker-Recht in acht Büchern*, destinata ad occupare una posizione centrale nel dibattito sulla costruzione di una scienza del diritto internazio-

⁽²⁴⁾ MARTENS, *Précis du droit des gens*, cit., p. 48. Un accenno al realismo e al positivismo di Martens in D. RAUSCHNING, *Georg Friederich von Martens (1756-1821). Lehrer des praktischen Europäischen Völkerrechts und der Diplomatie zu Göttingen*, in F. LOOS (Hrg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1997, p. 135-138.

⁽²⁵⁾ MARTENS, *Précis du droit des gens*, cit., p. 58.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 56.

nale ⁽²⁷⁾. Come opportunamente ricorda Kraus che ha dedicato a Schmalz una corposa biografia intellettuale, nel lavoro del 1814, nonostante le ambiguità contenute nel titolo, il giurista tedesco non affrontava direttamente il problema giusinternazionalistico. La sua attenzione era rivolta alle radici della tradizione giuridica europea e alla profonda unità che le sue tre componenti, diritto romano, canonico e germanico, le assicuravano. Dalle fonti romanistiche, canonistiche e germaniche derivavano tre sistemi di *Rechts-Ideen* dai quali « die Ideen von Recht und dem Nützlichen im Staate bei allen europäischen Völkern sich bildeten oder formten », ma anche dai quali partire per la costruzione di un diritto delle genti europeo ⁽²⁸⁾. Il diritto internazionale, come il diritto interno, poggiava su di un tessuto consuetudinario reso uniforme dalla forza della religione cristiana e da un processo di progressiva civilizzazione condiviso da ogni stato europeo e di cui la storia era stata testimone ⁽²⁹⁾. Per la formazione di una scienza del diritto europeo, quindi, bisognava partire dalle consuetudini. Esse costituivano uno strumento indispensabile per mettere in relazione i nebulosi e universali principi di giustizia e di ragione del diritto naturale con le regole poste dai trattati che legavano le diverse potenze europee ⁽³⁰⁾. Sulle consuetudini si fondavano le decisioni della politica internazionale e attraverso di esse passava la vincolatività dei trattati. Nello stesso tempo,

⁽²⁷⁾ T. A. H. SCHMALZ, *Idee eines gemeinen positiven Staats-Rechts von Europa. Eine Vorlesung in der philomatischen Gesellschaft zu Berlin am 8ten Julius 1813*, in « Annalen der Politik », 2, 1814, pp. 81-95; Id., *Das europäische Völker-Recht, in acht Büchern*, Berlin, Duncker & Humblot, 1817.

⁽²⁸⁾ SCHMALZ, *Idee*, cit., in H. C. KRAUS, *Theodor Anton Heinrich Schmalz (1760-1831). Jurisprudenz, Universitätspolitik und Publizistik im Spannungsfeld von Revolution und Restauration*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999, p. 460; ma vedi anche pp. 456-462; SCHMALZ, *Das europäische Völker-Recht*, cit., pp. 39-40.

⁽²⁹⁾ SCHMALZ, *Das europäische Völker-Recht*, cit., pp. 13-14; ma v. l'intero cap. 2, *Wie das Völkerrecht des heutigen Europa sich gebildet habe*, pp. 11-23. Rimaneva esterna alla storia d'Europa e al suo diritto la sola Turchia, ma « auch der ottomanischen Pforte, aggiungeva Schmalz, ivi, p. 36, werden fast ganz gleiche Rechte zugestanden; die selbst nähert sich unserm Völkerrechte immer mehr; und es ist kein Zweifel, dass es von ihr selbst abhängt in gänzliche Gleichheit jener Rechte zu treten »; ulteriori riferimenti al ruolo della religione nella riflessione giusinternazionalistica di Schmalz in KRAUS, *Theodor Anton Heinrich Schmalz*, cit., p. 565.

⁽³⁰⁾ SCHMALZ, *Das europäische Völker-Recht*, cit., p. 11.

tuttavia, l'efficacia delle consuetudini richiedeva necessariamente il loro riconoscimento, la loro recezione e la loro osservanza (espressi o taciti) da parte degli stati sovrani e legittimi che formavano l'Europa uscita dal Congresso di Vienna ⁽³¹⁾. Anche i trattati quindi, nella misura in cui contribuivano ad individuare le regole consuetudinarie alle quali si erano richiamati quei principi che le potenze europee avevano riconosciuto come giusti e conformi alla ragione, concorrevano alla costruzione di una scienza del diritto internazionale. Bisognava però, nell'interesse della stessa scienza e della ragion di stato, dar loro forma scientifica, individuando un metodo con il quale sistematizzare i materiali forniti dalla storia e dall'esperienza nel corso del tempo ⁽³²⁾. Per Schmalz questo metodo si fondava sulla storia e sulla filosofia e consisteva nel cercare nei trattati le « *regeln- den Ideen* », da queste risalire alle « *Ur-Ideen* » del diritto e poi mostrarne l'impiego fattone per la risoluzione di casi concreti o per l'individuazione di principi utilizzabili in casi simili ⁽³³⁾.

Solo due anni più tardi, nelle pagine di un altro giurista e diplomatico tedesco, Johann Ludwig Klüber, la teoria del diritto delle genti generale, positivo, moderno e pratico di Martens e il percorso storico filosofico invocato da Schmalz per dare forma scientifica alle consuetudini divenivano un metodo dogmatico storico.

La frattura però interessava esclusivamente il piano semantico. Il suo metodo era solo uno strumento esplicativo del diritto delle genti, i cui principi fondamentali, quelli che avrebbe dovuto ricomporre in maniera chiara, semplice e sistematica, erano ricavati ancora una volta dalle convenzioni, dall'analogia, dalle relazioni diplomatiche ed erano destinati a queste medesime fonti ⁽³⁴⁾. Il diritto internazionale di Klüber presupponeva (e costruiva l'Europa come) una comunità di stati liberi, indipendenti e sovrani e il suo studio era necessario, insieme alle scienze politiche, alla storia degli stati, alla statistica, all'economia politica, al diritto pubblico, per l'educazione

⁽³¹⁾ Ivi, p. 45.

⁽³²⁾ Ivi, p. 24.

⁽³³⁾ SCHMALZ, *Das europäische Völker-Recht*, cit., p. 28.

⁽³⁴⁾ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (1800-1914)*, München, Beck, 1992, B. 2, p. 83; cfr. anche KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer Nation*, cit., pp. 21-22.

e la formazione dei diplomatici e « per il corretto svolgimento degli affari pubblici degli stati » (35). La scienza internazionalistica si era sviluppata, infatti, con la progressiva civilizzazione delle nazioni europee, attraverso le relazioni diplomatiche, le trasformazioni che aveva subito il concetto di guerra nel tempo, grazie all'impegno di giuristi e storici, alla diffusione della libertà di stampa e alla forza dell'opinione pubblica, ma rimaneva parte della diplomazia. Il suo fondamento continuava a riposare nella prassi e nelle consuetudini ricevute e condivise dalle nazioni cristiane europee, pur se queste si consideravano membri di un'associazione etica e politica e tendevano ad attribuire ai loro *usages* la forza di una necessità morale (36).

Dalla prassi diplomatica per la prassi diplomatica attraverso il filtro della storia. Questo potrebbe essere il percorso che caratterizza la riflessione dottrinale degli ultimi grandi campioni della diplomazia della Restaurazione e che avrebbe dovuto condurre alla formulazione di una scienza del diritto internazionale. Si tratta di una relazione circolare alla quale non sembra sfuggire neanche Henry Wheaton (1785-1848), giurista e ministro plenipotenziario degli Stati Uniti a Berlino. Nella prefazione della prima edizione degli *Elements of International Law* (1836) essi erano 'solo' un « elementary work for the use of persons engaged in diplomatic and other forms of public life, rather than for mere technical lawyers » (37). Poi, una decina di anni dopo, introducendo la monumentale *History of the Law of Nations in Europe and America* ricordava il ruolo e l'importanza della scienza internazionalistica « when connected with the history of the variations in that more positive system resulting from special compacts, by which the general rules founded on reason and usage have been modified and adapted to the various exigencies of human society » (38). Si tratta di due passaggi che mostrano in modo chiaro le sovrapposizioni tra scienza giuridica e

(35) J. L. KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Paris, Aillaud, 1831, pp. 28-29.

(36) Ivi, p. 63.

(37) H. WHEATON, *Elements of International Law with a Sketch of the History of the Science*, Philadelphia, Carry LHA & Blanchard 1836, p. III.

(38) H. WHEATON, *History of the Law of Nations in Europe and America; from the Earliest Times to the Treaty of Washington, 1842*, New York, Gould Banks & Co., 1845, p. IV.

diplomazia e la profonda relazione intrattenuta da entrambe con la storia. Più in generale, si tratta di due testi che costituiscono a mio avviso il punto più alto raggiunto dalla *old fashioned tradition*, per utilizzare l'efficace definizione data da Martii Koskenniemi ⁽³⁹⁾.

Secondo il giurista e diplomatico americano infatti, da un lato, il « grande corpo dei principi e delle regole » che componevano il diritto internazionale nasceva ancora una volta dalla prassi diplomatica e dalle relazioni tra stati. Dall'altro, tali principi erano individuabili solo in una prospettiva storica. La storia, da Vattel fino ai suoi giorni, aveva prodotto una molteplicità di esempi che nel corso del tempo si erano accumulati fino a formare un deposito di principi razionali. Da esso bisognava attingere per la costruzione di un moderno diritto internazionale. Il compito che egli si prefiggeva era quindi di estrarre « from these sources the general principles which may fairly be considered to have received the assent of most civilized and Christian nations, if not as invariable rules of conduct, at least as rules which they cannot disregard without general obloquy and the hazard of provoking the hostility of the other communities who may be injured by their violation. Experience shows that these motives even in the worst time, do really afford a considerable security for the observance of justice between States, if they not furnish that perfect sanction annexed by the lawgiver to the observance of the municipal code of any particular state » ⁽⁴⁰⁾. Soffermiamoci, se pur brevemente, su queste poche righe cui Wheaton affida il compito di chiudere la brevissima prefazione agli *Elements of International Law*. Esse ci forniscono un punto di osservazione privilegiato sulla concezione di diritto internazionale del diplomatico americano ed in particolare sul suo impiego di una serie di coppie concettuali: civiltà e cristianità; civiltà/cristianità e diritto internazionale; diritto internazionale e positività. Partendo dall'equazione tra nazioni cristiane e nazioni civili, Wheaton non solo identificava il diritto internazionale con i principi ricevuti e riconosciuti dagli stati europei e dalla giovane repubblica americana, ma, attraverso la forza morale sprigionata dall'equazione civiltà/cristianità, arrivava a riconoscere la positività e la sanzionabilità di questo

⁽³⁹⁾ KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nation*, cit., pp. 19-23.

⁽⁴⁰⁾ WHEATON, *Elements*, cit., p. III.

diritto ⁽⁴¹⁾. Dimensione religiosa e spaziale del diritto delle genti e riconoscimento del suo valore normativo costituivano, infatti, due aspetti del medesimo problema. Gli insegnamenti di Grozio, Bynkershoek, Montesquieu gli permettevano di negare l'esistenza di un diritto delle genti immutabile ed universale e di affermare che le profonde differenze tra la « great family », civile e cristiana, delle nazioni europee e dell'America, e le nazioni musulmane e gli stati barbareschi dell'Africa del Nord non potevano non riflettersi sul piano giusinternazionalistico, producendo due differenti ed incompatibili sistemi di diritto delle genti ⁽⁴²⁾. L'assenza di reciprocità disattivava la retorica universalistica e l'introduzione della distinzione noi altri assicurava una prima definizione di questo diritto dalla sfuggente identità. La cristianità qualificava la tradizione giuridica occidentale e attribuiva un valore aggiunto alle regole di condotta cui erano tenute a conformarsi le nazioni e che discendevano dai principi naturali di giustizia e ragione, ai testi della dottrina, alle decisioni della giurisprudenza, ed infine alle convenzioni e ai trattati interstatali, cioè alle fonti che costituivano il diritto internazionale ⁽⁴³⁾. Certo, nell'assenza di un organo di giustizia, permanente e riconosciuto, ciò non bastava a trasformare neppure i principi generalmente osservati nel mondo civile in regole invariabili di condotta, ma rendeva la loro violazione sanzionabile pubblicamente e moralmente. Quindi, pur se il diritto internazionale del giurista americano era ancora principalmente fondato sul consenso espresso o tacito delle nazioni interessate, a differenza di Martens, Schmalz, Klüber, la dimensione diplomatica non esauriva completamente il suo discorso. La presenza di un diritto naturale delle genti accanto ad uno positivo o l'invocazione insistita dei principi di giustizia e di ragionevolezza non erano solo un espediente retorico o un tardo omaggio alla tradizione giusnaturalista. Esprimevano piuttosto il tentativo di munire la nuova scienza di un fondamento più sicuro di quello che avrebbe potuto garantire un trattato interstatale, e di offrire delle risposte a coloro, come John Austin (1790-1859), che ne

⁽⁴¹⁾ M. W. JANIS, *The American Tradition of International Law. Great Expectations 1789-1914*, Oxford, Clarendon Press, 2004.

⁽⁴²⁾ WHEATON, *Elements*, cit., pp. 44-45.

⁽⁴³⁾ Ivi, pp. 47-48.

mettevano in discussione l'identità giuridica (44). Così, paradossalmente, proprio quelle implicazioni morali che per il giurista inglese costituivano il principale *vulnus* del diritto internazionale e impedivano di qualificarlo come *positive law* divenivano, nella riflessione di Wheaton, il presupposto della stessa positività del diritto delle genti (45).

Oltre Oceano la sua posizione non era isolata. Egli si muoveva nel solco della grande tradizione giuridica americana.

Una decina di anni prima, infatti, James Kent (1763-1847) aveva brillantemente individuato la molteplicità delle diverse componenti del diritto delle genti sottolineandone le origini cristiane, ne aveva ricomposto l'identità riconducendo la moralità individuale e quella collettiva all'interno del concetto stesso di scienza del diritto internazionale, ed infine ne aveva affermato il carattere vincolante per la comunità delle nazioni civili e cristiane d'Europa e di America (46). Non solo. Negli stessi anni in cui Wheaton pubblicava il suo lavoro, anche Joseph Story (1779-1845) aveva ricordato l'incidenza del cristianesimo e dello spirito commerciale per la strutturazione giuridica delle relazioni internazionali e Franz Lieber (1798-1872) aveva sottolineato la fecondità del dialogo tra diritto e morale, insistendo sulla necessità di applicare i principi dell'etica alla scienza politica (47).

Wheaton, però, dovendo cercare nella terza edizione degli *Elements* un più saldo sostegno teorico alle sue intuizioni sulla positività del diritto internazionale e sul rapporto tra dimensione religiosa, universalità e diritto delle genti non utilizzò nessuno dei giuristi sopracitati, preferendo loro l'autorità di Savigny e l'imma-

(44) In un passo famoso John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Murray, 1832, pp. 147-148 aveva escluso il carattere positivo del diritto internazionale. Wheaton lo cita a p. 47 degli *Elements*, ma anche nella prefazione della *History of the Law of Nations*, cit., p. IV.

(45) Cfr. JANIS, *The American Tradition*, cit., p. 48.

(46) J. KENT, *Commentaries on America Law*, Boston, Little, Brown and Company, vol. 1, 1860, p. 3.

(47) J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, London, Maxwell, 1841, p. 7; F. LIEBER, *Manual of Political Ethics*, Clark, New York, 1890.

gine che il giurista tedesco aveva tracciato del diritto internazionale nelle pagine del *Sistema* ⁽⁴⁸⁾. La riflessione savignyana gli permetteva inoltre di ripensare la strutturazione delle relazioni giuridiche tra Occidente e mondo musulmano, attribuendo un'efficacia colonizzatrice ai valori occidentali di umanità, giustizia, liberalità. La fiducia che Savigny riponeva nella forza morale e civilizzatrice del cristianesimo di condurre all'applicazione di un diritto analogo al diritto internazionale europeo anche nei confronti di popolazioni di fede diversa e al di fuori di condizioni di reciprocità, sembrava trovare riscontro nella realtà politica e nella prassi diplomatica degli ultimi anni. Un diritto delle genti universale continuava ad apparirgli un'ipotesi impraticabile, un insieme di valori condivisi era ancora il necessario presupposto per un « ordinary *ius gentium* » e la reciprocità una condizione indispensabile di ogni relazione internazionale, ma le parole di Savigny venivano confermate dalla disponibilità delle nazioni musulmane e pagane a rinunciare alle loro consuetudini e ad abbracciare quelle cristiane degli stati europei e dell'America. Il diritto di legazione cominciava ad essere riconosciuto in Turchia, Persia, Egitto e negli Stati dell'Africa del Nord, la Turchia stessa si apriva al diritto pubblico dell'Europa come l'impero cinese al commercio internazionale, abbandonando i suoi tradizionali principi di chiusura ed ostilità verso l'Occidente ⁽⁴⁹⁾.

« The law of nations — scriveva nelle conclusioni della *History of the Law of Nations* — as science has advanced with the improvements in the principles and language of philosophy; with our extended knowledge of the past and present condition of mankind resulting from the deeper researches into the obscurer periods of the history and the discovery of new regions of the globe; and with the greater variety and importance of the questions to which the practical application of the system has given rise. And lastly, that the law

⁽⁴⁸⁾ Il passo di Savigny citato da H. WHEATON, *Elements of International Law*, III ed., Philadelphia, Lea & Blanchard, 1846, pp. 44-45, è tratto dal *Sistema*, cit., pp. 57-59; sull'influenza di Savigny e della scuola storica oltre Oceano rinvio a M. REIMANN, *Historische Schule und Common Law. Die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts im amerikanischen Rechtsdenken*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; C. VANO, « Il nostro autentico Gaio ». *Strategie della Scuola storia alle origini della romanistica moderna*, Napoli, Esi, 2000, pp. 271-316.

⁽⁴⁹⁾ WHEATON, *Elements* (1846, III ed.), cit., p. 40; 44-45.

of the nation, as system of positive rules regulating the mutual intercourse of nations, has improved with the general improvement of civilization, of which it is one of the most valuable products » ⁽⁵⁰⁾.

3. *Dall'Inghilterra alla Germania.*

Se l'autorità di Savigny era servita a Wheaton per trasformare un diritto radicato nella storia e fondato sulla morale cristiana in un sistema di regole positive, il profondo rinnovamento impresso dalla scuola storica agli studi giuridici non poteva non condurre anche in Gran Bretagna ad un'insoddisfazione sempre maggiore verso un diritto internazionale che non era ancora riuscito a liberarsi dall'abbraccio con la diplomazia e le cancellerie statali. Non è un caso quindi che una delle prime e più profonde voci critiche sia quella di James Reddie (1773-1852), giurista scozzese, allievo di John Millar a Glasgow, che non esitò a collocare Hugo « nel solco tracciato dai suoi maestri » ⁽⁵¹⁾.

Il principale obiettivo delle sue osservazioni erano proprio le tesi di Martens e Klüber, e in misura minore anche di Schmalz e Wheaton, e la priorità che esse riconoscevano ai trattati interstatuali nella scala gerarchica delle fonti del diritto internazionale. Reddie non disconosceva l'importanza delle convenzioni nella formazione di un diritto delle genti positivo, ma non voleva accettare che questa relazione divenisse esclusiva, in primo luogo perché continuava a sussistere un diritto delle genti naturale, e a doversi considerare sovraordinato rispetto al semplice diritto positivo; in secondo luogo perché quel diritto naturale, generale necessario primario, era esso stesso, in qualche modo, un diritto positivo. Le relazioni interstatuali che ne costituivano il fondamento rinviavano infatti ad una base morale comune, a regole universalmente condivise in grado di produrre diritti e obblighi e ad essere applicabili, sia agli uomini considerati nella loro identità individuale, sia agli uomini come popoli ⁽⁵²⁾. La positività del diritto internazionale poteva ricavarsi

⁽⁵⁰⁾ WHEATON, *History of the Law of Nations*, cit., p. 760.

⁽⁵¹⁾ VANO, « *Il nostro autentico Gaio* », cit., p. 279.

⁽⁵²⁾ J. REDDIE, *Inquiries in International Law*, Edimburgh, Blackwood, 1842, p. 141; in questo senso anche SCHMALZ, *Das europäische Völker-Recht*, cit., p. 8.

per via analogica dal diritto privato sul presupposto che a relazioni interstatali corrispondevano relazioni individuali di diritto privato, e che le regole morali applicabili ai rapporti interindividuali si sarebbero potute validamente estendere anche ai soggetti pubblici. L'equazione sembrava essere confermata dal fatto che anche nel diritto privato esistevano, come principi di *common law*, diritti e obbligazioni prive di un previo riconoscimento legislativo o giurisprudenziale, e che « non c'erano dubbi » sull'applicabilità delle obbligazioni internazionali, benché non fossero ancora sanzionabili o non esistesse un legislatore ed un'autorità giudiziaria universale, qualora vi fosse la richiesta « of one or more nations, against others, consistently with justice, and with general or universal expediency, or with the welfare of the whole of mankind » (53). Dunque, quei principi di giustizia e di reciprocità che esistevano « necessariamente » da sempre tra le nazioni anche senza essere riconosciuti in un trattato, dovevano ritornare ad essere la principale e più rilevante fonte del diritto internazionale. Ad essi seguivano le regole consuetudinarie, anche esse esterne ai trattati, fondate su di un uso prolungato nel tempo o su ragioni di convenienza e reciproca utilità ed infine, all'ultimo posto di questa scala gerarchica delle fonti, le regole accolte nelle convenzioni interstatuali (54).

Nel corso degli ultimi secoli il progresso delle nazioni europee, le affinità linguistiche, religiose, razziali, l'intensificarsi delle relazioni commerciali, la condivisione di un'idea unitaria di cultura e civiltà avevano favorito le creazioni di un diritto delle genti europeo fondato essenzialmente sulle regole ricevute nei trattati e nella prassi diplomatica. Si trattava di un processo verso il quale Reddie non era contrario *a priori*, anzi per il giurista inglese era « molto desiderabile » una ricognizione del materiale convenzionale o consuetudinario in uso tra gli stati europei, la sua codificazione e la graduale estensione a favore delle nazioni meno civili. Il problema era un altro e riguardava la relazione tra i principi naturali di giustizia e di ragione che costituivano il diritto naturale delle genti e i testi che avrebbero dovuto tradurli, convenzioni, decisioni, giurisprudenziali, atti legislativi, e che sarebbero andati a formare il corpo del diritto

(53) REDDIE, *Inquiries*, cit., p. 130; p. 148.

(54) Ivi, p. 144.

delle genti positivo o pratico. La risposta offerta da Martens, Klüber, e in parte anche da Schmalz e Wheaton, era stata insufficiente. La loro rappresentazione del *droit des gens de l'Europe*, così schiacciata sul secondo polo della relazione, gli appariva riduttiva ed estremamente debole sul piano pratico e sul piano teorico. Innanzitutto perché la positivizzazione dei principi di diritto naturale all'interno delle diverse fonti del diritto delle genti pratico era eventuale e limitata agli stati contraenti o alle parti coinvolte. Nessuna finzione poteva infatti giustificare l'estensione dell'efficacia e vincolatività di un trattato oltre i suoi firmatari, come in nessun modo poteva ricavarsi dai trattati stessi una teoria scientifica del diritto internazionale o un rilevante contributo alla creazione di un « diritto internazionale generale europeo » (55).

La riflessione di Reddie toccava il punto più delicato: la trasformazione del diritto internazionale in scienza e svelava la fragilità e la debolezza teorica delle costruzioni della giusinternazionalistica precedente, ma anche i limiti di una risposta che non riusciva a non utilizzare proprio quelle riflessioni. La storia, scriveva il giurista scozzese citando un passo del *Das europäische Völker-Recht* di Schmalz, aveva fornito i materiali che costituivano « il corpo del diritto internazionale pratico », individuando consuetudini e usi e attribuendo loro una *obligatory force* dal carattere generale. Attraverso queste fonti, o meglio attraverso la capacità che esse avevano di tradurre « la costituzione naturale delle nazioni », era possibile superare la contrapposizione tra diritto naturale e diritto e positivo (56). Ad esse però bisognava dare forma scientifica e per realizzare questo obiettivo non servivano né la storia né la prassi diplomatica. Era necessario invece « to search therein, for the notions, which serve as guides, to unfold these rules as derived from the fundamental principles of right and justice, to illustrate their application in detail, and thus to solve difficulties and to find precedents for such new cases, as may probably occur in future » (57).

La ricerca di un metodo e l'insoddisfazione verso un diritto internazionale affidato alla diplomazia e fondato sui trattati attraver-

(55) Ivi, p. 153; v. anche pp. 142-143; pp. 157-161.

(56) Ivi, p. 161.

(57) Ivi, p. 153.

sano anche l'opera di August Heffter (1796-1880), un giurista vicino alla scuola storica ed influenzato dall'hegelismo, il cui *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart* fu definito da Robert von Mohl (1799-1875) nel 1855, il miglior testo di diritto internazionale ⁽⁵⁸⁾. Sebbene il titolo non costituisse certo una novità, ponendosi nel solco della tradizione rappresentata da Martens, Klüber, Schmalz, e proiettando ancora l'ombra della diplomazia della Restaurazione sulla giovane scienza giusinternazionalistica, gli entusiasmi dei contemporanei erano comprensibili. Il diritto internazionale che il giurista tedesco immaginava era un diritto positivo, la cui positività, però, non si fondava esclusivamente sui trattati di diritto internazionale e dunque non rinviava ancora una volta al piano diplomatico, ma discendeva dal diritto privato. Il suo *europäisches Völkerrecht* si era aperto infatti al diritto privato e cercava, attraverso l'introduzione delle categorie giusprivatistiche — *personae, res, actiones* — e la ricostruzione del discorso internazionalistico secondo quelle categorie, la forza dogmatica di cui era privo e una via alternativa all'empirismo diplomatico e alle persistenze giusinternaturalistiche. I trattati continuavano ad essere la più importante fonte di obbligazione, con la consapevolezza che le relazioni interstatali erano fondate sul reciproco consenso ed esso, per essere valido, non aveva bisogno del riconoscimento formale di un trattato o sostanziale di una consuetudine ⁽⁵⁹⁾. Il trattato, quindi, era un contratto che esisteva fintanto vi fosse stata l'identità delle volontà delle parti. Da ciò discendeva che nel caso in cui uno dei contraenti avesse mutato parere, l'altro aveva il diritto di chiedere « die Wiederherstellung des vorigen Zustandes zu fordern mit Einschluß des Schadens, den durch redliches Eingehen in den Willen des Mitcontrahenten in seinen bisherigen Rechten erduldet hat » ⁽⁶⁰⁾. Tuttavia, nell'assenza di un'autorità legislativa e giudiziaria sovraordinata e di adeguati

⁽⁵⁸⁾ A. W. HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, Berlin, Schroder, 1844; cfr. R. von MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaft in Monographien dargestellt*, Erlangen, Enke, 1855, B. 1, p. 394; cfr. I. J. HUECK, *Pragmatism, Positivism and Hegelianism in the Nineteenth Century. August Wilhelm Heffter's Notion of Public International Law*, in M. STOLLEIS, M. YANAGIHARA (eds.), *East Asian Perspectives on International Law*, Baden Baden, Nomos, 2004, pp. 51-55.

⁽⁵⁹⁾ HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, cit., p. 12; p. 14.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 114.

mezzi coercitivi, gli unici elementi che avrebbe potuto garantire l'adempimento dell'obbligazione continuavano a riposare nella forza morale dell'impegno assunto nei confronti di chi partecipava ad una medesima comunità e nello stesso « sistema statale europeo », di un sistema, cioè, basato sul rispetto del principio della reciprocità e del bilanciamento dei poteri e di cui non si poteva fare parte se non riconoscendo la forza obbligatoria dei trattati ⁽⁶¹⁾.

Il diritto internazionale di Heffter non era solo un diritto statale esterno e non aveva negli stati i protagonisti assoluti ed unici. Era « la legge più libera che ci fosse », un diritto regolato dall'opinione pubblica e sottoposto al giudizio implacabile della storia. Le sue origini rinviavano allo stato di necessità che preesisteva alla formazione dei soggetti statali e presupponevano l'esistenza di una comunità internazionale fondata su valori condivisi cui partecipavano gli stati cristiani d'Europa e dalla quale non ci si poteva sottrarre ⁽⁶²⁾. La necessità che lo originava rendeva inutile il ricorso ad una sanzione formale e imponeva, come condizione di accesso e di permanenza, il rispetto di poche e semplici regole di civiltà. Il suo diritto internazionale era un diritto cristiano ed europeo, originatosi dall'incontro di tre diversi elementi: la chiesa di Roma, il feudalesimo e le crociate, il diritto romano. Dopo la frattura prodotta dalla riforma protestante, i principi di sovranità territoriale e di uguaglianza interstatale avevano fornito a questo diritto una nuova base, rinnovando la sua dimensione comunitaria e la sua umanità, e avevano permesso la creazione di uno spazio comune, giuridico, morale e economico. Il diritto internazionale ne costituiva e presiedeva i confini, affidando al filtro della cristianità la valutazione della civiltà di un popolo. Come già aveva scritto Savigny, anche per Heffter l'esclusione degli stati non cristiani da questo spazio comune, reso uniforme dalla religione e da principi giuridici condivisi, non impediva la creazione di relazioni internazionali con 'gli infedeli', ma semplicemente imponeva la loro sottrazione al piano giuridico e le affidava alle ragioni della politica, dell'economia o alle obbligazioni della morale ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 173.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 3.

⁽⁶³⁾ Ivi, pp. 11-12.

Il lavoro di Heffter era destinato ad ottenere un grande successo nella seconda metà del secolo XIX. Solo due anni dopo la sua pubblicazione Karl Kaltenborn von Stachau (1817-1866) vide in esso uno dei tentativi più soddisfacenti, realizzati sulla scia della *Kritik des Völkerrechts* di Hans Christop Gagern (1766-1852) ⁽⁶⁴⁾, di bilanciare dimensione storica e dimensione filosofica e di integrare, attraverso il ricorso alla necessità, la componente soggettiva del diritto internazionale, gli stati, all'interno di quella oggettiva, la comunità internazionale, senza metterne in discussione la loro sovranità ⁽⁶⁵⁾.

Si trattava però di un tentativo fallito. Secondo Kaltenborn, infatti, né Heffter né Heinrich Oppenheim (1819-1880), un altro giurista vicino all'hegelismo, erano riusciti ad individuare i principi fondamentali attraverso i quali procedere ad una ricostruzione organica dell'intero diritto internazionale e a soddisfare quegli obiettivi di bilanciamento che si erano proposti e verso i quali si rivolgevano i suoi sforzi e quelli di gran parte della giusinternazionalistica del XIX secolo ⁽⁶⁶⁾. « Besonders — ricordava Kaltenborn — scheinen die philosophischen und positiven Elemente in ihrem wahren Verhältnisse entweder nicht erkannt oder doch in den Werken nicht organisch verbunden. Es wird mehr eine aus einer wissenschaftlichen Sichtung und Scheidung beider Gebiete hervorgegangene Darstellung des positiven oder eines philosophischen Völkerrechts geliefert werden. Dazu kommt eine grosse Mangelhaftigkeit in Aufstellung der obersten Principien des Völkerrechts, woraus wieder mit Nothwendigkeit die Unvollkommenheit der systematischen Darlegung hervorgeht » ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁴⁾ H. C. E. von GAGERN, *Kritik des Völkerrechts. Mit praktischer Anwendung auf unsere Zeit*, Leipzig, Brockhaus, 1840.

⁽⁶⁵⁾ C. KALTENBORN VON STACHAU, *Kritik des Völkerrechts. Nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft*, Leipzig, Mayer, 1847, pp. 207-208; p. 245. Questi erano del resto gli obiettivi che lo stesso Kaltenborn si proponeva di realizzare, sinteticamente S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo 1870-1914*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 20-21; KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nation*, cit., pp. 24-26.

⁽⁶⁶⁾ Si ricordi che Kaltenborn aveva già recensito il lavoro di Heffter e quello di Oppenheim (*System des Völkerrechts*, Frankfurt am Main, Literarische Anstalt 1845) negli « Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik », 109, 1846, pp. 865-899.

⁽⁶⁷⁾ KALTENBORN, *Kritik des Völkerrechts*, cit., p. 208. Sono dedicate ad Heffter le pp. 208-220; a Oppenheim le pp. 220-227.

La costruzione scientifica del diritto internazionale richiedeva per Kaltenborn forte consapevolezza metodologica e ampia conoscenza storica. La storia avrebbe riunito, attraverso le genealogie, il tempo dei precursori, quello glorioso dei padri e un presente carico di speranze, ed illustrato i progressi del metodo sistematico. Ma affinché la storia non fosse semplice erudizione bisognava costruirla e raccontarla per mezzo dell'idea di sistema. La storia di Kaltenborn seguiva, quindi, un duplice percorso rivolto, da un lato, ad offrire, attraverso una prospettiva filosofica e positivista, un esame della dottrina giusinternazionalistica da Gentili fino ad Oppenheim; dall'altro, a preparare la sua personale *Versuch einer Systematik* attraverso una ricostruzione storica e sistematica del diritto internazionale da Grozio fino a Martens ⁽⁶⁸⁾.

Del sistema e della storia non era più possibile fare a meno ⁽⁶⁹⁾.

Per Kaltenborn vi era, però, ancora molto da lavorare, sia sotto il profilo della ricostruzione storica del diritto internazionale, sia della sua rappresentazione in forma sistematica. Si trattava di un compito estremamente difficile, stretto tra il rischio di scivolare nell'erudizione o di cadere in un « triviale schematismo o formalismo », che il giurista di Königsberg affidava alla scienza giuridica, riconoscendogli il ruolo di vera e propria fonte del diritto internazionale. Per Kaltenborn infatti la coscienza giuridica di un popolo, fonte originaria di tutto il diritto, si manifestava all'esterno, oltre che attraverso le consuetudini e la legislazione, anche tramite la scienza ⁽⁷⁰⁾. Essa ne sarebbe stata l'organo e avrebbe dovuto prima interpretare consuetudini e leggi, svelando a partire dai casi particolari e tramite il ricorso all'analogia e ad una « combinatorische Thätigkeit » i più profondi principi del diritto, e poi rappresentare per mezzo degli stessi principi e dell'at-

⁽⁶⁸⁾ KALTENBORN, *Kritik des Völkerrechts*, cit., pp. 118-230; 273-293. Il primo percorso è tracciato in KALTENBORN, *Zur Geschichte des Natur und Völkerrechts sowie der Politik*, B. 1, *Das Reformationzeitalter vor Grotius*, Leipzig, Mayer, 1848, p. 28;

⁽⁶⁹⁾ Cfr. le storie sistematiche di A. BULMERINCQ, *Die Systematik des Völkerrechts von Grotius bis auf die Gegenwart*, Dorpat, Karow, 1858; A. RIVIER, *Literarhistorische Uebersicht der Systeme und Theorien des Völkerrechts seit Grotius*, in F. von HOLTZENDORFF (Hrsg.), *Handbuch des Völkerrechts*, B. 1, Berlin, Habel, 1885, pp. 393-523; P. HEILBORN, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus völkerrechtlichen Begriffen*, Berlin, Springer, 1896.

⁽⁷⁰⁾ KALTENBORN, *Kritik, des Völkerrechts*, cit., p. 232.

tività interpretativa « das ganze Recht in seinen Gliederungen und Details als ein System von Rechtsgrundsätzen » (71). Non era un'attività esclusivamente teorica. I principi fondamentali che costituivano la struttura del sistema ne avrebbero prodotto di nuovi che, se pur non potevano considerarsi ancora « un vero diritto », apparivano un « penitente invito » alla loro positivizzazione. Inoltre i giudici, veri e propri « Träger der Wissenschaft », erano chiamati ad un'attiva partecipazione nel processo di traduzione giuridica della coscienza del popolo. Essi dovevano seguire il viaggio di ritorno che dal generale conduceva al particolare e procedere con l'applicazione dei principi al caso concreto. Ed infine, se la costruzione sistematica del diritto era l'oggetto e il fine ultimo della scienza giuridica, sarebbe stato possibile raggiungere questo obiettivo solo riconoscendo la dimensione storica in cui la stessa scienza giuridica era immersa. I materiali di cui si componeva il diritto, secondo Kaltenborn, emergevano solo attraverso la consapevolezza della loro storicità. Organizzare scientificamente il discorso giuridico significava, quindi, fare storia del diritto, ricostruirne e rappresentarne lo sviluppo storico e teorico (72). In altre parole capire come « die Rechtsideen wissenschaftlich begriffen, zergliedert, combinirt, systematisirt und philosophisch begriffen worden sind ». Per trasformare anche il diritto internazionale in « una scienza storicamente orientata » non era sufficiente, allora, raccogliere semplicemente dati o fatti quanto, piuttosto, dare loro forma organica e sistematica, ricomporre il tessuto delle connessioni interne e, per il loro tramite, cogliere la graduale emersione delle *Rechtsidee* nella vita dei popoli (73). Solo quando « die Rechtsgeschichtswissenschaft — aggiungeva Kaltenborn — alle Details nach ihren leitenden Grundsätzen zu beherrschen, sie auf gewisse oberste Principien zurückzuführen, als graduelle Manifestationen der einen ewigen Idee des Rechts nachzuweisen und die ungeheure Mannigfaltigkeit, die

(71) Ivi, p. 235.

(72) Così anche H. HÄLSCHNER, *Zur wissenschaftlichen Begründung des Völkerrechts*, in « Zeitschrift für volksthümliches Recht und nationale Gesetzgebung », 1, 1844, pp. 26-66; MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaft*, cit., pp. 391-404 e con molto chiarezza A. BULMERINCQ, *Praxis Theorie und Codification des Völkerrechts*, Leipzig, Duncker & Umlot, 1874, pp. 95-96; v. anche F. von HOLTZENDORFF, *Einleitung in das Völkerrecht*, in Id. (Hrsg.), *Handbuch des Völkerrechts*, cit., p. 155.

(73) KALTENBORN, *Kritik*, cit., pp. 240-241.

überschwengliche Fülle der positiven Facta in ihrem innersten Zusammenhange, als eine principielle d.h. philosophische im besten Sinne des Wortes » (74).

Tracciate le linee di sviluppo dei concetti, fatte emergere le fondamenta, occorre definire la struttura del sistema. Occorre, cioè, individuare i principi attraverso i quali costruire e articolare, sul modello privatistico, « la parte generale » del diritto internazionale. Era quello che Heffter e Oppenheim avevano provato a realizzare. I risultati certo non erano stati soddisfacenti, ma la direzione era stata segnata. Alla metà del secolo il rinnovamento del diritto internazionale, o meglio la possibilità di una conoscenza scientifica del diritto internazionale, passava necessariamente, da un lato, attraverso il diritto privato e l'idea di sistema, dall'altro attraverso il riconoscimento della centralità del ruolo della scienza giuridica e della sua capacità di porsi come interprete della coscienza popolare (75).

La soggettività degli stati, l'oggettività della comunità internazionale e le forme delle loro relazioni costituivano, quindi, i criteri guida per la formazione di una « parte generale » e per definire un'articolazione delle materie giusinternazionalistiche che permettesse di ricomporre l'unità del diritto internazionale e di rappresentarlo nella sua totalità. Ma soggettività ed oggettività erano anche i due poli che segnavano l'attività dell'internazionalista impegnato nella difficile attività di mediazione tra le ragioni degli stati e quelle della comunità internazionale, tra la difesa del principio di sovranità e il riconoscimento del superiore carattere organico della società internazionale, infine tra la necessaria partecipazione degli stati ad un consorzio umano più ampio di quella porzione di popolo che essi potevano rappresentare e il mantenimento della loro altrettanto necessaria individualità, libertà, autonomia, unità (76).

Individuare nella comunità internazionale il fondamento del diritto delle genti, il dato obiettivo e il principio necessario dal quale era possibile ricostruire e rappresentare il diritto internazionale in

(74) Ivi, p. 242.

(75) Ivi, p. 296; Id., *Zur Revision der Lehre von den internationalen Rechtsmitteln*, « Zeitschrift für die gesammte Wissenschaft », 17, 1871, pp. 78-79; 85 ss.

(76) KALTENBORN, *Kritik*, cit., pp. 260-263.

chiave organica e, nello stesso tempo, ricondurre al piano della coscienza l'origine stessa di questo diritto, imponeva a Kaltenborn di interrogarsi sull'ambito spaziale della comunità internazionale e su quello di validità del suo diritto. Sistemático e storico, anche il diritto internazionale di Kaltenborn non poteva non essere un prodotto della civiltà cristiana ed un bene prezioso destinato solo a quegli stati che ne condividevano valori e storia. La dimensione oggettiva e necessitata della comunità internazionale, la spiritualità evocata dalla coscienza giuridica dei popoli rinviavano ad un fondamento comune, sacrale ed autoritativo, in grado di superare « die natürlichen Scheidungen und Gegensätze der Nationalitäten » che affliggevano l'Europa e di individuare l'esistenza di un principio morale di libertà di cui partecipavano i singoli individui, gli stati e di cui era informata sia la politica interna sia quella internazionale.

Il diritto internazionale positivo era segnato dalla cristianità. « Nur die christlichen Völker und Reiche haben-*bis* jetzt vermocht, ihr Rechts — und Staatsleben-*bis* zu einem Völkerrechtsleben auszubilden und ihre internationalen Beziehungen nach den wahren Grundsätzen des Rechts unter Anerkennung der berechtigten Selbstständigkeit der Einzelstaaten in einem Staatensysteme auszubauen. [...]. Die andern Staaten haben internationale Beziehungen; diese stehen aber nicht auf der Basis des Rechts. Dies lehrt die Geschichte » (77).

Sarebbe un errore, però, vedere in questa insistenza sulla dimensione cristiana del diritto internazionale positivo una sopravvivenza premoderna, un rigurgito religioso destinato ad essere presto assorbito dal nuovo paradigma della civiltà o, infine, un semplice luogo retorico. In primo luogo perché fino agli inizi del Novecento, cristianità e civiltà concorsero nelle autodescrizioni della realtà giuridica politica occidentale e nel processo di differenziazione con le popolazioni selvagge, semi selvagge o anche semplicemente più arretrate perché non cristiane. In secondo luogo perché, proprio con Kaltenborn, l'individuazione di un principio obiettivo e di una dimensione oggettiva, necessitata e prestatuale — che, su un piano morale, si manifestavano nella coscienza del popolo e che, su un piano dogmatico politico, si traducevano rispettivamente nella pre-

(77) Ivi, p. 270; pp. 266-272.

visione di una « parte generale » e nel riconoscimento della sovraordinazione della comunità internazionale sui suoi singoli componenti — furono in grado di trasformare quel luogo retorico, la cristianità, nel presupposto costitutivo di un diritto internazionale scientifico, sistemico, storico, e in uno strumento con cui contemperare teoricamente le ragioni degli stati con le esigenze della società internazionale. Era possibile, in altri termini, individuare nella *völkerrechtliche Gemeinschaft* il principio obiettivo del diritto internazionale in quanto la comunità internazionale si basava su di una comune coscienza giuridica che a sua volta rinviava ad una dimensione più profonda, religiosa e morale, storicamente fondata e condivisa (78). La comunità poteva divenire quindi il dato oggettivo in grado di superare e risolvere in sé le soggettività statali. La cristianità, attraverso il concetto di coscienza, ne avrebbe costituito il tessuto e definito i confini, fornendo giuridicità alle relazioni statali che si svolgevano al suo interno e affidando a qualcosa che rassomigliava al diritto ma che non lo era, la definizione dei rapporti con il fuori. « Das Recht — scriveva Kaltenborn — verlangt Gegenseitigkeit ». E nel 1847 la garanzia di una reciprocità tra stati cristiani e non cristiani ancora non c'era. Il tempo e i contatti, avrebbero reso possibile la creazione di « una vita internazionale » poggiata su di una « base giuridica pura », e aiutato quest'ultimi a prendere « eine gewisse Färbung des christlichen Staatscharakters », cioè ad assumere l'ordine politico, la moderazione e le caratteristiche dei primi (79).

Circa quarant'anni dopo il percorso di incivilimento per alcuni non sembrava essersi ancora concluso e per altri non se ne vedeva l'inizio. L'accesso degli stati islamici ed orientali, scriveva per esempio Fëdor Fedorovich Martens (1845-1909), era ancora subordinato

(78) Insiste sulla dimensione oggettiva della comunità come principio fondante del diritto internazionale R. von MOHL, *Die Pflege der internationalen Gemeinschaft als Aufgabe des Völkerrecht*, in ID., *Staats Recht, Völkerrecht und Politik*, Tübingen, Laupp'schen Buchhandlung, 1860, B. 1, p. 587 ss.; cfr. anche Fëdor Fedorovich MARTENS, *Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisierten Nationen systematisch dargestellt*, trad. C. Bergbohm, Berlin, Weidmann, 1883, B. 1, pp. 199-202.

(79) KALTENBORN, *Kritik*, cit., p. 215-216; così già H. WHEATON, *Elements of International Law*, 6. ed. (a cura di William Beach Lawrence), Boston, Little, Brown and Company, 1855, pp. 20-21.

all'assunzione degli elementi fondamentali della civilizzazione europea e la partecipazione garantita in relazione al livello culturale e di civiltà raggiunto, mentre i popoli non civilizzati, continuava il giurista e diplomatico russo, non potevano neppure concepire l'idea di una comunità internazionale di cui la storia aveva mostrato chiaramente il carattere europeo e cristiano ⁽⁸⁰⁾.

Qualificare religiosamente l'ambito spaziale del diritto internazionale significava quindi interrogarsi sulle possibilità di « esportare » questo diritto oltre i confini europei e utilizzare la dimensione religiosa come minimo comun denominatore delle volontà soggettive statali e del principio obiettivo comunitario. Era il tentativo di fornire una soluzione a partire dalla cristianità, ri assemblando come in un *puzzle* gli elementi — storia diritto sistema scienza coscienza popolo — che la dottrina aveva selezionato e sui quali si concentreranno gli sforzi della giusinternazionalistica tra Otto e Novecento per la costruzione del “moderno” diritto internazionale.

Non deve stupire quindi che ancora agli inizi del Novecento un giurista come Otfried Nippold (1864-1938) avvertisse l'esigenza di confrontarsi con le costruzioni di Kaltenborn, riconoscendogli il merito di avere visto nella comunità il fondamento scientifico ultimo del diritto internazionale, un principio obiettivo in grado di contenere la forza autarchica che il concetto di sovranità era in grado di sprigionare ⁽⁸¹⁾. Certo, rimaneva nelle sue pagine un dualismo oggettività soggettività che già Bulmerincq (1822-1890) aveva criticato e che non appariva più in sintonia con i tempi, e resisteva in esse ancora una stretta relazione tra principio oggettivo e dimensione ideale o religiosa ⁽⁸²⁾. La comunità internazionale continuava a non

⁽⁸⁰⁾ MARTENS, *Völkerrecht*, B. 1, cit., pp. 203-204; cfr. anche HOLTZENDORFF, *Einleitung in das Völkerrecht*, cit., pp. 11-18.

⁽⁸¹⁾ O. NIPPOLD, *Die Fortbildung des Verfahrens in Völkerrechtlichen Streitigkeiten. Ein völkerrechtliches Problem der Gegenwart speziell im Hinblick auf die Haager Friedenskonferenzen*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1907, pp. 52-54.

⁽⁸²⁾ Una prima critica al dualismo oggettività soggettività, o meglio al tentativo di mediazione svolto da Kaltenborn e posto a fondamento del suo discorso internazionalistico può leggersi in K. PUTTER, *Über das Prinzip des praktischen europäischen Völkerrechts*, « Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft », 4, 1847, p. 549 ss. (535-563); diffusamente BULMERINCQ, *Die Systematik des Völkerrechts*, cit., p. 330-331; ID., *Praxis Theorie und Codification*, cit., p. 149; cfr. anche Heilborn, *System*, cit., pp. 369-411.

poter fare a meno di una coscienza giuridica comune, che rinviava ancora ad una « *Kulturalgeimeinschaft* », secondo la definizione di Franz von Listz (1851-1919), cioè ad una civiltà (e ad una religione) condivisa, ma che implicava, in maniera sempre più forte, il sentimento di appartenenza ad una comunità coesa anche economicamente ⁽⁸³⁾.

Alla fine del secolo « il progressivo incivilimento » aveva reso possibili nuove e più profonde relazioni tra i popoli e diffondeva la consapevolezza che la soddisfazione degli interessi nazionali passasse per il rafforzamento dei traffici commerciali, la creazione di una rete di dipendenze reciproche ed infine la realizzazione delle ragioni economiche della comunità ⁽⁸⁴⁾. La società internazionale degli stati europei, civili e cristiani, era ormai anche una « *Interessengemeinschaft* », fondata sul principio oggettivo della solidarietà degli interessi e aperta a chi si riconoscesse o si adeguasse ai suoi standards, morali, religiosi, giuridici, politici ed economici.

Attraverso la riflessione di Kaltenborn, dunque, la giusinternazionalistica tedesca era giunta ad individuare nell'oggettività della comunità il fondamento del diritto internazionale ed aveva poi provato a connotarla attraverso contenuti non più solo religiosi, ma economici e solidaristici. Per Erich Kaufmann (1880-1972) questa operazione non era, però, ancora sufficiente per liberare il diritto internazionale dal suo paradosso 'originario', dal paradosso, cioè, di un diritto positivo che non riesce a superare la contingenza e la mutabilità delle decisioni statali se non rinviando ad una dimensione metagiuridica necessitata e produttrice di vincoli obbligatori. Ricondurre a Kaltenborn « la nuova e vera fondazione del diritto internazionale » permetteva di vedere come la rinascita del diritto internazionale nel diciannovesimo secolo si fondasse, sul modello giusprivatistico, su di un sistema di subordinazione delle volontà statali (*Subordinationsystem*) segnato dalla cristianità e da un'idea di ordine che, politicamente, risaliva alla Santa Alleanza e, filosofica-

⁽⁸³⁾ F. von LISZT, *Völkerrecht systematisch dargestellt*, Berlin, Haering, 1898, cit., p. 2.

⁽⁸⁴⁾ M. VEC, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006.

mente, al principio monarchico di Friedrich Julius von Stahl (1802-1861) ⁽⁸⁵⁾. Il ricorso al concetto di solidarietà al fine di superare quest'assetto, tuttavia, era stato inutile. Secondo Kaufmann, infatti, il diritto internazionale non si sarebbe dovuto fondare sulla « solidarietà degli interessi internazionali », ma su di « un solidale interesse internazionale ». Non si trattava di un gioco di parole. Era piuttosto un ripensamento profondo dell'intera struttura del diritto internazionale che, ripartendo dal principio di autoconservazione dei soggetti statali, dissolveva ogni residuo giusnaturalistico e permetteva di trasformare il diritto internazionale in un sistema di coordinazione delle volontà statali all'interno della comunità internazionale ⁽⁸⁶⁾.

4. *Tra diritto naturale e diplomazia: uno sguardo sugli anni '50*

L'immagine del diritto internazionale che Kaltenborn aveva fissato nella sua *Critik des Völkerrechts* era, dunque, quella di un diritto internazionale cristiano ed europeo, di un diritto nuovo, scientifico e sistematico, la cui scientificità e sistematicità rinviavano ad una dimensione più profonda, politica e morale, intimamente cristiana. Alla metà del secolo diplomazia e religione non costituivano solo i canali attraverso i quali regolare relazioni politiche o commerciali con stati non cristiani, ma continuavano a strutturare il diritto internazionale e a condizionare le categorie interpretative dei giuristi. Diplomazia e religione non erano semplicemente due distinte problematiche da superare nel percorso verso la definizione di una scienza del diritto internazionale, quanto, piuttosto, due aspetti del medesimo problema che impedivano ai protagonisti del nostro racconto di uscire dal cono d'ombra della Santa Alleanza e dalla forza performativa della Proclamazione del 1815 ⁽⁸⁷⁾. I precetti di giustizia, carità e pace, che avevano ispirato l'azione dei principi europei nel governo della « famiglia della nazione cristiana », ave-

⁽⁸⁵⁾ Erich KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausola rebus sic stantibus. Eine rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe* (1911), Aalen, Scientia, 1964, pp. 183-186.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 203.

⁽⁸⁷⁾ W. GREWE, *Fontes iuris gentium*, Berlin, de Gruyter, 1992, B. 3, 1, p. 107.

vano guidato anche la penna dei giuristi nel dare ad essa forma giuridica e nell'immaginare l'Europa come uno spazio uniforme in grado di superare confini e differenze nel segno dei principî di autorità e legittimazione. Lo stesso Kaltenborn — il giurista europeo che con maggiore consapevolezza, partendo da questi presupposti, aveva dato avvio ad una costruzione scientifica del diritto internazionale —, nel 1847, non aveva mancato di sottolineare le insufficienze della democrazia e, nel 1871, insisteva nel ricordare i meriti del Trattato di Vienna ⁽⁸⁸⁾. Pur se il mondo era cambiato e se i giuristi e i diplomatici, a partire dagli anni settanta dell'Ottocento, presero atto del fallimento del progetto politico della Santa Alleanza, per il giurista di Königsberg ad esso si doveva l'individuazione dei punti essenziali su cui continuava a fondarsi il diritto internazionale e l'impegno, ribabito alla Conferenza di Aix La Chapelle nel 1818 dalle cinque più grandi potenze europee, Austria, Prussia, Russia, Francia, Inghilterra, per la conservazione dell'ordine in Europa ⁽⁸⁹⁾.

Kaltenborn non esagerava. La matrice originaria del diritto internazionale, come prodotto dell'ordine politico europeo, rimaneva la cristianità ed era proprio quest'ultima, sotto forma di principi morali pur non connotati espressamente come religiosi, che avrebbe permesso al diritto internazionale delle 'nazioni civilizzate' degli anni '60 e '70 di scorrere placidamente nell'alveo tracciato dal vecchio *europäische Völkerrecht*.

Ma se la cristianità era sinonimo di civiltà e le *puissances de la chrétienté*, come si legge nella Dichiarazione per l'abolizione della schiavitù del 1815, erano i *pays civilisés*, nazioni moralmente tenute ad una battaglia globale per la difesa della dignità dell'uomo, non si poteva sostenere che la giusinternazionalistica concordasse nell'affermare l'inesistenza di un diritto internazionale non cristiano o che l'autorappresentazione delle potenze europee come nazioni civili escludesse l'esistenza di altre nazioni civilizzate quantomeno cri-

⁽⁸⁸⁾ KOSKENNIEMI, *The Gentle civilizer of Nations*, cit., p. 26.

⁽⁸⁹⁾ KALTENBORN, *Zur Revision der Lehre von den internationalen Rechtsmitteln*, cit., p. 93. Un estratto del protocollo del Congresso di Aix La Chapelle (9.11.1818), è edito da Georg Friedrich von MARTENS, *Nouveau Recueil de traités d'alliance, de paix, de trêve, de neutralité, de commerce, de limites, d'échange etc. et de plusieurs autres actes servant a la connaissance des relations étrangères des Puissances et états de l'Europe ... depuis 1808 jusqu' à présent*, Goettingue, Dieterich, T. IV, 1820, pp. 562-566.

stiane ⁽⁹⁰⁾. La comune tradizione culturale e la condivisione delle stesse radici avevano permesso l'ingresso immediato degli Stati confederati americani nel club esclusivo delle nazioni civilizzate e, dagli anni venti dell'Ottocento, ne avevano facilitato l'accesso alle repubbliche dell'America centrale e meridionale. Secondo il ministro degli esteri inglese lord Canning (1770-1827), impegnato nel *balancing of powers* tra vecchio e nuovo mondo ed attento ad arginare le pretese restauratrici della Santa Alleanza, le nuove repubbliche avrebbero dovuto essere riconosciute automaticamente una volta conseguita l'indipendenza e soddisfatti i requisiti di pubblicità, stabilità, controllo del territorio, abolizione della schiavitù. Il loro riconoscimento sarebbe dovuto essere, cioè, un atto dovuto, indipendente dall'eventuale rifiuto della madre patria. Intervenedo alla camera dei Comuni nel 1824, Sir James Mackintosh (1765-1832) lo aveva definito un provvedimento virtuale, privo di carattere giuridico, la semplice presa d'atto di un'indipendenza già avvenuta ⁽⁹¹⁾.

Wilhelm Grewe ha dato l'opportuno risalto ai discorsi del diplomatico e del giurista inglesi, ricordando l'assenza di ogni riferimento all'Europa e alla cristianità e sottolineando che la « recezione » di un nuovo stato all'interno della società delle nazioni civili era subordinata alle garanzie che esso sarebbe stato in grado di offrire in ordine all'abolizione della tratta dei neri. Per lo studioso tedesco emergevano dagli interventi di Canning e Mackintosh i segni di una profonda trasformazione. Il piccolo gruppo delle nazioni cristiane europee era divenuto la società delle nazioni civilizzate e l'abolizione della schiavitù, lo standard minimo di civiltà richiesto per accedervi ⁽⁹²⁾.

Tuttavia, è forse eccessivo rinvenire nell'ingresso del sintagma « civilized nations » all'interno della discorsività diplomatica e giu-sinternazionalistica una frattura così significativa da incidere, oltre

⁽⁹⁰⁾ Cfr. la *Declaration of Eight European Courts on the Abolition of the Slave Trade*, 8.2.1815, in GREWE, *Fontes*, B. 3, 1, cit., p. 376; vedi anche W. GREWE, *The Epochs of International Law*, Berlin New York, de Gruyter, 2000, p. 451.

⁽⁹¹⁾ GREWE, *Epochs*, cit., p. 452; pp. 499-500, cui si rinvia anche per la citazione di Mackintosh (*The Miscellaneous Works of the Right Honourable Sir James Mackintosh*, London, Longman, Brown, Green, and Longmans 1846, vol. 3, p. 441).

⁽⁹²⁾ GREWE, *Epochs*, cit., pp. 499-500.

che sul piano semantico, anche su quello contenutistico, o l'indice chiaro del passaggio da un diritto pubblico spazialmente limitato all'Europa ad uno realmente senza confini. Si deve ricordare, piuttosto, che, da un lato, la cristianità continuava a costituire il presupposto necessario della civiltà e che solo la persistenza di un'assoluta identità tra cristianità e civiltà permetteva l'automatica applicazione del diritto internazionale fuori dall'Europa; dall'altro, che il ricorso sempre più frequente al concetto di civiltà e civilizzazione, cui non erano estranee anche nuove argomentazioni di carattere antropologico sociologico o economico, era dovuto alla loro maggiore modulabilità rispetto al concetto di cristianità. All'interno di un discorso giuridico che cominciava a connotarsi in senso razziale, autorappresentarsi come nazioni civili più che come nazioni cristiane, diveniva lo strumento migliore per procedere alla classificazione dell'altro e per offrire forme di inclusione differenziata commisurate al parametro di civilizzazione raggiunto.

Per evitare, inoltre, di caricare di eccessivi significati le fratture semantiche o l'ingresso del nuovo sintagma e la sua forza retorica è opportuno sottolineare, ancora una volta, l'utilizzo 'promiscuo' che i giuristi hanno fatto delle espressioni nazioni civilizzate e nazione cristiane fino agli inizi del XX secolo. Per esempio, nell'articolo d'apertura del primo numero della rivista di diritto internazionale pubblico, uno dei suoi fondatori, Antoine Pillet (1857-1926), tracciando un bilancio della scienza giusinternazionalistica, non poteva fare a meno di sottolineare che: « le droit des gens s'est développé en fait entre peuples attachés à la foi chrétienne et que, aujourd'hui encore, il ne s'applique dans toute sa plénitude et avec l'entière réciprocité qui est de sa nature qu'entre ces mêmes peuples. Il est du reste aisé de comprendre qu'entre nations reconnaissant des dogmes religieux identiques ou sensiblement analogues, il se forme des idées communes de justice qui rendent possible la reconnaissance d'un ensemble de droit et de devoirs mutuels »⁽⁹³⁾. Pochi anni più tardi Lassa Oppenheim confermava in maniera ancora più esplicita le sovrapposizioni tra civiltà e cristianità, definendo il

(93) Antoine PILLET, *Le droit international public. Ses éléments constitutifs, son domaine, son objet*, in « Revue générale de droit international public », 1, 1894, p. 24.

diritto internazionale « il prodotto di una moderna civilizzazione cristiana » ⁽⁹⁴⁾.

Se anche un giurista poco incline a visioni giusnaturalistiche del diritto internazionale come Oppenheim riconosceva, ancora agli inizi del XX secolo, il ruolo della religione e la natura cristiana del diritto internazionale, non deve stupire quindi la centralità della componente religiosa nella riflessione della dottrina e della giurisprudenza anglo americana per tutto l'Ottocento. Proprio uno degli autori citati da Grewe come simbolo del superamento del paradigma religioso, James Mackintosh, nella prelezione ad un corso di diritto internazionale che avrebbe svolto presso il *Lincoln's Inn* di Londra, insisteva sulla dimensione morale del diritto internazionale e sull'influenza del cristianesimo nella sua formazione. Esso era un frutto delle nazioni civilizzate cristiane. Tuttavia, la forza morale e religiosa che vi respirava e che le consuetudini e i trattati avevano tradotto in diritto positivo, nel « public code of the Christian commonwelth » per Mackintosh, non era solo un'esclusiva di tali nazioni. Esistevano in tutti gli uomini e presso tutti i popoli, le stesse verità fondamentali e i medesimi principi guida. Vi era quindi un grumo di valori condiviso che avrebbe dovuto permettere di superare le distinzioni tra le civili e cristiane nazioni europee e tutte quelle più o meno selvagge ed imporre alle prime, in virtù dello spirito di carità proprio della religione cristiana, la diffusione dei principi del diritto delle genti ⁽⁹⁵⁾.

Niente di nuovo, potremmo dire. Sono temi e aspirazioni cari alla riflessione dottrinale e giurisprudenziale anglo americana che, dopo aver percorso, come si è visto nei paragrafi precedenti, le riflessioni più mature e giuridicamente più salde di Lieber, Kent, Story, Wheaton, ritroviamo, alla metà del secolo, in Inghilterra nei lavori di due autori poco noti come Leone Levi (1821-1888) e Charles Malcolm Kennedy (1831-1908) e nei *Commentari* di un internazionalista 'di fama' come Robert Phillimore (1810-1885). Si tratta di tre autori i cui testi, differenti per finalità, taglio e profon-

⁽⁹⁴⁾ L. OPPENHEIM, *International Law*, London, Longmans, Green and Co., 1905, p. 44.

⁽⁹⁵⁾ J. MACKINTOSH, *A Discourse on the Law of Nature and Nations* (1799), in *The Miscellaneous Works*, vol. 1, cit., pp. 344; 358-359; 367.

dità di analisi, ci offrono un quadro chiaro dei rapporti tra diritto, morale e religione, poco prima che il Trattato di Parigi del 1856 imponesse alla giusinternazionalistica di prendere atto dell'ammissione di uno stato non cristiano, l'impero ottomano, al « godimento dei benefici » del diritto internazionale europeo.

Dei tre, Leone Levi, giurista inglese di origini italiane e docente di diritto commerciale al *King's College* di Londra, è forse l'autore meno interessante ai fini della nostra ricerca, eppure vi è nel suo lavoro la percezione della complessità del tempo in cui viveva e il tentativo di cercare nel diritto la risposta alle sfide che l'Europa lanciava ai giuristi. Mentre scriveva, Levi sentiva risuonare l'eco dei cannoni dalle rive del Bosforo e, con il fragore di una guerra divenuta ormai europea — coinvolgendo oltre i due combattenti originari, Russia e Turchia, anche Inghilterra, Francia e Regno Sabauda —, assumeva la consapevolezza che con l'esposizione universale di Londra del 1851 si era chiuso per l'Europa quel periodo felice iniziato con il Congresso di Vienna ⁽⁹⁶⁾. Non tutto però era perduto. Vi erano anche dei segnali positivi. Negli stessi anni della guerra di Crimea si era aperta a Parigi un'altra Esposizione universale, in quasi quaranta anni di pace l'Europa (ma solo l'Europa) aveva realizzato rapidi e profondi progressi grazie agli effetti benefici che avevano profuso i principi di « civilizzazione, religione, commercio e scienza ». C'era bisogno dunque di una reazione, di uno scatto anche da parte dei giuristi. Levi li chiamava ad una lotta civile, ad una battaglia di civiltà per debellare, ripartendo da Dio e dalla sua legge, la guerra, per denunciarne il carattere criminale e ribadire con forza, tanto nel diritto interno quanto nel diritto internazionale, l'inviolabilità della vita umana ⁽⁹⁷⁾.

La guerra apre anche il libro di Kennedy, rivolto, come dichiarava sin dal titolo, a dimostrare l'influenza del cristianesimo nella formazione del diritto internazionale delle nazioni cristiane come di quelle non cristiane. Benché non ci fosse un diritto delle genti universale, l'esistenza di un principio generale di equità o di un principio morale condiviso, da cui tutte le leggi discendevano,

⁽⁹⁶⁾ L. LEVI, *The Law of Nature and Nations as affected by Divine Law*, London, Cash, 1855, pp. VII-IX.

⁽⁹⁷⁾ Ivi, pp. 19-20.

rendeva possibile l'esistenza, se pur in modo imperfetto e rozzo, di un diritto internazionale musulmano o orientale, ed in qualche modo anche di un diritto internazionale delle popolazioni selvagge dell'Africa o dell'America ⁽⁹⁸⁾. La guerra costituiva un'ottima prospettiva attraverso cui verificare gli effetti benefici del cristianesimo nel diritto internazionale. La religione cristiana infatti, ponendo un argine alla violenza, dandogli forma legale e introducendo principi di umanità nell'attività bellica, dapprima aveva costituito il più importante fattore della civilizzazione europea, poi aveva esteso la sua influenza alle popolazioni extraeuropee con cui era venuta in contatto. Attraverso la forza comunicativa del concetto di bene, le relazioni commerciali e la diplomazia, il cristianesimo era riuscito a permeare le legislazioni di guerra e le pratiche belliche della maggior parte dei paesi di fede islamica, e ad imporre finanche alle « più barbare popolazioni » l'abbandono delle modalità violente e irrispettose della dignità dell'uomo alle quali erano solite ricorrere ⁽⁹⁹⁾. Il cristianesimo portava con sé la civiltà, costituiva il principale parametro del grado di sviluppo raggiunto da un popolo e forniva alle potenze occidentali il titolo giuridico per il controllo dei soggetti politici non cristiani e un irrinunciabile diritto di intervento ⁽¹⁰⁰⁾.

Alla luce di questi presupposti Kennedy passava in rassegna le nazioni non cristiane e ne valutava il progresso in relazione all'incivilimento che il cristianesimo aveva prodotto nei loro confronti. Ciò non significava naturalmente riconoscere loro un ruolo attivo nella produzione del diritto internazionale. Il diritto internazionale rimaneva un prodotto della civiltà cristiana. Dei suoi principi potevano, tuttavia, beneficiare coloro che si erano convertiti al cristianesimo, come gli abitanti delle isole del Pacifico, o coloro che, a seguito di prolungati contatti o nuove relazioni commerciali, ne avevano avvertito l'influsso. Era questo il caso delle nazioni musulmane, e in particolare dell'impero ottomano, tenute, al pari degli stati cristiani,

⁽⁹⁸⁾ C. M. KENNEDY, *The Influence of Christianity upon International Law*, London, Macmillan, 1856, p. 6-7.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, pp. 141-149.

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, p. 141; 143; cfr. R. PHILLIMORE, *Commentaries upon international Law*, London, Butterworths, 1879, vol. 1, pp. 618-638; F. H. GEFCKEN, *Das Recht der Intervention*, in F. von HOLTZENDORFF (Hrsg.), *Handbuch des Völkerrechts*, B. 4, Hamburg, Verlagsanstalt, 1899, pp. 158-168.

al rispetto del diritto internazionale « so far as it is applicable to them », e delle « nazioni pagane » dell'Asia, tra cui la Cina, cui si applicavano « the more ordinary rules of the international law of Christendom and on account of their religion with the happiest prospects for their future progress » (101). Per ragioni diverse era stata, invece, estremamente limitata l'influenza del cristianesimo tra le popolazioni pagane dell'Africa, che possedevano solo « qualche rudimento » di diritto internazionale, e in Giappone per molto tempo chiuso ad ogni contatto con l'Occidente.

Anche Robert Phillimore non escludeva l'esistenza di un diritto internazionale presso le popolazioni non cristiane e anch'egli arrivava a questa conclusione partendo dal presupposto che gli stati, al pari dei singoli individui, erano persone morali governati dal diritto divino e dal diritto positivo. Il diritto divino era la principale fonte del diritto internazionale (102). Esso si divideva in diritto naturale, un principio di giustizia inscritto da Dio « nel cuore di ogni uomo », e in diritto cristiano, un complesso di disposizioni rivelate da Dio stesso a coloro che credevano in lui. In quanto diritto naturale, il diritto divino riusciva ad estendere la sua efficacia anche al di là delle relazioni tra stati cristiani e rendere obbligatoria l'osservanza dei precetti di diritto naturale tra gli « stati pagani », e in quanto diritto cristiano rivelato, permetteva a quest'ultimi di mantenere una posizione di superiorità nei confronti di tutti gli altri soggetti politici di fede diversa (103).

Attraverso la creazione di questo doppio livello, quindi, nessuno, cristiano o infedele, poteva sfuggire al diritto internazionale e alla forza disciplinante della sua religiosità. Se era opportuno che si seguissero le regole del diritto internazionale nella relazione tra stati cristiani e stati infedeli, il punto diveniva *unquestionable* qualora le parti fossero state tutte di fede cristiana. In quest'ultimo caso: « The common profession of Christianity both enforces the observances of Natural Law, and introduces, according to the language of Bartolus, a "*speciale jus gentis fidelis*", a new and most important element into this as into all other system of Jurisprudence; Christianity imparts a

(101) KENNEDY, *The influence*, cit., p. 142.

(102) PHILLIMORE, *Commentaries*, vol. 1, cit., p. 26.

(103) *Ivi*, p. 20.

form and colour of its own to those elements of public justice and morality which it finds already existing in these systems, while it binds together by close though invisible ties the different members of Christendom, not destroying indeed their individuality, but constituting a common bond of reciprocal interest in the welfare of each other, in lieu of that exclusive regard for isolated nationality, which was the chief, though certainly not the sole end proposed to itself by the Heathen State » (104).

L'esperienza americana poteva costituire un ottimo punto di osservazione per vedere gli effetti di una comune professione di cristianità nel diritto internazionale. L'intero continente americano, ricordava Phillimore, era, infatti, sotto il controllo dei cristiani, siano stati essi europei o loro discendenti. E proprio questa omogeneità aveva permesso di trapiantare oltre Oceano non solo i principi generali del diritto naturale, ma lo stesso diritto positivo internazionale europeo (105).

Il momento storico in cui è pronunziata conferisce all'affermazione di Phillimore un particolare interesse. Alla metà del secolo, infatti, la diplomazia europea e nordamericana guardava con rinnovata attenzione verso le repubbliche del centro e del Sud America, verso i paesi islamici la cui storia era stata da sempre parte della storia europea come l'impero ottomano, e verso il 'misterioso' Oriente della Cina e del Giappone. Riproporre, quindi, un vecchio motivo come quello dell'esistenza di un diritto internazionale naturale, fondato sugli eterni principi di giustizia, equità, ragione, e di un diritto internazionale giuspositivistico che quei principi aveva tradotto in norma, significava segnalare l'esistenza di due differenti circuiti di comunicazione giuridica, di cui uno estremamente ampio, e un altro limitato all'Europa e all'America grazie al binomio civiltà-cristianità. Allo stesso tempo ciò permetteva di individuare forme giuridiche differenti attraverso cui descrivere le relazioni con gli stati euro-americani e quelle con tutti gli altri soggetti politici, mantenendo salda l'unità del discorso giuridico e la scientificità della sua rappresentazione. D'altra parte, però, quelle ragioni politiche, bilanciamento dei poteri in Europa, o economiche, conquista dei

(104) Ivi, p. 24.

(105) Ivi, p. 196.

mercati orientali, che avevano giustificato l'interesse occidentale anche verso l'impero ottomano o l'Asia e costituito le ragioni di fondo dei trattati di pace e amicizia con la Cina (1842-1860) e dei trattati stipulati tra la fine degli anni venti dell'Ottocento e il 1856 con la Turchia, imponevano alle potenze europee e agli Stati Uniti di estendere oltre i propri confini anche il diritto internazionale positivo e di pretenderne l'osservanza.

Una simile operazione può oggi apparire contraddittoria o quantomeno paradossale. Tuttavia, per giuristi come Wheaton, Kennedy, Phillimore era pienamente possibile continuare a sostenere l'esistenza di un diritto internazionale cristiano dalla duplice natura, positivo e naturale, con produttori e destinatari differenti, e ammettere l'applicazione, se pur in modo « rilassato » e parziale, di quello positivo anche a soggetti non cristiani ⁽¹⁰⁶⁾. I trattati con la Cina e la Turchia, o la discussione politica che accompagnava o precedeva la loro stipulazione, imponevano alla dottrina di prendere atto delle trasformazioni avvenute sul piano delle relazioni internazionali e ci offrono importanti indicazioni sugli affanni dei giuristi impegnati nel tentativo di dar forma al sistema del diritto internazionale, conciliando prassi diplomatica e riflessione scientifica. Ma questi accordi non introducevano, o non avrebbero introdotto, alcuna mutazione genetica del diritto internazionale. Attratti ufficialmente all'interno dell'orbita del diritto pubblico europeo, i due paesi non erano ammessi a ricoprire alcun ruolo attivo nella produzione di quel diritto, rimanendo passivi fruitori di un prodotto che conservava il suo carattere occidentale e cristiano.

Phillimore, parlando dell'impero ottomano, lo affermava con una straordinaria chiarezza: « it is clear [...] that Porte must now be considered as subject, with only such exceptions as the reason of the thing has dictated, not only to the principles of general international law, but to the particular provisions of the European Code » ⁽¹⁰⁷⁾.

La Turchia e la Cina, cui la riflessione del giurista inglese può essere estesa, non erano soggetti *del* diritto internazionale, ma soggetti *al* diritto internazionale, sottoposti alla sua logica formale e

⁽¹⁰⁶⁾ Così WHEATON sin dalla prima edizione dei suoi *Elements*, cit., p. 45.

⁽¹⁰⁷⁾ PHILLIMORE, *Commentaries*, vol. 1, cit., pp. 92-93.

alla violenza legittima della sua risposta sanzionatoria in caso di violazione delle norme contenute nei trattati.

5. *Verso Oriente: la Turchia.*

Cosa dicono dunque questi trattati? Proviamo a leggerli, iniziando con il trattato di pace siglato a Parigi nel 1856 tra Russia, Sublime Porta, Inghilterra, Francia, Regno Sabauda, Austria e Prussia. Come è noto, sebbene la Turchia fosse considerata esterna al 'concerto europeo' non essendo stata ammessa a partecipare al congresso di Vienna, quest'accordo non era certo il primo trattato di pace che l'impero ottomano avesse stipulato nel corso dell'Ottocento con le potenze europee ed in particolare con la Russia⁽¹⁰⁸⁾. La Russia, infatti, aveva più volte rivendicato un diritto d'intervento negli affari interni della Turchia al fine di tutelare i principati cristiani della Valacchia e della Moldavia sottoposti alla *suzeraineté* della Sublime Porta, e di assicurare l'apertura dello stretto dei Dardanelli alle sue navi commerciali. Motivazioni di carattere religioso e interessi economici avevano giustificato, nel discorso della diplomazia, anche le ingerenze e le attenzioni che Francia, Inghilterra, Austria e Prussia, avevano rivolto all'impero ottomano. Il trattato di pace di Adrianopoli tra Russia e Turchia del 1829 sintetizza molto bene la convergenza degli interessi e le sovrapposizioni tra le spinte espansionistiche, le esigenze umanitarie e le ragioni commerciali che attraversavano la politica estera delle potenze europee. Il trattato seguiva il Patto di Londra del 1827 tra Gran Bretagna, Francia e Russia e la loro conseguente discesa in campo in favore dell'indipendenza della Grecia, per ristabilire, come si legge nel preambolo, il libero commercio nel Mediterraneo e mettere fine ad un conflitto sanguinoso la cui vittima era una nazione cristiana e civile⁽¹⁰⁹⁾. Accanto all'indipendenza della Grecia e a

⁽¹⁰⁸⁾ Sulle relazioni dell'impero ottomano con gli stati europei, cfr. C. K. NEUMANN, *Political and Diplomatic Developments*; V. AKSAN, *War and Peace*, in *The Cambridge History of Turkey*, vol. 3, *The later Ottoman Empire*, ed. S. N. FAROQHI, Cambridge, University Press, 2006, rispettivamente, pp. 44-80; 81-117.

⁽¹⁰⁹⁾ L'accordo, stipulato il 6.7.1827, è edito in MARTENS, *Nouveau Recueil*, cit., t. VII, 1829, pp. 282-290. Il trattato di Adrianopoli, 14.9.1829, è edito in GREWE, *Fontes*, B. 3, 1, cit. pp. 401-408.

fronte di un ritorno della Moldavia e della Valacchia sotto la *suzeraineté* della Sublime Porta, la diplomazia russa vedeva confermati i privilegi e le immunità già godute dalle popolazioni cristiane dei due principati, si assicurava il diritto di commerciare liberamente all'interno dell'impero e nelle acque territoriali turche e otteneva il riconoscimento della giurisdizione consolare, il divieto del diritto di visita e soprattutto il libero passaggio dei bastimenti russi e di quelli degli stati con cui la Turchia era in pace attraverso il canale di Constantinopoli e lo stretto dei Dardanelli ⁽¹¹⁰⁾. Si trattava di un importante successo che, pochi anni dopo, un nuovo accordo tra i due paesi rese ancora più consistente e allo stesso tempo preoccupò i governi europei. Nel 1833, infatti, la Russia era intervenuta in difesa della Turchia sconfitta pesantemente dalle truppe egiziane e aveva arrestato le aspirazioni indipendentistiche dello stato africano ⁽¹¹¹⁾. Ma se l'Egitto continuava ad essere, grazie anche alla mediazione inglese e francese, uno stato vassallo della Sublime Porta, il trattato russo ottomano di *Hünkar İskelesi* aveva introdotto nelle relazioni tra i due paesi un obbligo di mutua assistenza militare e, con una clausola segreta, aveva attribuito alla Russia il diritto di rinunciare a tale assistenza a fronte della promessa che i Dardanelli sarebbero stati chiusi alle navi da guerra straniere su richiesta dello stesso governo russo ⁽¹¹²⁾.

Per la diplomazia europea e per Henry Wheaton, che ne sintetizzava le posizioni ricostruendo la storia delle relazioni internazionali tra l'impero ottomano e gli stati europei, quest'accordo svelava tutta la debolezza della Turchia, minacciata nella sua integrità territoriale, dall'interno, dalla spinta indipendentista dell'Egitto del *Paşa Mehmed Ali* († 1849), e, dall'esterno, dall'istituzione di un protettorato di fatto della Russia. I suoi effetti si riflettevano però anche in Europa e sembravano mettere in pericolo l'intero sistema di *balancing of power* ⁽¹¹³⁾. La debolezza della

⁽¹¹⁰⁾ Artt. 5, 7, (ed. GREWE, *Fontes*, B. 3, 1, cit., pp. 403-406).

⁽¹¹¹⁾ Sul ruolo di Mehmed Ali, K. FAHMY, *All the Pasha's Men: Mehmed Ali, his Army and the making of Modern Egypt*, Cambridge, University Press, 1997.

⁽¹¹²⁾ Il trattato fu stipulato l'8.7.1833, in MARTENS, *Nouveau Recueil*, cit., t. XI, 1837, pp. 655-659.

⁽¹¹³⁾ WHEATON, *History*, cit., pp. 568-572; ma vedi anche PHILLIMORE, *Commentaries*, vol. 1, cit., pp. 143-155.

Turchia, *il malato d'Europa*, e le ambizioni della Russia divenivano così un problema comune e richiedevano un pronto intervento.

Tra le tante voci che si erano levate per il mantenimento dello status quo dell'impero ottomano costituisce un'importante eccezione quella di Richard Cobden (1804-1865). L'autorevole diplomatico inglese, infatti, in un pamphlet scritto nel 1836 ed intitolato *Russia*, non solo rappresentava la teoria del bilanciamento dei poteri come « una chimera », « un fantasma senza forma definita o tangibile esistenza », ma escludeva decisamente la possibilità che la Turchia sarebbe mai potuta entrare a far parte del sistema politico europeo ⁽¹¹⁴⁾. « Upon what principle is Turkey made a member of this European system? », si chiedeva Cobden, e ancora « are the Turks of our own day less *cruel* or *savage*, that we should not only admit them within the pale of civilised nations, but impose on our people, for their defence, the burden of enormous armaments? ».

Non è difficile immaginare le risposte fornite dal diplomatico inglese. Nella rappresentazione di Cobden la Turchia era una nazione « crudele », « selvaggia », « devastante », « pestilenziale », dedita alla poligamia e al traffico di schiavi, dominata da una religione bigotta in grado di condizionare ogni aspetto della vita quotidiana. Quattrocento anni di contatti con la civiltà cristiana d'Europa erano trascorsi senza lasciare alcun segno. L'agricoltura, le attività commerciali, la cultura, la scienza ottomane versavano in uno stato di grave ed incolmabile arretratezza. La stessa nozione di *balance of power* era completamente sconosciuta, come del tutto ignoti erano i nomi di Bacon, Vattel e Brougham. I turchi, dunque, non potevano entrare nel sistema politico europeo perché « non erano europei », né del resto alcuna motivazione di carattere economico o commerciale avrebbe potuto giustificare l'intervento inglese. A loro si poteva, quindi, preferire qualunque altra potenza cristiana. Molto

⁽¹¹⁴⁾ R. COBDEN, *Russia* (1836), in Id., *The Political Writing of Richard Cobden*, London, Fisher, 1903, vol. 1, pp. 194-216. Nel 1856 Cobden coerentemente con le posizioni espresse in *Russia*, fu un fiero avversario della guerra contro la Russia in difesa della Turchia, cfr. *What Next - and Next?*, in *The Political Writing*, cit., vol. 2, pp. 532-536.

meglio, concludeva Cobden, avere a che fare con la Russia che con « questi distruttivi selvaggi »⁽¹¹⁵⁾.

La feroce rappresentazione di Cobden e il dettagliato esame delle ragioni economiche che avrebbero dovuto giustificare il più completo disinteresse del governo inglese verso il paese islamico, tuttavia, non ebbero successo. Nel 1839 l'ennesima sconfitta militare subita dalla Porta ad opera delle truppe egiziane fornì alla Gran Bretagna, alla Francia, alla Prussia, all'Austria l'occasione per tornare ad interessarsi della Turchia ed affiancare la Russia nella difesa della sua integrità ed indipendenza. Nello stesso anno le cinque potenze informavano la Porta del loro accordo, la invitavano a sospendere ogni trattativa senza il loro intervento e l'anno successivo, a Londra, siglavano con la Turchia un primo trattato cui sarebbe seguito, a causa del rifiuto egiziano delle condizioni poste, un secondo nel luglio del 1841⁽¹¹⁶⁾. L'integrità e l'indipendenza della Turchia era divenuta una questione fondamentale per il mantenimento della pace e la sicurezza in Europa. Ciò giustificava, accanto a ragioni umanitarie, l'intervento e la collocazione di Costantinopoli, degli stretti dei Dardanelli e del Bosforo sotto la temporanea protezione delle potenze europee. Si trattava, si legge nel testo, di una misura eccezionale, « adottata su espressa richiesta del Sultano, e per sua difesa » che non avrebbe negato « l'antica regola » dell'impero ottomano in virtù della quale era sua facoltà proibire, in tempo di pace, il passaggio attraverso i Dardanelli o il Bosforo di qualunque nave da guerra (art. 4, 1840, art. 1. 1841).

Pur se il diritto internazionale manteneva inalterata la sua matrice cristiana e se il concerto europeo continuava ad identificarsi con il diritto pubblico europeo messo a punto al Congresso di Vienna, per Wheaton e Phillimore, le disposizioni dei due trattati di Londra indicavano chiaramente che l'indipendenza e l'integrità dell'impero ottomano costituivano parte essenziale dell'*European balance of power*. Non solo, sia per Wheaton come per Phillimore, i due trattati, ed in particolare quello del 1841, avevano condotto la

⁽¹¹⁵⁾ COBDEN, *Russia*, cit., pp. 207-210.

⁽¹¹⁶⁾ La Conferenza dei plenipotenziari europei e i due trattati di Londra sono editi in T. E. HOLLAND, *The European Concert in the Eastern Question. A Collection of Treaties and Other Public Acts*, (1885), Aalen, Scientia, 1979, pp. 90-93; 100-101.

Turchia all'interno dei confini del diritto pubblico europeo. Testualizzare in un documento di rilevanza internazionale « l'antico ruolo » della Sublime Porta, il suo diritto di poter legittimamente impedire l'accesso al Mediterraneo o al Mar Nero alle navi da guerra straniere, significava, per il diplomatico americano, vedere in esso un principio di diritto internazionale che ognuno dei firmatari era tenuto ad osservare e, per il giurista inglese, come si è già avuto modo di sottolineare, l'assoggettamento della Turchia non solo al diritto internazionale universale, ma anche alle « disposizioni particolari del codice europeo » ⁽¹¹⁷⁾.

Non molti anni dopo, nel 1856, a conclusione di un'ennesima guerra in difesa dell'« indipendenza e integrità territoriale » dell'impero ottomano, il trattato di pace e amicizia, siglato a Parigi da Turchia, Inghilterra, Francia, Piemonte, Russia, Prussia ed Austria, sembrò rendere ancor più esplicita la partecipazione della Porta al « concerto europeo ». Il trattato chiudeva una guerra breve e sanguinosa che dal 1853 al 1855 aveva contrapposto l'esercito russo a quelli turchi, francesi, inglesi e piemontesi ed era destinato ad occupare un posto di rilievo nella storia del diritto internazionale. In un suo articolo si leggeva infatti che: « S.M. l'imperatore d'Austria, S.M. l'imperatore dei francesi, S.M. la regina del Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda, S.M. il re di Prussia, S.M. l'imperatore di tutte le Russie e S.M. il re di Sardegna, dichiarano la Sublime Porta ammessa a partecipare ai vantaggi del diritto pubblico e del concerto europeo. Le LL.MM. s'impegnano a rispettare l'indipendenza e l'integrità territoriale dell'impero Ottomano; garantiscono, in comune, la stretta osservanza di questo impegno; e considereranno, in conseguenza, ogni atto che potesse recargli offesa, siccome una questione di interesse generale » ⁽¹¹⁸⁾ (art. 7).

Cosa significava dunque ammettere la Turchia a partecipare ai vantaggi del diritto pubblico e del concerto europeo? Gli si riconosceva una soggettività giuridica internazionale? Era il superamento

⁽¹¹⁷⁾ WHEATON, *History*, cit. pp. 583-585; PHILLIMORE, *Commentaries*, vol. 1, cit., pp. 92-93.

⁽¹¹⁸⁾ *Traité de Paix signé à Paris le 30 mars 1856*, Turin, Imprimerie Royale, 1856, pp. 3-44. Utilizzo la traduzione italiana edita in appendice da P. FIORE, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, Torino, Unione tipografico editore, 1904, vol. 1, pp. 608-612.

del vecchio diritto internazionale cristiano e l'affermazione di un diritto internazionale universale fondato sul concetto di civiltà ed aperto per la prima volta anche ad una nazione musulmana?

Onuma ha opportunamente evidenziato che il successo riscosso ancora oggi da questa rappresentazione è dovuto proprio all'efficacia della lettura retrospettiva offerta dalla dottrina giuridica tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento e alla sua passiva recezione da parte storiografia giuridica contemporanea. Partendo dal presupposto che il diritto internazionale era il diritto delle nazioni civili e ricostruendo la propria storia attraverso il paradigma della civiltà, molti internazionalisti europei vollero vedere nell'art. 7 del trattato di Parigi l'ammissione del primo paese musulmano, la Turchia, nella comunità internazionale e l'avvio di un diritto internazionale positivo pronto ad inglobare tutti soggetti giuridici in grado di soddisfare gli standards fissati dal nuovo parametro ⁽¹¹⁹⁾. Sfugge agli obiettivi di questo lavoro ricostruire il dibattito dottrinario sull'applicabilità del diritto internazionale positivo europeo alle popolazioni orientali, ma già il breve *excursus* delle relazioni diplomatiche tra impero ottomano e potenze europee tracciato nelle pagine precedenti, i lavori condotti alla metà del secolo scorso da Smith e Hugh McKinnon Wood sugli atti preparatori del trattato e sul dibattito parlamentare inglese, ed infine i recenti interventi della storiografia metodologicamente più avvertita, rafforzano la tesi di Onuma e complicano l'immagine classica costruita sulla frattura rappresentata dal Trattato di Parigi ⁽¹²⁰⁾. Anch'esso infatti, al pari dei precedenti accordi di Adrianopoli, di *Hünkâr İskelesi* o di Londra, affronta il problema dell'indipendenza e dell'integrità della Turchia e all'interno del *balancing of power* europeo e non offre

⁽¹¹⁹⁾ ONUMA Y., *When was the Law of International Society Born?*, in « Journal of the History of International Law », 2, 2000, p. 39.

⁽¹²⁰⁾ E. ÖRÜCÜ, *The Impact of European Law on the Ottoman Empire and Turkey*, in W. J. MOMMSEN, J. A. DE MOOR, (eds.), *European Expansion and Law. The Encounter of European and Indigenous Law in 19th- and 20th- Century Africa and Asia*, Berg Publishers, Oxford 1992, pp. 39-58; T. TOYODA, *L'aspect universaliste du droit international européen du 19ème siècle et le statut juridique de la Turquie avant 1856*, in « Journal of History of International Law », 8, 2006, pp. 19-37; E. AUGUSTI, *La Sublime Porta ed il trattato di Parigi del 1856. Le ragioni di una partecipazione*, in « Le Carte e la Storia », 1, 2008, pp. 151-159.

alcun appiglio per poter ritenere che nel 1856 si fosse superata la dimensione cristiana del diritto internazionale o, prima ancora, dell'assetto politico europeo. Nel discorso della diplomazia la 'generosa' ammissione della Porta a godere dei vantaggi del diritto pubblico e del concerto europeo significava, quindi, riconoscere ancora una volta quello che da tempo era un dato di fatto (e dal quale la dottrina già prima del 1856 cominciava a trarre delle conseguenze teoriche non del tutto in linea con gli obiettivi della diplomazia): la Turchia era parte del sistema politico europeo e la sua sopravvivenza era decisiva per il mantenimento di un assetto equilibrato tra le potenze europee. Ciò appare confermato anche dal trattato del 15 aprile del 1856 in cui i soli sovrani di Francia, Austria, Inghilterra avevano ribadito l'impegno preso a Parigi nel marzo precedente per preservare l'indipendenza ed integrità territoriale dell'impero ottomano e avevano considerato « *casus belli* » la violazione di una qualunque disposizione dello stesso trattato. Tuttavia, poiché nell'accordo era previsto solo un semplice accesso ai vantaggi del sistema politico e del diritto pubblico europeo, la Turchia non era stata ammessa a contribuire attivamente alla loro costruzione, né sarebbe stata possibile la condivisione dei benefici giuridici se non nella misura in cui ciò era stato espressamente disposto dalla stessa convenzione diplomatica.

Per l'impero ottomano, dunque, accedere al concerto e al diritto pubblico europeo significava, in primo luogo, sfuggire alle mire espansionistiche russe attraverso la garanzia collettiva assunta dagli stati firmatari nei suoi confronti ed usufruire, nel caso fossero sorti dei « *dissensi* » con uno dei contraenti, della mediazione diplomatica degli altri al fine di evitare l'impiego della forza (art. 8). In secondo luogo comportava il riconoscimento, con un'apposita convenzione annessa al trattato, della sua facoltà (*the ancient rule*) di chiudere gli stretti alle navi da guerra straniera « *so long as Porte is at Peace* »; e infine, sul piano più strettamente giuridico, permetteva l'estensione anche in suo favore delle norme contenute nell'Atto conclusivo del Congresso di Vienna relative alla navigazione fluviale. Tali disposizioni, si legge nell'art. 15, erano dichiarate far parte del diritto pubblico europeo e poste sotto la « *garanzia* » (*garantie*) degli stati contraenti ⁽¹²¹⁾.

⁽¹²¹⁾ Atto Conclusivo del Congresso di Vienna (9.6.1815), art. 108-117 (ed. GREWE, *Fontes*, cit., B. 3, 1, pp. 455-458).

Il prezzo che la Turchia pagava per questi benefici era però estremamente oneroso. La sostituzione del protettorato di fatto cui era sottoposta a causa dell'ingombrante presenza del suo potente vicino orientale con una figura giuridica semanticamente ambigua, « la garanzia », non alleggeriva infatti la sua posizione. Al contrario proprio la previsione di una garanzia prestata in comune dalle potenze firmatarie, nonostante il sultano avesse ribadito in un protocollo preparatorio (II, 28.2.1856) che essa non dovesse essere intesa come un « protettorato collettivo », confermava e formalizzava, in un testo ufficiale, l'incisiva compressione delle proiezioni esterne della sovranità ottomana e la pesante intromissione nella gestione dell'amministrazione interna, subite già da molto tempo dall'impero ad opera delle potenze europee ⁽¹²²⁾.

Quest'ultime ottenevano, anche in danno della Russia, non solo il riconoscimento della libera navigazione del Danubio, la nomina di una commissione europea e di una commissione fluviale formata dai rappresentanti degli stati rivieraschi, ciascuna dotata di due bastimenti leggeri posizionati alle foci del Danubio al fine di controllare l'esecuzione dei regolamenti stessi, ma anche la neutralizzazione del Mar Nero, la libertà di commerciare nei suoi porti e, « a garanzia degli interessi commerciali e marittimi di tutte le nazioni », la presenza di consoli « in conformità dei principi del diritto internazionale » (artt. 16; 17).

Non meno significativi erano poi i limiti che la *garanzia* poneva alla sovranità della Turchia all'interno del suo territorio. Nell'art. 9 del trattato si legge che il sultano aveva emanato « spontaneamente » un firmano per tutelare la libertà di culto delle popolazioni cristiane del suo impero e che, comunicato agli altri contraenti, essi avevano constatato « l'alto valore di questa comunicazione ». Ma vi è di più: il firmano cui si fa riferimento nel trattato, l'*Hatt-ı Hümayün* (18.2.1856), confermava le previsioni di un precedente rescritto imperiale, l'*Hatt-ı Hümayün da Gülhane* (3.11.1839), che aveva già assicurato eguaglianza religiosa e politica ai sudditi della Sublime

⁽¹²²⁾ Sul significato di *garentia* ora E. AUGUSTI, *La Questione d'Oriente e i paradigmi del diritto pubblico europeo. La Sublime Porta a Parigi (1856)*, Tesi di Dottorato in Diritto romano e tradizione romanistica: i fondamenti del diritto europeo, XXI ciclo, 2008, pp. 218-229.

Porta e dichiarava nel preambolo che le nuove riforme amministrative (*Tanzimat-ı hayriye*) nascevano dal bisogno « d'arriver ainsi à un état de choses conforme à la fois à la dignité de mon gouvernement, ainsi qu' à la position éminente qu' il occupe parmi les nations civilisées » (123). Il trattato, inoltre, confermava i privilegi e le immunità di cui godevano i principati cristiani di Valacchia e Moldavia, e stabiliva che i rispettivi statuti sarebbero stati riveduti sentite le popolazioni interessate e, in entrambi, i casi sotto la « guarentigia delle potenze contraenti » (artt. 22, 23, 24). Essi, al pari della Serbia, avrebbero continuato ad avere una « amministrazione indipendente e nazionale » e una « piena libertà di culto, legislazione, commercio, navigazione » (artt. 23; 28). Il sultano riconosceva alla Valacchia e alla Moldavia il diritto ad « una forza armata nazionale, ordinata allo scopo di mantenere la sicurezza interna e di assicurare quella delle frontiere » (art. 26), e garantiva che in Serbia, pur conservando la Porta « un diritto di presidio », non vi sarebbe stato alcun intervento militare « senza previo accordo tra le alte potenze contraenti » (art. 29).

La compressione della sovranità turca risultava, infine, aggravata dal mantenimento del regime capitolare. L'ammissione al godimento dei benefici del diritto pubblico europeo non comportava, infatti, l'abolizione delle giurisdizioni consolari e il superamento del principio della personalità della legge.

Nel Congresso di Parigi — nonostante le ripetute richieste avanzate dalla Turchia e la consapevolezza espressa dai plenipotenziari delle potenze europee nella seduta del 25 marzo 1856 che, in virtù dell'articolo 7 del trattato, sarebbero dovute venire meno le ragioni giuridiche, economiche e politiche in grado di giustificare una riserva di giurisdizione in favore dei consoli occidentali (124) — non si andò oltre l'assunzione di un impegno formale a rivedere gli antichi privilegi, affidando ad un futuro congresso, da tenersi ad Istanbul (ma che non si sarebbe mai svolto), la revisione delle

(123) Entrambi i firmani sono editi in HOLLAND, *The Eastern Question*, cit., rispettivamente pp. 323-329; 329-335.

(124) *Protocole n. XIV, Séance du 25 mars 1856*, allegato a *Traité de Paix*, cit., pp. 98-108.

capitolazioni ⁽¹²⁵⁾. « I principi più rigorosi di Diritto — ammetteva Francesco Contuzzi (1855-1925) — subiscono nella loro applicazione le esigenze delle posizioni di fatto. Le immunità godute dagli stranieri in Turchia poggiano sulle Capitolazioni e sui Trattati che le completano; una revisione di queste Capitolazioni e di questi Trattati avrebbe portato all'abolizione di queste immunità; e siccome il commercio, la permanenza degli stranieri sul territorio ottomano si connettono con le dette immunità, abolire queste importerebbe rinunciare ad ogni relazione di diritto diplomatico e di diritto privato con l'Impero Turco. Ecco, lo scoglio che dovevasi presentare per mettere in pratica il voto di rivedere le Capitolazioni. Quali garanzie dava la Porta per tutelare la persona e la proprietà degli stranieri sul suo territorio? Che cosa prometteva il governo turco in sostituzione del contenuto delle capitolazioni e dei trattati con gli Stati cristiani? » ⁽¹²⁶⁾. Domande retoriche alle quali i giuristi non potevano rispondere positivamente senza mettere in discussione sia la rete dei privilegi capitolari costruita sapientemente nel corso degli ultimi due secoli, sia le ragioni economiche e le rappresentazioni religiose su cui essa si fondava ⁽¹²⁷⁾.

Nell'impero ottomano, come è noto, la sovrapposizione tra piano religioso e piano giuridico e l'identificazione tra chiesa e stato avevano permesso la costruzione di un sistema giuridico pluriordinamentale fondato su una molteplicità di livelli normativi e giurisdizionali. In esso le controversie tra sudditi non musulmani, pagani, ebrei o cristiani (*rayas*) erano sottratte alla competenza delle autorità giudiziarie turche e all'osservanza della legge musulmana e affidate

⁽¹²⁵⁾ Cfr. F. F. MARTENS, *Das Consularwesen und die Consularjurisdiction im Orient*, Berlin, Weidmansche Buchhandlung, 1874, pp. 503-509; P. PRADIER FODÉRÉ, *La question des Capitulations*, in « Revue de droit international et de législation comparée », 1, 1869, p. 154 (118-157).

⁽¹²⁶⁾ F. CONTUZZI, *Trattato teorico-pratico di diritto consolare e diplomatico nei raffronti coi Codici (civile, commerciale, penale e giudiziario) e con le convenzioni in vigore*, Torino, Utet, 1910, vol. 1, p. 566.

⁽¹²⁷⁾ Un'ampia ricostruzione in G. PÉLISSÉ DU RAUSAS, *Le regime des capitulations dans l'empire ottoman*, Paris, Rousseau, 1902, vol. 1, pp. 1-108; H. J. LIEBENSY, *The Development of Western Judicial Privileges*, in M. KHADDURI and H. LIEBENSY, *Law in the Middle East*, vol. 1: *Origin and Development of Islamic Law*, Washington, Middle East Institute, 1955, pp. 279-333.

ai capi e alle disposizioni normative delle rispettive comunità ⁽¹²⁸⁾. Motivazioni ed interessi di carattere economico, invece, avevano spinto i mercanti europei a formalizzare in appositi testi, conosciuti con il nome di capitolazioni, le garanzie, le immunità e i privilegi che i sultani avevano accordato loro sin dal secolo XV e XVI per lo svolgimento di attività commerciali nei territori dell'impero.

Si trattava di atti graziosi concessi unilateralmente dal sultano che assicuravano, agli stranieri beneficiari, libertà di religione, di commercio e di residenza, esenzioni fiscali, la competenza dei tribunali consolari in materia civile, commerciale e penale qualora le parti avessero la medesima nazionalità, la presenza del console dell'accusato nei processi penali dinanzi le magistrature turche, e che imponevano, infine, alle autorità turche, prima di procedere alla perquisizione del domicilio di un cittadino occidentale, di darne avviso al console. Espressione più pura della generosità del sovrano, le capitolazioni erano atti spontanei, temporanei e revocabili. Ciò spiega, da un lato, i loro continui aggiornamenti al fine di confermare le concessioni elargite anteriormente o di introdurre formalmente ulteriori privilegi; dall'altro, rende comprensibile l'esigenza delle potenze europee di trasfondere le garanzie, le immunità e i diritti contenuti nelle capitolazioni in veri e propri trattati bilaterali in grado di istituzionalizzare e confermare, attraverso la forza di un testo, i vantaggi ottenuti.

La capitolazione del 28 maggio 1740 tra Luigi XIV e Maometto I costituisce un buon esempio di questa politica ⁽¹²⁹⁾. Essa appare il punto di arrivo di un lungo processo iniziato con le concessioni accordate da Solimano II a Francesco I nel 1535 e proseguito con le successive capitolazioni volte a confermare ed integrare le capitolazioni precedenti del 1569, 1604, 1614, 1618, 1635, 1640, 1673. Nello stesso tempo quel testo è anche l'archetipo al quale rinviavano i trattati stipulati tra la Porta e le potenze occidentali a partire dal trattato di pace franco ottomano del 24 giugno del 1802 e al quale

⁽¹²⁸⁾ Cfr. CONTUZZI, *Trattato teorico-pratico*, cit., pp. 519-524.

⁽¹²⁹⁾ La Capitolazione è edita da J. DE CLERQ, *Recueil des Traités de la France*, t. I, 1713-1802, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1880, pp. 21-44. L'organizzazione della giurisdizione consolare francese nei paesi del Levante si fondava però su *L'Ordonnance de la Marine* del 1681, poi integrata dal regolamento del 7.6.1778 e dalla L. 28.5.1836; cfr. diffusamente PÉLISSÉ DU RAUSAS, *Le regime des capitulations*, vol. 1, cit., p. 229 ss.

faceva riferimento, ancora nel 1869, un'importante memoria turca indirizzata ai rappresentanti delle potenze straniere e rivolta a limitare gli abusi cui le capitolazioni avevano condotto ⁽¹³⁰⁾.

Essa prevedeva l'inviolabilità della persona del console, del suo domicilio, l'impossibilità di tradurlo in giudizio contro la sua volontà, di condurlo in carcere, ed infine un trattamento e una considerazione adeguata al titolo di imperatore che la Porta aveva attribuito al re de francesi (art. 16, 48, 44, 49). Per quanto riguarda invece la giurisdizione consolare, gli articoli 15 e 26 riservavano ai consoli una competenza assoluta in materia penale, civile e commerciale solo nella controversie in cui entrambe le parti fossero francesi. Sembrava ugualmente esclusa la giurisdizione turca nel caso in cui attore e convenuto fossero stati due stranieri di differente nazionalità. In tal caso l'articolo 52 permetteva alle parti di far valere le proprie ragioni davanti ai rispettivi ambasciatori che, nell'individuazione dell'organo competente, avrebbero dovuto attenersi al principio consuetudinario del *actor sequitur forum rei*. A tal proposito, nel 1820, un accordo tra Francia, Inghilterra, Russia e Austria aveva istituito delle apposite commissioni arbitrali composte da tre membri, due scelti dall'ambasciata del convenuto, uno da quella dell'attore. Esse però non dettero i risultati sperati, sopravvivendo stentamente fino a quando, nel 1864, la corte di appello di Aix en Provence, competente in sede di appello sulle pronunzie della magistratura consolare francese, escluse che la giurisdizione di tali commissioni avesse carattere obbligatorio ⁽¹³¹⁾.

⁽¹³⁰⁾ Il trattato di pace è edito da DE CLERCQ, *Recueil*, cit., t. I, p. 588. Dopo il trattato del 1802 le capitolazioni furono confermate con la convenzione siglata a Costantinopoli il 25.11.1838 (DE CLERCQ, *Recueil*, cit., t. IV, p. 439) e dal trattato di commercio del 29.04.1861 (DE CLERCQ, *Recueil*, cit., t. VIII, pp. 221-222). La memoria, dal titolo *Mémoire adressé par la Sublime Porte aux Représentants des Puissances étrangères, relatif aux capitulations*, è pubblicata in « Archives Diplomatiques », 1, 1870, pp. 249-254.

⁽¹³¹⁾ M. KEBEGDY, *La juridiction consulaire et les affaires mixtes en Orient*, in « Revue de droit international et législation comparée », 27, 1895, p. 315 (313-326); PÉLISSÉ DU RAUSAS, *Le regime des capitulations*, vol. 1, cit., pp. 411-421; L. J. D. FÉRAUD GIRAUD, *De la juridiction française dans les échelles du levant et de barbarie: etude sur la condition legale des étrangers dans le pays hors chretienne*, Paris, Thorin, 1866, vol. 2, p. 252 ss.; H. BONFILS, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, Paris, Rousseau, 1894, p. 426.

Quando invece il convenuto fosse stato francese (o *protégé* francese) ⁽¹³²⁾, sia nelle controversie penali sia in quelle di natura civile o commerciale, era riconosciuta invece l'esclusività della giurisdizione turca con la garanzia che, nella prima ipotesi, si procedesse « con attenzione » in presenza dell'ambasciatore o del console e, nella seconda, in ogni fase del processo fosse assicurata l'assistenza dell'interprete (art. 65; 26). In ogni caso le cause di valore superiore ai quattromila aspri sarebbero state affidate al Divano imperiale, organo competente in via esclusiva nelle controversie vertenti sul possesso di chiese e conventi cattolici e nei giudizi di revisione dei processi in cui fosse coinvolto un cittadino francese (art. 33; 71).

La previsione anche nella capitolazione del 1740 della clausola della nazione più favorita (art. 83), le consuetudini internazionali e la prassi seguita dai consoli di difendere la propria competenza quando fosse coinvolto in un giudizio un loro connazionale permisero, però, una continua erosione della sfera giurisdizionale della giustizia ottomana ⁽¹³³⁾. Sebbene infatti *ex art.* 15 il principio di extraterritorialità avrebbe dovuto funzionare solo quando entrambe le parti fossero state francesi ⁽¹³⁴⁾, la possibilità di estendere i privilegi concessi con altre capitolazioni o trattati ai sudditi delle potenze occidentali portò la dottrina a sfruttare le ambiguità conte-

⁽¹³²⁾ La competenza dei consoli francesi e più in generale dei consoli occidentali si estendeva anche ai cosiddetti *protégés*, per lo più sudditi della Porta di fede cristiana che, attraverso il riconoscimento di questo *status*, potevano godere dei privilegi giurisdizionali goduti dai cittadini di stati europei, cfr. F. DESPAGNET, *Cours de droit international public*, Paris, Larose, 1894, pp. 473-475; cfr. anche CONTUZZI, *Trattato teorico-pratico di diritto consolare*, cit., vol. 2, pp. 714-729.

⁽¹³³⁾ PÉLISSÉ DE RAUSAS, *Le régime des capitulations dans l'Empire ottoman*, vol. 1, cit., pp. 437-438, e KEBEDGY, *La juridiction consulaire*, cit., recuperavano una competenza dei consoli francesi anche dalla lettura degli articoli 26 e 65 della capitolazione del 1740 individuando nel dettato dei due articoli solo il riconoscimento di una competenza facoltativa e non obbligatoria della giustizia ottomana. Cfr. diffusamente MARTENS, *Das Consularwesen*, cit., pp. 388-409; E. CATELLANI, *La penetrazione straniera nell'Estremo Oriente. Sue forme giuridiche ed economiche*, Firenze, Barbera, 1915, p. 107.

⁽¹³⁴⁾ Ricorda P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, vol. 1, 1926, pp. 150-151, che la Porta stessa decise di conformarsi, con un firmano del 1854, all'interpretazione degli art. 65, 15, 52 offerta dalla giurisprudenza consolare. Questa posizione fu confermata successivamente nel 1869 con una *Mémoire adressé par la Sublime Porte aux Représentants des Puissances étrangères, relatif aux capitulations*, cit., pp. 249-254.

nute nella capitolazione del 1740 e poi nei trattati con la Sardegna (1823), con gli Stati Uniti (1830), il Belgio (1838), le città anseatiche (1839), il Portogallo (1840) e a rivendicare una competenza dei tribunali consolari nelle controversie di natura penale quando l'imputato fosse un occidentale indipendentemente dalla nazionalità delle vittime.

Nei processi penali misti, quindi, la previsione, contenuta nell'art. 65 della capitolazione del 1740 di una necessaria presenza dell'ambasciatore o del console dell'imputato affinché l'autorità giudiziaria locale potesse procedere nei suoi confronti e poi dare esecuzione alla eventuale sentenza di condanna, aveva portato, grazie « alla forza degli usi », non solo all'ammisione di un'attività di sorveglianza da parte dei consoli dell'attività giudiziaria della magistratura ottomana, ma anche al definitivo riconoscimento della competenza giurisdizionale dei consoli ⁽¹³⁵⁾. Il crimine o il delitto commesso da un suddito ottomano contro uno straniero sarebbe dovuto essere giudicato invece dalle magistrature locali ⁽¹³⁶⁾. Nello stesso modo, però, una interpretazione altrettanto estensiva dell'art. 26, che impediva la prosecuzione di un processo di natura civile o commerciale contro un cittadino francese in assenza dell'interprete, la desuetudine in cui era caduto, a causa dell'elevato numero di processi, il ricorso al Divano imperiale per le cause di valore superiore a 4000 aspri, ed infine l'applicazione, in virtù della clausola della nazione più favorita, dell'art. 5 del trattato austro ottomano del 1718 che sembrava attribuire maggiori competenze ai consoli occidentali, permise alla dottrina della seconda metà del secolo XIX di riconoscere la sussistenza della giurisdizione consolare in materia di diritto civile e commerciale tutte le volte in cui il convenuto avesse nazionalità europea o americana ⁽¹³⁷⁾. Come sot-

⁽¹³⁵⁾ FÉRAUD-GIRAUD, *De la juridiction française*, cit., vol. 2, p. 350; MARTENS, *Das Consularwesen*, cit., p. 464; P. PRADIER FODÉRÉ, *Traité de droit international public européen et américain, suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaine*, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1885, vol. 2, p. 753; CONTUZZI, *Trattato teorico-pratico di diritto consolare*, vol. 1, cit., p. 577; FAUCHILLE, *Traité de droit international*, vol. 1, cit., pp. 152-153.

⁽¹³⁶⁾ BONFILS, *Manuel de droit international public*, cit., p. 425; PRADIER FODÉRÉ, *Traité de droit international*, vol. 2, cit., p. 727.

⁽¹³⁷⁾ La Capitolazione fu siglata il 27.7.1718 e prevedeva all'art. 5, poi ripreso da

tolineava Kebedgy, l'applicazione del principio 'generale' *actor sequitur forum rei*, le resistenze degli imputati ad accettare di essere giudicati dalle magistrature turche ed addirittura la preferenza accordata dagli stessi indigeni alla giustizia europea per la sua « imparzialità » e per il fatto che era necessaria la cooperazione del console per procedere all'esecuzione della sentenza, giustificava teoricamente la prassi seguita dai tribunali consolari occidentali di rivendicare anche in questo caso la propria competenza ⁽¹³⁸⁾.

Fuori dai confini immaginari e fisici della cristianità si esauriva, dunque, l'efficacia del principio della territorialità della legge e si apriva un regime che gli internazionalisti non esitarono a definire eccezionale ⁽¹³⁹⁾. L'eccezionalità prodotta da un deficit di cristianità, e quindi di civiltà, segnava giuridicamente e politicamente la vita della Turchia, come della Cina, del Siam, della Persia, del Giappone. L'impossibilità di abbandonare i cittadini occidentali alle 'perfidie' dei turchi e agli arbitri della giustizia ottomana rendeva necessaria la compressione della sovranità turca, legittimando il mantenimento di un sistema giurisprudenziale incompatibile con un suo pieno dispiegamento, giustificava l'estensione dei privilegi anticamente concessi attraverso gli usi e la giurisprudenza della magistratura consolare e imponeva il ricorso alla clausola della nazione più favorita come strumento per estendere anche alle altre potenze occidentali i nuovi benefici ottenuti da una di esse ⁽¹⁴⁰⁾.

una successiva capitolazione austro turca del 25.5.1747, che « se ad alcuno fosse dovuto qualche cosa da un mercante Cesarioregio, il creditore dovrà esigere il suo debito per mezzo dei consoli vice consoli ed interpreti, dal suo debitore, e da nessun altro ». La traduzione in lingua italiana è di cfr. D. GATTESCHI, *Il diritto pubblico e privato ottomano*, Alessandria d'Egitto, Tip. della posta europea 1865, p. 57; cfr. MARTENS, *Das Consularwesen*, cit., pp. 399-400; PRADIER FODÉRÉ, *Traité de droit international*, cit., pp. 727-728; PÉLISSÉ DU RAUSAS, *Le regime des capitulations*, vol. 1, cit., pp. 434-455; successivamente FAUCHILLE, *Traité de droit international*, vol. 1, cit., p. 155.

⁽¹³⁸⁾ KEBEDGY *La juridiction consulaire*, cit., p. 318.

⁽¹³⁹⁾ FÉRAUD GIRAUD, *De la juridiction française*, vol. 2, cit., pp. 29-31; ID., *Les justices mixtes dans les pays hors chretiente: causeries a l'occasion d'un essai de reglementation internationale*, Paris, Durand & Pedone Lauriel, 1884, pp. 12-1; H. F. GEFFCKEN, *Das Gesandtschaftsrecht und die diplomatischen Verkehrsformen*, in F. von HOLTZENDORFF, *Handbuch des Völkerrechts*, B. 3, Hamburg, Richter, 1887, p. 654.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. PRADIER FODÉRÉ, *Traité de droit international*, vol. 2, cit., p. 723.

Al paradosso cui conduceva l'ammissione della Turchia al diritto pubblico europeo e la persistenza, fino al Trattato di Losanna del 1923, del regime consolare era possibile sfuggire affermando, come faceva Martens fuori dalla retorica stereotipata della discorsività giuridica, che in realtà l'articolo 7 del Trattato di Parigi non avesse rilasciato alcun attestato di civiltà, né presupposto anche in Turchia l'esistenza di un'organizzazione politica conforme agli standards occidentali ⁽¹⁴¹⁾; oppure, più comunemente, introducendo nella strutturazione dei rapporti con l'altro la categoria dell'eccezione. Se la Turchia era parte del concerto europeo il diverso livello di civiltà, l'irriducibilità di una religione differente legittimavano la sospensione dei principi fondamentali del diritto internazionale e l'emersione di un regime eccezionale fondato sull'autorità consolare e sul principio della extraterritorialità ⁽¹⁴²⁾.

Fuori dai confini della cristianità la necessità e « la forza delle cose » imponevano che fossero dilatate le competenze e i privilegi normalmente riconosciuti ai consoli. In Oriente essi potevano godere delle prerogative degli agenti diplomatici e, dunque, dell'immunità giurisdizionale, dell'inviolabilità, dei diritti onorifici previsti dai cerimoniali diplomatici, di importanti esenzioni fiscali e doganali, di un corpo militare di guardia e, come abbiamo visto, di una competenza giurisdizionale dal carattere « eccezionale » ⁽¹⁴³⁾.

In realtà però l'eccezionalità delle prerogative godute dai consoli in Oriente rifletteva un'eccezionalità insita nello stesso diritto consolare. Nella ricerca di un difficile compromesso tra un diritto internazionale universale, fondato sulla morale, e un diritto internazionale positivo, espressione della comune coscienza cristiana degli stati civili (e quindi solo ad essi limitato), il diritto consolare sembrava essere un efficace strumento per la regolamentazione dei rapporti con organizzazioni territoriali considerate di un inferiore livello di civiltà. Esso sembrava, cioè, in grado di garantire un'ade-

⁽¹⁴¹⁾ MARTENS, *Das Consularwesen*, cit., p. 505; cfr. anche ID., *Völkerrecht*, cit., pp. 203-204.

⁽¹⁴²⁾ Per Martens, *Das Völkerrechts*, cit., B. 2, p. 86-87, solo il progresso e lo sviluppo della civiltà avrebbero consentito, però, l'abolizione del regime consolare.

⁽¹⁴³⁾ Un quadro sintetico delle prerogative dei consoli in Turchia in A. von BULMERINCQ, *Consularrecht*, in Holtzendorff (hrsg.), *Handbuch des Völkerrechts*, B. 3, cit., pp. 723-727; per una trattazione più ampia MARTENS, *Das Consularwesen*, cit., p. 277 ss.

guata protezione dei soggetti occidentali e dei loro interessi economici e, al contempo, di non incrinare l'immagine di scientificità e sistematicità del diritto internazionale che gli internazionalisti europei avevano cominciato faticosamente a costruire durante la prima metà del secolo XIX.

Il diritto consolare, come pochi anni più tardi il diritto coloniale, era un diritto di confine, sensibile alle necessità del potere esecutivo e pronto ad offrire le risposte adeguate alle nuove esigenze imposte dai mutamenti del quadro politico ed economico. Ciò appare confermato chiaramente dalla legge consolare del Regno d'Italia del 28 gennaio 1866, n. 2804. Non solo, infatti, la revisione della legge consolare sabauda del 1858 era stata sottratta all'esame del parlamento e affidata con una delega legislativa ad una commissione governativa « di uomini speciali, versati nelle discipline del Diritto internazionale e nella pratica consolare », ma l'articolo 169 della nuova legge attribuiva alla discrezionalità del governo di modificare con decreto le norme di competenza e di procedura riguardanti la giurisdizione quando lo richiedessero « sopravvenute mutazioni ed altre gravi circostanze » (144).

Per Contuzzi la previsione era stata inserita proprio pensando alla particolare situazione dei paesi del vicino e dell'estremo Oriente, dove « il progressivo riavvicinamento alla coltura occidentale » avrebbe dovuto portare all'abolizione della stessa giurisdizione consolare (145). Negli anni sessanta dell'Ottocento, tuttavia, nonostante le continue insistenze turche e il processo di laicizzazione dell'amministrazione della giustizia avviato nei decenni precedenti, il regime delle capitolazioni continuava a godere di ottima salute.

(144) La legge consolare sarda del 15.8.1858 n. 2984 era integrata da un regolamento consolare emanato il 16.2.1859 e dalle istruzioni consolari del 18.4.1859. Nella tornata del 28.4.1865, la Commissione (relatore Pasquale Stanislao Mancini) presentò alla Camera la sua relazione e con essa un disegno di legge formato da un solo articolo con cui si conferiva al governo « la potestà di promulgare e rendere esecutoria con Decreto reale [...] la legge consolare del 1858, n. 2984, introducendovi quelle modificazioni che le nuove esigenze del servizio e delle leggi di unificazione rendano necessarie ». La legge fu poi integrata da un regolamento consolare del 7.6.1866 e dal 1882 fu oggetto di tentativi di revisione da parte del governo; cfr. la ricostruzione di CONTUZZI, *Trattato teorico-pratico di diritto consolare*, vol. 1, cit., pp. 409-22.

(145) Ivi, p. 429.

Sulla scorta delle indicazioni programmatiche dell'*Hattı-i hümayoun* del 1839 era stato, infatti, promulgato un primo codice penale, dato avvio a partire dagli anni cinquanta ad una codificazione in materia commerciale modellata sull'esempio francese, ed iniziata una difficile e tormentata riforma delle strutture giudiziarie ⁽¹⁴⁶⁾.

Sempre nel 1839 erano stati istituiti un nuovo organo giudiziario, i tribunali misti, composti da giudici indigeni e membri designati dai consoli (e poi scelti in relazione alla nazionalità del convenuto) e competenti nelle controversie di natura commerciale sorte tra locali e occidentali. Questi tribunali entrarono in funzione però solo nel 1846, ma il loro funzionamento, probabilmente ostacolato dalle interferenze delle potenze occidentali intenzionate a conservare gli antichi privilegi, non dovette dare i risultati sperati ⁽¹⁴⁷⁾. Dieci anni più tardi, con il firmano del 1856, la Porta ribadì le sue intenzioni di riforma delle strutture giudiziarie, affidando ancora una volta a tribunali o commissioni miste, « toutes les affaires commerciales et criminelles qui surviendront entre des musulmans et des sujets chrétiens ou autres non musulmans, ou bien entre sujets chrétiens ou autres, non musulmans, des rites différents » ⁽¹⁴⁸⁾. Anche in questo caso si trattava di un'aspirazione destinata a rimanere inavasa. I tribunali misti non riuscirono a sostituirsi alla giurisdizione consolare. I giuristi e i diplomatici occidentali riconobbero gli abusi cui essa aveva dato luogo e la necessità di adeguare le strutture giudiziarie al nuovo grado di civiltà verso il quale tendeva la Porta, ma il timore di affidare a organi giudiziari strettamente dipendenti dal governo turco, le cui sentenze erano pronunziate a maggioranza

⁽¹⁴⁶⁾ Un accenno al processo codificatorio in Turchia in ÖRÜCÜ, *The Impact of European Law on the Ottoman Empire*, cit., pp. 44-51; v. anche LIEBESNY, *The Development of Western Judicial Privileges*, cit., pp. 279-333; M. ASLAN, *Rückfahrkarte. Das schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei*, in « Rechtsgeschichte », 7 (2005), pp. 33-37.

⁽¹⁴⁷⁾ *Rapport présenté au Marquis de Montier par la commission instituée à l'effet de examiner les propositions faites par le Gouvernement égyptien, pour réformer la administration de la justice en Égypte* (3.12.1867), in « Archives Diplomatiques », 1, 1870, cit., p. 76.

⁽¹⁴⁸⁾ Art. 19, *Hattı-i Hümayün* del 1856 (ed. HOLLAND, *The European Concert in the Eastern Question*, cit., p. 332).

(e i giudici locali erano in numero superiore!) e la fluidità di un sistema legislativo in cui i nuovi codici non erano riusciti a cancellare la forza delle consuetudini, rendevano ancora lunga la battaglia diplomatica per l'abrogazione del sistema capitolare. Non è un caso, infatti, che tra il 1861 e il 1862 tutti i trattati stipulati tra la Sublime Porta e le potenze occidentali, Francia, Gran Bretagna, Italia, Russia, Austria, Stati Uniti, Prussia e Zollverein si aprissero con un articolo in cui si ricordava che « Tous les droits, privilèges et immunités qui ont été conférés aux sujets et aux bâtiments de (segue nome potenza) par les capitulations et traités existant sont confirmés maintenant et pour toujours, à l'exception des clauses des dites capitulations que le présent Traité a pour objet de modifier » (149). La stessa Turchia, poi, dovette accettare nella Conferenza di Londra del 1871, « il fondamentale principio del diritto internazionale » secondo il quale non era possibile sottrarsi unilateralmente, senza il consenso delle altre parti, alle obbligazioni assunte in precedenza con un trattato (150). Le capitolazioni, quindi, come « special chapter of the conventional law of Europe », ricordava Travers Twiss (1809-1897) riassumendo una posizione quasi universalmente condivisa dalla dottrina occidentale, non potevano essere abolite. Esse erano indispensabili sia per « l'Islam », perché permettevano alla Turchia di partecipare al Concerto e al diritto pubblico europeo senza violare i precetti della legge coranica, sia per la cristianità perché davano ai sudditi degli stati europei la garanzia di vedere affidata la tutela della propria persona e la sicurezza delle proprie attività commerciali alle leggi europee e alla giustizia consolare. « The Capitulations — concludeva il giurista inglese — may require modifications from time to time, but to suppress them would be to provoke a new Crusade against Islam, and to invite a violent change in the Guardianship of the Dardanelles » (151).

(149) Nessuna delle clausole cui rinvia l'art. 1 toccava però la giurisdizione consolare.

(150) *Pontus Treaty relative to the Straits and the Navigation on the Black Sea and the Danube*, London, 13.3.1871, ed. GREWE, *Fontes*, B. 3, 1, cit., pp. 477-480.

(151) T. TWISS, *The Laws of the Nations considered as Independent Political Communities*, Oxford, Clarendon Press, 1894, pp. 468-469.

6. *Verso Oriente: la Cina.*

Negli stessi anni in cui le potenze europee intervenivano in Medio Oriente in soccorso dell'impero ottomano e formulavano un invito perentorio ed interessato affinché la Porta partecipasse ai vantaggi del concerto e del diritto pubblico europeo, la Gran Bretagna, in Cina, annientava i tentativi del Celeste Impero di impedire l'importazione dell'oppio indiano nel suo territorio, imponeva la stabilizzazione delle relazioni diplomatiche tra i due paesi e dischiudeva l'enorme mercato cinese agli interessi commerciali occidentali. Nel 1842, infatti, con il trattato di pace e amicizia di Nanchino a conclusione della cosiddetta prima guerra dell'oppio (1839-1842), l'Inghilterra si assicurava, oltre ad un congruo indennizzo per le spese di guerra sostenute e per la droga confiscatagli, il diritto a svolgere attività commerciali senza l'esosa ed arbitraria intermediazione della corporazione mercantile dei *Co Hong*; la concessione di Hong Kong e l'apertura di cinque porti (Guanghzhou, Fuzhou, Ningbo, Xiamen, Shanghai) al commercio inglese, con il diritto di residenza per i sudditi britannici e le loro famiglie; la presenza in ciascuno di essi di un console; tariffe doganali certe ed eque ed infine il riconoscimento di una posizione paritaria tra l'imperatore cinese e la regina inglese ⁽¹⁵²⁾.

L'anno successivo, nel 1843, un nuovo accordo (*The Supplementary Treaty*) siglato a Hu-men-chai sempre dal plenipotenziario inglese Henry Pottinger (1759-1856) e da un grande protagonista della diplomazia cinese il nobile *manchu* Qi-ying († 1858) ⁽¹⁵³⁾, integrava e perfezionava il trattato di Nanchino e permetteva alla Gran Bretagna di acquisire ulteriori ed importanti vantaggi, tra cui l'introduzione della clausola della nazione più favorita, attraverso la quale dovevano ritenersi automaticamente estesi al Regno Unito i privilegi e le immunità che la Cina avrebbe concesso in futuro ad altre nazioni straniere e l'applicazione anche nel Celeste Impero del principio di extraterritorialità ⁽¹⁵⁴⁾. Sebbene il trattato di Nanchino

⁽¹⁵²⁾ Cfr. art. 5 del Trattato di Nanchino 29.8.1842, ed. GREWE, *Fontes*, B. 3,1, cit., pp. 258-262.

⁽¹⁵³⁾ Sulle relazioni tra Pottinger e Qi-ying, v. I. C.Y. HSÜ, *The Rise of Modern China*, New York, Oxford University Press, 1975, pp. 249-254.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. l'art VIII del *The Supplementary Treaty*, 8.10.1843, edito in appendice

attribuisse ai consoli un ruolo di intermediazione tra i sudditi dei due paesi e un' indefinita « facoltà di sorveglianza » sulle attività cui erano tenuti i cittadini inglesi verso il governo cinese, mancava in esso una norma che riconoscesse espressamente la giurisdizione esclusiva dei consoli sui propri concittadini. Il trattato di Hu-men-chai provvede a colmare questa lacuna, prevedendo all'art. 2 che *The General Regulations*, ossia i regolamenti emanati nel luglio del 1843 e rivolti a disciplinare il commercio inglese nelle cinque città portuali, sarebbero stati allegati al trattato e ne avrebbero costituito parte integrante⁽¹⁵⁵⁾. Era l'introduzione del principio di extraterritorialità anche in Cina. Con le *General Regulations*, infatti, il governo inglese aveva provveduto ad affidare ai consoli il compito di risolvere in via amichevole le controversie di diritto civile sorte tra sudditi cinesi ed inglesi, e aveva ammesso in via subordinata, nel caso in cui essi non fossero riusciti a trovare un accordo, sia la possibilità di affiancargli un ufficiale cinese, sia il ricorso ad una soluzione congiunta di carattere equitativo. Gli illeciti penali, invece, erano rigorosamente vincolati al principio della personalità della legge per cui i crimini commessi da sudditi inglesi sarebbero stati giudicati e puniti da un console inglese secondo le leggi penali inglesi; allo stesso modo i reati compiuti dai sudditi cinesi sarebbero stati regolati dal diritto cinese (art. 13).

Privilegi commerciali e compressioni della sovranità cinese caratterizzano anche i trattati che il Celeste Impero sottoscrisse nel 1844, a Wanghia (Wangxia) e a Whampoa (Huangpu), con gli Stati Uniti d'America e la Francia. Le due potenze occidentali, rappresentate rispettivamente da Caleb Cushing (1800-1879) e Théodose M.M. J. de Lagrené (1800-1862), però, non solo utilizzarono gli accordi anglo cinesi come modello, ottenendo anch'essi una tariffa doganale fissa, il diritto di risiedere e commerciare nei porti aperti,

in W. L. TUNG, *China and the Foreign Powers. The Impact of and the Reaction to Unequal Treaties*, New York, Oceana Publications, 1970, pp. 433-442.

⁽¹⁵⁵⁾ *General Regulations under which the British Trade has to be conducted at the five ports of Canton, Fuhow, Amoy, Ningpo and Shanghai*, 22.07.1843, (ed. in *China Imperial maritime Customs, III Miscellaneous Series: n. 30, Treaties Conventions, etc., China and Foreign States*, Shanghai, Statistical Department of the Inspectorate of Customs, Shanghai 1908, vol. 1, pp. 191-197). Esse furono abrogate con l'art. 1 del trattato di Tientsin (Tianjin) del 26.6.1858.

l'apertura di sedi consolari e la possibilità di approfittare dei vantaggi della clausola della nazione più favorita, ma riuscirono anche a spingersi oltre e a disciplinare in modo giuridicamente più preciso l'ambito giurisdizionale dei consoli e le modalità di funzionamento del principio di extraterritorialità ⁽¹⁵⁶⁾.

I consoli americani e francesi erano tenuti a sovrintendere e regolare tutto ciò che concerneva i loro connazionali residenti nei cinque porti e avevano il compito di trasformare il territorio assegnatogli in un nuovo spazio sociale. Da una prospettiva urbanistica ciò significava procedere alla riqualificazione urbanistica di Canton (Guangzhou), Foochow (Fuzhou), Ningbo, Amoy (Xiamen), Shanghai, acquistando, nel nome dei rispettivi governi, i terreni necessari alla costruzione di depositi commerciali, ospedali, chiese, cimiteri; e svolgendo un'attività di intermediazione tra mercanti occidentali in cerca di terreni ed immobili da affittare o acquistare e cittadini cinesi interessati a far affari con i nuovi venuti ⁽¹⁵⁷⁾. Da una prospettiva più immediatamente giuridica invece, l'occidentalizzazione dei nuovi territori passava, da un lato, attraverso il superamento della sovranità cinese e la rigorosa applicazione del principio della personalità della legge in sede penale (Wanghia, art. 21; Whampoa, art. 27); dall'altro attraverso il ricorso a rimedi equitativi e a forme alternative di amministrazione della giustizia che permettessero, però, di ribadire la superiorità della magistratura consolare (Wanghia, artt. 16; 24; Whampoa, artt. 10; 25).

Ciò comportava l'esclusione di qualunque intervento del governo cinese nelle controversie « relative al diritto di proprietà o ai diritti personali » che vedevano come unici protagonisti i cittadini occidentali. La loro risoluzione era affidata al proprio console se attore e convenuto avevano la medesima nazionalità o, altrimenti, era lasciata ai trattati in vigore tra gli stati di cui le parti erano cittadini (Wanghia, art. 25; Whampoa, art. 28). Nel caso invece di doglianze di carattere civilistico tra cinesi e occidentali, inadempimenti contrattuali, frodi commerciali, recupero crediti, spettava

⁽¹⁵⁶⁾ I due trattati sono editi in *Treaties*, cit., rispettivamente pp. 76-83; 49-58.

⁽¹⁵⁷⁾ Trattato di Wanghia, art. 17; Trattato di Whampoa, art. 22. Nel trattato sino americano il console avrebbe provveduto anche a verificare che la condotta di ciascuna delle parti fosse conforme ai doveri di « giustizia e moderazione ».

all'ufficio consolare il compito di filtrare le richieste di risarcimento e di valutare l'esperibilità degli eventuali tentativi di conciliazione. Allo stesso modo, con piena reciprocità nel trattato di Wanghia, si riconosceva ai funzionari locali un'analogha funzione di intermediazione qualora l'attore fosse stato un cittadino cinese (Wanghia, art. 16) ⁽¹⁵⁸⁾. In entrambi trattati, però, il console continuava ad essere l'unica autorità legittimata all'esercizio dell'attività di conciliazione indipendentemente dalla nazionalità dell'attore e, al pari di quanto era stabilito nelle *General Regulations*, spettava sempre alla magistratura consolare invitare un funzionario cinese a partecipare ad una commissione mista che decidesse il caso secondo equità qualora la controversia non fosse stata risolta amichevolmente (Wanghia, art. 24; Whampoa, art. 25). Commentando questa disposizione nel 1915, Enrico Catellani (1856-1945) non potette fare a meno di notare come « nella cooperazione di due magistrati di così diversa origine e di così diversa coltura, il criterio informatore di tali regole di equità non potesse riuscire sempre uniforme; e come, dato l'indirizzo assunto dalle potenze d'Europa nei loro rapporti colla Cina, e la parte preponderante ch'era assegnata all'ufficiale consolare in tale procedura relativa ai processi misti, il criterio di equità dell'ufficiale consolare dovesse finire per prevalere sempre, anche quando si trattava di un convenuto cinese e pertanto di un caso di evidente ragione di prevalenza della legge e della competenza territoriale » ⁽¹⁵⁹⁾.

Nell'eccezionalità che anche per il giurista italiano caratterizzava la storia delle prime relazioni diplomatiche tra l'impero cinese e le potenze occidentali svelandone il carattere coloniale, colpisce la presenza nei trattati di Whampoa e Wanghia di due articoli (rispettivamente art. 33; art. 30) in cui si descrivono le relazioni ufficiali tra Cina e Stati Uniti e tra Cina e Francia rispettivamente nei termini di piena eguaglianza e di assoluta reciprocità. In realtà i due articoli non rappresentano una novità, ma riproducono sostanzialmente l'art 11 del trattato anglo cinese del 1842, con cui si introduceva per la

⁽¹⁵⁸⁾ Il riconoscimento di una situazione di reciprocità previsto dall'articolo 16 del trattato di Wanghia scomparve con gli artt. 24 e 28 del trattato sino americano di Tientsin nel 1858 (ed. in *Treaties*, cit., pp. 84-92).

⁽¹⁵⁹⁾ CATELLANI, *La penetrazione straniera nell'Estremo Oriente*, cit., p. 41.

prima volta in un atto diplomatico ufficiale il riconoscimento di una perfetta uguaglianza tra l'imperatore cinese e la regina d'Inghilterra, e ne estendono gli effetti anche a Francia ed America.

Ciò però è ancora troppo poco e non è sufficiente per spiegare le ragioni di questo riconoscimento così significativo da essere riprodotto anche nei due trattati successivi. La previsione di una *perfect equality* tra i due sovrani era stato, infatti, un punto estremamente delicato dei rapporti tra Cina e Inghilterra e un obiettivo fortemente perseguito dalla diplomazia inglese. Essa rinviava alla battaglia che proprio quest'ultima aveva condotto per l'eliminazione dai documenti ufficiali del carattere 夷 (*yi*) con cui i cinesi erano soliti identificare gli stranieri, sul presupposto di una sua presunta traducibilità con il termine barbari.

Porre su una base di assoluta parità le relazioni internazionali significava imporre alla Cina il superamento di una visione sinocentrica del mondo, fondata sul profondo senso di superiorità che proprio l'equazione *yi/barbarians* testimoniava. Allo stesso modo intendeva preparare l'ingresso del Celeste Impero nella « grande famiglia delle nazioni civili ». Il significato da attribuire ad un segno grammaticale aveva superato i confini della linguistica ed era divenuto un serio problema politico-giuridico. Esso coagulava il risentimento inglese per un'offesa che proveniva da una civiltà ritenuta inferiore ed era avvertita come una minaccia alla costruzione di un sistema eurocentrico di relazioni internazionali. Tuttavia, come si è ricordato nelle pagine iniziali, i *transfers* e le traduzioni possono implicare tradimenti così efficaci da rendere naturali le relazioni semantiche in esse stabilite, destoricizzando i significanti e imponendo loro altri significati, e così profondi da produrre immagini condivise in grado di orientare l'opinione pubblica, incidere sulla politica estera di un paese fino ad infiltrarsi nelle rappresentazioni della storiografia. Questo sembra essere il caso della storia del carattere cinese 夷 e dell'equazione *yi/barbarians* di cui solo recentemente si è riscoperta la complessità e la centralità nella costruzione delle strategie coloniali inglesi. Attraverso un'attenta ricostruzione storica linguistica, una semiologa americana, Lydia Liu, ha fatto emergere la paradossalità di un'identità tra straniero e barbaro sconosciuta nei documenti cinesi della prima metà del Ottocento, ma al contrario, prima, prodotta ed imposta dalla discorsività diplo-

matica e giuridica anglosassone e, poi, passivamente recepita da gran parte della storiografia contemporanea che ha visto in tale identità una prova inconfutabile della xenofobia cinese. Tra Settecento e Ottocento, invece, il carattere 夷 (*yi*) indicava semplicemente il forestiero e con questo significato veniva utilizzato nelle relazioni diplomatiche. Lo slittamento semantico da forestiero a barbaro avvenne successivamente, intorno alla metà degli anni trenta del diciannovesimo secolo, coincidendo con la trasformazione del *Chinese Secretary's Officy* in un ufficio governativo competente nella traduzione di tutti gli atti diplomatici, e segnando anche retoricamente quella radicalizzazione dei rapporti tra il governo inglese e la dinastia *Qing* che avrebbe condotto nel volgere di pochi anni alla prima guerra dell'oppio ⁽¹⁶⁰⁾.

Il trattato anglo cinese di Tientsin (Tianjin) del 1858, siglato a conclusione della seconda guerra dell'oppio, rese 'ufficiale' quest'identità e provvide ad eliminare il pericolo che le traduzioni potessero produrre altre 'illegittime' storie. Con l'articolo 51, il carattere 夷 (*yi*) veniva bandito da tutti i documenti diplomatici e non si sarebbe più dovuto applicare al governo e ai sudditi britannici, ma anche trasformato, come scrive Liu, in un *hetero-linguistic sign* ⁽¹⁶¹⁾. Esso era ormai un « super segno », altro rispetto alla

⁽¹⁶⁰⁾ L. LIU, *Legislating the Universal. The Circulation of International Law in the Nineteenth Century*, in ID., *Tokens of Exchange: The Problem of Translation in Global Circulation*, Duke University Press, 1999, pp. 131-134; diffusamente ID., *The Clash of Empires. The Invention of China in Modern World Making*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, pp. 31-69; I. C.Y. HSÜ, *China's Entrance into the Family of Nations. The Diplomatic Phase 1858-1880*, Cambridge, Harvard University Press, 1960, pp. 121-145; R. SVARVERUD, *International Law as World Order in Late Imperial China: Translation, Reception and Discourse, 1847-1911*, Leiden, Brill, 2007.

⁽¹⁶¹⁾ « It is agreed — si legge all'art. 51 (ed. *Treaties*, cit., pp. 11-21) — that henceforward the character 夷 "I" (barbarian) shall not be applied to the Government or subjects of Her Britannic Majesty, in any Chinese official document issued by the Chinese authorities, either in the capital or in the provinces ». Nei trattati stipulati a Tianjin da nordamericani (art. 7, ed. *Treaties*, cit., pp. 11-20), francesi (art. 4, ed. *Treaties*, cit., pp. 59-71), e russi (art. 2, ed. *Treaties*, cit., pp. 101-112) manca invece una simile disposizione e vi è al contrario l'obbligo di « comunicare sulla base di una perfetta uguaglianza ». Anche nel primo trattato di amicizia, commercio e navigazione stipulato il 26.10.1866 tra il Regno d'Italia e la Cina (ed. *Treaties, Conventions, etc., between China and Foreign States*, cit., vol. 2, pp. 1129-1146) si ribadiva la perfetta uguaglianza tra il re d'Italia e l'imperatore cinese (art. 5), ma nell'art 51 si leggeva: « Il carattere cinese 夷, I, non sarà adoperato

lingua cinese, formato dal carattere cinese, dalla traslitterazione della pronuncia *I* e dalla traduzione inglese *barbarian*, ed infine dotato, grazie al riconoscimento legale di un atto diplomatico ufficiale, di forza performativa. « That is to say — scrive Liu — whoever violates the integrity of the super sign risks violating the international law. The risk, of course, was always there; so was the fascination with the exclusive signification of yi in terms of the English word “barbarian”. The legal injunction of Article 51 catapulted what seemed at first a trifling matter of translation into the broader realm of international conflicts with major implications for our understanding of narratives of civilizational clash, past and present » (162).

La traducibilità del carattere 夷 (*yi*) con il termine barbaro, bandita da ogni documento pubblico e insieme fissata irrevocabilmente dallo stesso articolo che la introduceva in spregio alla lingua cinese, era confermata da un'altra disposizione del trattato di Tientsin in cui si riconosceva carattere ufficiale solo alla lingua inglese e si stabiliva che, da allora in avanti, nell'ipotesi in cui ci fosse stata una differenza di significato tra la versione inglese di un trattato e quella cinese, avrebbe fatto fede il testo in inglese (163).

Il trattato anglo cinese di Tientsin provvedeva poi a recepire e ad estendere i privilegi e le immunità in materia giurisdizionale ed economica già concessi a statunitensi e francesi a Wanghai e Whampoa, e trasformava, attraverso la clausola della nazione più favorita, le concessioni fatte in una sorta di « diritto comune di tutti gli stranieri ». A Tientsin, infatti, dal 13 al 27 giugno 1858, il governo cinese sottoscrisse dei nuovi trattati con Francia e Inghilterra, potenze alleate nella cosiddetta seconda guerra dell'oppio, e con Russia e Stati Uniti che a quella guerra formalmente non avevano partecipato, ma le cui rappresentanze diplomatiche, dopo il bom-

in alcun documento ufficiale emanato dalle Autorità cinesi della capitale o delle provincie per designare il Governo o i sudditi di Sua Maestà il Re d'Italia ». Sull'esperienza italiana a Tianjin rinvio a Luigi NUZZO, *Italiani in Cina: la concessione di Tien Tsin*, in A. MAZZACANE (Hrsg.), *Diritto, istituzioni e economia nell'Italia fascista*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2002, pp. 255-281.

(162) LIU, *The Clash of Empires*, cit., pp. 33-34.

(163) Ritroviamo la previsione dell'ufficialità di una lingua occidentale anche nell'art. 3 del trattato franco-cinese di Tientsin del 1858 art. 3, ed. *Treaties*, cit., pp. 59-71.

bardamento e la presa di Canton alla fine di dicembre del 1858, si mossero congiuntamente con i plenipotenziari inglesi e francesi e si unirono alle loro richieste nei negoziati che precedettero la stipulazione del trattato ⁽¹⁶⁴⁾.

Il trattato anglo cinese di Tientsin non prevedeva, però, solo una semplice revisione dei trattati precedenti che garantisse una maggiore apertura della Cina agli interessi occidentali o ribasse l'operatività del principio di extraterritorialità e della clausola della nazione più favorita. Accanto all'individuazione di nuove città portuali, all'introduzione di un diritto di navigazione e commercio lungo lo Yangzi, alla possibilità di viaggiare all'interno del paese, a nuove tariffe doganali, alla conferma delle ampie competenze giurisdizionali già godute dalla magistratura consolare, l'Inghilterra imponeva alla Cina di riconoscere la forza della religione cristiana nell'inculcare la virtù e nell'insegnare all'uomo come comportarsi; di accettare la presenza di religiosi sul suo territorio e di tutelarne l'attività missionaria (art. 8) ⁽¹⁶⁵⁾, ed otteneva, infine, il diritto di stabilire le proprie rappresentanze diplomatiche a Pechino (artt. 2; 3). Quest'ultimo era un obiettivo lungamente perseguito dalle potenze occidentali che avrebbe portato, secondo il plenipotenziario inglese James Bruce, conte di Elgin (1811-1863), a superare la mediazione delle autorità provinciali nei rapporti con l'imperatore, semplificando e facilitandone le relazioni, e allo stesso tempo avrebbe favorito l'inclusione della Cina nel sistema giuridico e politico internazionale. Ma l'inclusione, se di inclusione si può parlare, non avveniva su basi paritarie. Il Celeste Impero non era ancora uno stato tra stati. Gli stessi trattati che avrebbero dovuto facilitare la sua partecipazione alla comunità internazionale, impedivano il conseguimento di tale obiettivo. Essi avevano compresso la sovranità cinese

⁽¹⁶⁴⁾ Il trattato con la Russia fu firmato il 13.06.1858; sei giorni dopo, il 18 giugno venne firmato l'accordo con gli Stati Uniti, il 26 con la Gran Bretagna e il giorno dopo quello con la Francia. Ad essi seguì l'*Agreement Containing the Rules of Trade and Tariff* siglato a Shanghai l'8.11.1858 e, a seguito dell'occupazione della capitale cinese da parte delle truppe anglo francesi, la Convenzione di Pechino del 24.10.1860. L'espressione tra caporali è di CATELLANI, *La penetrazione straniera nell'estremo Oriente*, cit., p. 25.

⁽¹⁶⁵⁾ *Trattato anglocinese di Tientsin*, art. 8. Ritroviamo la medesima disposizione nell'art. 29 del trattato sino americano, nell'art. 8 del russo e nell'art. 13 di quello francese.

più di quanto già non fosse stato previsto nei precedenti accordi che la Cina era stata costretta a firmare. La possibilità per la diplomazia occidentale di aprire le proprie sedi diplomatiche a Pechino e di trattare direttamente con l'imperatore, e il diritto per mercanti e missionari di spingersi nell'interno dell'immenso impero, non solo incrinavano ulteriormente la spazialità cinese, ma provvedevano a riquificarla attraverso la diffusione della religione cattolica e la dilatazione della giurisdizione consolare. Non posso in questa sede soffermarmi ulteriormente sul principio di extraterritorialità e sugli enormi problemi giuridici connessi con il riconoscimento dei privilegi ai sudditi occidentali in Cina, ma si deve ricordare almeno la paradossalità dei provvedimenti che, secondo la dottrina giusinternazionalistica della fine del secolo XIX, permisero l'ingresso della Cina nella « famiglia delle nazioni ». L'inclusione cinese era preparata e sarebbe stata possibile solo attraverso un'eccezione, attraverso, cioè, la sospensione di quel diritto internazionale cristiano cui essa avrebbe dovuto accedere. Il diritto di residenza e di commercio, con i privilegi connessi, acquisto e affitto di immobili, costruzione di chiese, ospedali, scuole, cimiteri, tariffe doganali favorevoli; l'onnipresenza della clausola della nazione più favorita e ancora l'istituzione dei tribunali consolari; delle corti miste e più tardi, nel 1904, della corte suprema inglese e, nel 1906, di quella speciale degli Stati Uniti, indicavano con estrema chiarezza che la Cina, come la Turchia, era un paese a sovranità limitata in cui non trovava applicazione l'assunto fondamentale del diritto internazionale secondo il quale ciascuno stato deve possedere il controllo del suo territorio ed esercitarvi in via esclusiva la giurisdizione, e in cui il principio moderno della territorialità della legge lasciava spazio a quello premoderno della personalità della legge. Fuori dalla cristianità, sebbene da sempre tollerante verso l'attività missionaria, la Cina non raggiungeva un livello di civiltà tale da assicurarle una posizione paritaria con l'America e le potenze europee. Nell'attesa la diplomazia le permetteva di godere dei frutti (avvelenati) del diritto internazionale cristiano, proiettando in Oriente il regime delle capitolazioni cui erano sottoposti i paesi musulmani sin dal secolo precedente.

MICHEL SENELLART

DROIT DE L'HUMANITÉ ET HUMANISATION
DE LA GUERRE SELON J. C. BLUNTSCHLI (1808-1881)

Les Conventions de la Haye de 1899 et 1907 constituent une étape décisive de la formation du droit international humanitaire. Dans la continuité des propositions formulées lors de la Conférence de Bruxelles de 1874, elles énoncent un ensemble de règles visant à « définir avec plus de précision » les lois et coutumes générales de la guerre, et, en leur traçant des limites, à « en restreindre autant que possible les rigueurs » (1). Ces documents, fréquemment cités (2), sont bien connus des historiens du droit de la guerre. On se souvient moins bien, en revanche, de l'un des principaux inspirateurs de ces conventions, le juriste d'origine suisse, Johann Caspar Bluntschli, qui fut le premier en Europe à entreprendre une codification des lois de la guerre. Oubli étrange, tant ses écrits, dont le prestige était alors considérable, mettent en lumière les paradoxes et les enjeux de la juridicisation de la guerre à la fin du XIXe siècle. Marque-t-elle une rupture avec le système du droit public européen, issu de la guerre de Trente ans, ou s'inscrit-elle encore dans son cadre? Quel concept du droit présuppose-t-elle et comment celui-ci s'articule-t-il au principe de la souveraineté des Etats? De quelle façon prend-elle en compte les nécessités empiriques de la guerre? L'étude de ces questions nous permettra de mieux comprendre les conditions d'émergence du droit humanitaire, sur la base d'un « droit de l'humanité » encore à venir, et de mesurer le rôle décisif qu' y a joué Bluntschli, en tant que théoricien du droit international.

(1) Préambule des Conventions de la Haye de 1899 et 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, § 3.

(2) Ils sont disponibles, notamment, sur le site de la Croix-rouge, <http://www.icrc.org>

Selon C. Schmitt, il était admis, jusque vers 1890, que « le droit des gens était un droit des gens (*Völkerrecht*) spécifiquement européen » (3). Sans doute théoriciens et diplomates invoquaient-ils volontiers les idées universalistes d'« Humanité », de « Civilisation » et de « Progrès », mais il n'y avait pas de contradiction entre cet universalisme et la conception européocentrique du droit des gens, « puisque par l'Humanité on entendait d'abord l'humanité européenne, que la Civilisation ne signifiait évidemment que la civilisation européenne et que le Progrès était l'évolution en droite ligne vers cette civilisation » (4). La référence à cette dernière témoignait qu' en dépit des tendances universalistes, on n'avait pas encore perdu « toute conscience du grand problème d'un ordre spatial de la terre ».

Tant qu' il en restait un certain souvenir, on parlait du droit des gens des Etats civilisés, et l'on continuait dans cette mesure à soutenir que le sol européen ou le sol qu' on lui assimilait jouissait d'un autre statut en droit des gens que le sol de peuples non civilisés ou non européens (5).

L'un des exemples typiques de cette pensée « orientée encore sur la notion de civilisation », et donc demeurant attachée au principe d'une fondation spatiale du droit des gens, serait l'ouvrage de Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, paru en 1868 (6). Aussi allusive que soit la mention de ce simple titre — rien n'est dit, en effet, du contenu du livre —, il semble que celui-ci, liant le droit des gens (7) moderne à la communauté des Etats civilisés, s'inscrive, aux yeux de Schmitt,

(3) C. SCHMITT, *Le nomos de la terre* (1950), trad. de L. Deroche-Gurcel et P. Haggemacher, Paris, PUF, « Léviathan », 2001, p. 226. Schmitt distinguant à plusieurs reprises le *Völkerrecht* de l'*International law*, il convient de traduire le premier terme par « droit des gens ». Cf. p. 228, à propos de « la grande différence entre *ius inter gentes* et *ius gentium* qui se cache derrière la distinction linguistique entre *droit des gens* et *droit international* », et la note du traducteur p. 325.

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*

(6) *Ibid.* J. C. BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, C. H. Beck, 1868; 2ème éd., 1872; 3ème et dernière éd., 1878; traduction française par C. Lardy, *Le droit international codifié*, Paris, Guillaumin et Cie, 1869; 5ème éd. revue et augmentée 1895 (c'est cette dernière que j'utilise).

(7) On verra que Bluntschli conteste cette traduction de *Völkerrecht* (cf. *infra*, note 48).

dans la continuité du *Jus publicum Europaeum*, dont il représenterait l'une des tardives et ultimes expressions. Il constituerait ainsi, dans ces années 1870-1890 qui furent en Europe « le temps du plus grand optimisme » (8), un effort pour concilier le *nomos* de l'ordre juridique international, sa structure spatiale, avec la foi en la civilisation européenne et le progrès (9).

Cette interprétation permet à Schmitt de défendre sa thèse selon laquelle la fin du XIXe et le début du XXe siècles auraient vu s'affronter deux grandes conceptions du droit des gens, l'une fondée sur le principe d'un ordre spatial concret (le droit des gens européen), l'autre d'esprit universaliste (l'*International Law* (10)), portée par l'extension du libre marché à l'échelle mondiale (11), la seconde ayant triomphé de la première à l'issue du conflit mondial de 1914-1918. Elle contribue, par là même, à renforcer sa critique du droit international universel qu'il accuse d'avoir ouvert la voie à la criminalisation de la guerre interétatique.

Il importe donc de relire le traité de Bluntschli, afin de mettre à l'épreuve la chronologie schmittienne et se donner les moyens d'en contester éventuellement les conclusions. Ce qui est en question est le rôle du « droit des gens des peuples civilisés » dans le développement du droit international moderne. Peut-on le considérer, avec Schmitt, comme le dernier avatar du *Jus publicum Europaeum*, au sein d'une culture engagée dans un processus d'universalisation toujours plus ample? Participe-t-il déjà, au contraire, de ce « normativisme vide, fait de règles soi-disant reconnues » (12) par lequel

(8) C. SCHMITT, *Le nomos de la terre*, cit., p. 213.

(9) Cette foi se manifesterait, notamment, dans le projet de confédération européenne de Bluntschli qu' évoque Schmitt dans cette même page, sans en préciser le titre (il s'agit de « Die Organisation des europäischen Staatenvereines », publié dans les numéros 6, 8 et 9 de *Die Gegenwart* en 1878; cf. le résumé des principales thèses développées dans cet article in J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., § 108, pp. 110-111; cf. également *ibid.*, § 10, p. 62: « De nos jours, l'idée d'une confédération des Etats européens n'est plus trop excentrique ». Cf. J. NURDIN, « Die Organisation des europäischen Staatenvereines » de Johann Caspar Bluntschli (1878), in M. Perrin (éd.), *L'idée de l'Europe au fil de deux millénaires*, Paris, Beauchesne, 1997, pp. 183-194.

(10) *Ibid.*, p. 236: « Ce que la doctrine traitait désormais au titre de droit des gens ou plus exactement l'*International Law* n'était plus un ordre spatial concret ».

(11) *Ibid.*, p. 233, sur cet essor d'une « économie mondiale libre ».

(12) *Ibid.*, p. 225.

Schmitt caractérise le droit international universel de la fin du siècle? Est-il, en d'autres termes, un facteur de résistance à ce dernier ou un agent de dissolution de l'ordre juridique établi sur le sol européen? Mais poser la question ainsi, c'est demeurer à l'intérieur du schéma conceptuel schmittien, dont il s'agit précisément de discuter la pertinence. Il convient donc, pour s'en dégager, de reconstituer la logique interne du *Völkerrecht* tel que l'expose Bluntschli. On verra alors dans quelle mesure il confirme la périodisation de Schmitt, en déplace les lignes chronologiques ou contraint à réviser le dispositif conceptuel sur lequel elle repose.

Un angle d'analyse privilégié semble être offert par la question de l'équilibre européen. Celui-ci, en effet, en tant qu'expression de l'ordre spatial commun aux Etats d'Europe ⁽¹³⁾, constitue selon Schmitt, depuis la paix d'Utrecht (1713), « le fondement et la garantie du droit des gens européen » ⁽¹⁴⁾. Il se confond, en un sens, avec ce dernier. La position de Bluntschli à son égard devrait donc éclairer son rapport plus général à cette tradition. Les choses, en réalité, ne sont pas aussi simples, comme le montre la comparaison avec le livre d'August Wilhelm Heffter, auquel Bluntschli se réfère très souvent, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart* (1844) ⁽¹⁵⁾. Le droit public externe (autrement appelé droit international), explique le juriste berlinois, s'est développé de la façon la plus complète, jusqu'à présent, dans l'Europe chrétienne. Il y est entré dans la conscience commune des Etats. Aussi lui a-t-on décerné « avec pleine raison le nom de droit européen » ⁽¹⁶⁾. Il reste néanmoins sans cesse exposé aux menaces d'une politique de puissance agressive et « n'est protégé que par un certain équilibre politique des

⁽¹³⁾ *Ibid.*, p. 188: « C'est dans la représentation d'un équilibre européen que l'ordre spatial commun reconnu du sol européen trouve sa formulation ».

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*

⁽¹⁵⁾ A. W. HEFFTER (1796-1880), *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, Berlin, E. H. Schroeder, 1844; trad. française par J. Bergson, *Le droit international public de l'Europe*, Berlin-Paris, E. H. Schroeder & Cotillon, 1857. Cf. C. SCHMITT, *Le nomos de la terre*, cit., p. 226, pour qui ce livre, « le manuel allemand le plus influent au milieu du XIXe siècle », est « typique » de la conception européocentrique de la civilisation. Professeur de droit à Berlin, Heffter fut, avec Bluntschli, l'un des membres fondateurs de l'Institut de droit international (cf. *infra*, p. 1398).

⁽¹⁶⁾ A. W. HEFFTER, *Le droit international public de l'Europe*, cit., § 1, pp. 1-2.

nations » (17). Équilibre qui ne consiste pas dans l'égalité de leurs forces, mais « dans la garantie collective et morale d'une association d'États inégaux, [ayant] pour but d'obliger ses membres de s'opposer à la suprématie d'un seul par la force réunie de tous » (18). C'est cette fonction de l'équilibre des puissances comme garant du droit international qui justifiait, pour Heffter, le système mis en place par le Congrès de Vienne (1814-1815) (19). On a là une version du *Jus publicum Europaeum* assez proche (toute référence au sol mise à part) de la présentation qu'en donne Schmitt.

S'il en partage certaines prémisses, Bluntschli infléchit cette conception de l'équilibre européen dans un sens quelque peu différent, opposant le « véritable équilibre » (20), fondé sur la coexistence pacifique d'États égaux (21) (et donc libres de se transformer (22)), à l'ancienne théorie qui ne visait qu' à maintenir le statu quo (23). En introduisant le principe de l'autodétermination des peuples (24) dans le système de l'équilibre, il ne se contente pas, avec d'autres juristes allemands de son temps, d'affranchir le concept de souveraineté du critère de la légitimité dynastique (25), affirmant la personnalité juridique de tout Etat, indépendamment de la forme de son gouvernement (26). Cette

(17) *Ibid.*, § 5, p. 7.

(18) *Ibid.*

(19) *Ibid.*, § 6, p. 12.

(20) J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., § 98, p. 104.

(21) Sur ce principe, *ibid.* § 81, pp. 97-98.

(22) *Ibid.*, Introduction, pp. 52-54 et § 96, p. 103.

(23) *Ibid.*, pp. 53-54 (critique de la politique de la Sainte-Alliance à l'époque de la Restauration, 1815-1830). Cf. *infra*, note 100.

(24) *Selbstbestimmung der Völker* (*ibid.*, p. 53). Pour plus de détails, cf. B. ROBEN, *Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das moderne Völkerrecht, 1861-1881*, Baden-Baden, Nomosverlagsgesellschaft, « Studien zur Geschichte des Völkerrechts, 4 », 2003, pp. 106-112.

(25) *Ibid.*, pp. 53-54: le principe de la légitimité dynastique est présenté par Bluntschli comme une « idée du Moyen Âge », reposant sur une conception patrimoniale du pouvoir souverain.

(26) *Ibid.*, § 17-19, pp. 66-67. Sur ce moment de l'histoire de la pensée constitutionnelle, après les guerres napoléoniennes, cf. C. SCHMITT, *Le nomos de la terre*, cit., p. 204: « On dégagea en toute clarté le principe de la continuité de [l']Etat en tant que tel, de l'Etat comme personne juridique, lors du changement du détenteur de pouvoir. L'Etat est affranchi du problème de savoir si le pouvoir étatique du moment est légitime ou illégitime ».

nouveauté peut apparaître, à juste titre, comme une adaptation du *Jus publicum Europaeum* aux conditions nouvelles créées par l'âge des révolutions. Bluntschli va plus loin. Il lie le développement du droit international au mouvement historique qui pousse les peuples, en Europe, mais aussi dans d'autres régions du monde (27), à la constitution d'Etats souverains, déplaçant ainsi la problématique du concert des Etats du plan strictement spatial à celui de l'histoire universelle. Le droit n'est plus l'expression d'un ordre concret spatialement déterminé, mais celle, évolutive, d'un ordre humain en devenir (28). De là, l'importance du changement de vocabulaire chez Bluntschli, qui ne parle plus, comme le faisait encore Heffter, de « droit international européen », mais de « droit international des Etats civilisés ». Le premier énoncé met en relief les « limites territoriales » (29) du *jus inter gentes*, tandis que le second (quand bien même par « Etats civilisés » il ne désigne rien d'autre que les Etats européens) l'inscrit dans un processus concernant, à terme, l'humanité tout entière:

Le droit international n'est pas restreint à la famille des peuples européens. Son domaine s'étend à la surface de la terre (30).

Sans doute cette universalisation s'explique-t-elle par « l'influence croissante des nations européennes » (31). L'important, toutefois, à ce stade de notre analyse, est que Bluntschli distingue clairement l'*origine* européenne du droit international, et son *fondement*, qui réside dans la « nature humaine », sur laquelle « repose l'unité de l'humanité » (32). On ne saurait méconnaître, assurément, les présupposés européocentriques de ce concept jusnaturaliste. Le monde de-

(27) *Ibid.*, § 77, com. 1, p. 96: « La tendance moderne vers l'unité [i.e. la formation d'Etats souverains unifiés] se montre non seulement en Europe et en Amérique, mais dans l'Asie orientale ». Bluntschli prend ici l'exemple du Japon.

(28) Comme il l'écrit à F. Lieber, en septembre 1867: « le droit présent est en même temps un droit en devenir (*werdendes Recht*), qui a vocation à accompagner la vie de l'humanité dans son progrès permanent » (cf. la référence de cette lettre, *infra*, note 65). Sur le concept de *werdendes Recht* chez Bluntschli, cf. *infra*, note 83.

(29) Cf. A. W. HEFFTER, *Le droit international public de l'Europe*, cit., § 7, p. 14: « Limites territoriales (*Gültlichkeitsgebiet*) du droit public européen ».

(30) J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., § 7, p. 60.

(31) *Ibid.*, com. 1.

(32) *Ibid.*, § 2, p. 58.

meure bien divisé, pour Bluntschli, en peuples civilisés et non civilisés, selon des critères tirés de l'histoire occidentale ⁽³³⁾, et si « les sauvages [eux-mêmes] sont des hommes », cette humanité n'existe en quelque sorte qu'en puissance: « c'est une mission sacrée et un devoir pour les nations éclairées de s'occuper de [leur] éducation et de les rendre dignes du nom d'hommes » ⁽³⁴⁾. Cette commune nature n'en est pas moins porteuse d'effets juridiques pour les non civilisés. Elle implique notamment l'abolition de l'esclavage ⁽³⁵⁾ et l'interdiction des « guerres d'extirpation et d'anéantissement » (*Ausröttungs- und Vernichtungskriege*) contre les peuples qui, ne prenant pas une part active à la formation du droit international, sont injustement exclus de sa protection ⁽³⁶⁾. Ce droit, dès lors, ne trouve pas sa limite dans la souveraineté des Etats. Son domaine s'étendant « aussi loin que les droits de l'humanité » ⁽³⁷⁾, ses principes nécessaires l'emportent sur le droit de chaque Etat ⁽³⁸⁾.

Il n'est pas impossible [...] à l'avenir [...] qu'on se croie autorisé à intervenir lorsqu'un Etat ne respecte pas suffisamment les lois de l'humanité ⁽³⁹⁾.

La relation de Bluntschli avec le *Jus publicum Europaeum* présente donc plusieurs aspects qui ne permettent pas de le ratta-

⁽³³⁾ Histoire recodée elle-même par Bluntschli en termes de race. Cf. son article *Arische Völker und arische Rechte*, in J. C. BLUNTSCHLI et K. BRATER (éd.), *Deutsches Staats-Wörterbuch*, Stuttgart et Leipzig, t. 1, 1857; rééd. in J. C. BLUNTSCHLI, *Gesammelte kleine Schriften*, Nördlingen, C. H. Beck, t. 1, 1879, p. 64-90.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, § 535, com. 2, p. 302.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, Introduction, p. 23: « Il s'écoulera [...] peu de temps jusqu'au moment où l'humanité entière posera, protégera et garantira par la voie du droit international le principe suivant: " Il n'y a pas de propriété de l'homme sur l'homme. L'esclavage est en contradiction avec les droits que confère la nature humaine (*dem Rechte der menschlichen Natur*) et avec les principes reconnus par l'humanité entière (*dem Gemeinbewusstsein der Menschheit*) ».

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, § 535, p. 302. Cf. B. ROBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., pp. 176-177 sur le désaccord entre Bluntschli et F. Lieber sur ce point.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, § 8, p. 61.

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, § 9, p. 61: « Le droit international ne peut contraindre un Etat à abroger ou modifier son droit particulier que dans la mesure en laquelle ce dernier paraît incompatible avec les principes nécessaires du droit international ». Sur l'idée d'un droit international nécessaire, distinct du droit international conventionnel, cf. § 13, p. 63.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, Introduction, p. 21.

cher purement et simplement à cette tradition. Par son rejet du modèle metternichien de l'équilibre, dont il récuse l'esprit conservateur, et sa conception d'un droit international en devenir, mettant en question la souveraineté illimitée des Etats et s'appliquant au-delà des frontières de l'Europe chrétienne ⁽⁴⁰⁾, il représente un courant de pensée nouveau, conscient de son originalité et soucieux de se distinguer du discours politico-diplomatique jusqu'alors dominant ⁽⁴¹⁾. Il convient donc, maintenant, de préciser la place qu'occupe Bluntschli dans la pensée juridique du XIXe siècle, en retraçant brièvement sa carrière et en expliquant le sens de sa démarche théorique comme juriste internationaliste. Cette analyse nous permettra, dans un premier temps, de mieux comprendre la nature sa contribution au droit de la guerre moderne et, dans un second temps, d'en faire ressortir l'apport spécifique, à travers la comparaison avec la doctrine de Vattel, par rapport au droit des gens européen du siècle précédent.

Né à Zurich en 1808 ⁽⁴²⁾, Bluntschli avait étudié le droit dans cette même ville, puis à Berlin, où il suivit les cours de Savigny, dont il devint l'ami et le disciple ⁽⁴³⁾. Il obtint son premier poste comme

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, p. 19: « [...] le droit international s'étend au-delà de la chrétienté. Personne ne met plus en doute maintenant que ce droit s'applique non seulement à tous les Etats mahométans, mais encore à la Chine et au Japon ». Sur le principe de l'indépendance du droit par rapport à la religion, qui sous-tend cette affirmation, cf. *infra*, note 101.

⁽⁴¹⁾ Sur cette prise de distance du groupe des juristes dont faisait partie Bluntschli au sein de l'Institut de droit international, par rapport au « droit public de l'Europe », cf. M. KOSKENNIEMI, *Nationalism, Universalism, Empire*, communication présentée au Congrès « Whose International Community? Universalism and the Legacies of Empire », Columbia University, 29-30 avril 2005, pp. 10-12 (*working paper* disponible sur internet à l'adresse: <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Columbia%25200405.pdf>).

⁽⁴²⁾ Sur la vie et la carrière de Bluntschli, cf. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2, Munich, Beck, 1992, p. 430-431; B. ROBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., pp. 40-61.

⁽⁴³⁾ Non sans prendre ses distances, sur un certain nombre de points, par rapport aux thèses de l'Ecole historique. Cf. A. RIVIER, « Notice sur M. Bluntschli », in J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., pp. XI-XII: « Il n'était pas [...] un adepte aveugle de l'Ecole. Conciliateur en science comme en politique, il voulait l'union de l'histoire et de la philosophie; il pensait que les deux méthodes, au lieu de s'ignorer ou de se dédaigner l'une l'autre, devaient arriver à se comprendre, à se contrôler, à se compléter mutuellement ». Pour plus de précisions, cf. B. ROBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., pp. 45-49.

professeur de droit romain à l'Université de Zürich en 1833. Déçu dans ses ambitions politiques — fondateur d'un parti libéral-conservateur, député au grand conseil du canton de Zurich, puis membre du gouvernement, il n'avait pu empêcher la victoire du parti radical en 1846 —, il choisit de poursuivre sa carrière en Allemagne, où il obtint la chaire de droit privé et public à Munich, en 1848 ⁽⁴⁴⁾, et fut appelé à l'Université de Heidelberg en 1861, comme successeur de Robert von Mohl à la chaire de droit public. Siégeant au parlement du Grand-Duché de Bade, il prit une part active aux discussions sur la « question allemande », défendant la politique bismarckienne d'unification contre la solution *Grossdeutsch* prônée par les Habsbourgs. C'est à l'occasion de la guerre éclair entre la Prusse et l'Autriche ⁽⁴⁵⁾ et de sa conséquence politique, la fondation de la Confédération du Nord autour de la Prusse, qu'il publia ses premiers travaux sur le droit international: *Die Bedeutung und Fortschritte des modernen Völkerrechts* (La signification et les progrès du droit international moderne) ⁽⁴⁶⁾ et *Das moderne Kriegerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (Le droit moderne de la guerre des Etats civilisés, présenté sous forme codifiée) ⁽⁴⁷⁾ en 1866, et, deux ans plus tard, son grand livre, qui connut aussitôt un succès considérable, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten* (Le droit international ⁽⁴⁸⁾ moderne des Etats civilisés) ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁴⁾ C'est de cette période munichoise (1848-1861) que date son *Allgemeines Staatsrecht*, 1851, qui connut six éditions successives, constamment augmentées, jusqu'en 1868. Traduction française par A. de Riedmatten, *Le droit public général*, Paris, Guillaumin et Cie, 1885.

⁽⁴⁵⁾ Elle éclata en juin 1866 et s'acheva, par la victoire de la Prusse à Sadowa, le 3 juillet suivant. Sur la position de Bluntschli face à ce conflit, cf. B. ROSEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., 54-55.

⁽⁴⁶⁾ J. C. BLUNTSCHLI, *Die Bedeutung und Fortschritte des modernen Völkerrechts*, Berlin, 1866.

⁽⁴⁷⁾ J. C. BLUNTSCHLI, *Das moderne Kriegerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, 1866; 2ème éd., 1874.

⁽⁴⁸⁾ Sur la traduction de *Völkerrecht* par « droit international », cf. J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., § 1, pp. 57-58: « Les Anglo-Américains parlent dans le sens général d'« international law », parce que, avec les Français, ils désignent par ce mot « nation » ce que les Allemands nomment « Volk », c'est-à-dire le peuple organisé en Etat, l'Etat vivant, et non point cette simple communauté de langage et de dévelop-

Les circonstances politiques, toutefois, ne suffisent pas à expliquer l'intérêt croissant de Bluntschli pour les questions de droit international et, plus spécialement, pour le droit de la guerre. L'impulsion décisive lui fut donnée par la publication, en 1863, des *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* ⁽⁵⁰⁾, rédigées, avec le concours de plusieurs officiers, par Francis Lieber (1798-1872), professeur de science politique au Columbia College de New York. Ce document, plus connu sous le nom de *Lieber code*, ne confirmait pas seulement ses propres idées sur l'urgence et les conditions de l'humanisation de la guerre. Il ouvrait une voie originale, très prometteuse pour la science du droit, en présentant ces règles de conduite de la guerre sous une forme codifiée ⁽⁵¹⁾:

Il parut pendant la guerre civile qui désola les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, des "Instructions pour les armées en campagne de l'Union américaine", instructions que l'on peut considérer comme la *première codification* des lois de la guerre [...]. Ces « instructions » sont beaucoup plus complètes et plus développées que les règlements en usage dans les armées européennes. Comme, d'un bout à l'autre, elles contiennent des règles générales, relatives au droit international dans son ensemble, et qu' en outre la forme en laquelle elles sont exprimées est en corrélation avec les idées actuelles de l'humanité (*dem Rechtsbewußtsein der heutigen Menschheit*) ⁽⁵²⁾ et les manières de faire la guerre chez les peuples civilisés, leurs effets s'étendront certainement bien au-delà des frontières des Etats-Unis; elles contribuent puissamment à fixer les principes du droit de la guerre ⁽⁵³⁾.

L'enjeu de la codification n'était nullement formel. Il renvoyait évidemment, pour les lecteurs allemands de l'époque, à la grande

pement intellectuel que les Allemands appellent "*Nation*" ». L'expression de « droit des gens », utilisée dans les pays de langue française, lui paraît « une mauvaise imitation du mot latin "*jus gentium*", [...] vieillie aujourd'hui ». Selon A. W. HEFFTER, *Le droit international public de l'Europe*, cit., § 1, p. 1, c'est depuis Bentham que le terme *international law* est devenu usuel.

⁽⁴⁹⁾ Cf. *supra*, note 6.

⁽⁵⁰⁾ General Orders n° 100, promulgué par le président Lincoln comme le 24 avril 1863; traduction française en annexe de J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., pp. 485-518.

⁽⁵¹⁾ Cf. R. BAXTER, *Le premier effort moderne de codification du droit de la guerre: Francis Lieber et l'Ordonnance n° 100*, « Revue internationale de la Croix Rouge », avril-mai 1963.

⁽⁵²⁾ Littéralement: « la conscience juridique de l'humanité actuelle ».

⁽⁵³⁾ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., Introduction, pp. 5-6.

querelle de 1814 entre Thibaut et Savigny⁽⁵⁴⁾. En dépit de ses liens avec l'École historique du droit, toutefois, Bluntschli ne considérait pas l'hostilité de cette dernière à la codification comme l'aspect le plus important de sa doctrine⁽⁵⁵⁾. Lui-même avait entrepris, en 1844, la rédaction du code civil zurichois⁽⁵⁶⁾. Alors que Savigny opposait au droit rationnel abstrait, issu de l'arbitraire du législateur, le droit vivant, tirant sa « nécessité intérieure » d'un « rapport organique avec l'essence et le caractère du peuple »⁽⁵⁷⁾, il s'efforçait quant à lui de réconcilier les deux exigences, organique et législative: toute codification, pour être effective, devait prendre appui sur les mœurs et croyances déposées dans la tradition. C'est cette même démarche, mise en œuvre pour le droit privé, qu'il entendait, le premier⁽⁵⁸⁾, appliquer au droit international⁽⁵⁹⁾. Codifier les règles de celui-ci ne signifiait donc pas construire arbitrairement un système normatif universel, mais tenter, sur la base des « résultats de

(54) Sur cette fameuse « *Kodifikationstreit* (querelle de la codification) », cf. H. HATTENHAUER, *Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften*, Munich, F. Vaheln, 1973; O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, « Léviathan », 2005, pp. 18-34.

(55) Cf. J. C. BLUNTSCHLI, *Die neueren Rechtsschulen*, Zurich, 1841, pp. 15-16. Même remarque d'E. LABOULAYE, *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*, Paris-Leipzig, 1842, p. 35 (qui renvoie en note à Bluntschli): « la question de la Codification, qui était pour Thibaut la question principale, n'avait aux yeux de Savigny qu'une importance secondaire ». Savigny, de fait, n'était pas hostile par principe à toute codification, mais doutait de l'opportunité d'une telle entreprise, sur le modèle napoléonien, dans l'Allemagne du début du XIXe siècle. Cf. la mise au point d'O. BEAUD, *Savigny et le droit public. Plaidoyer pour une lecture politique de l'œuvre de Savigny*, in J. F. KERVEGAN et H. MONHAUPT (dir.), *Recht zwischen Natur und Geschichte*, Francfort, V. Klostermann, « Ius Commune », 1997, 178-180.

(56) J. C. BLUNTSCHLI, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, Zurich, 4 vol., 1854-1856. Cf. B. ROBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., p. 48.

(57) C. F. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (De la vocation de notre temps pour la législation et la science juridique)*, Heidelberg, Mohr u. Zimmer, 1814, pp. 8 et 11 (cité par O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique*, cit., p. 30).

(58) On mesurera la nouveauté de la démarche de Bluntschli à l'aune de cette déclaration d'A. W. HEFFTER, *Le droit international public de l'Europe*, cit., § 8, p. 15: « Le droit public européen est un droit non écrit dans le sens juridique de ce mot; il attend encore sa codification qui ne saurait être tentée de sitôt avec succès ».

(59) Cf. B. RÖBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., p. 48, note 253.

l'histoire » ⁽⁶⁰⁾, de formuler de la façon la plus claire les principes faisant l'objet d'un consensus général. Il s'agissait, en d'autres termes, d'exprimer « sous une forme analogue à celle des lois » ⁽⁶¹⁾, des principes dépourvus de force contraignante, afin de leur conférer l'autorité nécessaire. La codification impliquait donc — nous allons y revenir — une certaine conception du rôle de la science du droit, parallèlement à celui des Etats, dans le développement des règles du droit international. Elle constituait l'instrument d'un défi lancé aux puissances politiques. On comprend donc le poids, aux yeux de Bluntschli, de l'exemple de Lieber: « vous m'avez encouragé, par vos *Instructions*, à oser choisir la forme d'un code juridique » ⁽⁶²⁾. C'est à lui, par deux lettres tenant lieu d'avant-propos, qu'il dédia les deux premières éditions de son traité de droit international ⁽⁶³⁾. Il convient de s'arrêter sur la première de ces lettres, dans laquelle Bluntschli articule son projet théorique à une définition du « droit vivant » héritée de Savigny.

S'il inscrit son travail dans la continuité du *Lieber code*, Bluntschli, en effet, est bien conscient de la différence capitale qui les sépare, du point de vue de l'autorité:

Vos instructions ont reçu par l'autorité du président Lincoln un renfort officiel ⁽⁶⁴⁾ qui fait totalement défaut à mon code. Celui-ci ne peut acquérir d'autorité que dans la mesure où le monde civilisé d'aujourd'hui y reconnaît l'expression véritable de sa conscience du droit (*ihres Rechtsbewußtseins*) et où le pouvoir tient compte de l'opinion publique ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁰⁾ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., Introduction, p. 55.

⁽⁶¹⁾ *Ibid.*, p. 4.

⁽⁶²⁾ J. C. BLUNTSCHLI, Lettre à Lieber du 25 mai 1866 à propos de son livre *Das moderne Kriegerrecht.*, in B. ROBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., pp. 262-263. Cf. également *Le droit international codifié*, cit., Introduction, p. 7: « Encouragé par l'essai fait en Amérique, nous voulons tenter, dans cet ouvrage, une codification du droit international. Notre but sera atteint si nous réussissons à formuler clairement les idées actuelles du monde civilisé [*dem heutigen Rechtsbewußtsein der civilisirten Welt*] ».

⁽⁶³⁾ Cf. ses deux lettres en guise d'avant-propos, la 1^{ère} de septembre 1867, la seconde du 1^{er} octobre 1872, reproduites in B. ROBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., pp. 271-273 (lettre n° 11) et 303-304 (lettre n° 42).

⁽⁶⁴⁾ Cf. J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., Introduction, p. 5, où la promulgation du *Lieber code* est présenté comme un exemple remarquable d'acte par lequel « un Etat formule certains principes de droit international et les revêt par là de l'autorité nécessaire ».

⁽⁶⁵⁾ J. C. BLUNTSCHLI, Lettre à Lieber de septembre 1867, in *Das moderne*

Il appartient aux Etats européens, qui « ne peuvent sur ce point rester en arrière des Etats-Unis de l'Amérique du Nord » (66), d'adopter à leur tour ces principes et de leur donner force de loi par voie de traité, comme cela s'est fait plusieurs fois, sur diverses matières, au cours du XIXe siècle (67). La tâche, cependant, est ici d'une difficulté inédite, puisqu'il ne suffit plus d'entériner telle ou telle disposition particulière, mais un ensemble de règles générales touchant à l'exercice même de la souveraineté des Etats. C'est pourquoi il importe de compter, pour contraindre ces derniers, sur la pression de l'opinion publique: ils se verraient accusés par elle, s'ils résistaient, « de ne pas demeurer au niveau des progrès faits par le droit international de l'humanité civilisée » (68).

Promouvoir le droit international — tel est le rôle de la science du droit (69) — implique donc, avant tout, d'utiliser le levier de l'opinion publique. De quelle façon? En l'éclairant (*aufgeklärt*) sur les principes de ce droit, afin de développer, par une meilleure compréhension, la « conscience juridique de l'humanité civilisée [*das Rechtsbewußtsein der civilisirten Menschheit*] » (70). Le droit international, toutefois, n'étant rien d'autre que l'expression même de cette « conscience juridique » (71), l'*Aufklärung* de l'opinion publique consiste à transformer une conscience latente, confuse, non réfléchie, en une conscience lucide et exigeante. Elle obéit, en d'autres termes, à un double impératif: « correspondre », tout d'abord, au sentiment du droit que partagent les peuples européens, et le « formuler » le plus clairement possible (72).

Völkerrecht der civilisirten Staaten, cit., 1872, p. VI; B. ROSEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., p. 271.

(66) J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., Introduction, p. 6.

(67) Bluntschli cite comme exemples « l'accord intervenu au congrès de Vienne, en 1815 sur les "fleuves communs" et sur le droit d'ambassade, les décisions du congrès de Paris de 1856, quant au droit maritime, [et] la Convention signée en 1864, à Genève, pour l'amélioration du sort des militaires blessés et malades » (*Ibid.*).

(68) *Ibid.*

(69) *Ibid.*, p. 56: « La science [...] a maintenant le devoir de préparer le développement ultérieur [du droit international] et d'ouvrir la voie à de nouveaux progrès ».

(70) *Ibid.* (trad. modifiée).

(71) Cf. *supra*, note 52.

(72) Cf. J. C. BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, cit., 1872, Einleitung, p. 7: « Wenn diese Darstellung dem heutigen Rechtsbewusstsein der

Ainsi s'explique la manière originale dont Bluntschli entend articuler son effort de codification au concept savignicien de droit vivant, organiquement lié à la « conscience commune du peuple » (73). Tout comme, pour Savigny, le droit n'a pas sa source dans les seules lois (74), mais traduit, par son évolution, le dynamisme de la conscience de soi d'un peuple, le droit international, pour Bluntschli, ne tire pas sa force des seuls traités conclus entre les Etats. Il se présente « sous la forme d'usages, de coutumes, de pratiques admises par les différents peuples » (75). Les traités n'obligent que sur la base d'un *consensus gentium* plus profond, qui est la véritable conscience de l'humanité (76). Ce consensus lui-même n'est pas immuable. Il « varie avec le temps et se modifie à mesure que l'esprit humain se développe » (77). C'est à ce « mouvement de la vie », qui constitue l'essence même du droit, que la science juridique, tournée exclusivement vers le passé, demeure trop souvent aveugle (78).

Beaucoup de nos collègues jurisconsultes ne peuvent pas se défaire de l'idée reçue selon laquelle le droit serait un système rigide et immuable de lois qui limitent l'activité humaine. Ils se représentent le droit comme un

civilisirten Welt *entspricht*, und zur *Klärung und Aussprache* desselben dienlich ist, so ist der Zweck dieser Arbeit erfüllt » (souligné par nous). La traduction française, assez libre, ne restitue pas ces deux moments de la codification du droit international.

(73) Cf. C. F. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, cit., p. 12: « Der eigentliche Sitz des Rechts [ist] das gemeinsame Bewußtsein des Volkes » (« le droit a son assise propre dans la conscience commune du peuple »). Cf. également ID., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin Veit, 1814, t. I, p. 14: « In dem gemeinsamen Bewußtsein des Volkes lebt das positive Recht » (« C'est dans la conscience commune du peuple que vit le droit positif »). Sur ces formules, cf. O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique*, cit., pp. 97-98.

(74) Thèse essentielle de Savigny, que Bluntschli reprend à son compte. Cf. *Le droit international codifié*, cit., Introduction, p. 3: « [...] les lois ne sont que l'expression la plus claire et la plus caractérisée du droit; elles n'en sont point l'unique source [...] ». Le droit exprimé dans les institutions nationales, dans les us et coutumes du peuple, est partout plus ancien que la loi écrite ».

(75) *Ibid.*

(76) *Ibid.*, § 410, p. 241: « L'obligation de respecter les traités repose sur la conscience juridique de l'humanité [*auf dem Rechtsbewusstsein der Menschheit*] » (trad. modifiée). Cf. également § 13, p. 63.

(77) *Ibid.*, § 13, com. 1, p. 63.

(78) J. C. BLUNTSCHLI, Lettre à Lieber de septembre 1867, in *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, cit., 1872, p. VI; B. RÖBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., p. 271.

espalier auquel le jardinier attache les plantes grimpantes, comme un couteau avec lequel il retranche les pousses surabondantes ⁽⁷⁹⁾.

A cette conception d'un droit mort, tournée vers le passé, Bluntschli oppose celle du droit comme « ordre vivant » au sein de l'humanité, seul capable de « vivre et de progresser avec les peuples » ⁽⁸⁰⁾. Il en est ainsi, par excellence, du droit international, porté par « un puissant et irrésistible mouvement » ⁽⁸¹⁾. C'est pourquoi la science du droit, si elle veut remplir sa « mission morale et spirituelle », qui est d'« éclairer de ses flambeaux les chemins de l'humanité »,

ne doit pas se contenter d'enregistrer les principes des époques antérieures, mais reformuler les croyances (*Rechtsüberzeugung*) qui agissent dans le présent et aider, par là, à les faire reconnaître et à accepter. Plus se fait sentir le manque d'organes législatifs veillant au perfectionnement du droit international, moins la science peut se soustraire à cette tâche ⁽⁸²⁾.

Cela ne l'autorise pas, pour autant, à « anticiper le futur ». Le droit vivant n'existant que dans le présent comme transition ⁽⁸³⁾ entre le droit du passé et le droit à venir, elle ne doit traduire en principes (*Rechtssätze*) que les « idées juridiques » (*Rechtsideen*) suffisamment mûres ⁽⁸⁴⁾. C'est à cette condition que ses travaux,

⁽⁷⁹⁾ *Ibid.*; B. ROBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., p. 272.

⁽⁸⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁸¹⁾ *Ibid.*

⁽⁸²⁾ *Ibid.*

⁽⁸³⁾ C'est ainsi que le droit international « peut tout au plus être considéré comme une transition (*Uebergang*) entre l'idée vague d'une communauté d'intérêt entre les peuples et la reconnaissance complète de l'unité juridique de l'humanité » (J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., Introduction, p. 4). Sur l'idée de « droit en devenir » (*werdendes Recht*) exprimée dans cette lettre, cf. B. ROBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., pp. 102-104.

⁽⁸⁴⁾ J. C. BLUNTSCHLI, Lettre à Lieber de septembre 1867, in *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, cit., 1872, p. VI; B. ROBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., p. 272. Sur ce concept de *Rechtsidee*, cf. J. C. BLUNTSCHLI, *Allgemeines Staatsrecht*, 18572, t. 1, Einleitung, ch. 8, p. 18 et *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, cit., 1872, Einleitung, p. 18: « Wenn es der Wissenschaft gelingt, der Menschheit ihre Rechtsideen als Rechtsvorschriften klar zu machen [...] » (la traduction française, qui gomme complètement le concept, rend le passage inintelligible); B. ROBEN, pp. 94-96, qui souligne la dimension jurnaturaliste du concept (le droit naturel, non comme construction abstraite, mais, en référence à saint Paul, comme loi inscrite dans le cœur des hommes).

sous forme de *Rechtsbücher* — dont le traité de Bluntschli se veut le modèle — peuvent prétendre à une autorité différente, certes, de celle des codes (*Gesetzbücher*), mais non moins efficace, grâce au relais de l'opinion publique: non pas celle, tout extérieure, par laquelle les lois forcent à l'obéissance, mais « une autorité libre, interne et morale, soumise à la critique de chaque époque » (85). Il ne sera plus possible, dès lors, de nier l'existence du droit international (ou la possibilité de celui-ci faute d'un législateur universel) en invoquant l'argument: « Pas de loi, pas de droit » (86). Le droit, comme expression de la conscience commune des peuples, préexiste à la loi, et tout l'effort de la science juridique doit consister à le faire reconnaître de façon « aussi générale et aussi uniforme que possible par les Etats civilisés » (87), seule cette reconnaissance permettant de transformer la conscience du droit en un ordre juridique (*Rechtsordnung*) effectif (88).

Telle était la vocation de l'Institut de droit international à la création duquel participa Bluntschli en 1872. Ainsi qu'il l'écrivait à son principal fondateur, le juriste belge G. Rolin-Jaequemyns (89):

L'idée d'une conférence de juristes du droit international m'a souvent préoccupé et je suis fort désireux de voir formulées les propositions que vous me promettez. En attendant, je me permets de vous communiquer la forme

(85) J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., Introduction, p. 7 (trad. modifiée).

(86) *Ibid.*, p. 3.

(87) *Ibid.*, § 11, p. 62. Cf. le § 12 sur les diverses modalités de cette reconnaissance, « tant sous la forme de règles internationales que sous celle de règles de droit constitutionnel [etc.] ».

(88) *Ibid.*, § 1, com. 1, p. 55. Bluntschli y distingue la connaissance (*Erkenntnis*) et la reconnaissance (*Anerkennung*): « Connaître une vérité n'est pas encore créer un droit. Il n'y a de droit (*Rechtsordnung*) que lorsque la conscience de ce droit a été assez puissante pour le faire mettre en pratique ».

(89) G. Rolin-Jaequemyns (1835-1902), directeur de la *Revue de droit international et de législation comparée*, dont le premier numéro était paru en 1868. Sur les circonstances de la fondation de l'Institut, cf. A. RIVIER, *Notice historique sur l'Institut de droit international. Sa fondation et sa première session. Gand 1873*, « Annuaire de l'Institut de droit international », 1, 1877, pp. 11-28; I. ADAMS, *The Emergence of the International Law Societies*, « Review of Politics », 19, 1957, pp. 361-380; M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Laws, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 39-41.

que l'idée a provisoirement prise en moi. *Le point capital me paraît être de créer une institution permanente, durable*, qui insensiblement puisse et doive devenir une autorité pour le monde ⁽⁹⁰⁾.

Cette idée venait notamment de Lieber, mort avant d'en avoir vu la réalisation ⁽⁹¹⁾. A l'initiative de Gustave Moynier ⁽⁹²⁾, qui avait présidé la conférence de Genève en 1864, Rolin, en novembre 1872, contacta un certain nombre de juristes européens — parmi lesquels Bluntschli —, pour leur proposer l'organisation d'une conférence réunissant les principaux internationalistes de l'époque. Il s'agissait de relancer l'action en faveur de l'humanisation de la guerre, après les multiples violations de la convention de Genève dont la guerre franco-prussienne de 1870 avait offert le spectacle. Le résultat de cette consultation, comme l'illustre la réponse de Bluntschli, fut qu'il était préférable d'établir une académie permanente. C'est ainsi que, quelques semaines plus tard, à l'issue d'une réunion présidée par Mancini ⁽⁹³⁾, fut fondé à Gand l'Institut de droit international.

L'objectif de cet Institut, selon le 1^{er} article de ses Statuts adoptés le 10 septembre 1873, était de « favoriser le progrès du droit international, en s'efforçant de devenir *l'organe de la conscience juridique du monde civilisé* » ⁽⁹⁴⁾. On reconnaît aisément, ici, le langage de Bluntschli ⁽⁹⁵⁾. La formule consacre le rôle des juristes

⁽⁹⁰⁾ J. C. BLUNTSCHLI, Lettre à G. Rolin-Jaequemyns, de novembre 1872 (citée par A. RIVIER, *Notice sur M. Bluntschli*, cit., p. XXVIII).

⁽⁹¹⁾ Sur sa contribution à la genèse de l'Institut, cf. cf. A. RIVIER, *Notice historique sur l'Institut de droit international*, cit., p. 12; B. RÖBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., pp. 78-79. Cf. sa lettre à Bluntschli du 16 avril 1866 (*ibid.*, p. 261): « For a long time it was a favorite project of mine that four or five of the most distinguished jurists should hold a congress in order to decide on several important but still unsettled questions of national equity, and perhaps draw up a code ».

⁽⁹²⁾ G. Moynier (1826-1910), avocat à Genève, était l'un des cinq fondateurs de la Croix Rouge.

⁽⁹³⁾ P. Mancini (1817-1888), qui fut plusieurs fois ministre de la justice en Italie, était un célèbre avocat du principe des nationalités.

⁽⁹⁴⁾ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1 (1877), p. 1; cité par M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 41; B. RÖBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., p. 80 (souligné par nous). Ces statuts sont rédigés en français.

⁽⁹⁵⁾ Bluntschli avait écrit, dans son plan d'*Akademie für Völkerrecht*, que celle-ci devait « dem gemeinsamen Rechtsbewußtsein der civilisirten Staaten zum wissenschaftlichen Organen dienen » (cité par B. RÖBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., p. 79).

comme représentants des croyances et valeurs des Etats européens. Bien plus, la notion d'organe, comme le souligne E. Jouannet, « est révélatrice d'une conception organiciste de la société internationale », où le juriste internationaliste « ne peut qu'exprimer les intérêts et principes juridiques fondamentaux de [la] communauté [des Etats civilisés] »⁽⁹⁶⁾. Elle traduit une conception juridique pour laquelle le droit, à rebours de sa définition positiviste, « constitue une part intrinsèque de l'organisme social, considéré dans son historicité et son développement constant »⁽⁹⁷⁾.

Cette relation organique à la civilisation européenne, toutefois, n'entraîne nullement en contradiction, pour les fondateurs de l'Institut, avec la dimension universaliste du droit international. Sans doute celui-ci, comme on l'a vu, s'est-il « formé d'abord entre les nations chrétiennes »⁽⁹⁸⁾, mais il ne se limite pas à elles, contrairement à ce que soutenaient encore, au début du XIXe siècle, les défenseurs de « l'ancienne théorie du Moyen Âge »⁽⁹⁹⁾. C'est la raison pour laquelle la Sainte-Alliance de 1815⁽¹⁰⁰⁾, « qui [voulait] baser le droit international sur la religion chrétienne », n'était pas acceptable⁽¹⁰¹⁾. Méconnaissant la distinction entre la religion et le droit, « elle ne pouvait satisfaire ni les consciences modernes, ni les

⁽⁹⁶⁾ E. JOUANNET, « Colonialisme européen et néo-colonialisme contemporain », *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6, 2006, p. 55, note 16.

⁽⁹⁷⁾ M. KOSKENNIEMI, *Nationalism, Universalism, Empire*, cit., p. 11.

⁽⁹⁸⁾ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., § 6, p. 59.

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*, § 7, com. 1, p. 60. Bluntschli, au reste, jugeait plutôt négatif le rôle de l'Eglise dans la genèse du droit international. Cf. l'Introduction, pp. 15-16: la lutte contre l'hérésie sous toutes ses formes, au Moyen Âge, constituait la négation même de « la base humanitaire du droit international ».

⁽¹⁰⁰⁾ Signée à Paris le 26 septembre 1815 par le tsar Alexandre Ier, l'empereur d'Autriche François Ier et le roi de Prusse Frédéric-Guillaume III. Elle avait « pour but de créer un nouveau droit international pour s'opposer aux idées de la Révolution française » (*ibid.*, § 101, com. 1, p. 106). Voir l'extrait de la déclaration solennelle cité par Bluntschli, *ibid.*, § 6, com. 1, p. 60.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibid.*, § 101, p. 105. Cf. également § 1, com. 1, p. 60 et l'Introduction, p. 19 (sous l'intertitre: « Le droit international est indépendant de la religion »). Peut-être faut-il voir ici une critique du point de vue de Heffter, qui justifiait la Sainte-Alliance comme moyen de « remettre en vigueur les principes du droit international » après l'intermède désastreux de la Révolution et de l'Empire (A. W. HEFFTER, *Le droit international public de l'Europe*, cit., § 6, p. 12). Voir *supra*, 1386-1387.

besoins des nations civilisées » ⁽¹⁰²⁾. La véritable base du droit international étant « la nature humaine » et son but, « l'organisation de l'humanité » (*menschliche Weltordnung*), il se définit comme « droit général de l'humanité » (*allgemeines Menschenrecht*) ⁽¹⁰³⁾. Cette dernière, toutefois, n'étant pas « organisée en Etat unitaire ni même en association ou en confédération » ⁽¹⁰⁴⁾, le monde doit se contenter du droit international tel que le reconnaissent aujourd'hui les nations civilisées ⁽¹⁰⁵⁾ et que leurs gouvernements, en vertu de cet état avancé de civilisation (*die höhere Civilisation jener Staaten*), sont spécialement tenus de respecter ⁽¹⁰⁶⁾. Situation nullement préjudiciable, selon Bluntschi, au développement universel de ce droit:

Le droit international actuel est né dans la famille des peuples européens, auxquels nous ajoutons naturellement les colonies d'Amérique. C'est par l'influence des nations européennes qu'il se répand successivement sur notre globe. Les races latines et germaniques y ont le plus contribué, mais c'est précisément parce que ces races ont dans leur génie quelque chose d'universel qu'elles rejettent en principe la limitation du droit à certains peuples ⁽¹⁰⁷⁾.

Fort de ces convictions, dont il ne semble pas que les membres de l'Institut aient tiré une doctrine impérialiste clairement articulée ⁽¹⁰⁸⁾, Bluntschli poursuivit son action en faveur de l'humanisa-

⁽¹⁰²⁾ *Ibid.*, § 101, com. 1, p. 106.

⁽¹⁰³⁾ *Ibid.*, § 6, p. 59. Cf. § 2, p. 58: « La nature humaine est le lien naturel entre les peuples; c'est sur elle que repose l'unité de l'humanité »; Introduction, p. 1: « Si [...] on admet, ce qui me semble une vérité incontestable, que l'homme est pourvu par la nature de tout ce qui est nécessaire pour concevoir et appliquer le droit » — le « sentiment du droit » (*Rechtsgefühl*), i.e. du juste et de l'injuste, présent chez tous les hommes, mais qui « n'accède à une pleine conscience (*zu voller Ausbildung des Bewusstseins*) que chez les peuples civilisés » — « on doit admettre aussi que le droit international a dans la nature humaine une base solide et des racines indestructibles » (trad. modifiée). Sur ce concept de nature humaine, en rapport avec celui de « *jural nature* » développé par Lieber, cf. B. ROSEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., pp. 89-91.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid.*, § 10, p. 61.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, § 11, p. 62.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibid.*, § 5, p. 59.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, § 7, com. 1, p. 60.

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 75: « The evolutionary framework suggested that non-European communities were not only different but inferior in the sense of being more primitive. None of the lawyers, however, developed a detailed theory about that difference or how the evolutionary process would work in the future ».

tion de la guerre. Cet engagement répondait, on l'a vu, aux circonstances récentes: la succession des conflits armés, sur le théâtre européen, pendant la dernière décennie, et la difficile mise en œuvre, notamment, de la Convention de Genève. Mais il s'inscrivait aussi, plus profondément, dans la continuité du travail civilisateur accompli par le droit international. C'est sur le terrain de la guerre, en effet, que « l'esprit humain (*humane Geist*) du droit international moderne »⁽¹⁰⁹⁾, au cours du siècle, avait obtenu ses plus grandes victoires. Ces heureux résultats, là où il semblait pourtant qu'il fût le moins question de droit, témoignaient donc de sa « force civilisatrice (*civilisatorische Macht*) »⁽¹¹⁰⁾. Si « les guerres [étaient] devenues plus humaines », cela ne résultait pas seulement « des progrès accomplis dans l'art militaire (*Kriegsübung*) », mais aussi « du perfectionnement du droit international »⁽¹¹¹⁾. Le droit de la guerre, sous ce rapport, démontrait la capacité de ce dernier, soutenu par la conscience commune des peuples, à surmonter les obstacles les plus difficiles. Il constituait, par ailleurs, un vecteur essentiel du « développement harmonique de l'humanité (*der harmonischer Ausbildung universeller Menschlichkeit, der Humanität*) » dans lequel Bluntschli, se référant à Dante, voyait « l'essence de la civilisation »⁽¹¹²⁾. Humaniser la guerre, c'était ainsi, dans l'état actuel des rapports interétatiques, contribuer à l'établissement de cette « organisation de l'humanité (*menschliche Weltordnung*) » dont le droit international, en tant que « droit général de l'humanité » (*allgemeines Menschenrecht*)⁽¹¹³⁾, entendait codifier les règles⁽¹¹⁴⁾. Les « droits humanitaires » (*Menschenrechte*)⁽¹¹⁵⁾ qu'il

(109) J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., Introduction, p. 35.

(110) *Ibid.*

(111) *Ibid.*, pp. 35-36 (trad. modifiée).

(112) *Ibid.*, § 5, com. 1, p. 59.

(113) *Ibid.*, § 6, p. 59.

(114) Sur cette articulation par Bluntschli des deux sens du mot « humanité », la communauté des êtres humains et la conduite conforme à l'essence de l'homme, cf. B. ROSEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., pp. 157-158; D. SCHINDLER, *J. C. Bluntschli's Contribution to the Law of War*, in M. G. Kohen (dir.), *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law*, Leyde, M. Nijhoff, 2007, pp. 443-444.

(115) C'est ainsi que G. Lardy, le plus souvent, traduit « *Menschenrechte* » (cf. par exemple J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., Introduction, p. 20: « [Le

s'agissait de faire respecter dans la guerre, de la sorte, étaient ces droits mêmes de l'humanité qui se dévoilent irrésistiblement dans l'histoire du monde ⁽¹¹⁶⁾.

Bluntschli représenta l'empire allemand à la conférence de Bruxelles réunie en 1874 à l'initiative du gouvernement russe « pour délibérer sur un projet de règlement international des lois et coutumes de la guerre » ⁽¹¹⁷⁾. Suite à l'échec de cette dernière, il poursuivit, dans le cadre de l'Institut, le projet de codification des lois de la guerre, malgré l'hostilité de la hiérarchie militaire prussienne. C'est à son impulsion qu'est dû le *Manuel des lois de la guerre sur terre* publié par l'Institut en 1880, connu sous le nom de *Code d'Oxford* ⁽¹¹⁸⁾, qui lui valut les critiques du général Helmut von Moltke ⁽¹¹⁹⁾. Ce texte, « propre à servir de base, dans chaque Etat, à une législation nationale, conforme à la fois aux progrès de la science juridique et aux besoins des armées civilisées » ⁽¹²⁰⁾, ayant joué un grand rôle dans les discussions ultérieures sur le droit de la guerre, il est donc considéré comme l'un des principaux initiateurs, avec le russe Fyodor Martens (1845-1909), des conventions de La Haye (1899 et 1907), fixant les lois de la guerre en vue de « servir les intérêts de l'humanité et les exigences toujours progressives de la civilisation » ⁽¹²¹⁾.

Voyons de plus près, maintenant, sur quels principes repose l'humanisation de la guerre moderne selon Bluntschli. Nous examinerons ce point, tout d'abord, à travers son analyse des thèses de Vattel sur le statut des belligérants, puis reviendrons à sa discussion

droit international] réunit [les Etats] comme membres de l'humanité, et exige d'eux, par suite, le respect des droits humanitaires »).

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 11: « Le développement assuré des droits généraux de l'humanité (*der sichere Fortschritt der allgemein-menschlichen Rechtsentwicklung*) [se] montre d'une façon indubitable [dans l'histoire du monde] ».

⁽¹¹⁷⁾ Protocole final de la conférence de Bruxelles (27 août 1874), in « Annuaire de l'Institut de droit international », 1, 1877, p. 275. Sur cette conférence, cf. G. BEST, *Humanity in Warfare*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1980, pp. 156-157 et *passim*.

⁽¹¹⁸⁾ *Les lois de la guerre sur terre*, Manuel publié par l'Institut de droit international, Oxford, 1880. Le texte figure en annexe III de la 5^{ème} édition du *Droit international codifié*, cit., pp. 533-552.

⁽¹¹⁹⁾ Cf. *infra*, note 153.

⁽¹²⁰⁾ *Les lois de la guerre sur terre*, cit., avant-propos.

⁽¹²¹⁾ Préambule des Conventions de la Haye de 1899 et 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, § 2.

avec les représentants de l'état-major prussien, Moltke et Hartmann, qui éclaire d'un jour cru les enjeux théoriques et pratiques du projet de codification des lois de la guerre.

L'humanisation de la guerre au cours du XIXe siècle, selon Bluntschli, résulte, nous l'avons vu, de facteurs militaires et juridiques. Sur le plan militaire, elle est la conséquence des usages de la guerre liés à la création des armées permanentes ⁽¹²²⁾. Sur le plan juridique, elle tient essentiellement à la redéfinition de l'ennemi:

La guerre a perdu de sa barbarie seulement depuis qu' on a reconnu que les habitants du territoire ennemi n'étaient pas des ennemis et qu' on a tenu compte de cette distinction ⁽¹²³⁾.

Sans mentionner Rousseau, qu' il cite pourtant presque à la lettre ⁽¹²⁴⁾, Bluntschli affirme qu' « on voit aujourd'hui dans la guerre la lutte de deux Etats, de deux puissances politiques; ce n'est nullement une lutte entre les citoyens d'un Etat et ceux de l'autre » ⁽¹²⁵⁾. Tout individu, dès lors, se trouve dans une double position. En tant que personne privée, il conserve les droits qui touchent à sa personne, sa famille et sa fortune, et qui « ne peuvent [...] dépendre du bon plaisir de l'ennemi » ⁽¹²⁶⁾. En tant que citoyen d'un Etat, il est tenu de donner ses biens et sa vie pour le salut commun. De là ce grand principe du droit international moderne:

⁽¹²²⁾ Cet aspect de la question sera développé plus bas, à l'occasion de la discussion de Bluntschli avec les militaires prussiens.

⁽¹²³⁾ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., § 573, com. 1, p. 325.

⁽¹²⁴⁾ Il cite en revanche, § 531, com. 1, p. 300, un extrait d'un discours de Portalis prononcé en l'an VIII, sans savoir qu' une partie de cette citation est en fait reprise presque littéralement de Rousseau: « Entre deux ou plusieurs nations belligérantes, les particuliers dont ces nations se composent ne sont ennemis que par accident; ils ne le sont point comme hommes; ils ne le sont pas même comme citoyens; ils le sont uniquement comme soldats ». Comparer avec J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social* (1762), II, 4, Paris, Garnier-Flammarion, 2001, p. 52: « La guerre n'est [...] point une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu' accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats ». Cf. B. ROBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., p. 221.

⁽¹²⁵⁾ *Ibid.*

⁽¹²⁶⁾ *Ibid.*

En tant que simples particuliers, les individus ne sont pas ennemis. En tant que citoyens d'un Etat donné, ils participent à l'hostilité des Etats auxquels ils appartiennent ⁽¹²⁷⁾.

La reconnaissance de ce principe, selon Bluntschli, a grandement diminué les risques que court la population pacifique en temps de guerre. Il n'est plus permis, désormais, de porter atteinte à la sûreté personnelle, à l'honneur ni à la liberté des simples particuliers. Seules sont licites « les mesures nécessitées par les opérations militaires ou la politique de l'Etat » (arrêter la circulation, suspendre les relations commerciales, couper les routes, bloquer les villes, désarmer les habitants, etc.) ⁽¹²⁸⁾. Il revient à Vattel d'avoir exprimé ces principes plus clairement que ses prédécesseurs,

Grotius et Pufendorf [qui] envisageaient encore comme un principe reconnu, basé sur l'accord de tous les peuples, que les citoyens de deux états belligérants, par conséquent aussi les femmes, les enfants, les vieillards, les malades, sont des ennemis, et que les ennemis sont à la merci du vainqueur ⁽¹²⁹⁾.

Il fut le premier à faire prévaloir des principes plus humains à l'égard non seulement des non combattants, mais aussi des ennemis

⁽¹²⁷⁾ *Ibid.*, p. 37; cf. également § 573, com. 1, p. 325: « Comme particuliers, il n'y a pas d'ennemis; comme citoyen, on n'est ennemi que tant et aussi longtemps qu'on est au service de l'Etat ».

⁽¹²⁸⁾ *Ibid.*, p. 37.

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.*, p. 36. Au principe général selon lequel « dans la guerre, les choses nécessaires pour la fin qu'on se propose sont permises » (*Le droit de la guerre et de la paix* (1625), III, I, 2, trad. de P. Pratier-Fodéré, Paris, PUF, « Léviathan », 1999, p. 582) et dont découlait le droit de maltraiter les sujets ennemis, femmes, enfants, prisonniers et otages compris (*ibid.*, III, IV, 8-14), Grotius opposait en effet un certain nombre de « tempéraments » ou règles de modération, relatifs au droit de tuer, aux dévastations, aux prisonniers etc. (*ibid.*, III, XI-XIV). Cf. également S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens* (1672), trad. de J. Barbeyrac, VII, 6, § 7, Université de Caen, « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », 1987, t. 2, p. 459: « Pour ce qui est de la force ouverte, que l'on exerce contre l'ennemi, il faut distinguer le droit que l'on a contre lui purement et simplement en vertu de l'état de guerre, d'avec les tempéraments que la loi naturelle de la douceur et de l'humanité nous prescrit d'apporter aux actes d'hostilité ». A la fin de ce paragraphe, Pufendorf, invoquant des raisons de conscience et d'intérêt (« de peur que (...) nous n'éprouvions à notre tour le même traitement ») pour « tempérer la rigueur des droits de la guerre », renvoie explicitement à Grotius (p. 460-1).

actifs eux-mêmes, au nom de sa conception strictement politique de la guerre qui « ne peut servir d'instrument aux haines privées et aux vengeances particulières » et doit « prendre fin sitôt qu' elle ne sert plus à la réalisation des buts de l'Etat » ⁽¹³⁰⁾. Tuer l'ennemi qui dépose les armes, en dehors de toute considération morale, constitue un acte de « cruauté inutile ». C'est pourquoi, conclut Bluntschli, « la civilisation doit [...] lui accorder une place élevée parmi les auteurs et les promoteurs du droit international » ⁽¹³¹⁾.

La position de Vattel, toutefois, restait elle-même très insatisfaisante.

[II] insiste encore [en effet] sur l'idée que non seulement les Etats, mais encore tous leurs ressortissants sont ennemis. Il n'excepte pas même les femmes et les enfants (III, § 70, 72). Il demande, il est vrai, plus de ménagements pour eux que pour les combattants (III, § 145), mais son argumentation pêche par la base, et les réformes qu' il demande n'ont pas de raison d'être, tant que les citoyens sont considérés comme des ennemis ⁽¹³²⁾.

Comment expliquer cette contradiction apparente, de la part de Vattel, entre la défense des droits des non combattants et l'inclusion des citoyens, femmes et enfants compris, dans la définition de l'ennemi?

Définissant la guerre comme « cet état, dans lequel on poursuit son droit par la force » ⁽¹³³⁾, Vattel distingue la guerre publique, qui a lieu entre les nations, par ordre de la puissance souveraine, et la guerre privée, qui se fait entre particuliers. Si le droit d'user de force pour défendre son droit appartient par nature aux hommes, au nom du droit de sûreté ⁽¹³⁴⁾, il ne leur est plus permis d'en faire usage, sauf en cas de nécessité, dans les sociétés politiques. C'est l'autorité politique, désormais, qui « vide tous les différends des citoyens, réprime la violence et les voies de fait » ⁽¹³⁵⁾. De ce monopole de la force légitime découle le caractère strictement politique de la guerre:

⁽¹³⁰⁾ *Ibid.*, p. 39.

⁽¹³¹⁾ *Ibid.*

⁽¹³²⁾ *Ibid.*, VIII, § 573, com. 1, p. 325.

⁽¹³³⁾ E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* (imprimé à Neuchâtel), Londres, 1758, III, 1, § 1, t. 2, p. 1.

⁽¹³⁴⁾ Sur ce droit, cf. *ibid.*, II, 4, § 49.

⁽¹³⁵⁾ *Ibid.*, III, 1, § 4, t. 2, p. 2.

« La puissance souveraine est donc seule en pouvoir de faire la guerre » ⁽¹³⁶⁾.

A la distinction de la guerre privée et de la guerre publique correspond celle de l'ennemi particulier, *inimicus*, et de l'ennemi public, *hostis*, mais au prix d'un déplacement important ⁽¹³⁷⁾. Alors que la guerre privée pouvait représenter un usage légitime de la force dans l'état de nature, l'ennemi particulier, dans l'état civil, n'est plus celui qui recourt à la force pour défendre son droit, mais celui qui l'emploie à des fins mauvaises et déréglées. L'établissement d'une force publique ôte toute légitimité à la force privée, réduite à une violence furieuse et criminelle. De là les traits qui définissent l'ennemi particulier: animé par la haine, il veut le mal d'autrui et y prend plaisir. Si l'ennemi public n'est pas nécessairement exempt de ces sentiments, il est néanmoins possible « qu' il cherche seulement à soutenir ses droits », et c'est sur cette éventualité que doit se régler notre attitude à son égard.

L'ennemi étant ainsi clairement distingué du brigand, reste à préciser quelles catégories de la population il englobe. La réponse de Vattel est sans ambiguïté: « tous les sujets [d'une nation] sont ennemis de tous les sujets de l'autre » ⁽¹³⁸⁾. Ceci ne vaut pas seulement pour les hommes, mais aussi pour les femmes et les enfants qui, « sujets de l'Etat et membres de la nation, [...] doivent être comptés au nombre des ennemis ». La différence de la position de Vattel par rapport à celle que soutient Rousseau, quelques années plus tard, est manifeste. Celui-ci définit bien la guerre comme une relation d'Etat à Etat, mais, contrairement à Vattel, limite la qualification d'ennemi aux seuls soldats: « les particuliers [n'y] sont ennemis qu' accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats » ⁽¹³⁹⁾. Et il ajoute: « non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs ». C'est donc le fait d'être en armes, et non la simple appartenance nationale, qui constitue l'ennemi. A la distinction *de jure* par Rousseau entre soldats et particuliers, correspond une simple distinction *de facto*

⁽¹³⁶⁾ *Ibid.*, p. 3.

⁽¹³⁷⁾ *Ibid.*, III, 5, § 69, p. 58.

⁽¹³⁸⁾ *Ibid.*, § 70, p. 59. Vattel précise: « L'usage est ici conforme aux principes ».

⁽¹³⁹⁾ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, cit., I, 4, p. 52.

chez Vattel. Tandis que le premier se fonde sur le *concept* de guerre étatique pour en déduire le statut légal de l'ennemi-combattant (l'ennemi qualifié comme tel pour autant, et aussi longtemps, qu' il combat), le second, partant du même concept, s'appuie sur la *réalité* de la guerre moderne pour tracer la ligne de partage entre combattants et non-combattants. C'est parce que « l'usage des troupes réglées s'est établi presque partout », écrit-il, que la guerre est devenue l'affaire des « armées de gens d'élite », « le reste du peuple [s'en tenant] à ses occupations ordinaires »⁽¹⁴⁰⁾.

S'il compte « les femmes, les enfants, les vieillards infirmes, les malades » au nombre des ennemis⁽¹⁴¹⁾, Vattel précise toutefois que « ce sont des ennemis qui n'opposent aucune résistance », de même que les « ministres publics de la religion, [l]es gens de lettres et autres personnes, dont le genre de vie est fort éloigné du métier des armes »⁽¹⁴²⁾. C'est pourquoi « on n'a aucun droit de les maltraiter en leur personne, d'user contre eux de violence, beaucoup moins de leur ôter la vie »⁽¹⁴³⁾. Le respect des non-combattants ne découle donc pas du fait qu'on ne saurait les considérer comme des ennemis, mais de l'absence de danger qu' ils représentent en tant qu' ennemis non-résistants. C'est cette qualification négative, définissant une attitude et non un statut, qui permet le renversement de l'ennemi en quasi-ami:

Aujourd'hui, la guerre se fait par les troupes réglées; le peuple, les paysans, les bourgeois ne s'en mêlent point, et pour l'ordinaire, ils n'ont rien à craindre du fer de l'ennemi. Pourvu que les habitants se soumettent à celui qui est maître du pays, qu' ils payent les contributions imposées et qu' ils s'abstiennent de toute hostilité, *ils vivent en sûreté, comme s'ils étaient amis*. Ils conservent même ce qui leur appartient, les paysans viennent librement vendre leurs denrées dans le camp et on les garantit autant qu' il se peut des calamités de la guerre⁽¹⁴⁴⁾.

(140) E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, cit., III, 1, § 9, p. 7. Sur cette différence, cf. G. BEST, *Humanity in Warfare*, cit., p. 54-9, qui oppose, comme les deux pôles entre lesquels se déploie le spectre des définitions de l'ennemi, l'approche réaliste de Vattel (définition la plus large possible du statut d'ennemi, tempérée par les limitations de fait qu' induit la pratique de la guerre) et celle, théorique et abstraite, de Rousseau (définition strictement limitée, garantissant, en droit, l'immunité des non-combattants).

(141) E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, cit., III, 8, § 145, p. 113.

(142) *Ibid.*, § 146, pp. 113-114.

(143) *Ibid.*, § 145.

(144) *Ibid.*, § 147, pp. 114-115 (souligné par nous).

Quasi-amitié, on le voit, dont la condition réside dans la soumission à l'occupant, et qui ne consiste en rien d'autre qu' en la suspension des rapports d'hostilité. L'immunité des non-combattants, de ce fait, n'est pas garantie en droit. Elle reste relative au risque que constituent ces derniers (a-t-on quelque raison de se méfier d'eux?) et aux nécessités qu'implique la conduite de la guerre (a-t-on quelque intérêt à s'assurer des ennemis désarmés?):

Mais tous ces ennemis vaincus, ou désarmés, que l'humanité oblige d'épargner, toutes ces personnes qui appartiennent à la nation ennemie, même les femmes et les enfants, on est en droit de les arrêter et de les faire prisonniers, soit pour les empêcher de reprendre les armes, soit dans la vue d'affaiblir l'ennemi ⁽¹⁴⁵⁾.

Entre l'interdiction d'ôter la vie aux ennemis non-combattants et le droit de les faire prisonniers pour des raisons tactiques s'ouvre ainsi un espace indéterminé, dans lequel se déploie le droit de la guerre. Celui-ci n'obéit pas au partage du légal et de l'illégal, mais définit les limites de l'humanité acceptable, ou de l'inhumanité tolérable, en fonction des impératifs de l'action militaire:

On accorde aux enfants et aux femmes une entière sûreté, et toute liberté de se retirer où elles veulent. Mais cette modération, cette politesse, louable sans doute, n'est pas en elle-même absolument obligatoire; et si un général veut s'en dispenser, on ne l'accusera point de manquer aux lois de la guerre. Il est le maître d'agir à cet égard, comme il le trouve à propos pour le bien de ses affaires [...]. Si l'on espère réduire par la famine une place forte, dont il est très important de s'emparer, on refuse d'en laisser sortir les bouches inutiles. Il n'y a rien là qui ne soit autorisé par le droit de la guerre ⁽¹⁴⁶⁾.

De là, une profonde dissymétrie entre le droit des armées régulières et celui des populations civiles. Alors qu' il est permis aux premières de traiter les secondes comme un ennemi réel, sans qu' elles fassent preuve de la moindre intention hostile, en vertu des seules nécessités de la guerre, les secondes ne peuvent s'opposer aux premières sans perdre aussitôt le bénéfice de l'immunité auquel leur soumission leur donne hypothétiquement droit. La distinction entre ennemis combattants et non-combattants n'a donc pas le même sens

⁽¹⁴⁵⁾ *Ibid.*, § 148, p. 115 (« Du droit de faire des prisonniers de guerre »).

⁽¹⁴⁶⁾ *Ibid.*, pp. 115-6.

pour la puissance occupante et la population occupée: conditionnelle pour l'une, inconditionnelle pour l'autre. C'est cette dissymétrie qui rend problématique, chez Vattel, la limitation interne de la guerre par ses fins proprement politiques et le refus, qui en découle, de toute résistance légitime de la part des citoyens.

Bluntschli a donc bien vu que les règles d'humanité formulées par Vattel ne relevaient pas d'un point de vue moral — c'est en quoi Vattel marque un progrès par rapport à Grotius –, mais découlaient de sa conception de la guerre comme rapport interétatique. La faiblesse de son argumentation, toutefois, tient au fait que, loin de poser la distinction entre forces combattantes et population civile ⁽¹⁴⁷⁾ comme *a priori* de toute « guerre civilisée », il se contentait en ce domaine d'exprimer « sous forme de principes juridiques les usages plus humains reçus par les armées permanentes » ⁽¹⁴⁸⁾, tout son mérite étant « d'avoir rendu ces principes populaires en les exposant clairement et brillamment » ⁽¹⁴⁹⁾ (*ibid.*). Vattel apparaît ainsi comme le représentant d'une science du droit à la remorque, en quelque sorte, de la pratique militaire:

Les savants ont compris moins vite que les généraux les droits des habitants paisibles du territoire ennemi, et ces droits ont été respectés en temps de guerre, avant que les publicistes les eussent proclamés ⁽¹⁵⁰⁾.

Science non seulement tributaire des progrès de cette pratique, mais en retard parfois par rapport à elle, comme l'illustre le problème du « droit de butin », cette « injustice flagrante, absolument incompatible avec l'organisation actuelle du monde »:

Il est honteux pour la science du droit de n'avoir reconnu sur ce point la vérité, que lorsque les différents Etats eurent défendu à leurs armées de piller l'ennemi. Pendant que nos juriconsultes se laissaient éblouir par la

⁽¹⁴⁷⁾ Sur ce concept de population civile, « *civile Bevölkerung* », opposé à celui de forces combattantes, cf. par exemple J. C. BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht in dem französisch-deutschen Kriege von 1870*, Heidelberg, Fr. Basserman, 1871, p. 15. Bluntschli, toutefois, utilise plus souvent l'expression d'« habitants paisibles (*friedliche Einwohner*) » (*ibid.*), insistant ainsi sur « le caractère pacifique des particuliers », distinct de « leur qualité de citoyens de l'Etat ennemi » (*Le droit international codifié*, cit., § 573, com. 1, p. 325).

⁽¹⁴⁸⁾ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., p. 38.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibid.*, § 573, com. 1, p. 325.

tradition et par des fictions légales, les généraux travaillaient énergiquement (*mit eiserner Disciplin*) à abolir ce vol manifeste, que les savants s'efforçaient en vain de faire passer pour un droit ⁽¹⁵¹⁾.

Cet exemple permet de préciser le rôle de la science du droit, selon Bluntschli, par rapport aux usages de la guerre. L'occasion de clarifier sa position sur ce point lui fut donnée par les critiques de représentants de l'état-major prussien, Julius von Hartmann ⁽¹⁵²⁾ et Helmut von Moltke ⁽¹⁵³⁾, pour qui l'humanisation de la guerre, dans la mesure où cela s'accordait avec ses dures nécessités ⁽¹⁵⁴⁾, ne pouvait résulter d'une quelconque codification. C'est de l'adoucissement général des mœurs ⁽¹⁵⁵⁾, de l'apprentissage de la discipline et, surtout, du perfectionnement de la conduite de la guerre elle-même ⁽¹⁵⁶⁾, comme en témoignait à leurs yeux l'histoire récente, que

⁽¹⁵¹⁾ *Ibid.*, p. 43. Sur l'interdiction du butin, qui découle de la distinction fondamentale entre droit public et droit privé (Introduction, pp. 36-37, § 530, p. 299), cf. § 657, p. 371 et le commentaire, *ibid.*, sur la position de Grotius et de « nombre d'écrivains éminents » jusqu' au XIXe siècle. Bluntschli, toutefois, reconnaît également le rôle précurseur de la science, parfois, par rapport à la pratique politico-militaire. C'est de l'interaction de ces « deux forces, les hommes de science et les hommes d'Etat », que sont issus les progrès du droit international (Introduction, p. 18).

⁽¹⁵²⁾ J. VON HARTMANN, *Militärische Notwendigkeit und Humanität*, « Deutsche Rundschau », XIII, 877, pp. 111-128 et 450-471 et XIV (1878), pp. 71-91.

⁽¹⁵³⁾ H. VON MOLTKE, Lettre à Bluntschli du 11 décembre 1880. Cette lettre est éditée, avec la réponse de Bluntschli, sous le titre « Zum Manuel des Droits de la guerre », in J. C. BLUNTSCHLI, *Gesammelte kleine Schriften*, cit., t. 2, 1881, p. 271-278. Traduction française in G. DE MOLINARI, *Grandeur et décadence de la guerre*, Paris, Guillaumin et Cie, 1898, Appendice, p. 251-258. Sur la lettre de Moltke, cf. G. BEST, *Humanity in Warfare*, cit., p. 144-145.

⁽¹⁵⁴⁾ Cf. J. VON HARTMANN, *Militärische Notwendigkeit und Humanität*, cit., XIV, pp. 76-77: « La nécessité militaire et l'humanité doivent s'équilibrer mutuellement; tantôt l'une, tantôt l'autre pèsera d'un poids plus lourd », selon les exigences de la situation militaire. Hartmann ajoute toutefois qu' en cas de conflit d'intérêts, « c'est la nécessité d'atteindre le but militaire qui doit constituer le motif décisif ».

⁽¹⁵⁵⁾ H. VON MOLTKE, in G. DE MOLINARI, *Grandeur et décadence de la guerre*, cit., p. 252: « [...] il faut bien reconnaître [...] que le progrès de l'humanité dans la manière de faire la guerre (*die Humanität der Kriegsführung*) a réellement suivi l'adoucissement général des mœurs (*der allgemeinen Milderung der Sitten*) ». Cf. également J. VON HARTMANN, *Militärische Notwendigkeit und Humanität*, cit., XIII, p. 114 (« *die mildere Sitte der Gegenwart* »).

⁽¹⁵⁶⁾ En vertu du principe, déjà affirmé par F. Lieber, que les guerres les plus courtes (et qui requièrent par là-même la concentration la plus énergique des forces) sont

l'on devait attendre un progrès dans ce domaine. On ne saurait demander à la guerre, pur déchaînement de violence, de se soumettre aux principes qui régissent les rapports humains en temps de paix. « Les concepts de guerre et d'humanité », de ce point de vue, « s'excluent mutuellement » ⁽¹⁵⁷⁾ et l'idée de « guerre civilisée », défendue par Bluntschli, « porte en elle-même une insurmontable contradiction » ⁽¹⁵⁸⁾. Tout au plus est-il légitime de vouloir introduire plus de modération dans les usages de la guerre, tant à l'égard des combattants que des non-combattants, conformément aux lois de l'honneur militaire ⁽¹⁵⁹⁾ et à la sensibilité morale du présent. Une codification du droit de la guerre comme celle de Lieber peut se concevoir dans un pays où n'existaient « ni armées permanentes, ni tradition militaire, ni science militaire richement développée » ⁽¹⁶⁰⁾. Elle ne pourrait, en Europe, qu'entraver le bon déroulement des opérations militaires et retarder, par là, l'issue de la guerre. L'usage et les lois militaires constituent, donc, un droit coutumier (*Gewohnheitsrecht*) qui se suffit à lui-même et répugne à toute codification ⁽¹⁶¹⁾. La coutume, en la matière, est « plus humaine (*menschlicher*) » que le droit, ainsi que l'illustre l'exemple, souligné par Bluntschli, de l'interdiction du butin grâce à « la discipline de fer » imposée par les généraux ⁽¹⁶²⁾.

Cette thèse avait été soutenue, peu de temps auparavant, avec une extrême radicalité par le colonel suisse, ancien membre de

les plus humaines. Cf. *Lieber Code*, § 29: « Plus les guerres sont conduites avec vigueur, mieux s'en trouve l'humanité. Les guerres n'en sont que plus courtes (*sharp wars are brief*) », cité avec éloge par J. VON HARTMANN, *Militärische Notwendigkeit und Humanität*, cit., XIII, p. 119; cf. également H. VON MOLTKE, in G. DE MOLINARI, *Grandeur et décadence de la guerre*, cit., p. 252. Sur ce principe, auquel ne souscrit pas Bluntschli, cf. G. BEST, *Humanity in Warfare*, cit., p. 146 et p. 343, note 23 et M. WALZER, *Guerres justes et injustes* (1977), trad. de S. Chambon et A. Wicke, Paris, Belin, 1999, pp. 89-90.

⁽¹⁵⁷⁾ J. VON HARTMANN, *Militärische Notwendigkeit und Humanität*, cit., XIV, p. 71.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibid.*, XIII, p. 123.

⁽¹⁵⁹⁾ Cf. J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., commentaire du § 550: « L'honneur s'est de tout temps affirmé avec puissance dans les armées civilisées plus encore que le respect du droit naturel », cité par J. VON HARTMANN, *Militärische Notwendigkeit und Humanität*, cit., XIII, p. 114.

⁽¹⁶⁰⁾ J. VON HARTMANN, *ibid.*, p. 115.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibid.*, XIV, p. 84.

⁽¹⁶²⁾ *Ibid.*, XIII, p. 114.

l'armée prussienne, Wilhelm Rüstow, dans son livre *Kriegspolitik und Kriegsgebrauch* ⁽¹⁶³⁾, dont Bluntschli fit la recension ⁽¹⁶⁴⁾.

L'idée fondamentale du livre est la suivante: " Assez parlé de droit de la guerre (*Kriegsvölkerrecht*); il n'existe qu' un usage de la guerre ". Le droit de la guerre est une sottise invention des juristes, l'usage de la guerre, l'affaire des militaires. Le droit n'a rien à faire avec la guerre, la coutume (*Sitte*) seule et la considération du but à atteindre doivent être prises en considération. C'est dans cet esprit qu' est écrit l'ouvrage tout entier ⁽¹⁶⁵⁾.

Opposer de la sorte usage et droit de la guerre trahit, selon Bluntschli, une profonde méconnaissance de la nature véritable du droit:

[Rüstow] se représente le droit d'une façon étroitement formaliste comme un code (*Gesetzbuch*) rigide sur l'interprétation littérale et l'application duquel se querellent les avocats et dont le juge tire froidement sa sentence, et il en conclut: sans de tels procès devant un tribunal, il n'y a pas de droit ⁽¹⁶⁶⁾.

Or, c'est précisément cette conception formaliste que les promoteurs du droit international combattent résolument. Loin de vouloir enfermer la vie des Etats dans « la toile d'araignée d'une jurisprudence scolastique » ⁽¹⁶⁷⁾, ils ne reconnaissent au contraire comme « droit effectif (*wirkliches Recht*) » que les règles pouvant être utilisées et appliquées dans la vie réelle des peuples » ⁽¹⁶⁸⁾. C'est pourquoi le droit de la guerre, en particulier, ne s'oppose pas à la coutume de la guerre, comme la pure théorie à la pratique — le droit

⁽¹⁶³⁾ W. RÜSTOW (1821-1878), *Kriegspolitik und Kriegsgebrauch. Studien und Betrachtungen*, Zürich, Schultheß, 1876.

⁽¹⁶⁴⁾ J. C. BLUNTSCHLI, *Kriegsvölkerrecht und Kriegsgebrauch* (1877), in J. C. BLUNTSCHLI, *Gesammelte kleine Schriften*, Nördlingen, C. H. Beck, t. 2, 1881, pp. 256-270. Cf. également J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., § 534, com. 1, p. 302: « Le colonel Rüstow a fait, en 1876, la tentative hardie de nier purement et simplement le droit international en tant qu' il traite de la guerre, et de considérer les "usages de la guerre" comme ayant seuls une portée; cela équivaut à rabaisser la conduite de la guerre, entre peuples civilisés, au même degré que la guerre entre sauvages ».

⁽¹⁶⁵⁾ J. C. BLUNTSCHLI, *Kriegsvölkerrecht und Kriegsgebrauch*, cit., p. 257.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibid.*, p. 258.

⁽¹⁶⁷⁾ *Ibid.*, p. 259.

⁽¹⁶⁸⁾ *Ibid.*, p. 258.

ne prétendant aucunement se substituer à la science militaire ⁽¹⁶⁹⁾ –, mais en intègre les dispositions, lorsqu'elles vont dans le sens d'une plus grande humanité.

Quand l'usage de la guerre a acquis une certaine permanence et stabilité et que le sentiment du droit et de la nécessité s'y manifeste, par opposition au bon plaisir et l'arbitraire, cet usage devient alors une source du droit. Il entre dans le droit de la guerre ⁽¹⁷⁰⁾.

Reprenant, là encore, l'exemple de l'interdiction du pillage, il rappelle le retard des juristes par rapport à la règle militaire, tout en ajoutant que les premiers « ont gravé plus clairement ce principe dans la conscience juridique commune » ⁽¹⁷¹⁾.

Le droit de la guerre, ainsi, prend acte des améliorations des usages de la guerre consécutives à la création des armées permanentes, à l'instauration d'une discipline plus rigoureuse et à une meilleure organisation du soin des troupes ⁽¹⁷²⁾. Son rôle, toutefois, ne se limite pas à codifier les usages établis, comme le reprochait Bluntschli à Vattel. Il doit être de mettre en accord les pratiques militaires avec la « conviction juridique (*Rechtsüberzeugung*) générale » qui s'affirme, d'une manière toujours plus marquée, chez les peuples civilisés ⁽¹⁷³⁾. Grâce à celle-ci,

il est possible de proclamer un droit international de la guerre, approuvé par la conscience juridique (*Rechtsbewusstsein*) des tous les peuples civilisés. Or, lorsqu'un principe est consacré d'une manière générale, il exerce sur tous les esprits et sur les mœurs une autorité qui met un frein aux appétits sensuels et triomphe de la barbarie ⁽¹⁷⁴⁾.

C'est dans cet effort pour « éclaircir et fortifier l'ordre légal dans

⁽¹⁶⁹⁾ *Ibid.*, pp. 257-258.

⁽¹⁷⁰⁾ *Ibid.*, p. 261.

⁽¹⁷¹⁾ *Ibid.* Cf. encore sa réponse à Moltke du 25 décembre 1880 (in G. DE MOLINARI, *Grandeur et décadence de la guerre*, cit., p. 255): « Le pillage brutal et barbare a été interdit par des généraux avant que les juristes se fussent convaincus de son illégalité. Si, de nos jours, une loi reconnue par le monde civilisé défend d'une manière générale au soldat de faire du butin dans une guerre sur terre, c'est là un grand progrès de la civilisation, et les juristes y ont participé ».

⁽¹⁷²⁾ J. C. BLUNTSCHLI, lettre à Moltke, *ibid.*, p. 255.

⁽¹⁷³⁾ *Ibid.*, p. 256.

⁽¹⁷⁴⁾ *Ibid.*

la guerre même »⁽¹⁷⁵⁾, prenant appui sur la conscience juridique commune et se donnant les moyens, par là, d'orienter la conduite des Etats, que réside la « force civilisatrice du droit (*civilisatorische Kraft des Rechts*) »⁽¹⁷⁶⁾.

Bluntschli représente donc un moment original de l'histoire du droit de la guerre moderne, qui ne se confond pas avec la tradition du *jus publicum europaeum* et n'a pas encore été mis à l'épreuve du désastre de la Première guerre mondiale. Il tente, à travers l'idée de civilisation, de concilier les droits de la souveraineté avec les valeurs de l'universalisme. Sans doute cette doctrine participe-t-elle de l'idéologie impérialiste de la fin du siècle. Elle se trouvera, à ce titre, radicalement mise en cause après 1919, le langage de la « civilisation » n'étant pas simplement récusé, du point de vue juridique, pour son jusnaturalisme latent et son flou impressionniste, mais aussi dénoncé comme un camouflage des politiques nationales de puissance⁽¹⁷⁷⁾. Elle possède cependant une consistance propre, par sa conception nouvelle de l'autorité du droit, solidaire, mais distincte, du pouvoir de l'Etat, son ancrage dans l'historicité concrète, son souci d'efficacité pratique et la volonté de faire prévaloir, par étapes progressives, le « droit général de l'humanité ». Ni pure expression d'un ordre spatial, ni formalisation d'un normativisme abstrait, elle échappe à la dichotomie schmittienne et oblige donc à réévaluer, selon d'autres catégories, la codification des lois de la guerre entreprise par Bluntschli, qui constitue l'une des sources essentielles du droit humanitaire moderne.

⁽¹⁷⁵⁾ *Ibid.*, p. 255.

⁽¹⁷⁶⁾ J. C. BLUNTSCHLI, *Kriegsvölkerrecht und Kriegsgebrauch*, cit., p. 261.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. M. KOSKENNIEMI, *Nationalism, Universalism, Empire*, cit., pp. 31 et 34.

FRANCESCO SALERNO

IL NEMICO 'LEGITTIMO COMBATTENTE' ALL'ORIGINE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEI CONFLITTI ARMATI

1. Premessa: il 'legittimo combattente' quale partecipa alla 'guerra pubblica'. — 2. La codificazione del diritto dei conflitti armati nelle Convenzioni de L'Aja (1899-1907). — 3. La determinazione della Parte belligerante secondo i parametri propri del diritto internazionale. — 4. Il conflitto armato come condizione obiettivamente rilevabile per l'applicazione del diritto di guerra. — 5. L'irrelevanza della causa bellica ai fini della qualificazione e condizione di legittimo combattente. — 6. Il principio di distinzione del legittimo combattente dai civili. — 7. Il nemico 'legittimo combattente' quale componente organica dell'esercito regolare. — 8. Milizie volontarie e corpi franchi. — 9. La condotta ostile di privati all'uopo 'autorizzati' ma privi della qualifica di 'legittimo combattente'. — 10. La 'levata di massa' della popolazione civile e la sua qualifica di 'legittimo combattente'. — 11. Le misure di rappresaglia per il rispetto dello status di 'legittimo combattente'. — 12. Conclusione: la perdurante validità della nozione di 'legittimo combattente' nel diritto internazionale contemporaneo dei conflitti armati.

1. *Premessa: il 'legittimo combattente' quale partecipa alla 'guerra pubblica'.*

La qualificazione del nemico 'legittimo combattente' costituisce uno dei cardini del diritto internazionale dei conflitti armati quale si delinea nella seconda metà dell'Ottocento, perpetuandosi sostanzialmente fino all'epoca attuale ⁽¹⁾. Tuttavia, sia pure senza presentare la complessità propria del diritto moderno, questa figura era già emersa nel diritto romano ⁽²⁾, per riproporsi in vario modo nelle epoche successive man mano che si consolidava l'esperienza giuridica afferente alla conduzione delle ostilità militari. Per quanto i connotati identificativi dell'avversario in armi risentano della cornice normativa propria di un determinato periodo storico, la certezza del diritto è sempre data da regole comuni *super partes* concernenti

⁽¹⁾ *Infra*, par. 12.

⁽²⁾ *Infra*, par. 3.

l'avvio e la condotta delle ostilità, vale a dire quello che nel diritto internazionale moderno viene chiamato lo *ius in bello*. Correlativamente, i criteri identificativi del legittimo combattente risentono del modo in cui si dipana storicamente il paradigma della sovranità.

Infatti, nei vari periodi storici, la condizione giuridica che potremmo accomunare all'attuale figura di legittimo combattente emerge sempre e soltanto in presenza di una 'guerra pubblica', espressione che si attaglia per definizione al conflitto armato tra potestà sovrane (3). La tradizione romana considerava gli *hostes* unicamente nella prospettiva di un conflitto 'pubblico' e proprio per questo lo si concepiva « come un procedimento giuridico » (4), a prescindere dal fatto se preesistessero rapporti formali con l'entità nemica (5). Lo stesso avviene nel Rinascimento, per contrapporre tale fenomeno alle guerre private manifestatesi nella lunghissima stagione del Medioevo (6). Quando tra il Seicento ed il Settecento si suggella definitivamente la concezione moderna dello Stato sovrano, si rafforza il paradigma della 'guerra pubblica' nel quale collocare il legittimo combattente che vi era impegnato. Lo chiarisce emblematicamente l'art. 20 del 'Codice Lieber' del 1863, un testo adottato durante la guerra di secessione dall'Unione (7) (l'entità federale che propugnava la continuità degli Stati Uniti in contrapposizione alla nuova Confederazione degli Stati americani) e che rappresentò un autorevolissimo punto di riferimento per rilevare all'epoca lo stato

(3) Su questa 'concezione giuridica' del diritto internazionale, S. GEMMA, *Nuovi appunti e discussioni di diritto bellico*, parte II, in « Rivista di diritto internazionale », 1906, p. 525; G. BADIALI, *Dallo ius gentium allo ius inter gentes: il ruolo di Alberico Gentili agli albori del diritto internazionale moderno*, in « Rivista di diritto internazionale », 2009, p. 19.

(4) F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, vol. II, Napoli, Jovene, 1973, p. 50.

(5) « Hostes sunt quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipsi populo Romano »: Dig. 49. 15. 24 (Ulp. 1 *Inst.*); vedi anche: F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, cit., p. 15 ss.; A. MASI, *Diritto internazionale nel diritto romano*, in *Digesto*⁴, *Discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, Utet, 1990, p. 253.

(6) Cfr. GIOVANNI DA LEGNANO, *Tractatus de Bello, De Represaliis et de Duello*, Venezia, 1589, ristampa Oxford, Oxford University Press, 1917, p. 277 ss.

(7) *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)*. 24 April 1863; per il testo integrale vedi <http://www.icrc.org>.

del diritto internazionale generale in materia ⁽⁸⁾: « Public war is a state of armed hostility between sovereign nations or governments. It is a law and requisite of civilized existence that men live in political, continuous societies, forming organized units, called states or nations, whose constituents bear, enjoy, suffer, advance and retrograde together, in peace and in war ».

Conseguentemente, in base all'art. 74 del 'Codice Lieber', il nemico catturato in guerra, « being a public enemy, is the prisoner of the government, and not of the captor ». Tale approccio poneva le premesse per definire un corpo di regole giuridiche internazionali sulla conduzione delle ostilità nel presupposto di disciplinare un insieme di rapporti paritari *inter potestates*.

La comunanza di valori degli Stati dell'Ottocento che si riconoscevano nel modello 'universalistico' del diritto pubblico europeo facilitava una reiterata manifestazione di regole nazionali quasi sempre identiche tra loro. Il 'Codice Lieber' individua nel legittimo combattente il solo obiettivo 'legittimo' da parte del nemico ⁽⁹⁾ e pone le premesse per quel 'principio di distinzione', che impone ai Belligeranti di rendere la popolazione civile estranea alle ostilità in modo da ripararla nei limiti del possibile dagli effetti della guerra ⁽¹⁰⁾. Questo testo, dopo aver ricordato all'art. 21, che il cittadino di uno Stato nemico è anch'esso un 'nemico' e quindi soggetto alle durezze della guerra, afferma testualmente (art. 22): « Nevertheless, as civilization has advanced during the last centuries, so has likewise steadily advanced, especially in war on land, the distinction between the private individual belonging to a hostile country and the hostile country itself, with its men in arms. The principle has been more and more acknowledged that the unarmed citizen is to be spared in person, property, and honour as much as the exigencies of war will admit ».

In questo quadro sempre più articolato di 'formalizzazione' giuridica delle posizioni individuali nel contesto delle ostilità tra

⁽⁸⁾ Per J. K. BLUNTSCHLI (*Le droit international codifié*, trad. dal tedesco a cura di M. G. Lardy, Paris, Librairie Guillaume, 1881, p. 5), la circostanza che il 'Codice Lieber' fosse l'atto di un solo Stato non ne precludeva l'idoneità di « formuler la conviction du monde civilisée tout entier ».

⁽⁹⁾ S. GEMMA, *Nuovi appunti*, cit., p. 526.

⁽¹⁰⁾ *Infra*, par. 6.

Stati, trova tutela internazionale la persona umana del legittimo combattente. La Convenzione di Ginevra del 22 agosto 1864 fissa i primi obblighi per le Parti belligeranti in tema di assistenza sanitaria sul campo di battaglia. E pure alla nozione di legittimo combattente si collega la progressiva opera di codificazione delle norme sul trattamento dei prigionieri nell'ambito della sfera delle relazioni 'pubbliche' tra le Potenze belligeranti ⁽¹¹⁾, così da sottrarre i prigionieri stessi al rischio di essere ridotti in schiavitù; questa eventualità era invece ammessa in epoca romana, tanto da prefigurare al riguardo la regola del 'postliminium', che consentiva al cittadino romano catturato in guerra dal nemico di recuperare — *de jure* ed all'atto del rientro nei confini di Roma — lo *status civitatis* e — con esso — la titolarità giuridica sui propri beni tenuta dall'ordinamento romano 'quiescente' per tutto il periodo delle ostilità: una simile costruzione presupponeva a sua volta un modello giuridico nei rapporti tra Roma e gli *hostes* che riconosceva loro il diritto di tradurre in schiavitù il cittadino romano ⁽¹²⁾. Nel Tardo Medio Evo, l'evoluzione delle relazioni giuridiche tra i nascenti Stati induceva però già a ritenere che le persone catturate nel contesto di una guerra tra entità che non riconoscevano alcuna autorità ad esse superiore « do not become slaves and are not sold, and the doctrine of 'postliminium' does not apply in such cases » ⁽¹³⁾. È l'Illuminismo a superare definitivamente il modello romanistico sganciando il soggetto-Stato belligerante dalla persona umana che ne è coinvolta nella sua attività di militare. Nel *Contratto sociale* così scrive J. J. Rousseau: « La guerre n'est [...] point une relation d'homme à homme, mais une relation d'état à état, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu' accidentellement, non point comme hommes, ni comme citoyens, mais comme soldats; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs. Enfin, chaque état ne peut avoir pour ennemis que d'autres états [...] » ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ « Prisoners of war are in the power of the hostile government, but not in that of the individuals or corps who captured them » (art. 61 del « Manuale di Oxford » del 1880; il testo completo del Manuale è reperibile su: <http://www.icrc.org/ihl>).

⁽¹²⁾ Cfr. in proposito A. MARTINI, *Postliminio - "Postliminium"*, in *Digesto*, vol. XIX, I, Torino, Utet, 1909-1912, p. 88.

⁽¹³⁾ GIOVANNI DA LEGNANO, *Tractatus de Bello*, cit., pp. 269 ss.

⁽¹⁴⁾ J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Paris,

Tuttavia, data la natura astratta dello Stato, i fatti ad esso attribuibili andavano determinati attraverso l'attività di quanti agissero militarmente per suo conto, in altri termini il 'soldato' cui si richiamava Rousseau. È naturale che la determinazione di questa categoria avesse luogo anzitutto facendo riferimento ai militari inquadrati nell'esercito regolare della Potenza belligerante. Ed è su questa base che il diritto internazionale considera solo l'organo belligerante dello Stato ai fini della qualifica di legittimo combattente⁽¹⁵⁾. In definitiva, l'emergere dello Stato sovrano enfatizzava il carattere 'pubblico' del conflitto armato, qualificava l'individuo combattente come organo del solo ente internazionalmente titolare della 'guerra pubblica' e quindi, sussistendo determinate condizioni, lo abilitava giuridicamente ad esercitare la violenza bellica⁽¹⁶⁾. Questi passaggi concettuali corrispondono ad altrettanti gradi di qualificazione del fenomeno bellico autonomi e successivi tra loro, imponendo pertanto tre distinti livelli di verifica. Solo se superati, si stabiliva l'obbligo per la Potenza belligerante di rispettare lo status del nemico legittimo combattente⁽¹⁷⁾. Una simile, specifica qualificazione perdurava anche fuori dal contesto attivo delle ostilità, in modo che il legittimo combattente godesse, anche una volta cattu-

Flammarion, s.d., livre I, chap. 4; l'affermazione è ripresa con qualche variante terminologica dalla dottrina a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento. Tra gli altri: S. GEMMA, *Il rapporto di belligeranza studiato nei suoi caratteri differenziali*, Firenze, Seeber, 1900, p. 16; H. BONFILS, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, Paris, A. Rousseau, 1901, p. 587.

(15) G. BALLADORE PALLIERI, *La guerra*, Padova, Cedam, 1935, p. 171 ss.; sulla condizione di Potenza belligerante, *infra*, par. 3.

(16) S. GEMMA, *Nuovi appunti*, cit., p. 526.

(17) La nozione di organo belligerante è quindi distinta da quella di legittimo combattente, talché solo per il secondo operano privilegi internazionali altrimenti esclusi per i combattenti « irregolari ». Nel contempo, la nozione di organo belligerante (regolare e non) coincide con quella comunemente impiegata in dottrina per attribuire allo Stato fatti internazionalmente illeciti posti in essere da privati, ai sensi di quanto ora previsto nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati adottato nel 2001 dalla Commissione del diritto internazionale (*infra*, nota 204). Tuttavia, la varietà delle tecniche logico-giuridiche con cui opera tale attribuzione non consente di configurare nel diritto internazionale una nozione di organo unitaria ed assorbente, come conferma la difficoltà di estendere la regola generale sull'immunità dalla giurisdizione a tutti gli organi dello Stato suscettibili di essere qualificati come « belligeranti »: *infra*, par. 12 e nota 232.

rato, dello status internazionalmente protetto di prigioniero di guerra. L'autonomia ordinatoria del diritto internazionale assicurava una continuità del tutto ignota al diritto romano, grazie proprio alla formalizzazione di un rapporto organico qualificato che permetteva di assorbire l'attività combattente dell'individuo 'soldato' nell'esclusiva sfera giuridica dello Stato belligerante.

Come è noto, questa teorica del rapporto organico si delinea in modo compiuto proprio sul finire dell'Ottocento e si deve principalmente alla concettualizzazione positivista e pubblicista dello Stato-persona. La dottrina sul punto ruotava intorno all'idea di singoli individui che ricoprono mansioni definite (non importa se ampie o circoscritte) nell'ambito di strutture organizzative dello Stato (gli 'uffici')⁽¹⁸⁾. L'organo combattente ne è un'espressione per le attività militari dello Stato in base al modo in cui questo decide autonomamente di strutturare la propria organizzazione. Perciò il diritto internazionale fa in linea di principio rinvio all'ordinamento interno dello Stato belligerante, considerando le formule — anche identificative — del combattente che quello utilizza. La certezza dello *ius in bello* era all'epoca facilitata dalla tendenziale omologazione amministrativa degli Stati belligeranti destinatari di quelle norme. La generale e reciproca percezione che nella società internazionale si aveva dell'entità-Stato faceva sì che le Potenze belligeranti e gli Stati terzi al conflitto riconoscessero in termini obiettivi e quindi applicassero le regole pertinenti all'individuo combattente in ragione appunto del qualificato legame organico tra lui e l'ente sovrano di appartenenza.

Tuttavia, il rinvio all'ordinamento interno dello Stato non era di per sé sufficiente, dovendo il diritto internazionale prescrivere taluni requisiti minimi in modo autonomo perché fosse assicurata una condizione obiettiva di reciprocità nelle relazioni belliche. Tale approccio era reso necessario dal carattere assai variegato che assumeva la realtà effettuale del 'nemico combattente'. In primo luogo, il fenomeno della coscrizione obbligatoria — che si diffonde soprattutto dopo la Rivoluzione francese — non permetteva a tutti gli Stati di predisporre un esercito regolare proporzionale alle

⁽¹⁸⁾ M. S. GIANNINI, *Organi (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 39.

proprie esigenze militari, così da indurli sovente ad impiegare militi estranei alla propria organizzazione 'istituzionale' ma pur sempre impegnati a sostenerne militarmente le ragioni. In alcune situazioni ciò veniva facilitato dalla spontanea inclinazione di gruppi di civili organizzati ad operare direttamente nel conflitto a fianco ad una Potenza belligerante. Come si vedrà, per tutto l'Ottocento e la prima parte del Novecento saranno frequenti i casi di milizie volontarie (19). L'Illuminismo ed ancor più il Romanticismo avevano fatto emergere il valore non solo empatico ma anche giuridico della 'Nazione', tanto che Mancini la collocava al centro del diritto internazionale invocando al riguardo la legittima volontà del popolo di farsi storia (20). La fluidità del conflitto armato con la potenziale spontanea partecipazione popolare bene si collocava in quel quadro di idee, così che lo Stato diveniva referente delle norme giuridiche indirizzate anche ad individui combattenti formalmente estranei al suo apparato istituzionale. In tali circostanze la sussistenza dei requisiti richiesti dal diritto internazionale è sufficiente per attribuire alle milizie volontarie la duplice qualifica di organo belligerante e legittimo combattente, facendo scattare gli obblighi conseguenti per le Potenze belligeranti (21).

Le ragioni e le dimensioni di questa *emprise* del diritto internazionale sul qualificato legame organico di un individuo con la Potenza belligerante sono peraltro foriere di ulteriori sviluppi. Si pensi che il diritto internazionale attribuisce ai comandanti militari la competenza a concludere accordi sulle ostilità (compresa anche la resa dei reparti), senza che al riguardo rilevino le diverse disposizioni del diritto interno o degli organi politici dello Stato (22). Ed è sulla

(19) *Infra*, par. 8.

(20) P. S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, a cura di E. Jayme. Torino, Giappichelli, 1994.

(21) *Infra*, par. 8.

(22) T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, parte prima, Roma, edizioni de « Il Foro italiano », 1937, p. 118. La legge di guerra italiana (r.d. 8 luglio 1938, n. 1415) stabilisce invece che tali convenzioni militari sono valide solo se autorizzate dal comandante supremo (art. 75), limitando i comandanti locali 'isolati' a concludere convenzioni di carattere « temporaneo e locale » (art. 76). La prassi internazionale non conferma questa restrizione a proposito della resa tedesca a Stalingrado (30 gennaio 1943), decisa dal Comandante Paulus contro il volere di Hitler. Su tale diversa impostazione gioca la

base di propri parametri che il diritto internazionale riferisce all'individuo legittimo combattente responsabilità penali internazionalmente rilevanti per aver commesso crimini di guerra ⁽²³⁾.

Questa tendenza del diritto internazionale di espandere la nozione di organo ⁽²⁴⁾, si riverbera sulla nozione di 'legittimo combattente', che necessariamente collega l'individuo ad una Potenza belligerante. Esaminando il modo in cui si definisce e si sviluppa tale nozione, si potrà constatare come il diritto internazionale la plasmi in funzione di propri fini. E si potrà così anche meglio apprezzare la capacità di questo sistema giuridico, nato dagli Stati e per gli Stati, di esprimere anche un'autonoma regolamentazione a tutela di interessi diversi degli Stati.

2. *La codificazione del diritto dei conflitti armati nelle Convenzioni de L'Aja (1899-1907).*

Lo sviluppo del diritto bellico è espressione della capacità del diritto internazionale di fissare le proprie regole, restringendo inesorabilmente il principio di libertà degli Stati immanente in questo sistema ⁽²⁵⁾. Tale tendenza è manifesta nella seconda metà dell'Ottocento con l'imponente sforzo di codificazione sul regime obiettivo

rilevanza da attribuire al legame organico tra il 'comandante della piazza' e lo Stato belligerante. È incontrovertibile la sua idoneità a svolgere qualificate funzioni pubblicistiche; è invece controverso se egli può esprimere determinazioni contrarie al volere dello Stato di cui è formalmente organo. Per il diritto internazionale, il comandante è il solo ad avere il governo effettivo della specifica situazione bellica e quindi può disporre anche in totale autonomia dallo Stato, ma riferendo ugualmente a questo la rilevanza internazionale delle proprie decisioni in quanto comunque rientranti nella sfera di giurisdizione esclusiva della Potenza belligerante. Una situazione per certi versi affine si viene a creare anche per la « levata di massa »: *infra*, par. 10.

⁽²³⁾ I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*⁵, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 565 ss.; A. CASSESE, *International criminal law*³, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 28 ss.

⁽²⁴⁾ M. S. GIANNINI, *Organi (Teoria generale)*, cit., p. 56. Il caso più emblematico è la qualifica (dottrinatoria) di « organo di funzioni » ad entità che non erano riconducibili ad alcun soggetto giuridico internazionalmente rilevante: T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, cit., p. 150 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e regole*, Padova, Cedam, 2008, p. 18.

dello *ius in bello* e — nell'ambito di questo — sulla condizione di nemico legittimo combattente ⁽²⁶⁾.

A favorire tale sviluppo c'era ormai una generale tendenza di voler regolare l'esercizio della violenza bellica. Nei secoli precedenti alcune di queste regole erano già emerse in Europa sul piano etico, come il rispetto dovuto verso i luoghi sacri delle parti in conflitto ⁽²⁷⁾. Nella cultura asiatica si era addirittura affacciata in età antica l'esigenza di rispettare donne, feriti e prigionieri di guerra ⁽²⁸⁾. La spinta che viene spontanea dagli Stati europei maggiormente impegnati nelle ostilità militari si coniuga con l'impegno dell'*Institut de Droit international* nella codificazione di principi e regole di diritto bellico, a volte anche richiamandone esplicitamente il rispetto alle Parti belligeranti ⁽²⁹⁾.

La regolamentazione sul 'combattente legittimo' si configurava in qualche modo nel Medio Evo attraverso la pratica cavalleresca. Tuttavia, oltre ad essere regole di mera cortesia nella logica del 'duello', il fenomeno non era per nulla equiparabile all'organizzazione esistente negli eserciti moderni. In primo luogo, la cavalleria — l'arma decisiva per buona parte del Medio Evo — era costituita principalmente da individui che appartenevano alla nobiltà, i quali a loro volta si sentivano impegnati militarmente solo per effetto del legame personale che essi avevano con il sovrano ⁽³⁰⁾. Più in generale, gli eserciti dell'Età antica ed ancora del Medio Evo avevano una limitata consistenza numerica ⁽³¹⁾ ed i militi avvertivano un

⁽²⁶⁾ Per J. WESTLAKE, *Intervento* nella sessione di Zurigo del 1877 dell'*Institut de Droit international* (in *Annuaire de l'Institut de Droit international. Edition nouvelle abrégée*, Bruxelles, 1928, p. 125), la codificazione del diritto di guerra rifletteva già all'epoca un « droit objectif généralement obligatoire ».

⁽²⁷⁾ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*⁴ Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 44.

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 44. Non altrettanto si può dire per la cultura europea, se si tiene presente che ancora nell'età del giusnaturalismo si discuteva se fosse legittimo uccidere i bambini che potevano essere potenziali nemici: A. VANDERPOL, *La doctrine scolastique du droit de guerre*, Paris, Pedone, 1919, p. 347 s.

⁽²⁹⁾ *Infra*, e nota 39.

⁽³⁰⁾ F. LOT, *L'art militaire et les armées au moyen age en Europe et dans le proche orient*, tome II, Paris, Payot, 1946, p. 424 ss.

⁽³¹⁾ Dal volume di F. LOT (ivi, p. 441 ss.) si evince che Alessandro Magno non ebbe più di 35.000 uomini, Annibale 30.000, Cesare normalmente dispose di dieci

legame personale soprattutto con il loro comandante che, il più delle volte, era il feudatario ⁽³²⁾. In entrambi i casi, la natura del vincolo non agevolava l'organizzazione di « un esercito veramente disciplinato e compatto » ⁽³³⁾. Con la graduale affermazione dello Stato moderno (Stato-nazione e Stato assoluto al tempo stesso), quello assorbe nella propria giurisdizione il fenomeno militare e quindi anche la partecipazione di privati al conflitto armato istituzionalizzandolo nella forma di un esercito regolare ⁽³⁴⁾. Parallelamente, la crescente dimensione delle frontiere dello Stato richiedeva una vera e propria fanteria nazionale. La prima esperienza rilevante di questo tipo si delinea nel 1445 durante la Guerra dei Cento Anni (1337-1453), quando il sovrano francese — Carlo VII — decise di destinare a tale scopo le risorse erariali per poter fronteggiare le necessità militari del conflitto con l'Inghilterra ⁽³⁵⁾. Da qui anche la progressiva crescita numerica delle 'forze armate' (fino ai settecentomila uomini della 'Grande Armata' di Napoleone ⁽³⁶⁾) e la progressiva asprezza del conflitto moderno quale ormai si delinea sul finire del Settecento ed i primi dell'Ottocento.

In tale mutato contesto, il milite è ormai parte integrante di una formazione collettiva permanente, disciplinata dagli Stati con apposite norme generalmente amministrative ⁽³⁷⁾. La diffusione di questo modello e la comunanza di valori tra Stati europei e anche dell'emisfero occidentale favorirono la codificazione internazionale dei conflitti armati. Lo Zar Alessandro II promosse una prima Conferenza diplomatica che si svolse a Bruxelles nel 1874, al termine della quale venne adottato un progetto di Dichiarazione sul diritto di

legioni, ciascuna delle quali oscillava tra i 3.500 e i 4.000 uomini; Gengis Khan di 35.000 uomini; nella guerra dei Cent'anni gli effettivi inglesi non superavano i 10.000 uomini.

⁽³²⁾ G. CARONCINI, *Esercito*, in *Digesto*, vol. X, Torino, Utet, 1895-1898, p. 721.

⁽³³⁾ *Ibidem*.

⁽³⁴⁾ *Ivi*, p. 722.

⁽³⁵⁾ F. LOT, *L'art militaire et les armées au moyen age*, cit., p. 424. Si deve distinguere tra la costituzione di un'armata permanente (la prima su iniziativa di Carlo VII di Francia nel 1445) e le c.d. 'compagnie di ordinanza' che venivano create per determinati frangenti bellici.

⁽³⁶⁾ Ch. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, p. 70.

⁽³⁷⁾ Per la storia delle fonti regolamentari italiane cfr. A. MARCHEGGIANO, *Diritto umanitario e sua introduzione nella regolamentazione dell'esercito italiano*, vol. I, Roma, Stato maggiore dell'esercito, 1990, p. 264 ss.

guerra ⁽³⁸⁾. I giuristi dell'*Institut de Droit international* ritennero subito questo testo di valore codificatorio del diritto consuetudinario allora esistente e quindi vi si richiamarono per sollecitarne il rispetto nella risoluzione 'Appel aux belligérants' adottata nella sessione di Zurigo del 1877 in relazione al conflitto tra Russia e Impero ottomano ⁽³⁹⁾. Lo stesso *Institut* elaborò nella sessione di Oxford del 1880 un proprio testo organico di norme applicabili ai conflitti armati 'di terra', noto appunto come 'Manuale di Oxford' ⁽⁴⁰⁾ e destinato ad essere un decisivo modello di riferimento per la successiva codificazione internazionale ⁽⁴¹⁾.

Difatti, nelle Conferenze internazionali di pace de L'Aja che si susseguirono in due sessioni distinte tra il 1899 ed il 1907, i delegati governativi ivi presenti (tra cui membri dell'*Institut de Droit international* e molti qualificati militari) valorizzarono a volte quasi alla lettera i lavori dell'*Institut* e codificarono nuove regole imposte dagli sviluppi militari, in specie con la guerra russo-giapponese (1904-1905). La disciplina aveva volutamente una logica di diritto uniforme come traspariva dalla stessa utilizzazione del termine 'Regolamento' annesso alle varie Convenzioni adottate a L'Aja, in specie a quelle del 1907 ⁽⁴²⁾. I testi non colmarono tutti i profili del diritto bellico. Per alcuni aspetti minori si lasciava spazio al criterio della reciprocità, come ad esempio, l'art. 7 del Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907 a proposito dello standard di trattamento vitale (alimentazione, letto e vestiario) dei prigionieri di guerra. Ma le Parti contraenti resero soprattutto chiaro che non era

⁽³⁸⁾ Reperibile su <http://www.icrc.org/ibl>.

⁽³⁹⁾ *Application du Droit des Gens à la guerre de 1877 entre la Russie et la Turquie — Observations et vœux* (in <http://www.idi-til.org>.); sui lavori della sessione di Zurigo dell'*Institut*, cfr. *Annuaire de l'Institut de Droit international. Edition nouvelle abrégée*, Bruxelles, 1928, p. 189. La Dichiarazione del 1874 veniva considerata « comme l'expression raisonnable des obligations que la conscience juridique des peuples européens impose aujourd'hui aux armées belligérantes comme aux populations envahies » (ivi, p. 188).

⁽⁴⁰⁾ *Manuel des lois de la guerre sur terre* (in <http://www.idi-iil.org>).

⁽⁴¹⁾ Da distinguere dal 'Manuale di Oxford' sulla guerra marittima adottato sempre dall'*Institut de Droit international* in un'altra sessione di Oxford del 1913, su cui *infra*, nota 142.

⁽⁴²⁾ Sul carattere di diritto uniforme delle Convenzioni de L'Aja, A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, t. I, Bruxelles, Albert Dewit, 1920, p. 258.

nelle loro intenzioni lasciare la relativa regolamentazione « à l'appréciation arbitraire de ceux qui dirigent les armées »⁽⁴³⁾. Per questi casi le Parti contraenti si impegnavano a rispettare i principi di diritto internazionale « tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique »⁽⁴⁴⁾.

Il richiamo nel testo pattizio alle 'leggi dell'umanità' o alla 'coscienza pubblica'⁽⁴⁵⁾ rendeva finalmente giuridici quei parametri etici che già si erano affacciati nel Mondo antico e nel Rinascimento a proposito della 'buona guerra' contrapposta alla « guerra crudele »⁽⁴⁶⁾. Il diritto de L'Aja faceva così sua la formula proposta da F. Martens (il giurista estone al servizio dello Zar, ispiratore della prassi diplomatica russa oltre che animatore dei lavori dell'*Institut de Droit international*), ed appunto destinata poi ad essere conosciuta come la 'clausola Martens' operante anche nel diritto internazionale umanitario contemporaneo sia pure con le ulteriori specificazioni che si sono avute con l'art. 3 'comune' alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e l'art. 1, par. 2, del I Protocollo addizionale del 1977⁽⁴⁷⁾. Invero la formulazione della clausola nella Convenzione de L'Aja non sembrava stabilire una soluzione di continuità tra diritto ed etica⁽⁴⁸⁾, eppure denotava il legame con un fondo comune di valori suscettibile di considerazione nel valutare la condotta delle Parti belligeranti e quindi se del caso 'sanzionarla' così da rafforzare la portata precettiva delle regole giuridiche sulle ostilità⁽⁴⁹⁾. Ma poiché questi parametri metagiuridici — frequenti nell'Ottocento — perdurano nella successiva codificazione avvenuta sotto l'incalzante atmo-

(43) Settimo considerando del preambolo della IV Convenzione de L'Aja del 1907.

(44) Ottavo considerando del preambolo della IV Convenzione de L'Aja del 1907; vedi già prima l'ottavo considerando della II Convenzione de L'Aja del 1899.

(45) Preambolo della IV Convenzione de L'Aja del 1907.

(46) *Infra*, par. 11.

(47) Cfr. Corte internazionale di giustizia, parere 8 luglio 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, in « C.I.J. Recueil », 1996, par. 78, p. 257; in argomento vedi P. BENVENUTI, *La clausola Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione dei diritti dei conflitti armati*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995, p. 171 ss.; vedi anche *infra*, par. 12.

(48) A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, cit., p. 258.

(49) P. BENVENUTI, *La clausola Martens*, cit., p. 223.

sfera gius-positivista è da ritenere che la clausola sia stata introdotta anche per far emergere interessi umanitari comunque protetti in situazioni nelle quali la Potenza belligerante interessata goda di un elevato margine di auto-apprezzamento. Tali interessi sono dunque sottratti alla sua discrezionalità assoluta, col risultato di ridimensionare la struttura 'interindividuale' delle situazioni giuridiche disciplinate dal diritto internazionale. Nella sostanza, la tensione — volutamente regolata — tra interessi vitali della Potenza belligerante e interessi comuni degli Stati anticipa nel diritto dei conflitti armati de L'Aja un modello normativo che verrà ripreso e sviluppato più ampiamente dal diritto internazionale di pace attraverso formule solidaristiche di vario genere quali le norme imperative e gli obblighi *erga omnes*.

Gli specialisti militari che si confrontarono nelle Conferenze de L'Aja a cavallo tra l'Ottocento ed il Novecento avevano — tutto sommato — un comune sentire. Si percepiva quasi l'approssimarsi ineluttabile del conflitto mondiale, ma lo si avvertiva come una fase violenta sempre regolata dal diritto internazionale ⁽⁵⁰⁾. La guerra non era più percepita come una possibile condizione permanente di relazioni tra gli Stati, quale si era verificata ad esempio nel Tardo Medio Evo ⁽⁵¹⁾ o per tutto il periodo della Guerra dei Cento anni che impegnò — sia pure in modo non continuativo — l'Inghilterra e la Francia senza che si concludesse tra loro alcun trattato di pace ⁽⁵²⁾. Una simile dimensione era ormai impraticabile per l'importanza crescente che aveva assunto il commercio internazionale, per il quale era invece indispensabile un quadro pacifico delle relazioni tra Stati. Proprio agli inizi del Novecento gli Stati Uniti promuovevano un assetto normativo generale a garanzia degli scambi internazionali, che sarebbe stato poi riproposto in modo più articolato nella seconda metà del secolo con i Trattati GATT e OMC. All'epoca essi criticarono il blocco navale praticato con la forza da alcuni paesi europei nel 1902-1903 nei confronti del

⁽⁵⁰⁾ T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, cit., p. 117.

⁽⁵¹⁾ M. MALLETT, *Signori e mercenari. La guerra nell'Italia del Rinascimento*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 25.

⁽⁵²⁾ F. LOT, *L'art militaire et les armées au moyen age*, cit., p. 434.

Venezuela per il mancato pagamento dei suoi debiti ⁽⁵³⁾. Questo atteggiamento, pur collegabile alle logiche egemoniche della 'Dottrina Monroe' ⁽⁵⁴⁾, condusse proprio nel corso delle Conferenze de L'Aja del 1907 alla conclusione della II Convenzione, più nota come Convenzione 'Drago-Porter' dal nome dei due statisti (argentino l'uno, statunitense l'altro) che la promossero e con cui si sancì il divieto di uso della forza per questo genere di controversie ⁽⁵⁵⁾. La tendenza complessiva della società internazionale a considerare la guerra come un fenomeno 'eccezionale' nelle relazioni tra Stati ⁽⁵⁶⁾ trova ulteriore conferma nel Regolamento annesso alla IV Convenzione del 1907, che sancisce il principio di conservazione del bene-Stato in costanza di occupazione ostile del suo territorio (articoli 42 ss.), nel senso che l'Autorità occupante deve in linea di massima rispettare l'ordinamento giuridico dello Stato occupato.

Lo schema normativo elaborato in quel periodo è rimasto in buona parte attuale per alcuni criteri regolatori del tutto peculiari che disciplinano il diritto dei conflitti armati. Basti pensare all'esimente costituito dal principio di necessità militare ⁽⁵⁷⁾ o al principio di distinzione tra combattenti e civili su si avrà modo di tornare più avanti ⁽⁵⁸⁾.

Specifiche esigenze di effettività di questa disciplina internazionale ne rendono sovente necessario un aggiornamento. In particolare, le Convenzioni de L'Aja del 1907 danno contezza del diffuso interesse degli Stati di definire un diritto delle ostilità militari quali plausibilmente sarebbero avvenute secondo la tecnologia e le strategie militari dell'epoca. Ma la naturale inclinazione delle Potenze

⁽⁵³⁾ J. BASDEVANT, *L'action coercitive anglo-germano-italienne contre le Venezuela (1902-1903)*, in « Revue générale de droit international public », 1904, p. 363 ss.

⁽⁵⁴⁾ A. B. HART, *The Monroe doctrine: an interpretation*, London, Duckworth, 1916.

⁽⁵⁵⁾ In <http://avalon.law.yale.edu/20th-century/hague072.asp>.

⁽⁵⁶⁾ Così si esprime efficacemente T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, cit., p. 117: « Lo stato di guerra fra due o più Stati, pur essendo caratterizzato dallo spiegarsi della violenza reciproca fra i belligeranti, non è un'interruzione dell'ordinamento giuridico internazionale, ma un modo d'essere, sia pure eccezionale, delle relazioni fra gli Stati [...] ».

⁽⁵⁷⁾ Cfr. L. SBOLCI, *Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile ai conflitti armati*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, cit., p. 653 ss.

⁽⁵⁸⁾ *Infra*, par. 6.

belligeranti a migliorare i propri mezzi e metodi di combattimento ha imposto una continua integrazione e puntualizzazione di quelle Convenzioni. Basti pensare al divieto di armi chimiche avviato con la Dichiarazione de L'Aja del 29 luglio 1899 e quindi ribadito in strumenti successivi quali il Protocollo di Ginevra del 17 giugno 1925, la Convenzione sulle armi batteriologiche del 10 aprile 1972 ed ancora l'ultima Convenzione del 13 gennaio 1993 sulla produzione e l'uso di armi chimiche ⁽⁵⁹⁾.

La continua rivisitazione delle norme sui conflitti armati ne rafforza il carattere precettivo, anche in considerazione della migliore opportunità di prefigurare un modello normativo in base al quale valutare la condotta individuale nel corso delle ostilità. È su questa base che il diritto internazionale potrà richiedere direttamente al legittimo combattente il rispetto delle leggi di guerra al punto da considerarlo responsabile di un crimine internazionale in caso di loro violazione. Questo modello troverà più vasto riscontro nel diritto internazionale generale al di fuori dello *ius in bello* confermando il *continuum* dell'esperienza giuridica.

3. *La determinazione della Parte belligerante secondo i parametri propri del diritto internazionale.*

La nozione giuridica di legittimo combattente è dunque parte integrante del diritto internazionale, ma assume connotati specifici in ragione delle peculiari condizioni applicative del diritto dei conflitti armati.

La qualità di legittimo combattente è riferita in linea di principio solo ad un individuo che si impegni nelle ostilità militari ingaggiate da un ente sovrano che avesse già tale qualità prima nell'inizio delle ostilità. Un dato che emerge con assoluta costanza nell'intero quadro storico del diritto dei conflitti armati è l'esclusione di tale qualifica-

⁽⁵⁹⁾ Nonostante questa continua opera di puntualizzazione, resta controverso se l'uso di armi al fosforo bianco ad opera degli Stati Uniti nel 2004 a Falluja in Iraq e da Israele nel gennaio 2009 durante la sua azione a Gaza rientri in tali divieti (cfr. in generale G. VENTURINI, *Fattori di crisi ed elementi di sviluppo del diritto internazionale umanitario alla luce dei conflitti recenti*, in « Comunicazioni e Studi », 2007, p. 460 s.); il che — è facile immaginare — determinerà ulteriori puntualizzazioni.

zione per i ribelli, vale a dire di quanti si impegnassero militarmente contro un'autorità precostituita. Già nel diritto romano si distinguevano i *latrones* dagli *hostes*, perché i primi non erano riconducibili ad una legittima parte belligerante ed anzi ne contestavano (dall'interno) l'autorità (60). È ciò che avvenne per quanti si schierarono dalla parte di Spartaco e dello stesso Antonio contro l'autorità di Roma (61): tutti trattati alla stregua di criminali comuni. Tale distinzione si ripropone nel Medio Evo (62) ed in epoca moderna, ribadendo la piena libertà dell'Autorità precostituita di reprimere i movimenti insurrezionali, giustificando l'assistenza a suo favore da parte di Stati terzi e correlativamente vietando loro di prestare aiuto agli insorti (63). Come si vedrà, solo nella metà del Novecento si è registrata una significativa considerazione del diritto internazionale verso i conflitti armati interni con una obiettiva valenza internazionale, come le guerre di liberazione nazionale (64).

Nell'Ottocento si faceva però già strada il convincimento che le ostilità militari non fossero un fatto limitato alle sole parti in conflitto, ancorché contenuto all'interno di un ordinamento statale. Il diritto internazionale delle ostilità militari contemplava tra l'altro il possibile coinvolgimento nelle guerre civili di Stati terzi, in specie delle potenze che non intervenivano direttamente nel conflitto e tuttavia erano in qualche modo costrette a determinare la propria condotta rispetto alle ostilità. Si fece perciò strada la prassi che consentiva all'Autorità precostituita di riconoscere agli insorti lo status di 'belligerante'. Questa determinazione comportava *ipso iure* la parificazione formale — ma ai soli fini del diritto bellico — delle

(60) « Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri latrones aut praedones sunt »: Dig. 50.16.118 (Pomp. 2 *ad Q.M.*); vedi anche L. LORETO, *Il bellum iustum e i suoi equivoci: Cicerone ed una componente della rappresentazione romana del Völkerrecht antico*, Napoli, Jovene, 2001, p. 10.

(61) Ivi, p. 10 s.

(62) F. LOT, *L'art militaire et les armées au moyen age*, cit., p. 423.

(63) Cfr. *Institut de Droit international*, sessione di Neuchâtel (1900), art. 2 della risoluzione *Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection*, in <http://www.idi-iil.org>.

(64) *Infra*, par. 12.

due parti in conflitto ⁽⁶⁵⁾, con conseguente applicazione delle norme proprie dei conflitti armati internazionali in specie nel trattamento dovuto ai prigionieri di guerra. In assenza di tale riconoscimento, il conflitto armato restava ‘interno’ a tutti gli effetti con le sole limitazioni imposte dalla ‘clausola Martens’, secondo le precisazioni poi date dall’art. 3 ‘comune’ alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 ⁽⁶⁶⁾.

Solo apparentemente il riconoscimento della qualità di belligerante per gli insorti assume valenza costitutiva della loro autonoma rilevanza nel contesto delle ostilità militari giuridicamente regolate dal diritto internazionale. Invero l’attribuzione di tale status agli insorti esprime l’avvenuta constatazione ad opera dell’Autorità pre-costituita dell’esistenza di uno stato ‘totale’ di guerra, il cui regime obiettivo era tale da comportare anche la qualità di Parte belligerante per il movimento insurrezionale e di riflesso gli individui impegnati nell’insurrezione (‘ostile’) assumevano la qualifica di legittimo combattente. Il carattere obiettivo del conflitto emergeva però soprattutto nei confronti degli Stati terzi, comunque tenuti a seguire le regole della neutralità nei confronti delle Parti in conflitto (fatta salva — ovviamente — l’eventualità di schierarsi apertamente a fianco ad una di esse). E difatti la prassi del riconoscimento della belligeranza agli insorti, già rara nell’Ottocento ⁽⁶⁷⁾, è caduta in desuetudine proprio per lo scarso rilievo che assume l’istituto della neutralità nel diritto internazionale contemporaneo ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁵⁾ H. WEHBERG, *La guerre civile et le droit international*, in « Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye » (di seguito « Recueil des cours »), 1938-I, t. 63, p. 83 s.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. P. BENVENUTI, *La clausola Martens*, cit., p. 177 s.

⁽⁶⁷⁾ Cfr., per la guerra anglo-boera (1899-1902), F. DESPAGNET, *La guerre sud-africaine au point de vue du droit international*, Paris, Pedone, 1902. Era e resta deviante da tale modello la prassi di Stati terzi che riconoscono la qualifica di belligeranti ad insorti senza che questi l’abbiano precedentemente ricevuta dall’Autorità pre-costituita: H. WEHBERG, *La guerre civile et le droit international*, cit., p. 85 s.

⁽⁶⁸⁾ Ch. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, cit., p. 390 s. Questo però non preclude l’applicazione agli insorti delle norme di diritto bellico proprie dei conflitti armati internazionali o perché il conflitto assume natura giuridicamente internazionale come nei casi in cui sia in giuoco il diritto all’autodeterminazione dei popoli oppure perché le stesse parti si accordano specificamente in tal senso (v. al riguardo: F. SALERNO,

4. *Il conflitto armato come condizione obiettivamente rilevabile per l'applicazione del diritto di guerra.*

Il regime giuridico della guerra è connaturato alle ostilità avviate tra Stati sovrani ed è in rapporto ad esse che si definisce la condizione giuridica di legittimo combattente. Pertanto il diritto internazionale provvede in modo autonomo a stabilire l'ambito temporale del fenomeno bellico, tanto più che questo — appunto per il suo carattere eccezionale — deve necessariamente essere circoscritto nel tempo e quindi avere un inizio ed una fine.

La fine delle ostilità dipende in linea di massima dalla conclusione di un trattato di pace, non dell'armistizio che costituisce solo una sospensione concordata delle operazioni belliche ⁽⁶⁹⁾; va da sé che il diritto bellico continua ad applicarsi nel caso eccezionale in cui gli effetti dell'ostilità perdurino oltre la conclusione del trattato di pace come avviene in relazione al regime internazionale di occupazione che la Potenza occupante deve osservare finché non si sia ripristinata la sovranità dello Stato occupato ⁽⁷⁰⁾.

È più problematico stabilire l'inizio di un conflitto armato. Questo discende senz'altro dalla determinazione di uno o più soggetti sovrani di muovere violenza armata verso un altro soggetto sovrano. Nell'esperienza romanistica guerra e pace erano due mondi giuridici alternativi e nel contempo pienamente assorbenti il complesso delle relazioni esterne di Roma: « inter pacem et bellum nihil medium est » ⁽⁷¹⁾. Per qualificare la fase delle relazioni belliche — e quindi la stessa condizione di legittimo combattente — si seguiva una particolare procedura, nel senso che le ostilità dovevano essere precedute dalla *repetitio* (la 'pretesa'), formalmente avviate con una dichiarazione pubblica e portata a conoscenza del nemico secondo le forme dello *ius fetiale* ⁽⁷²⁾. Era anche in base al rispetto di questa

Il diritto umanitario applicabile al conflitto jugoslavo: l'accordo di Ginevra, in « Rivista di diritto internazionale », 1991, p. 918 ss.).

⁽⁶⁹⁾ Art. 36 del Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. W. E. HALL, *Intervento* nella sessione di Parigi (1878) dell'*Institut de Droit international*, in *Annuaire de l'Institut de Droit international. Edition nouvelle abregée*, Bruxelles, 1928, p. 224.

⁽⁷¹⁾ M. T. CICERONE, *Phil.*, 8.1.4.

⁽⁷²⁾ Così M. T. CICERONE, *De officiis*, 1.36: « nullum bellum est iustum, nisi quod

procedura che i romani distinguevano gli *hostes* dai *latrones*, stabilendo come si è visto solo per i primi una serie di trattamenti meno vessatori rispetto a quanto era lecito fare nei confronti dei secondi. Nella tradizione scolastica e giusnaturalistica, la decisione di entrare in guerra veniva considerata come un fatto pubblico attraverso cui il sovrano esercitava il suo (ormai esclusivo) « *pouvoir de juridiction* » (73). Vi era pure chi — come Lessius — riprendeva il modello romanistico e riteneva che per conferire legittimità alla guerra occorreva condurla in « *manière convenable* » fin dall'inizio e dunque procedere anzitutto con una dichiarazione di guerra ad opera del sovrano (74).

Le esigenze di certezza del diritto insite nel processo di codificazione sfociarono nella III Convenzione de L'Aja del 1907. A norma del suo art. 1, le ostilità dovevano iniziare con un avvertimento « *previous and explicit* », dalla forma o di dichiarazione di guerra motivata o di ultimatum « *with conditional declaration of war* » (75). La norma convenzionale esprimeva una tendenza fortemente avvertita dalla dottrina del tempo ed espressasi in una apposita risoluzione adottata nella sessione di Gand (1906) dell'*Institut de Droit international* (76).

Tuttavia il modello procedurale richiesto dalla III Convenzione de L'Aja appariva una forzatura. In proposito si erano già divisi i 'padri fondatori' del diritto internazionale moderno (77). Uno scru-

aut rebus repetitis aut denuntiatum ante sit et indictum»; vedi in argomento anche: F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, cit., pp. 50 s. e 60; L. LORETO, *Il bellum iustum*, cit., pp. 10 s. e 46.

(73) A. VANDERPOL, *La doctrine scolastique du droit de guerre*, cit., p. 368, vedi pure *ivi*, p. 77 ss.

(74) J. BITTREMIEUX, *Lessius et le droit de guerre: contribution à l'histoire des doctrines theologiques sur la guerre*, Bruxelles, Albert Dewit, 1920, p. 14 s.

(75) Vi si uniformava l'art. 126 del « Regolamento italiano di Servizio in Guerra » del 1881-1882, predisposto dallo Stato maggiore italiano (cfr. A. MARCHEGGIANO, *Diritto umanitario*, cit., p. 266), secondo cui il trattamento dei combattenti nemici come legittimi combattenti dipendeva dalla preesistente dichiarazione di guerra (in S. GEMMA, *Nuovi appunti*, cit., parte I, in « Rivista di diritto internazionale », 1906, p. 329).

(76) *Déclaration de guerre*, in <http://www.idi-iil.org>.

(77) Cfr. A. ROLIN, *Question de la déclaration de guerre*, rapporto presentato alla sessione di Edimburgo dell'Institut de Droit international (1904), in *Annuaire de l'Institut de Droit international. Edition nouvelle abregée*, Bruxelles, 1928, p. 1034; L.

poloso esame della prassi pregressa denotava il carattere episodico di questo atto formale ⁽⁷⁸⁾. Come osservava agli inizi del Novecento Gemma ⁽⁷⁹⁾, tra il 1700 ed il 1870 vi erano stati 110 casi di guerra non dichiarata e solo in dieci si era proceduto alla formale dichiarazione. Non si ritrova la ‘dichiarazione’ neppure in una guerra assolutamente convenzionale come il conflitto svoltosi sul finire dell’Ottocento tra Stati Uniti e Spagna. Né questo dato poteva essere completamente colmato dai casi — più numerosi — in cui la parte belligerante aveva iniziato le ostilità facendole precedere da un ultimatum. In sostanza, la dichiarazione formale di apertura delle ostilità (o l’atto equivalente) non costituiva una condizione imprescindibile per appurare lo ‘stato di guerra’ e quindi per iniziare l’applicazione del diritto bellico. Anche immaginando che l’obbligo convenzionale si ponesse in una prospettiva di ‘sviluppo progressivo’ del diritto internazionale ⁽⁸⁰⁾, la dichiarazione richiesta non era vista nella prassi come condizione costitutiva per l’applicazione del diritto bellico nei rapporti diretti tra le Potenze in conflitto e dunque per configurare i rispettivi organi belligeranti, tra cui il legittimo combattente. Dai lavori dell’*Institut de Droit international* si evince che lo stato di guerra tra due (o più) Stati era di per sé *ipso facto* la condizione che comportava l’applicazione nei rapporti reciproci del diritto bellico, a prescindere se le ostilità fossero iniziate in modo irregolare per la mancata dichiarazione ⁽⁸¹⁾. Le Convenzioni de L’Aja del 1907 sul diritto materiale applicabile alle ostilità non fanno mai menzione della previa dichiarazione di apertura delle ostilità.

OPPENHEIM, *International Law, A Treatise*⁷, a cura di H. Lauterpacht, vol. II, London, Longman, 1952, p. 291, note 1-4.

⁽⁷⁸⁾ G. DIENA, *Diritto internazionale*, I, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Luigi Pierro Editore, 1914, p. 495.

⁽⁷⁹⁾ S. GEMMA, *Nuovi appunti*, cit., p. 328 s.

⁽⁸⁰⁾ A. ROLIN, *Question de la déclaration de guerre*, cit., p. 1031, e Id., *Intervento*, nella sessione di Gand del 1906 dell’*Institut de Droit international*, in *Annuaire de l’Institut de Droit international. Edition nouvelle abregée*, Bruxelles, 1928, p. 214; vedi anche ivi, p. 218, l’intervento di P. FAUCHILLE.

⁽⁸¹⁾ A. ROLIN, *Question de la déclaration de guerre*, rapporto presentato alla sessione di Edimburgo dell’Institut de Droit international (1904), in *Annuaire de l’Institut de Droit international. Edition nouvelle abregée*, Bruxelles, 1928, p. 1030; Id., *Commencement de la guerre au XXe siècle. Déclaration de guerre*, sessione di Gand (1906) dell’*Institut de Droit international*, ivi, p. p. 29.

Con riferimento ai rapporti diretti con l'altra Potenza belligerante, la dichiarazione aveva solo il valore 'certativo' di questa condizione obiettiva e quindi di richiamare immediatamente l'altra Parte belligerante al rispetto del diritto bellico in situazioni nelle quali era incerta la natura del singolo atto di ostilità armata ⁽⁸²⁾. Del resto, anche nella prassi contemporanea solo l'esistenza di una certa 'soglia' di gravità e durata delle ostilità consente di qualificare il generico riferimento convenzionale ad 'attacchi ostili' ⁽⁸³⁾ per stabilire l'avvio effettivo delle relazioni belliche secondo le norme di diritto pertinente. In questa chiave di autonomia ordinatoria del diritto internazionale — già presente nell'Ottocento — si spiegano le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 che vanno rispettate anche quando lo stato di guerra non fosse stato preventivamente dichiarato da una delle Potenze belligeranti. Ne consegue che la qualificazione e condizione di legittimo combattente non si salda necessariamente con una pertinente determinazione volitiva della Potenza belligerante, potendo discendere in termini obiettivi dal solo esplicitarsi delle ostilità militari ⁽⁸⁴⁾.

La richiesta formalizzazione dello stato di guerra secondo la III Convenzione de L'Aja aveva quindi altre finalità. L'intento era quello di configurare la guerra alla stregua di un 'duello' giuridicamente regolato tra Stati ⁽⁸⁵⁾, dando modo ad uno Stato sovrano di esprimere la propria intenzione di avviare le ostilità in forma 'generale' e 'totale' ⁽⁸⁶⁾. Questa determinazione era inerente al monopolio sull'uso della forza proprio dello Stato moderno, dal quale dipende la stessa concezione giuridica della guerra come fenomeno di contrapposizione violenta tra enti sovrani. Quindi la formale e pubblica decisione dello Stato-persona di avviare le ostilità sottolineava la

(82) Cfr. A. MERIGNHAC, *Le droit des gens et la guerre de 1914-1918*, Paris, Recueil Sirey, 1921, p. 56.

(83) « 'Attacks' means acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence » (art. 49, par. 1, del I Protocollo addizionale del 1977).

(84) S. GEMMA, *Nuovi appunti*, cit., p. 329.

(85) A. ROLIN, *Question de la déclaration de guerre*, cit., sessione di Edimburgo (1904) dell'Institut de Droit international, in *Annuaire de l'Institut de Droit international. Edition nouvelle abrégée*, Bruxelles, 1928, p. 1034.

(86) Cfr. United States Supreme Court, *Bas v. Tinny*, 4 U.S. 1799-1806, p. 43, in <http://heinonline.org>.

radicale e definitiva esclusione della guerra privata che tanto aveva caratterizzato la fase medioevale ed in parte anche quella rinascimentale ⁽⁸⁷⁾. L'istituto della 'dichiarazione di guerra' obbligatoria cesellava questa evoluzione, tanto da configurarla (per ovvie esigenze dogmatiche) anche in forma tacita riconducendola ad atti bellici concludenti da cui evincere l'*animus bellandi* dello Stato ⁽⁸⁸⁾.

Inoltre, ottemperando all'obbligo preventivo della dichiarazione, si acclarava giuridicamente — appunto come in un 'duello' — la lealtà tra i Paesi belligeranti in modo da evitare attacchi 'a sorpresa' come quello compiuto nel 1904 dal Giappone alla Russia proprio in parallelo con l'inizio della Seconda Conferenza de L'Aja (1904-1907) ⁽⁸⁹⁾. Ancora nel 1946 il Tribunale di Norimberga condannò i gerarchi nazisti per l'invasione di alcuni paesi europei (a partire dalla Polonia) da parte della Germania senza che l'attacco fosse stato preceduto dalla dichiarazione di guerra richiesta dalla III Convenzione de L'Aja ⁽⁹⁰⁾; lo stesso fece il Tribunale di Tokyo con riguardo all'attacco compiuto dal Giappone a Pearl Harbour ⁽⁹¹⁾.

Infine la necessaria forma di pubblicità circa il prossimo avvio delle ostilità riguardava la certezza del diritto per gli Stati neutrali, di modo che questi non fossero accusati di violazione delle pertinenti leggi di guerra ⁽⁹²⁾. All'uopo l'art. 2 della III Convenzione de L'Aja richiedeva che la dichiarazione di guerra fosse notificata senza indugio alle Potenze neutrali. La mancata dichiarazione avrebbe altrimenti posto lo Stato belligerante nella difficoltà di pretendere comportamenti delle Potenze terze rispettose degli obblighi di neutralità, se la natura delle ostilità non consentiva di configurare l'esistenza di un vero

⁽⁸⁷⁾ Cfr. E. NYS, *Les origines du droit international*, Bruxelles, Alfred Castaigne, 1894, p. 78 ss.

⁽⁸⁸⁾ G. BALLADORE PALLIERI, *La guerra*, cit., p. 19.

⁽⁸⁹⁾ Sulla dottrina militare dell'attacco 'a sorpresa', cfr. F. REY, *La Guerre russo-japonaise au point de vue du droit international*, Paris, Pedone, 1910-1911, p. 209.

⁽⁹⁰⁾ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, cit., p. 121.

⁽⁹¹⁾ In <http://www.ibiblio.org/hyperwar/PTO/IMTFE/IMTFE-7.html>, p. 985 s. Vedi anche L. OPPENHEIM, *International Law*, cit., p. 298.

⁽⁹²⁾ Vedi puntualmente i lavori della sessione di Gand (1906) dell'*Institut de Droit international*, ed in particolare gli interventi di A. ROLIN e L. RENAULT, in *Annuaire de l'Institut de Droit international. Edition nouvelle abrégée*, Bruxelles, 1928, pp. 29 e 215.

e proprio conflitto armato ⁽⁹³⁾. Ciò denotava l'acquisita maturazione della 'guerra pubblica' come un fatto che riguardasse l'insieme della società internazionale, e come tale necessariamente 'certo' non solo per le Potenze belligeranti ma anche per tutti gli altri Stati. La guerra si sganciava cioè dalla logica puramente interindividuale quale si era manifestata all'epoca romana e diveniva invece un regime obiettivo che l'ordinamento internazionale voleva far valere *erga omnes*. Non sarebbe stato coerente con tale impostazione pretendere che la regolamentazione del conflitto armato internazionale fosse subordinata alla volontà formale dello Stato di muovere guerra.

5. *L'irrelevanza della causa bellica ai fini della qualificazione e condizione di legittimo combattente.*

L'insistente richiamo ad esigenze di certezza del diritto finisce inevitabilmente per esaltare l'autonoma valenza ordinatoria delle norme internazionali sui conflitti armati. La loro applicazione in termini obiettivi non dipende neppure dalla causa delle ostilità.

Nella lunga esperienza romana, la guerra — avviata nelle forme dovute — era un fatto concettualmente 'giusto' per entrambe le Parti belligeranti ⁽⁹⁴⁾ perché vista come proiezione di una pretesa insoddisfatta. Anche per tutto il diritto internazionale classico perdurò diffusamente l'idea che la guerra fosse uno strumento alternativo ai mezzi pacifici di soluzione della controversia ⁽⁹⁵⁾: scegliere l'uno o gli altri era una libera determinazione dello Stato, ovvero del sovrano, il quale ne recava la responsabilità politica ma non giuridica. Perciò si è visto che l'avvio formale delle ostilità costituiva una facoltà unilaterale riconosciuta agli Stati dal diritto internazionale tradizionale in coerenza con la liceità pressoché assoluta di usare la forza. In altri termini, il diritto internazionale classico non circo-scrive l'uso legittimo della forza in base al carattere 'giusto' della relativa causa. Le elaborazioni scolastiche ⁽⁹⁶⁾, tardomedievali ⁽⁹⁷⁾ e

⁽⁹³⁾ Per L. OPPENHEIM, *International Law*, cit., p. 299, gli obblighi degli Stati neutrali scatterebbero solo se inequivocabile l'apertura delle ostilità.

⁽⁹⁴⁾ A. VANDERPOL, *La doctrine scolastique du droit de guerre*, cit., p. 44.

⁽⁹⁵⁾ Si ricorda che nel 1899 era stata istituita la Corte permanente di arbitrato.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. A. VANDERPOL, *La doctrine scolastique du droit de guerre*, cit., p. 51 ss.

quindi giusnaturalistiche ⁽⁹⁸⁾ non sortirono effetti significativi sul piano giuridico. Piuttosto, proprio il carattere 'ideologico' sotteso al concetto di 'guerra giusta' finiva con l'escludere limitazioni all'intensità e alla durata della violenza ⁽⁹⁹⁾.

Ciò mal si conciliava con lo sviluppo del diritto internazionale che invece intendeva circoscrivere nel tempo, nello spazio e nelle modalità l'uso della forza. Se ne aveva conferma nell'evoluzione della condotta dell'Impero Ottomano sul piano delle relazioni internazionali. Il comandamento coranico della lotta agli infedeli imponeva di considerare la guerra come il solo modello delle relazioni con gli Stati cristiani, al punto che per molto tempo l'Impero Ottomano concluse con loro solo accordi di armistizio per evitare un formale trattato di pace ⁽¹⁰⁰⁾: l'abbandono di questo approccio favorì l'ingresso della Sublime Porta nel diritto pubblico europeo comprese le norme sul diritto bellico. Neppure infine si riscontra nel diritto bellico tradizionale l'esigenza che l'esito del conflitto risponda ad un presunto 'dover essere', come invece si argomentava ad opera di quanti asserivano la valenza sanzionatoria della guerra ⁽¹⁰¹⁾. È solo con l'adozione della Carta dell'ONU del 1945 che si impone definitivamente a livello universale il divieto incondizionato circa l'uso della forza per la soluzione delle controversie internazionali e quindi il suo ricorso deve trovare specifiche motivazioni di ordine giuridico atte a legittimarne l'uso ⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁷⁾ GIOVANNI DA LEGNANO, *Tractatus de Bello*, cit., p. 276.

⁽⁹⁸⁾ Vedi anche: Giuseppe SALVIOLI, *Il concetto di guerra giusta negli scrittori anteriori a Grozio*, Memoria letta all'Accademia Pontaniana nella tornata del 17 gennaio 1915, Napoli, F. Giannini, 1915.

⁽⁹⁹⁾ L. LORETO, *Il bellum iustum*, cit., p. 105.

⁽¹⁰⁰⁾ G. TUNKIN, *Co-existence and International Law*, in « Recueil des cours », 1958-III, t. 95, p. 72.

⁽¹⁰¹⁾ *A proposito delle attuali vicende internazionali*, a cura della Direzione, in « Rivista di diritto internazionale », 1914, p. 317.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. F. SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., p. 197 ss. Invero, il divieto di uso della forza era stato già sancito nel 1928 con il Patto Briand-Kellogg, che vietava (art. I) la guerra come strumento di composizione delle controversie internazionali. Allo strumento — entrato in vigore il 25 luglio 1929 — aderirono circa sessanta Stati. La sua efficacia fu tuttavia relativa non tanto per le riserve di alcuni Stati interessati a preservare l'egemonia nella propria sfera di influenza (Stati Uniti, Regno Unito e Giappone) quanto soprattutto perché il Patto era sprovvisto di un efficace sistema di sicurezza collettiva

La 'laicizzazione' della guerra nell'Ottocento ne implicava la regolamentazione giuridica a prescindere dalla sua 'causa' originaria: a stabilirne la fondatezza sarebbe stato l'esito del conflitto. In questo modo la causa del conflitto risulta irrilevante per la qualificazione e la condizione di legittimo combattente. E difatti le Convenzioni de L'Aja tra l'Ottocento ed il Novecento non accordano alcuna considerazione alla causa che dava avvio alle ostilità, così che l'applicazione della relativa disciplina discendeva obiettivamente dall'esistenza delle ostilità militari, solo se del caso preventivamente dichiarate. Nel contempo, se la condizione di legittimo combattente non dipendeva dalla causa giusta della violenza bellica in atto neppure si poteva far dipendere quella condizione dalla dichiarazione formale delle ostilità.

Questa condizione di regime obiettivo si rafforza ulteriormente nella seconda metà del Novecento in presenza dell'ormai affermato divieto di uso della forza: sia le Convenzioni di Ginevra del 1949 che il I Protocollo addizionale del 1977 impongono l'applicazione delle relative norme anche ove si trattasse di una guerra di aggressione.

L'indifferenza del diritto internazionale umanitario alle cause dei conflitti armati non va vista come espressione della assoluta separazione tra il 'diritto di guerra' ed il 'diritto di pace'. Invero questa indifferenza è funzionale alle stesse esigenze di effettività del diritto bellico, appunto per condizionarne l'applicazione (con i correlati diritti ed obblighi) a soli parametri obiettivi⁽¹⁰³⁾. Diversamente verrebbe a dipendere da fattori esterni la stessa qualificazione e condizione del nemico legittimo combattente, ovvero lo si farebbe oggetto di vessazioni ad opera dello Stato vincitore.

6. *Il principio di distinzione del legittimo combattente dai civili.*

Già nell'Ottocento il diritto dei conflitti armati regola la condotta delle ostilità anche circoscrivendo gli obiettivi legittimi delle

all'interno della Società delle Nazioni. Il Patto Briand-Kellogg venne comunque evocato dagli Stati Uniti a giustificazione del loro intervento nella seconda guerra mondiale e valorizzato dal Tribunale di Norimberga per l'accusa di aggressione ai gerarchi nazisti.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. In proposito anche il pensiero di Gentili come ricostruito da G. BADIALI, *Dallo ius gentium allo ius inter gentes*, cit., p. 24.

operazioni militari. Tale limitazione alla libertà degli Stati costituiva una indubbia evoluzione rispetto al diritto romano, nel quale non si ritrova alcuna distinzione circa persone o luoghi che possono essere sottratti alle ostilità. Questo dato viene mantenuto all'inizio dell'età moderna: la natura 'assoluta' dello Stato perdurava anche in tempo di guerra e quindi non consentiva di distinguere il suo suddito civile dal combattente, di modo che le ostilità assorbivano indifferente-mente l'uno e l'altro.

All'epoca del giusnaturalismo si profila in qualche autore la distinzione tra 'innocentes' e 'nocentes', limitando la violenza bellica solo nei confronti dei secondi ⁽¹⁰⁴⁾. Con l'Illuminismo, lo Stato moderno assume come si è visto una sua autonoma personificazione distinta dalla figura dei privati, suoi sudditi ⁽¹⁰⁵⁾. E tra questi si distingueva chi era operativamente impegnato nelle ostilità e chi — invece — ne restava estraneo. Da qui l'opportunità di poter finalmente formulare sul piano giuridico il 'principio di distinzione' tra civili e combattenti ⁽¹⁰⁶⁾, di modo che le ostilità potevano essere condotte solo nei confronti dei secondi, con l'obbligo per i primi di astenersi dal porre in essere atti violenti ⁽¹⁰⁷⁾.

Nel richiamato 'Manuale di Oxford' del 1880 era espressamente asserito (art. 1) che lo stato di guerra « ne comporte des actes de violence qu'entre les forces armées des Etats belligérants. Les personnes qui ne font pas partie d'une force doivent s'abstenir de tels actes » ⁽¹⁰⁸⁾. Il diritto internazionale valuta a tali fini quanto sia stabilito dal diritto interno dello Stato belligerante, ma senza farsene condizionare. Emblematico al riguardo il caso *Damson*, deciso il 22 aprile 1925 dalla Commissione mista di conciliazione USA/Germania a proposito del reclamo avanzato contro la Germania dal

⁽¹⁰⁴⁾ J. BITTREMIEUX, *Lessius et le droit de guerre*, cit., p. 59.

⁽¹⁰⁵⁾ *Supra*, par. 1.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. Corte internazionale di giustizia, parere 8 luglio 1996, cit., par. 78, p. 257.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*³, Torino, Giappichelli, 2006, p. 161.

⁽¹⁰⁸⁾ Lo confermava l'art. 127 del «Regolamento di Servizio in Guerra» del 1881-1882 (cit. *supra*, nota 75): «La guerra è diretta contro le forze organizzate dell'esercito nemico, non contro i cittadini disarmati. Onde la distinzione tra belligeranti e non-belligeranti» (in S. GEMMA, *Nuovi appunti*, cit., parte II, cit., p. 526).

proprietario di una petroliera colpita da un sottomarino tedesco nel corso della prima guerra mondiale ⁽¹⁰⁹⁾. L'arbitro escluse che la pretesa potesse rientrare nell'obbligo imposto dal Trattato di Versailles alla Germania di risarcire i danni di guerra subiti da civili, poiché il privato in questione era sotto il controllo assoluto dell'Amministrazione militare statunitense, a nulla rilevando la diversa qualificazione apposta dal diritto interno americano. Per l'arbitro, il concetto di popolazione civile — cui si correla come si è visto quello di organo belligerante e quindi di legittimo combattente — va inteso in modo uniforme sul piano internazionale, perché altrimenti — facendolo dipendere dal diritto interno dei singoli Stati belligeranti — non sarebbe obiettiva l'applicazione del diritto di guerra ⁽¹¹⁰⁾.

Solo coloro che siano impegnati in attività belliche costituiscono un 'obiettivo legittimo' delle ostilità. Nella misura in cui il diritto bellico dell'Ottocento circoscriveva la violenza bellica alla figura del combattente, non se ne può prospettare una interpretazione estensiva in situazioni controvertibili: ne è del resto conferma relativamente recente l'art. 50, par. 1, del I Protocollo addizionale del 1977 ove puntualmente si stabilisce che, in caso di dubbio sulla qualificazione della persona, questa sarà considerata come civile.

Le vittime propriamente civili sono ammesse solo se costituiscono effetti collaterali rispetto ad iniziative ostili aventi obiettivi di natura militare e sempre che necessità militari giustifichino la proporzionalità di tali effetti. L'art. 25 del Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907 vietava tassativamente di attaccare o bombardare città, villaggi, abitazioni o edifici che non fossero difesi.

La distinzione del civile dal combattente era in qualche modo coerente con lo spirito cavalleresco con cui ancora nell'Ottocento si svolgevano prevalentemente le ostilità. Le truppe di terra dovevano scegliere e rendere noto il campo di battaglia così come le navi da guerra dovevano indicare la zona operativa per il confronto. Ma non mancavano certo episodi come assedi e saccheggi nei quali le conseguenze nefaste del conflitto ricadevano massicciamente sui civili. Il tentativo prima della dottrina e poi degli Stati era di

⁽¹⁰⁹⁾ In *Reports of International Arbitral Awards* (RIAA) (in <http://www.un.org/law/riaa>), vol. VII, p. 184 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, p. 198.

delimitarlo giuridicamente, di modo che i civili non combattenti fossero esclusi dagli obiettivi (legittimi) delle ostilità e quindi da attacchi indiscriminati. In altri termini, il diritto internazionale bellico della seconda metà dell'Ottocento già configura un'autonomia tutela del diritto alla vita per i civili, distinta dallo Stato-persona titolare dello *ius ad bellum*. Ma, come sottolineava Gemma, per ragioni di logica, « l'esonazione dall'atto ostile deve trovare il suo termine correlativo in una sicurezza dall'offesa ostile » (111).

È combattente anzitutto colui che è capace di prendere le armi, diversamente dal civile che — per definizione — deve essere 'disarmato'. Il combattente assume come si vedrà la qualifica di 'legittimo' se appartiene all'esercito regolare dello Stato ovvero a formazioni collettive — anche non preventivamente organizzate — purché rispondenti a determinate caratteristiche che le rendono a tutti gli effetti un organo belligerante legittimo dello Stato. In tali condizioni il legame tra l'individuo combattente e la Potenza belligerante diventa così assorbente sul piano pubblicistico che egli non se ne potrebbe liberare attraverso un atto di autodeterminazione volitiva. Si pensi al disertore di un esercito che, divenuto a tutti gli effetti combattente legittimo del nemico (112), poteva essere punito dalla Potenza belligerante che l'avesse catturato e di cui egli era stato originariamente legittimo combattente (113).

L'importanza di precostituire in termini obiettivi lo *status* 'speciale' di combattente non consentiva al singolo individuo — cittadino o semplice residente della Potenza belligerante — di trasformarsi 'improvvisamente' da elemento passivo delle ostilità in elemento attivo (114). Perciò non erano ammessi singoli 'franchi

(111) S. GEMMA, *Nuovi appunti*, cit., p. 529.

(112) Il disertore che avesse semplicemente deciso di deporre le armi acquisiva uno statuto assimilabile a quello dei civili.

(113) L'art. 48 del 'Codice Lieber' così disponeva: « Deserters from the American Army, having entered the service of the enemy, suffer death if they fall again into the hands of the United States, whether by capture, or being delivered up to the American Army; and if a deserter from the enemy, having taken service in the Army of the United States, is captured by the enemy, and punished by them with death or otherwise, it is not a breach against the law and usages of war, requiring redress or retaliation ».

(114) S. GEMMA, *Nuovi appunti*, cit., p. 529.

tiratori' (115). Una simile autodeterminazione individuale era permessa solo se ricondotta ai paradigmi delle formazioni militari volontarie (116) o fusa nel contesto di un fenomeno collettivo — ma del tutto eccezionale — quale la 'levata di massa' (117). Diversamente, lo Stato (nemico) avrebbe potuto impiegare nei confronti del privato 'combattente' i mezzi repressivi normalmente utilizzabili nei confronti di un criminale comune. Questa connotazione consente di applicare rispetto a singoli civili palesemente ostili i metodi violenti propri delle ostilità 'regolari', ma senza riconoscere a quei civili combattenti le garanzie peculiari del diritto di guerra (118).

Il principio di distinzione afferiva anche al trattamento che — al di fuori delle ostilità attive — la Potenza belligerante doveva seguire nei confronti di singoli individui che godevano di uno status internazionalmente protetto. Per i combattenti che rientravano nelle condizioni richieste per godere del trattamento dei prigionieri di guerra, l'art. 4, 2° comma, del Regolamento del 1907 si limitava a sancire l'obbligo per la Potenza belligerante che li avesse catturati a trattarli con umanità (119). Era vietata la tortura dei legittimi combattenti, in evidente armonia con i principi umanitari che si erano già delineati nel diritto comune (120). Se questi nemici venivano uccisi in leale combattimento, occorreva rispettarne la salma (121).

Persone internazionalmente protette erano anche i civili nei territori occupati. In età antica era emersa la consapevolezza che per esigenze funzionali allo stesso vincitore fosse « meglio mantenere intatto uno Stato piuttosto che portarlo alla rovina » (122). Il diritto internazionale codificato a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento si preoccupa di conservare il 'bene-Stato', ma in quanto valore

(115) *Infra*, nota 139.

(116) *Infra*, par. 8.

(117) *Infra*, par. 10.

(118) Vedi anche *infra*, par. 12.

(119) In tal senso già l'art. 63 del Manuale di Oxford del 1880.

(120) G. WERNER, *Les prisonniers de guerre*, in « Recueil des Cours », 1928-I, t. 21, p. 10.

(121) Art. 19 del 'Manuale di Oxford' del 1880; art. 4, 2° comma, del Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907.

(122) SUN TZU, *L'arte della guerra*, a cura di R. Fracasso, Roma, Newton, 2006, p. 33.

autonomo tanto da imporre all'Autorità occupante l'obbligo di preservare nei limiti del possibile la validità e l'effettività dell'ordinamento giuridico dello Stato occupato ⁽¹²³⁾. Il regime internazionale di occupazione bellica disciplinato dal Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907, e ritenuto tuttora largamente ricognitivo del diritto internazionale consuetudinario in materia ⁽¹²⁴⁾, si incentrava sul principio — sancito nell'art. 43 — in base al quale l'occupante che avesse l'autorità effettiva del territorio doveva assicurare l'ordine e rispettare « salvo impedimento assoluto », le leggi in vigore nel paese. Questa logica di 'conservazione' ben si atteggiava al convincimento diffuso tra gli Stati della Conferenza che le ostilità militari fossero un fatto temporaneo e dovevano nuocere il meno possibile alla continuità dello Stato occupato, almeno fintanto che questo non fosse stato di fatto debellato. L'obbligo di preservare l'amministrazione civile nel territorio occupato imponeva alla Potenza occupante anche il corollario di rispettare non solo la posizione dell'individuo che ne fosse organo ma più in generale il legame di sudditanza e di lealtà ideale del singolo privato con lo Stato occupato ⁽¹²⁵⁾.

7. *Il nemico 'legittimo combattente' quale componente organica dell'esercito regolare.*

Le ostilità militari tra Stati nemici venivano regolate dal diritto bellico determinando 'in positivo' i requisiti che rendevano un

⁽¹²³⁾ Non altrettanto può dirsi con la prassi — emersa nella seconda metà del Novecento — della c.d. 'occupazione terapeutica', realizzata in paesi ove sia venuta meno la legittimità internazionale dell'autorità precostituita. In tali condizioni l'Autorità occupante può derogare agli obblighi di conservazione dell'ordinamento preesistente e svolgere un'azione promozionale finalizzata alla realizzazione di interessi propri della società internazionale, spezzando inesorabilmente la continuità con l'ordinamento statale precedente: A. MIELE, *L'indipendenza degli stati*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004, vol. I, p. 180.

⁽¹²⁴⁾ Corte internazionale di giustizia, 9 luglio 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, in « C.I.J.Recueil », 2004, par. 89, p. 172.

⁽¹²⁵⁾ Il Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907 vietava alla Potenza occupante di costringere la popolazione di un territorio occupato di fornire informazioni al proprio esercito (art. 44) ovvero di prestare giuramento a suo favore (art. 45).

individuo combattente legittimo della Potenza belligerante. Già sul finire dell'Ottocento il diritto internazionale disciplina in chiave autonoma questo profilo dovendo conciliare due diverse esigenze in parte divergenti ⁽¹²⁶⁾. Da un lato, le necessità militari inducevano gli Stati a comprendere in tale nozione il maggiore numero possibile di formazioni schierate al proprio fianco, anche considerando quanti volontariamente decidessero di farlo. Dall'altro, obiettive considerazioni di 'simmetria' tra le Parti belligeranti rendevano indispensabile un minimo di regole uniformi, congegnate in modo tale da preservare il carattere 'pubblico' della guerra ⁽¹²⁷⁾. Nella regolamentazione prima nazionale e poi internazionale emergono pertanto requisiti necessariamente comuni ai 'legittimi combattenti' di ogni parte belligerante.

A questa verifica devono rispondere anche quegli individui che abbiano la condizione formale di organo belligerante dello Stato, nel senso che facciano « parte integrante della struttura di un ente » ⁽¹²⁸⁾ e quindi siano inquadrati nella sua organizzazione militare istituzionale. Al riguardo sorgono però due ordini di difficoltà.

In primo luogo, l'ambito oggettivo dell'apparato propriamente militare rispetto ad altri organi dello Stato che presentano funzioni affini. Rimase per molto tempo dubbia la qualifica internazionale di legittimo combattente per quelle formazioni paramilitari ufficiali addette a funzioni di polizia, non sempre facilmente delimitabili in contesti bellici neppure sulla base della sola qualificazione operata dal diritto interno dello Stato. Alle incertezze ha finalmente posto rimedio l'art. 43, par. 3, del I Protocollo addizionale del 1977, stabilendo che la Potenza belligerante deve notificare alla controparte la propria decisione di 'incorporare' queste formazioni « into its armed forces » ⁽¹²⁹⁾.

Ma non era scontata la qualifica di legittimo combattente per un individuo che fosse parte dell'esercito 'regolare'. La questione non

⁽¹²⁶⁾ *Supra*, par. 1.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. *Institut de Droit international*, sessione di Zurigo (1877), in *Annuaire de l'Institut de Droit international. Edition nouvelle abrégée*, Bruxelles, 1928, p. 29, nota 1.

⁽¹²⁸⁾ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 147.

⁽¹²⁹⁾ È quanto fece il Belgio nel 1986 con un'apposita dichiarazione interpretativa all'atto della sua adesione ai due Protocolli addizionali del 1977: *ivi*, p. 462.

verteva tanto sulla sua qualità di ‘organo’ comunque assicurata dall’appartenenza ufficiale allo Stato, quanto invece sull’idoneità della sua organizzazione di rispondere al paradigma di esercito regolare nel senso che il diritto di guerra intendeva affinché i singoli militari rientrassero nella condizione di legittimi combattenti. Tale riscontro veniva agevolmente risolto in presenza di un esercito compatto, disciplinato e rispettoso dell’autorità militare quale ad esempio quello prussiano, in piena coerenza con la concezione di Stato che in quel contesto si andava formando e da cui poi si dipanò la stessa dottrina pubblicistica inerente al rapporto organico ⁽¹³⁰⁾. Vero è anche — come si vedrà tra poco — che i criteri identificativi di legittimo combattente utilizzati dal diritto internazionale codificato nell’Ottocento — ed in larga misura attuali — riprendono alcuni elementi fondamentali caratterizzanti gli eserciti nazionali modellati intorno a quel modello. Ma la realtà dell’Ottocento, con Stati plurinazionali molto articolati al proprio interno quali l’Impero zarista o l’Impero Ottomano non si prestava ad essere completamente plasmata secondo quel modello, con la conseguenza che pure la loro organizzazione militare differiva talora profondamente da quella prevalente in Europa. In altri termini, non si poteva asserire che la sola appartenenza di un individuo alle formazioni militari ‘ufficiali’ di una Potenza belligerante fosse di per sé sufficiente per attribuirgli la qualifica di legittimo combattente ⁽¹³¹⁾.

La situazione era chiara ai membri dell’*Institut de Droit international* durante la sessione di Zurigo del 1877. Nell’occasione infatti venne lanciato il ricordato ‘Appel aux belligerants’ ⁽¹³²⁾, quali erano la Russia e la Turchia impegnate nella guerra balcanica, denunciando le loro responsabilità nell’impiego di « hordes sauvages non susceptibles de faire une guerre régulière ». L’*Institut* osservava: « Si ces troupes sont absolument incapables de se conduire comme des êtres humains et raisonnables, le fait seul de les employer est, comme l’enseigne depuis longtemps l’unanimité des

⁽¹³⁰⁾ M. S. GIANNINI, *Organi (Teoria generale)*, cit., p. 37.

⁽¹³¹⁾ Così invece: International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 15; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 159.

⁽¹³²⁾ Citato *supra*, nota 39.

auteurs, une infraction grave aux lois de la guerre. Si cette incapacité absolue n'existe pas, c'est au belligérant qui utilise leurs services à les régulariser » (133). Nessuno dubitava quindi che l'attività di queste formazioni fosse attribuita allo Stato che le utilizzava in quanto propri organi belligeranti. Né la distinzione tra 'orde selvagge' e 'combattenti regolari' atteneva a motivi di discriminazione razziale, come venne chiarito successivamente all'epoca della guerra anglo-boera circa l'impiego di indigeni a fianco agli inglesi (134). La questione fondamentale era se queste truppe, pur organi dello Stato belligerante, fossero organizzate in modo tale da prevenire comportamenti contrari alla coscienza giuridica del tempo e quindi potesse loro attribuirsi lo statuto internazionalmente protetto di combattente legittimo.

Quindi, pur lasciando apparentemente impregiudicata la libertà degli Stati di organizzare il proprio esercito, si rendeva necessario determinare le caratteristiche minime atte a distinguere i combattenti 'regolari' da quelli 'irregolari', ovvero a ricondurre i secondi alle caratteristiche proprie dei primi in modo da omologarli quali « ennemis loyaux » (135). Per assorbirli nello schema 'simmetrico' del conflitto internazionale giuridicamente regolato, occorreva in primo luogo identificare i combattenti e individuare le condizioni che permettessero loro di rispettare le leggi e gli usi di guerra. L'esigenza di definirle era esplicita per le milizie volontarie o i 'corpi franchi' (136), che costituivano formazioni combattenti non riconducibili all'apparato militare permanente dello Stato 'belligerante'. In presenza di tutti i requisiti enunciati, anche queste formazioni assumevano come si vedrà la qualifica di organo belligerante e di legittimo combattente assimilandole all'esercito regolare (137). *A fortiori*, neppure quest'ultimo poteva essere sprovvisto dei medesimi requi-

(133) Ivi.

(134) F. DESPAGNET, *La guerre sud-africain*, cit., p. 123 s.; F. REY, *La Guerre russo-japonaise*, cit., p. 310.

(135) Cfr. *Institut de Droit international*, sessione di Zurigo (1877), in *Annuaire de l'Institut de Droit international. Edition nouvelle abregée*, Bruxelles, 1928, p. 29, nota 1.

(136) Cfr. Den BEER PORTUGAEL, intervento nella sessione di Zurigo (1877) in *Annuaire de l'Institut de Droit international. Edition nouvelle abregée*, Bruxelles, 1928, p. 193, nota 1.

(137) *Infra*, par. 8.

siti ⁽¹³⁸⁾, semplicemente si presumeva che li possedesse almeno fino a che l'altra Potenza belligerante non ne avesse contestata l'assenza.

I requisiti si erano consolidati nella prassi dell'Ottocento, trovando conferma progressivamente nel 'Codice Lieber', nel 'Manuale di Oxford' del 1880 e quindi nelle Conferenze de L'Aja del 1899 e del 1907. L'art. 1 del Regolamento allegato alla II Convenzione del 1899 è ripreso pressoché alla lettera dall'art. 1 del Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907, e quindi ribadito nella codificazione successiva.

Il legittimo combattente doveva anzitutto appartenere ad una formazione collettiva, sottoposta ad un 'comando responsabile'. Si escludevano pertanto dalla qualifica di legittimo combattente i combattenti isolati (i c.d. 'franchi tiratori' ⁽¹³⁹⁾) mentre vi rientravano quanti erano sottoposti alla necessaria vigilanza di un superiore, che rispondeva della loro condotta. Questa condizione non solo apparteneva alla tradizione militare ⁽¹⁴⁰⁾ ma era strettamente funzionale all'esigenza propria del diritto internazionale dei conflitti armati di avere direttamente un referente sul campo che assicurasse il rispetto delle leggi e degli usi di guerra. Le norme convenzionali dell'epoca non si dilungano sui requisiti del 'comando' che rendono una persona responsabile del comportamento dei suoi subordi-

⁽¹³⁸⁾ L'idea che la regolamentazione fosse unitaria è confermata dall'art. 127, 2° comma, del citato Regolamento italiano di Servizio in Guerra del 1881-1882, per il quale « Sono belligeranti le forze armate dello Stato, purché siano sottoposte ad un capo, abbiano un'uniforme o siano costantemente munite d'un segnale uniforme e ben visibile, si attengano agli usi di guerra, siano autorizzate dal proprio governo » (in S. GEMMA, *Nuovi appunti*, cit., p. 526). La prassi internazionale più recente ribadisce tale approccio unitario allorché l'art. 43 del I Protocollo addizionale del 1977 formula un'unica regolamentazione atta a qualificare le forze armate dello Stato belligerante. Sulla base di questo testo anche i combattenti irregolari che vi rientrano sono giustamente da considerare come l'esercito regolare alla stregua di 'organo belligerante', ma i singoli militi assumono in ogni caso la qualifica di legittimo combattente solo se rispondono ai requisiti richiesti dal diritto internazionale (*contra*: International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian*, cit., p. 16); in argomento anche *infra*, par. 12.

⁽¹³⁹⁾ Cfr.: L. OPPENHEIM, *International Law*, cit., p. 256; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 37.

⁽¹⁴⁰⁾ GIOVANNI DA LEGNANO, *Tractatus de Bello*, cit., pp. 236 e 253; M. MALLETT, *Signori e mercenari*, cit., pp. 126 e 195.

nati ⁽¹⁴¹⁾. Facendo riferimento al comandante di una nave da guerra, il 'Manuale di Oxford' per la guerra marittima adottato dall'*Institut de Droit international* nel 1913 ⁽¹⁴²⁾ vi intende (art. 5) colui che fosse « in the service of the State and duly commissioned by the competent authorities; his name must appear on the list of officers of the fighting fleet ». Quindi, ai fini della qualità di comandante, era determinante che la Parte belligerante l'avesse debitamente apprestato a tale incarico individuandolo nella lista dei propri ufficiali. I requisiti erano piuttosto puntuali e plausibilmente conseguenti all'affermazione del divieto della corsa marittima ⁽¹⁴³⁾. Ma l'indicazione, per quanto rifletta situazioni peculiari della guerra marittima, esprime una preoccupazione che accomuna il diritto bellico circa la certezza di una persona responsabile dei propri subordinati. In tal senso il requisito « duly commissioned » riflette uno standard minimo comunque da osservare nella qualificazione del 'comandante responsabile' nella guerra terrestre e di sicura percezione sia per i suoi subordinati che per lo Stato nemico.

Come si è visto, tale figura aveva oltretutto la funzione di garantire sul terreno che i combattenti rispettassero 'le leggi e gli usi di guerra'. Nello Stato moderno, i regolamenti o i manuali militari permettevano di verificare se ed in che misura le sue formazioni militari fossero state informate e predisposte al rispetto del diritto internazionale dei conflitti armati ⁽¹⁴⁴⁾. Del resto, lo Stato era all'epoca il solo ente destinatario delle norme internazionali pertinenti e dunque, per ragioni di coerenza e certezza del diritto, doveva fare quanto necessario perché i propri combattenti vi si conformassero.

I Regolamenti de L'Aja richiedevano inoltre che il legittimo combattente avesse un segno distintivo riconoscibile a distanza. La

⁽¹⁴¹⁾ Come si è ricordato *supra*, nota 138, l'art. 127, 2° comma, del Regolamento di guerra italiano del 1881-1882 stabiliva che le truppe nemiche dovevano essere « sottoposte ad un capo », senza però dilungarsi sui particolari dell'organizzazione gerarchica, così che anche il carattere 'organizzato' delle forze militari andava inteso con una certa larghezza (S. GEMMA, *Nuovi appunti*, cit., p. 530).

⁽¹⁴²⁾ *Manual of the Laws of Naval War*, in <http://www.icrc.org>.

⁽¹⁴³⁾ *Infra*, par. 9.

⁽¹⁴⁴⁾ A. GARDOT, *Le droit de la guerre dans l'oeuvre des capitaines français du XVI^e siècle 1948*, in « *Recueil des Cours* », 1948-I, t. 72, p. 465.

formulazione era chiaramente influenzata dalle modalità tradizionali della guerra di teatro, che comportavano l'identificazione preventiva del nemico ad una distanza ragionevole secondo gli strumenti in dotazione. L'uniforme costituiva di per sé una garanzia di formale appartenenza dell'individuo all'organico militare della Parte belligerante, anche per poterlo agevolmente identificare quale obiettivo legittimo distinto dal 'bandito comune' ⁽¹⁴⁵⁾. A tali condizioni vi dovevano anche rientrare unità di *commando* identificabili dall'uniforme pure se operanti in territorio nemico al di là della linea del fuoco ⁽¹⁴⁶⁾. Piuttosto si poteva controvertere sul carattere adeguato del segno distintivo delle truppe. Nel corso della guerra russo-giapponese degli inizi del Novecento, il Giappone non riconobbe la qualità di legittimo combattente ai militari russi che recavano solo sul berretto il proprio segno distintivo e ciò nonostante la Russia avesse preventivamente provveduto a notificare le caratteristiche di tali corpi e dunque anche a stabilire la relativa identificazione ⁽¹⁴⁷⁾. Vi erano peraltro situazioni nelle quali la presenza di un determinato obiettivo militare assorbiva anche la condizione di legittimo combattente dei suoi occupanti: l'attacco o il bombardamento di una fortificazione colpisce in ogni caso chi la difende a prescindere dal fatto che egli abbia o meno un segno distintivo. Perciò l'art. 15 delle 'Rules of air warfare' adottate a L'Aja nel 1923 da una Commissione di giuristi (dal valore di per sé non vincolante, ma almeno su questo punto ricognitive del diritto consuetudinario) dava importanza prioritaria al criterio identificativo dei membri dell'equipaggio di un aereo militare solo se essi si trovavano a distanza da questo ⁽¹⁴⁸⁾, in modo da stabilire il loro status internazionale in caso di cattura.

L'appartenenza ad unità militari nelle condizioni indicate riguardava anche individui non combattenti come il personale sanitario che — proprio in ragione delle loro funzioni — non costitui-

⁽¹⁴⁵⁾ A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, cit., p. 270.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. L. OPPENHEIM, *International Law*, cit., p. 259; R. R. BAXTER, *The Privy Council on the Qualifications of Belligerents*, in « American Journal of International Law », 1969, p. 294.

⁽¹⁴⁷⁾ G. BALLADORE PALLIERI, *La guerra*, cit., p. 175.

⁽¹⁴⁸⁾ « The crews of military aircraft shall bear a fixed distinctive emblem of such a nature as to be recognizable at a distance in the event of crews finding themselves separated from the aircraft ».

vano un obiettivo militare legittimo: l'art. 3 del Regolamento de L'Aja del 1907 stabiliva che in caso di cattura anche questi avessero diritto al trattamento dei prigionieri di guerra. Il Regolamento non distingueva secondo che si trattasse di un nemico combattente di professione, di un civile coinvolto in una leva obbligatoria o di un volontario occasionalmente inquadrato nell'esercito. Così pure non distingueva il militare nemico in base al sesso, ma neppure poneva esclusioni al riguardo. Le donne furono impiegate già durante il Primo conflitto mondiale ⁽¹⁴⁹⁾ e la Convenzione di Ginevra del 1929 estese anche a loro la condizione di prigionieri di guerra (art. 3).

Una questione molto avvertita riguardava la qualità di legittimo combattente dello straniero inquadrato nell'esercito di uno Stato belligerante senza averne la cittadinanza. Vi erano Stati come la Francia che avevano apposite formazioni militari composte esclusivamente da stranieri: la costituzione della nota 'Legione straniera' risale ad una legge del 9 maggio 1831 ⁽¹⁵⁰⁾. L'art. 17 della V Convenzione de L'Aja del 1907 sulle Potenze neutrali estendeva la qualità di legittimo combattente all'individuo cittadino di uno Stato neutrale. L'indicazione era avallata dall'*Institut del Droit international*: nell'apposita risoluzione adottata nella sessione di Firenze del 1908 ⁽¹⁵¹⁾, si sanciva il principio secondo cui la condizione giuridica internazionale degli stranieri — civili o militari — impegnati al servizio di una Potenza belligerante e che non fossero cittadini di uno degli Stati in conflitto era « absolument identique » a quella dei cittadini della Potenza per la quale prestavano la propria attività. L'indicazione era in chiara contrapposizione con la prassi statunitense quale si era delineata dopo l'adozione del *Neutrality Act* del 1794, col quale si vietava ai residenti di militare per paesi con i quali gli Stati Uniti non fossero in guerra ⁽¹⁵²⁾. Anche l'Italia aveva un atteggiamento contrario alla presenza di propri cittadini nelle forze armate di una Potenza belligerante. L'art. 11 del codice civile del

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. L. OPPENHEIM, *International Law*, cit., p. 256.

⁽¹⁵⁰⁾ Ch. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, cit., p. 70.

⁽¹⁵¹⁾ *De la condition juridique internationale des étrangers civils ou militaires, au service des belligérants*, in <http://www.idi-iil.org>.

⁽¹⁵²⁾ Sulle vicende che precedettero l'adozione dell'*Act*: cfr. C. S. HYNEMANN, *Neutrality Among the European Wars of 1792-1815: America's Understanding of Her Obligations*, in « *American Journal of International Law* », 1930, p. 279 ss.

1865 prevedeva la perdita *ope legis* della cittadinanza per colui che, senza il permesso del governo, avesse prestato servizio militare a favore di una potenza straniera. Invero lo Stato terzo di cui il volontario nell'esercito straniero è cittadino viola i propri obblighi di neutralità solo se favorisce il reclutamento a favore di una delle Potenze belligeranti ⁽¹⁵³⁾. L'indicazione che emerge dalla V Convenzione de L'Aja esprime evidentemente la volontà delle Parti contraenti di assorbire nella qualifica e condizione di legittimo combattente quanti vi rientrassero in termini obiettivi, prescindendo dalle valutazioni di diritto interno dei singoli Stati.

Più complessa invece la posizione del cittadino di uno Stato belligerante che combatteva nell'esercito avversario, perché volontario o perché anche cittadino di quello Stato. In questo caso l'art. 12 del codice civile italiano del 1865 richiamava la possibilità di pene per chiunque portasse le armi contro la patria. Per Diena era legittima la posizione di quegli Stati che, catturato l'individuo nemico proprio cittadino, non gli riconoscevano lo status di prigioniero di guerra e lo punivano per alto tradimento ⁽¹⁵⁴⁾. Una tale posizione rifletteva l'assoluto primato giuridico della lealtà dovuta allo Stato belligerante da parte dell'individuo che ne avesse la cittadinanza. Per quanto si trattasse di una 'sanzione' sulla quale non esistevano limiti specifici di diritto internazionale, essa entrava in conflitto con le norme di diritto bellico che attribuivano in termini obiettivi lo status di legittimo combattente. La questione andava — e va — evidentemente risolta in termini di primato del regime obiettivo internazionale sulle leggi nazionali ⁽¹⁵⁵⁾.

8. *Milizie volontarie e corpi franchi.*

I requisiti prescritti e presunti per i componenti dell'esercito regolare andavano concretamente apprezzati rispetto a formazioni di

⁽¹⁵³⁾ Ch. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, cit., p. 71.

⁽¹⁵⁴⁾ G. DIENA, *Diritto internazionale*, cit., p. 504 s., nota.

⁽¹⁵⁵⁾ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, cit., p. 462, nota 3; per una valutazione generale della prassi comparata vedi: ID., *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1978, p. 394 ss.; cfr. anche R. R. BAXTER, *The Privy Council*, cit., p. 291 ss.; U.S.S.C., *Humdi v. Rumsfeld* (28 giugno 2004), 542 U.S. 2003, in <http://beinonline.org>, p. 515.

combattenti costituite al di fuori dell'apparato istituzionale dello Stato. Il fenomeno traeva origine già nell'esperienza dei Comuni e ovviamente si era riproposto con la formazione dello Stato moderno. Consistente nel periodo napoleonico, fu abbastanza frequente a cavallo nell'Ottocento, trovando manifestazione ancora nella guerra tra Stati Uniti e Spagna; in Italia ebbe particolare diffusione durante le guerre di indipendenza dell'Ottocento ⁽¹⁵⁶⁾.

Varie erano le forme attraverso cui le milizie volontarie si strutturavano e definivano il loro rapporto con lo Stato belligerante. In alcuni casi, queste formazioni erano precostituite e parallele all'esercito regolare. Pure il termine 'volontario' o 'corpo franco' non costituiva di per sé sinonimo di partecipazione spontanea. Il Battaglione sabaudo dei 'Cacciatori franchi' (1821) era composto da giovani (sottufficiali e soldati) già arruolati e nei confronti dei quali erano stati assunti provvedimenti disciplinari, dai renitenti alla leva o da disertori graziati, mentre era in linea di principio escluso proprio l'arruolamento volontario ⁽¹⁵⁷⁾. La più vicina esperienza della Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale fu costituita e promossa dal fascismo alla stregua di unità organizzate sulla falsariga delle Forze armate, aperta all'adesione di soli volontari iscritti al partito fascista ed impegnata in vari conflitti alla stregua di un esercito regolare ⁽¹⁵⁸⁾. La regolamentazione internazionale sui corpi volontari era indirizzata soprattutto a quanti militavano in formazione spontanee che si impegnavano in ostilità militari in nome e per conto di una delle Potenze belligeranti, in specie di quelle che non potevano dotarsi di un esercito permanente consistente ⁽¹⁵⁹⁾.

L'adesione ad un corpo volontario denotava già il carattere collettivo ed organizzato in cui il singolo combattente si poneva e

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. G. NATALI, *Corpi franchi del quarantotto*, in « Rassegna storica del Risorgimento », 1935, p. 185 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. *Sovrano rescritto del 9 di gennaio 1836 con cui S.M. riordina il Battaglione dei Cacciatori Franchi ed istruzioni sopra le assegnazioni e traduzioni d'uomini dai Corpi dell'Armata al Battaglione suddetto*, Torino, Tipografia Giuseppe Fodratti, s.d., specialmente articoli 5-7 del regio 'rescritto' e art. 1 della « istruzione ».

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. A. TERUZZI, *La Milizia delle Camicie Nere*, Milano, Mondadori, 1939; C. RASTRELLI, *Un esercito in camicia nera*, in « Storia militare », n. 129, p. 43 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ Ch. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, cit., p. 68.

che lo distingueva dal fenomeno dei ‘franchi tiratori’⁽¹⁶⁰⁾ o di altri combattenti irregolari quali quelli menzionati nell’art. 82 del ‘Codice Lieber’⁽¹⁶¹⁾. I volontari dei corpi franchi normalmente acclamavano il proprio comandante⁽¹⁶²⁾, la cui autorità diveniva ufficiale se riconosciuta dagli organi dello Stato belligerante per il quale i militi combattevano. Ciò consentiva di ricondurre le formazioni volontarie all’interno di una campagna militare pianificata dalla sola Parte belligerante. La forte contaminazione dei motivi ideali alla base delle milizie volontarie effettivamente spontanee e la loro afferenza funzionale agli interessi della Potenza belligerante faceva sì che una parte della dottrina largheggiasse nell’attribuzione ai singoli componenti della qualifica di legittimo combattente. Bluntschli in particolare riteneva dovuta tale qualifica se i militi agivano in buona fede « et dans la conviction de la justice politique de leur cause », pur in assenza di una preventiva e formale autorizzazione statale⁽¹⁶³⁾.

Non mancavano però perplessità per un’estensione del genere in deroga evidente al criterio della simmetria tra le Potenze belligeranti e quindi deviando dal paradigma della ‘guerra pubblica’ entro cui comunque andava sempre collocata la figura del legittimo combattente. Le maggiori perplessità riguardavano il grado di disciplina e delle milizie volontarie⁽¹⁶⁴⁾ e la loro sintonia ‘ideale’ con l’autorità

⁽¹⁶⁰⁾ Infatti i franchi tiratori venivano assimilati alla condizione di legittimo combattente solo se essi si ritrovavano nelle stesse condizioni normalmente richieste a tale scopo per quanti appartenessero alle milizie volontarie: J. K. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., art. 570 bis, p. 332. Si segnala che l’argomento era stato pure affrontato da F. LIEBER, *Guerrilla Parties. Considered with reference to the Laws and Usages of War*, New York, Van Nostrand, 1862, p. 7 ss.

⁽¹⁶¹⁾ « Men, or squads of men, who commit hostilities, whether by fighting, or inroads for destruction or plunder, or by raids of any kind, without commission, without being part and portion of the organized hostile army, and without sharing continuously in the war, but who do so with intermitting returns to their homes and avocations, or with the occasional assumption of the semblance of peaceful pursuits, divesting themselves of the character or appearance of soldiers — such men, or squads of men, are not public enemies, and, therefore, if captured, are not entitled to the privileges of prisoners of war, but shall be treated summarily as highway robbers or pirates ».

⁽¹⁶²⁾ D. VENNEN, *Baltikum. La storia dei « Corpi Franchi » nella Germania del primo dopoguerra*, Roma, Ciarrapico, 1978, p. 47.

⁽¹⁶³⁾ J. K. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., art. 570, p. 331.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. G. NATALI, *Corpi franchi del quarantotto*, cit., p. 189.

statale di riferimento ⁽¹⁶⁵⁾, specie se questa rifiutava di riconoscere il loro comandante. Invece, il legame ideale ed operativo con la Potenza belligerante, l'esistenza di un comando che fosse (anche per questa) responsabile delle operazioni poste in essere dalla milizia e ne facesse rispettare le leggi di guerra, ovvero l'uniforme che indossavano i singoli componenti del corpo volontario ne permettevano l'assimilazione 'in blocco' all'organizzazione militare della Potenza belligerante. Talora formazioni volontarie guidate dallo stesso comandante si trovavano in condizioni obiettivamente diverse. Erano da considerare legittimi combattenti i componenti volontari dei 'Cacciatori delle Alpi' guidati da Garibaldi nel 1859 e nel 1866, mentre non lo furono le milizie guidate da Garibaldi nella spedizione dei Mille nel 1860 ⁽¹⁶⁶⁾, e tanto meno quelle da lui impegnate nel fallito tentativo di liberare Roma nel 1862 che furono tra l'altro efficacemente contrastate dall'esercito regolare italiano.

L'art. 1 del Regolamento de L'Aja del 1899 equiparava a tutti gli effetti i corpi dei volontari all'esercito regolare ⁽¹⁶⁷⁾. In base alle condizioni ivi indicate — e ribadite nel Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907 — il diritto internazionale configurava per proprio conto i requisiti attestanti la condizione di legittimo combattente dell'individuo membro delle formazioni volontarie. In coerenza con la simmetria giuridica a fondamento del diritto bellico, la codificazione internazionale qualifica quindi tali milizie quali organi belligeranti legittimi esclusivamente su basi obiettive, senza che occorresse una puntuale 'autorizzazione' da parte dello Stato belligerante. La soluzione non era però pienamente convincente se la delegazione tedesca alla Conferenza de L'Aja, riprendendo la prassi seguita dalla Prussia nella guerra contro la Francia del 1870 ⁽¹⁶⁸⁾, aveva richiesto di inserire nella disciplina convenzionale l'obbligo per la Potenza belligerante di notificare al nemico le milizie

⁽¹⁶⁵⁾ Ivi, p. 204.

⁽¹⁶⁶⁾ H. BONFILS, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, Paris, 1901, p. 585 s.; *contra*, J. K. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., art. 570, nota 1, p. 331.

⁽¹⁶⁷⁾ « Les lois, les droits et les devoirs de la guerre ne s'appliquent pas seulement à l'armée, mais encore aux milices et aux corps de volontaires réunissant les conditions suivantes [...] ».

⁽¹⁶⁸⁾ A. MERIGNHAC, *Le droit des gens et la guerre*, cit., p. 126.

volontarie schierate al proprio fianco; diversamente l'altra Parte belligerante avrebbe potuto trattare questi combattenti quali criminali comuni. La richiesta venne all'epoca respinta ritenendo che l'identificazione di queste truppe potesse e dovesse avvenire in modo obiettivo secondo i criteri menzionati ⁽¹⁶⁹⁾. È un orientamento che è stato confermato dalle Convenzioni di Ginevra del 1949, comprendendovi specificamente i componenti dei movimenti di resistenza in territorio occupato ⁽¹⁷⁰⁾.

Ciò denota un'ulteriore estensione della nozione di legittimo combattente ben oltre i criteri derivanti dall'esistenza di un oggetto legame organico con la Potenza belligerante, ma nell'ambito sempre di quelle esigenze di conservazione dello Stato che il diritto di guerra non può eludere. L'affievolimento di tale condizione era stata del resto evidenziata proprio dall'esperienza della Resistenza europea a cui le Convenzioni del 1949 si riferivano: frequenti erano le decisioni giudiziarie che dopo la seconda guerra mondiale estesero lo status di legittimo combattente anche a quanti avessero militato in formazioni partigiane prive di sicuri legami con la Potenza belligerante di riferimento ⁽¹⁷¹⁾.

È difficile però immaginare che una simile condizione sia praticabile in tempo di guerra a favore delle milizie volontarie che semplicemente si autoproclamano tali senza che sussistano obiettive condizioni di certezza sul loro legame organico con la Potenza belligerante. Le si potrebbe assolvere assumendo in proposito l'obbligo della notificazione per la Potenza belligerante secondo quanto ora prevede l'art. 43, par. 3, del I Protocollo addizionale del 1977 alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 per l'utilizzo quali legittimi combattenti di 'formazioni paramilitari' dello Stato afferenti in particolare a servizi di polizia. Una tale formalizzazione — resa necessaria per risolvere una questione assai controversa ⁽¹⁷²⁾ — sembra destinata anche a condizionare la pregressa disciplina inter-

⁽¹⁶⁹⁾ *The Proceedings of the Hague Peace Conference*, a cura di J.B. SCOTT, *The Conference of 1907*, vol. III, *Meetings of the Second, Third and Fourth Commissions*, New York, 1921, pp. 101 e 240.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. l'art. 13 della I Convenzione di Ginevra.

⁽¹⁷¹⁾ Sull'applicazione estensiva di questo criterio ad opera della giurisprudenza italiana: E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, cit., p. 466, nota 3.

⁽¹⁷²⁾ *Supra*, par. 7.

nazionale, nel senso di dovervi ricorrere ogni qual volta insorgano difficoltà obiettive di riconoscibilità della qualifica di legittimo combattente per un determinato organo belligerante. Con l'obbligo della previa notificazione, la Potenza belligerante provvede formalmente alla qualificazione organica della milizia volontaria, sempre che questa sia in possesso di requisiti coerenti con quelli richiesti dalla disciplina internazionale. Inoltre, il riferimento ad una pubblica e preventiva determinazione assicura la simmetria formale tra le Potenze belligeranti, dal momento che lo Stato nemico viene a conoscenza delle formazioni militari volontarie ufficialmente riconducibili all'altra Potenza belligerante. Il ricorso a queste determinazioni unilaterali è lo specchio di una realtà delle ostilità militari che non si presta sempre a determinare la condizione di legittimo combattente in termini obiettivamente precostituiti. L'attestazione della Potenza belligerante diventa lo strumento 'certativo' di una condizione organica altrimenti incerta, ma l'altra Potenza belligerante potrebbe ugualmente contestarla se mancano comunque i requisiti identificativi per conferire all'individuo lo status internazionale di legittimo combattente.

9. *La condotta ostile di privati all'uopo 'autorizzati' ma privi della qualifica di legittimo combattente.*

Il modo in cui il diritto internazionale condiziona autonomamente la qualificazione di legittimo combattente trova conferma in quelle situazioni nelle quali tale sistema giuridico la neghi anche in presenza di un atto formale di diritto interno, opponibile *erga omnes*, con il quale lo Stato belligerante abbia allargato la propria condotta belligerante attraverso l'attività di privati appositamente autorizzati a svolgerla. L'atto all'uopo adottato ha evidentemente valenza costitutiva delle funzioni pubblicistiche svolte dal privato.

La prassi è risalente nel tempo. Ancora nel Medio Evo si assumeva che i vassalli non erano tenuti a prestare i propri servizi al sovrano, a meno che non fossero sovvenuti un accordo o una specifica consuetudine con il sovrano⁽¹⁷³⁾. In un caso come nell'altro si trattava di condizioni che andavano accertate in ragione di

(173) GIOVANNI DA LEGNANO, *Tractatus de Bello*, cit., pp. 254 e 257.

particolari vincoli personali maturati in quell'ordinamento. In seguito l'ente sovrano riuscì ad affermare la sua esclusiva giurisdizione sull'uso della forza senza però avere un esercito permanente. Di volta in volta, Comuni, Repubbliche e Principati ebbero bisogno di reclutare combattenti per singole campagne militari ⁽¹⁷⁴⁾. Era divenuto in uso soprattutto nel Cinquecento che i sovrani incaricassero — di volta in volta e dietro compenso — singoli privati oppure intere compagnie di ventura di specifiche operazioni militari, anche più complesse e comunque impegnative, come l'assedio a città fortificate nemiche ⁽¹⁷⁵⁾. Normalmente le compagnie eleggevano i propri comandanti e questo si impegnava con il sovrano — tramite un atto puntuale e ovviamente dietro compenso — a svolgere la campagna militare in nome e per conto dello stesso sovrano ⁽¹⁷⁶⁾. Nelle sue manifestazioni più mature, l'incarico veniva formalizzato in un'apposita 'lettera di condotta', con la quale il sovrano assegnava appunto al 'condottiero' il comando amministrativo e tattico, ivi compresa la responsabilità in tema di disciplina militare ⁽¹⁷⁷⁾. Il condottiero — soprannominato in una certa fase storica anche capitano di ventura — assoldava a sua volta altri privati (per costituire le 'compagnie di ventura'), specie germanici e svizzeri che assicuravano per la loro compattezza e professionalità anche il rispetto della disciplina interna ⁽¹⁷⁸⁾. Ma la legittimità della loro iniziativa risaliva sempre all'atto con cui il sovrano aveva formalizzato la 'condotta', stabilendo prestazione e conseguente corrispettivo ⁽¹⁷⁹⁾.

Tale determinazione era concettualmente distinta dall'autorizzazione (detta 'Carta di rappresaglia' o 'lettera di marca') che nel Medio Evo ed ancora nel Rinascimento l'ente sovrano forniva al privato perché questi potesse esercitare la forza sullo straniero e i suoi beni per sue esclusive ragioni di autotutela pur compatibili con gli interessi del sovrano ⁽¹⁸⁰⁾. Era unitaria la *iurisdictio*, ma diverso il

⁽¹⁷⁴⁾ Su tale evoluzione cfr. M. MALLETT, *Signori e mercenari*, cit., pp. 12 e 32.

⁽¹⁷⁵⁾ Peraltro nell'esperienza dei Comuni fu prevalente la partecipazione volontaria alle milizie cittadine di fanti: ivi, p. 19 s.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. M. MALLETT, *Signori e mercenari*, cit., p. 34 s.

⁽¹⁷⁷⁾ Ivi, p. 86 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ Ivi, p. 41.

⁽¹⁷⁹⁾ GIOVANNI DA LEGNANO, *Tractatus de Bello*, cit., p. 265 e 268.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. A. DEL VECCHIO, E. CASANOVA, *Le rappresaglie nei Comuni medievali*,

contesto: solo con la 'lettera di condotta' il privato esercitava la forza all'interno di una 'guerra pubblica', mentre la 'Carta di rappresaglia' gli veniva negata se sussistevano relazioni belliche tra i sovrani interessati ⁽¹⁸¹⁾.

Agli inizi dell'Ottocento erano ancora presenti situazioni nelle quali il sovrano formalmente assegnava compiti militari a privati. La più nota restava il fenomeno della 'corsa' nella guerra marittima ('*privateering*'). Tale prassi — ufficialmente risalente al 1243 per iniziativa di Enrico III d'Inghilterra — si avviava con una apposita 'lettera di corsa', con cui il sovrano autorizzava un privato — proprietario o armatore della nave dotato dell'apposita 'patente' — a condurre con un equipaggio da lui scelto le ostilità nei confronti di navi mercantili nemiche. In questo caso non esisteva un obiettivo militare determinato, ma un mandato generale e generico al corsaro di spiegare a proprio piacimento le operazioni militari sul mare purché recassero turbativa al nemico. L'uso della forza, pur materialmente espletato dal privato, rientrava nella *iurisdictio* del sovrano che le conferiva la necessaria legittimità. Ma la posizione del corsaro restava ambigua. Per certi versi si riconosceva alla nave corsara una funzione pubblicistica tanto che — almeno fino a quando essa fu lecita — poteva ottenere rifugio nei porti di un paese neutrale per ragioni umanitarie (*distress*) ⁽¹⁸²⁾. Ciò però non era sufficiente per attribuire la qualifica di organo belligerante al comandante corsaro. Anzitutto perché la teorica del legame organico si delinea in una fase successiva a quella in cui maggiormente fu in auge la corsa. In ogni caso, nella prassi dell'epoca il corsaro restava il solo responsabile della condotta dell'equipaggio ⁽¹⁸³⁾. Sul finire del Settecento, una

Bologna, Zanichelli, 1894, p. 71; sul carattere equivalente o meno delle varie espressioni impiegate, *ivi*, p. 1 ss., e G. CLARK, *The English Practice with Regard to Reprisals by Private Persons*, in « American Journal of International Law », 1933, p. 700 ss.; Y. DE LA BRIERE, *Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles*, « Recueil des cours », 1928-II, t. 22, p. 253.

⁽¹⁸¹⁾ L. CINTI, *Private Military Companies e Private Security Companies. Problemi di responsabilità*, tesi di dottorato, Padova, 2008, p. 22.

⁽¹⁸²⁾ A. DESJARDINS, *La guerre hispano-américaine et le droit des gens*, in « Revue des deux mondes », 1898, p. 534.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. J. B. MOORE, *A Digest of International Law*, vol. VII, Washington, Government Printing Office, 1906, p. 543.

decisione del tribunale delle prede statunitense sottolineava che « the owners of the privateer are responsible for the conduct of their agents, the officers and crew, to all the world, and that the measure of such responsibility is the full value of the property injured, or destroyed » (184).

Il fenomeno della corsa, sorto all'esordio dello Stato moderno, venne però progressivamente a misurarsi con la tendenza ad assorbire i rapporti di belligeranza nella sfera dei valori e degli interessi pubblicistici che il diritto internazionale regolava in modo crescente. Così l'uso originario secondo cui il corsaro acquisiva a sé il bottino dell'impresa militare fu gradualmente sostituito dall'assegnazione della preda di guerra ad opera dei tribunali competenti (185). Il Trattato anglo-russo del 5 (17) giugno 1801 precludeva puntualmente al corsaro l'esercizio del c.d. 'diritto di visita', anche se egli avesse esibito la propria 'lettera di corsa' (186). Più in generale, le caratteristiche proprie della corsa, il suo connotato altamente 'privato' e la scarsa affidabilità del controllo statale sulle azioni belliche svolte dal corsaro apparivano sempre meno compatibili con la condotta di ostilità giuridicamente regolate dal diritto internazionale, tanto che mai si è palesata l'estensione dello status di legittimo combattente verso questa figura (187).

E difatti la corsa marittima venne abolita prima attraverso trattati bilaterali (il primo, nel 1785 tra Stati Uniti e Prussia), quindi a livello multilaterale con la Dichiarazione di Parigi del 16 aprile 1856 (par. 1), che però aveva valore solo tra le Parti contraenti (ultimo alinea) (188). Tuttavia, la mancata adesione di Potenze

(184) U.S.S.C., *Del Col v. Arnold* (1° agosto 1796), 3 U.S. 1794-1799, p. 334 s. in <http://heinonline.org>.

(185) A. DESJARDINS, *La guerre hispano-américaine*, cit., p. 520.

(186) L'art. IV del Trattato testualmente recitava: « le doit de visiter les navires marchands appartenans aux sujets de l'une des Puissances contractantes et naviguant sous le convoi d'un vaisseau de guerre de la dite Puissance ne sera exercé que par les vaisseaux de guerre de la partie belligérante et ne s'étendra jamais aux armateurs, corsaires [...] », in « The consolidated Treaty series », a cura di Parry, vol. 56 (New York, 1969), p. 111 s. La Spagna tuttavia riconosceva il diritto di visita alle proprie navi corsare: A. DESJARDINS, *La guerre hispano-américaine*, cit., p. 530.

(187) G. CANSACCHI, *Combattenti legittimi (dir. intern.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 723.

(188) A. DESJARDINS, *La guerre hispano-américaine*, cit., p. 524.

marittime di un certo peso ne precluse per qualche tempo la portata universale (189), come del resto provò la pratica della corsa marittima nel corso della guerra di secessione (190). L'*Institut de Droit international* — ancora incerto sull'argomento nella sua sessione de L'Aja del 1875 (191) — adottava nella sessione di Torino del 1882 una risoluzione sul diritto delle prede nella quale era vietata la pratica della corsa marittima (192). Ma solo dopo la dichiarazione congiunta del 1898 tra Stati Uniti e Spagna sulla reciproca rinuncia a ricorrere alla guerra di corsa (193), il divieto della corsa veniva acquisito come regola generalmente riconosciuta, a meno che una Potenza belligerante non avesse deciso di ripristinarne l'uso unicamente a titolo di rappresaglia (194). Ma non sarebbe stato comunque possibile pretendere che la Potenza belligerante riconoscesse la qualifica di legittimi combattenti agli equipaggi ingaggiati nella corsa (195). È significativo che, alla decisione presa dalla Prussia il 24 luglio 1870 di organizzare una marina volontaria nel rispetto dei requisiti richiesti per i corpi volontari, la Francia reagì sostenendo che avrebbe trattato queste formazioni alla stregua di corsari, in violazione dunque della Dichiarazione di Parigi del 1856 (di cui entrambi gli Stati erano già parti) e dunque negando agli equipaggi così ingaggiati la qualifica di legittimo combattente (196).

10. *La 'levata di massa' della popolazione civile e la sua qualifica di 'legittimo combattente'*.

L'atteggiamento selettivo del diritto internazionale dei conflitti armati di qualificare con proprie norme la condizione di legittimo

(189) Vedi invece N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 248.

(190) Cfr. A. DESJARDINS, *La guerre hispano-américaine*, cit., p. 521.

(191) Ivi, p. 521.

(192) *Règlement international des prises maritimes*, cap. I, par. 2, in [htt://www.iiil.org](http://www.iiil.org).

(193) G. BALLADORE PALLIERI, *La guerra*, cit., p. 174.

(194) Cfr. *Règlement international des prises maritimes*, cit., cap. I, par. 3; sulla conforme prassi italiana vedi A. DESJARDINS, *La guerre hispano-américaine*, cit., p. 524 s.

(195) J. K. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., art. 572, p. 333.

(196) A. DESJARDINS, *La guerre hispano-américaine*, cit., p. 526 ss.; L. OPPENHEIM, *International Law*, cit., p. 262 ss.

combattente si manifesta anche attribuendola a chi sia formalmente sprovvisto della qualifica di combattente — e quindi di organo belligerante — ai sensi del diritto interno. L'art. 2 del Regolamento annesso alla II Convenzione de L'Aja del 1899 e quindi l'art. 2 del Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907 estendono la qualità di legittimo combattente a tutta la popolazione civile che reagisce all'invasione straniera del proprio territorio prima che sia occupato⁽¹⁹⁷⁾. È il fenomeno della 'levata di massa', cui partecipa la collettività territoriale interessata dall'invasione e che decide di prendere spontaneamente le armi per combattere il nemico senza aver avuto il tempo di organizzarsi sotto un comando responsabile o con segni distintivi particolari.

La regola convenzionale non faceva che codificare un istituto proprio del diritto bellico consuetudinario, formatosi soprattutto a partire dalla nota ordinanza prussiana del 1813 ('Landsturm')⁽¹⁹⁸⁾, ripresa tra l'altro dal 'Codice Lieber'⁽¹⁹⁹⁾ e dal 'Manuale di Oxford' del 1880. La circostanza che vi si richiamassero Stati dotati di un servizio di leva obbligatorio e altri che ne erano privi conforta il convincimento che si trattasse di una regola generale di portata universale.

Per poter assorbire i partecipanti alla 'levata di massa' nella categoria di legittimi combattenti, il diritto internazionale doveva anzitutto stabilirne il riferimento allo Stato belligerante invaso ma non occupato. Tale riferibilità veniva facilmente acquisita se lo stesso sovrano del paese invaso avesse ufficialmente proclamato la 'levata di massa'⁽²⁰⁰⁾: sia pure configurandosi alla stregua di un organo belligerante alquanto peculiare, la popolazione che rispon-

⁽¹⁹⁷⁾ Durante la Conferenza de L'Aja del 1899 vennero respinti i tentativi tesi ad estendere il regime della 'levata di massa' anche al territorio occupato: G. DIENA, *Diritto internazionale*, cit., p. 505.

⁽¹⁹⁸⁾ Cfr. A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, cit., p. 276; CH. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, cit., p. 73. W. G. RABUS (*A New Definition of the « Levée en masse »?*, in « Netherlands International Law Review », 1977, p. 232) ricorda peraltro che già al tempo della rivoluzione francese la Convenzione del 16 agosto 1793 stabiliva che « tout citoyen est soldat quand il s'agit de combattre la tyrannie ».

⁽¹⁹⁹⁾ Art. 51: « If the people of that portion of an invaded country which is not yet occupied by the enemy, or of the whole country, at the approach of a hostile army, rise, under a duly authorized levy 'en masse' to resist the invader, they are now treated as public enemies, and, if captured, are prisoners of war ».

⁽²⁰⁰⁾ A. GARDOT, *Le droit de la guerre*, cit., p. 446.

deva al proclama agiva in nome e per conto del sovrano, vale a dire dello Stato che era stato invaso. Per alcuni testi normativi, fra cui il ‘Codice Lieber’, tale autorizzazione era dovuta ⁽²⁰¹⁾. Ma per lo più questa autorizzazione non era richiesta per la stessa natura spontanea e momentanea della ‘levata di massa’ ⁽²⁰²⁾, anche se questa si poneva al di fuori dell’organizzazione istituzionale dello Stato e dunque non sussisteva con esso un qualunque rapporto organico. Lo conferma la prassi prussiana, da cui l’istituto prese origine: esso risponde ai valori ‘metagiuridici’ espressi dal legame tra il popolo e la sua terra (la *Heimat*), immediatamente presenti sul piano internazionale in funzione di supplenza del potere pubblico territoriale quando l’andamento delle ostilità militari non consente allo Stato invaso di difendere questi stessi valori. Il diritto internazionale a tal punto assorbe la ‘levata di massa’ nel proprio regime obiettivo applicabile alle ostilità, perché comunque finalizzata alla difesa militare del ‘bene-Stato’. Fintanto che le ostilità duravano, l’interesse primario dello Stato era quello di difendersi dall’invasione ed il diritto internazionale non poteva che sorreggerne le ragioni. In tale contesto si colloca la partecipazione diretta dei civili al conflitto, estendendo in via eccezionale anche a loro la qualifica di legittimo combattente se, in possesso dei requisiti richiesti, partecipino direttamente alle ostilità circoscritte alla sola porzione di territorio invaso.

Il fenomeno mantiene la sua attualità anche nel diritto internazionale contemporaneo ⁽²⁰³⁾ e viene pure preso in considerazione ancora di recente nel richiamato Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati adottato nel 2001 dalla Commissione del diritto internazionale ⁽²⁰⁴⁾. All’art. 9 si legge: « The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of

⁽²⁰¹⁾ Vedine il testo riportato *supra*, nota 201.

⁽²⁰²⁾ G. WERNER, *Les prisonniers de guerre*, cit., p. 27.

⁽²⁰³⁾ La II Camera del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia ha ritenuto nella sentenza del 30 giugno 2006 sul caso *Oric* (IT-03-68-T) che la resistenza di Srebrenica nella primavera del 1992 fosse da valutare alla stregua di una « levata di massa » (par. 136): il testo completo è su <http://www.icty.org/x/cases/oric/tjug/en/ori-jud060630e.pdf>.

⁽²⁰⁴⁾ Per il testo completo, vedi « Rivista di diritto internazionale », 2001, p. 878 ss.

persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority ». Il commento della Commissione alla norma codificata fa tra l'altro esplicito riferimento alla 'vecchia idea' della 'levata di massa', precisando che questa svolge funzioni di fatto pubblicistiche ineludibilmente riferibili allo Stato che sia in quel momento 'collassato' o che non abbia in quel territorio una presenza effettiva ed organizzata ⁽²⁰⁵⁾. Si attribuisce cioè alla 'levata di massa' una funzione di supplenza oggettiva, dettata da una peculiare condizione di necessità. Lo giustifica il diritto di conservazione proprio dello Stato invaso, sicché il diritto internazionale ne presume la presenza anche in atti spontanei ma collettivi che siano funzionali alla sua difesa.

I partecipanti alla 'levata di massa' non potevano però sottrarsi alla logica di simmetria propria del diritto bellico. Vero è che essi costituivano un fenomeno spontaneo e collettivo insieme, che non ne agevola la preventiva identificazione. E difatti, nella richiamata ordinanza prussiana, la partecipazione individuale al *Landsturm* non si caratterizzava per uniformi o segni distintivi particolari come invece era espressamente previsto per quanti appartenevano alle milizie volontarie ⁽²⁰⁶⁾. Evidentemente la 'natura delle ostilità' (per dirla secondo la terminologia contemporanea) ⁽²⁰⁷⁾ giustificava una deroga eccezionale alla regola generale sulla preventiva identificazione del legittimo combattente. Tuttavia, in coerenza con il 'principio di distinzione', il Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907 richiedeva espressamente — come già enunciava il 'Manuale di Oxford' del 1880 — che i civili impegnati nella 'levata di massa' portassero apertamente le armi per poter rientrare nello statuto di legittimo combattente ⁽²⁰⁸⁾. In questo modo il conflitto si circoscriveva ancora una volta tra avversari che vi fossero impegnati

⁽²⁰⁵⁾ In « Yearbook of the International Law Commission », 2001, vol. II, 2, p. 49.

⁽²⁰⁶⁾ A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, cit., p. 276.

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. art. 44, par 3, del I Protocollo addizionale del 1977.

⁽²⁰⁸⁾ L'art. 2 del Regolamento annesso alla I Convenzione de L'Aja del 1899 taceva invece su tale requisito; vedi anche F. REY, *La Guerre russo-japonaise*, cit., p. 317.

lealmente — cioè apertamente e non con mezzi « perfidi » (209) — così da assicurare la simmetria tra le Parti belligeranti.

I Regolamenti de L'Aja non richiedevano neppure che la 'levata di massa' fosse guidata da un 'comandante responsabile', anche se nulla impediva che lo si individuasse per scelta della stessa popolazione. L'assenza di una simile condizione era ancora una volta da mettere in relazione con il carattere strutturalmente spontaneo della 'levata di massa', non facilmente coniugabile con la capacità della stessa di esprimere una organizzazione stabile. L'assenza di tale requisito poneva però seri dubbi sulla capacità della popolazione impegnata nella 'levata di massa' di rispettare le norme di diritto bellico (210): l'art. 13 del 'Manuale di Oxford' del 1913 sulla guerra navale (211) era esplicito nel subordinare a questo rispetto l'estensione della qualifica di legittimi combattenti ai civili impegnati nella 'levata di massa' (212).

11. *Le misure di rappresaglia per il rispetto dello status di 'legittimo combattente'.*

La coerenza con cui il diritto internazionale della seconda metà dell'Ottocento definiva il regime obiettivo dei conflitti armati comprende anche un sistema di garanzie interno ad esso e del tutto autonomo dalle cause del conflitto e dalla posizione del singolo Stato belligerante nell'ambito dello stesso (213). In tale contesto si colloca anche lo status di legittimo combattente.

Roma rispettava il nemico combattente solo se questo si riconosceva nel fondo comune di valori espresso dallo *ius fetiale*, un

(209) Cfr.: Institut de Droit international, sessione di Zurigo, 1877, in *Annuaire de l'Institut de Droit international. Edition nouvelle abregée*, Bruxelles, 1928, p. 189; A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, cit., p. 276.

(210) Cfr. S. GEMMA, *Nuovi appunti*, cit., p. 529.

(211) Citato *supra*, nota 142.

(212) « The inhabitants of a territory which has not been occupied who, upon the approach of the enemy, spontaneously arm vessels to fight him, without having had time to convert them into war-ships in conformity with Articles 3 and following, shall be considered as belligerents, if they act openly and if they respect the laws and usages of war »; in senso affine G. BALLADORE PALLIERI, *La guerra*, cit., p. 182.

(213) *Supra*, paragrafi 4 e 5.

complesso di riti e formule dal significato anche religioso ⁽²¹⁴⁾. E — correlativamente — la condotta bellica degli *hostes* era oggetto di valutazione nel momento del trattato di pace con la Potenza vinta, così da determinarne il carattere ora punitivo nei confronti degli *hostes* se questi fossero stati « *crudeles in bello* », ora conciliativo se invece essi si fossero comportati « *minus acerbe* » ⁽²¹⁵⁾. In epoca medioevale e rinascimentale si ritrova questo giudizio etico nell'alternativa tra la « mala guerra » e la « buona guerra » circa il trattamento dei prigionieri: la prima riguardava — ad esempio — la pratica di tagliare la mano destra ai prigionieri prima di consegnarli così da evitare che essi potessero ancora combattere, la seconda — più seguita in Italia — consisteva nel consegnare integri i prigionieri o anche liberarli sulla parola ⁽²¹⁶⁾.

I termini 'normativi' della *pax romana* mostravano l'utilizzo del trattato come strumento di sanzione rispetto al comportamento del nemico nel corso delle ostilità ⁽²¹⁷⁾. La codificazione del diritto bellico nella seconda metà dell'Ottocento concepisce il diritto applicabile alle ostilità militari nel contesto di comuni valori giuridici ed anche metagiuridici. La loro inosservanza era suscettibile di empirica valutazione *ex post* e quindi anche di essere in qualche modo sanzionata nel trattato di pace come del resto avveniva già in età antica. Anche nel diritto internazionale classico la resa del nemico con un formale atto di 'capitolazione' poteva contenere condizioni meno onerose se si fosse trattata di una 'buona guerra' in termini di condotta delle ostilità. Il trattamento del nemico veniva quindi valutato *ex post*, col risultato di prefigurare nel trattato di pace vere e proprie sanzioni afferenti proprio all'avvio come allo svolgimento delle ostilità.

Nel corso delle ostilità era regola costante applicare l'istituto della rappresaglia. In epoca medioevale ed ancora rinascimentale, la natura di pura cortesia delle regole cavalleresche da seguire nel corso

⁽²¹⁴⁾ L. LORETO, *Il bellum iustum*, cit., pp. 24, 48 s. e 69.

⁽²¹⁵⁾ M. T. CICERONE, *De officiis*, 1.35 e 1.38. L. LORETO (*Il bellum iustum*, cit., p. 64 s.) prospetta che Cicerone faccia riferimento ad « alcuni istituti tipici *iura belli*: il rispetto dei trattati di guerra [...] conclusi nel corso delle operazioni [...], la restituzione dei prigionieri, il rifiuto dell'assassinio come strumento bellico ».

⁽²¹⁶⁾ Cfr. M. MALLETT, *Signori e mercenari*, cit., p. 203 ss.

⁽²¹⁷⁾ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, cit., p. 54 ss.

delle ostilità non poneva ostacoli di ordine giuridico: la loro violazione ben poteva essere sanzionata disconoscendo un analogo trattamento all'avversario. Il regime obiettivo di diritto bellico quale disciplinato tra l'Ottocento e il Novecento pone la Potenza belligerante lesa nella condizione legittima di ricorrere alla rappresaglia, disattendendo i corrispettivi obblighi internazionali.

Questa forma di autotutela deve però essere esercitata nei soli termini consentiti dal diritto bellico e dunque nell'ambito dei suoi precisi contorni applicativi nel tempo e nello spazio. Utilizzando la terminologia contemporanea, si potrebbe parlare di una sorta di 'self-contained regime', vale a dire autodelimitato negli obblighi e nei mezzi di (auto)tutela ⁽²¹⁸⁾. Ne era già consapevole il 'Manuale Lieber' il cui art. 27 ammetteva in linea di principio il ricorso a rappresaglie: « The law of war can no more wholly dispense with retaliation than can the law of nations, of which it is a branch. Yet civilized nations acknowledge retaliation as the sternest feature of war. A reckless enemy often leaves to his opponent no other means of securing himself against the repetition of barbarous outrage ». In modo più analitico l'art. 86 del 'Manuale di Oxford' del 1880 ammetteva le rappresaglie solo se « assolutamente necessarie » e purché proporzionali alla violazione compiuta delle leggi di guerra dal nemico, riconducendone però la determinazione al comandante in capo in evidente coerenza con la logica della 'guerra pubblica' e di discontinuità con le c.d. 'rappresaglie private'.

Questa tendenza a circoscrivere l'istituto della rappresaglia si accentua nelle convenzioni de L'Aja, con le quali si concordano regole obiettive per assicurare simmetria e certezza nelle relazioni militari tra Stati, anche al fine di tutelare interessi che sfuggono alla loro stessa disponibilità. La decisione della Parte belligerante lesa di ricorrere all'autotutela, in specie sospendendo il rispetto di obblighi verso l'altra Parte belligerante, rischiava di vanificare lo scopo del diritto internazionale di garantire comunque il rispetto di determinati valori nel 'gioco' del conflitto armato. Ed è su questa scia che la

⁽²¹⁸⁾ Per tale fenomeno vedi B. SIMMA, *Self-contained Regimes*, in « Netherlands Yearbook of International Law », 1985, p. 111 ss.

disciplina convenzionale progressivamente estende le norme puntualmente sottratte alla logica della rappresaglia ⁽²¹⁹⁾.

Tale orientamento si manifesta anche rispetto al trattamento dovuto nei confronti del legittimo combattente. L'art. 84 del 'Manuale di Oxford' del 1880, dopo aver stabilito che l'infrazione alle leggi di guerra era penalmente repressa, precisava che le rappresaglie andavano intese restrittivamente perché costituivano una deroga alla regola generale, secondo cui « each belligerent should conform to the rules of war, without reciprocity on the part of the enemy ». L'art. 2 della Convenzione di Ginevra del 1929 sui prigionieri di guerra esclude tassativamente misure di rappresaglia nei loro confronti: « measures of reprisal against them are forbidden ».

Il limite imposto dal sistema giuridico internazionale vale ovviamente rispetto a persone internazionalmente protette, rientranti nelle condizioni richieste dal diritto internazionale per tale qualificazione. Si poteva presentare il caso che una formazione militare nemica non rispettasse leggi e usi di guerra. In quanto tale formazione fosse espressione organica dello Stato nemico, questo ne doveva comunque rispondere. La Potenza lesa poteva anche addurre l'assenza di tale requisito come sufficiente per disconoscere la natura di legittimo combattente a quanti militassero in tale formazione. Non poteva però sollevare tale contestazione dopo che avesse per così dire mostrato acquiescenza al suo impiego nel contesto delle ostilità senza obiettare alcunché. È significativo che nel corso della guerra franco-prussiana del 1870 la Francia reagì tempestivamente alla decisione della Prussia di formare una marina volontaria, negando come si è visto agli equipaggi ingaggiati la natura di legittimo combattente. In buona sostanza, dove non arrivava la certezza delle regole obiettive stabilite dal diritto internazionale codificato, sovr-

⁽²¹⁹⁾ Il diritto di guerra contemporaneo vieta assolutamente la rappresaglia solo in alcuni casi, come l'art. 33 della IV Convenzione di Ginevra del 1949 o gli articoli 20, 51 par. 6, 54 par. 4, 55 par. 3 e 56 par. 4 del I Protocollo addizionale del 1977. In assenza di un divieto espresso, la rappresaglia — per quanto eccezionale — resta possibile se esercitata nel rispetto di talune condizioni: Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia, 12 giugno 2007, *Martiæ*, caso n. IT-95-11-T, in <http://www.icty.org>, par. 465 ss. Difatti l'art. 50, par. 1, lett. c), del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001 (*supra*, nota 204), vieta contromisure solo rispetto ad « obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals ».

niva la certezza del diritto definita attraverso i meccanismi propri di una società anorganica. In particolare attraverso il fenomeno dell'acquiescenza, suscettibile di determinare un fatto normativo per il solo motivo che uno Stato non si sia opposto ad attività o assunzioni di natura giuridica manifestate da un altro Stato ⁽²²⁰⁾. Una volta definito 'obiettivamente' tale status, questo andava comunque rispettato e non era suscettibile di rappresaglia.

12. *Conclusion: la perdurante validità della nozione di 'legittimo combattente' nel diritto internazionale contemporaneo dei conflitti armati.*

Dall'analisi della genesi e delle condizioni poste sul piano internazionale per la qualifica di legittimo combattente appare evidente la capacità del diritto internazionale di distinguere gli interessi in gioco nel conflitto armato e di raccordarli al quadro normativo complessivo di questo sistema giuridico. In proposito si deve ricordare che nell'Ottocento la violenza bellica rappresentava non solo una forma ordinaria di soluzione delle controversie ma la manifestazione massima del potere dello Stato di distruggere un altro Stato. È poco ragionevole che uno Stato si sentisse partecipe di un ordinamento internazionale le cui regole erano all'epoca idonee a legittimare la sua *debellatio*, senza che tale ordinamento fissasse condizioni obiettive per tale azione. E difatti proprio l'inquadramento della violenza privata nelle forme pubbliche della 'guerra' se, da un lato, esalta il monopolio giuridico della forza da parte dell'ente sovrano, dall'altro permette di definire sul piano internazionale una serie di certezze formali su cui si incardinano le relazioni belliche tra Stati. L'autonomia ordinatoria del diritto dei conflitti armati è tale che vi si elude volutamente la pretesa all'origine della guerra appunto per regolare questa su basi di parità tra le Potenze belligeranti.

Perciò il diritto internazionale dell'Ottocento 'razionalizza' la conduzione delle ostilità (anche) delimitando concettualmente la figura del 'legittimo combattente', attribuendogli uno status giuridico che permetteva agli Stati belligeranti di riconoscersi in un

(220) Cfr. in proposito F. SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., p. 20.

quadro unitario di garanzie — simmetriche e reciproche — nello svolgimento delle ostilità.

Nell'ambito di uno sforzo così complesso e al tempo stesso coerente, non mancano segnali espliciti di contraddizione tra la dimensione pubblicistica degli interessi in giuoco e la capacità dello Stato di farsene rappresentante e gestore esclusivo. Questa tensione si scarica anche sulla 'tenuta' giuridica della figura di legittimo combattente in ragione del modo in cui si svolge la dinamica militare. L'idea, fortemente radicata nell'Ottocento almeno in certe realtà nazionali, che vi fosse uno 'spirito' della Nazione espresso ma non pienamente assorbito dalla dimensione storicizzata dello Stato andava pur sempre coordinato con la concezione assolutamente statocentrica che primeggiava a proposito del diritto di guerra.

In forza delle caratteristiche obiettive del regime giuridico della guerra, il diritto internazionale fissa autonomamente i presupposti per lo status del nemico 'legittimo combattente'. In questa luce il diritto internazionale pondera la qualificazione di milite 'regolare' fornita dal diritto interno solo presumendo tale qualità, senza cioè acquisirla automaticamente ⁽²²¹⁾. In quanto compatibile con le proprie condizioni, il diritto internazionale allarga le maglie dei legittimi combattenti, comprendendovi milizie volontarie e corpi franchi per i quali manchi il loro formale inquadramento nell'esercito regolare della Potenza belligerante. Lo stesso diritto internazionale finisce col comprendere tra i legittimi belligeranti la 'levata di massa' della popolazione civile impegnata a difendere il territorio minacciato di invasione nemica ⁽²²²⁾: la 'levata di massa' svolge le funzioni pubblicistiche delle ostilità militari nel vuoto di governo effettivo delle autorità statuali precostituite, ma in modo funzionale alle esigenze di conservazione della Potenza belligerante ⁽²²³⁾.

⁽²²¹⁾ Così invece per L. OPPENHEIM, *International Law*, cit., p. 255.

⁽²²²⁾ Considera tale istituto una eccezione G. BALLADORE PALLIERI, *La guerra*, cit., p. 181.

⁽²²³⁾ Il diritto internazionale presume che la condotta della 'levata di massa' sia funzionale alle esigenze di conservazione 'attiva' dello Stato (sul coordinamento tra la 'guerra di popolo' e l'azione dell'esercito regolare, K. Von CLAUSEWITZ, *Della guerra*, Milano, Mondadori, 2003, p. 632). La 'levata di massa' va coordinata con lo status internazionale del territorio minacciato di invasione. Si consideri l'eventualità che gli organi competenti dello Stato belligerante abbiano stabilito che una zona rientri nella

Quando l'azione militare del privato non combacia con il quadro dei valori internazionali, lo si priva della qualifica di legittimo combattente. È il diritto internazionale dei conflitti armati che ritiene incompatibile con i propri parametri attribuire la qualità di legittimo combattente al corsaro, pur formalmente autorizzato a condurre le ostilità dal proprio sovrano contro altri Stati. La figura — cui neppure si attagliava la nozione di organo — veniva così confinata nella cerchia dei 'combattenti illegittimi' (224).

Le indicazioni emerse dalla ricerca storica sono utili per valutare alcune questioni attinenti allo status di legittimo combattente sulle quali si confronta il diritto internazionale contemporaneo dei conflitti armati. Dovendo costantemente commisurare le manifestazioni della prassi innovative rispetto a quelle su cui si è espressa l'iniziale codificazione de L'Aja, si deve stabilire se contenerle nello schema simmetrico tradizionale oppure discostarsene.

La prima soluzione è stata seguita a proposito del riconoscimento quali legittimi combattenti di quanti sono impegnati in un conflitto di autodeterminazione senza potersi riconoscere in una 'forma-Stato' preesistente. Come è noto, il I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949 ha voluto estendere tale qualifica anche a questi militi, ma subordinandola ad una procedura che presuppone il riconoscimento internazionale dell'Autorità — solitamente denominata 'Movimento di liberazione nazionale' — che li rappresenta e sempre che questa sia in condizione di assicurare il rispetto delle leggi e degli usi di guerra da parte dei propri militanti (225). Se ne deduce che, pure nella logica promozionale del diritto internazionale contemporaneo, perduri una regolamentazione delle ostilità fondata su comuni valori e simmetrie giuridiche, tanto che proprio la difficoltà di rispettare tali parametri ha di fatto reso inapplicabile la procedura richiamata (226).

c.d. « località indifesa » ai sensi e secondo la procedura dell'art. 59 del I Protocollo addizionale del 1997: in base a tale determinazione — notificata al nemico — in quella zona non dovrebbero essere consentite ostilità militari neppure da parte della popolazione (par. 3, lett. c)).

(224) *Supra*, par. 9.

(225) Cfr. gli articoli 1, par. 4 e 96, par. 3 del I Protocollo addizionale.

(226) Sul principio promozionale, cfr. F. SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., pp. 17, 33 ss. e 233 s. E difatti il parallelo II Protocollo addizionale del 1977 riferito ai

Nell'Ottocento, lo statuto giuridico 'privilegiato' del legittimo combattente non era solo in funzione di tutela 'umanitaria' dell'individuo ma anche a salvaguardia di una simmetria delle forze in campo consona al rispetto delle regole internazionali attinenti alla conduzione delle ostilità tra le Parti belligeranti. La codificazione dei requisiti propri dei legittimi combattenti venne fatta alla fine dell'Ottocento per contrapposizione ai combattenti irregolari. Vi rientrano sia l'organo belligerante dello Stato che il privato da quello autorizzato all'esercizio delle ostilità, ma non erano considerati legittimi perché non davano alcuna garanzia sul rispetto delle leggi e degli usi di guerra ⁽²²⁷⁾.

La figura tradizionale del 'combattente illegittimo' ('unlawful combatants') è tuttora presente in dottrina ⁽²²⁸⁾ e si è riproposta nella prassi contemporanea non solo con riguardo ad organi belligeranti dello Stato ⁽²²⁹⁾ ma anche nei confronti di privati.

Anzitutto del privato cui una Parte belligerante affida formalmente la gestione della violenza bellica. Questi *private contractors* sono individui dipendenti (solitamente a tempo determinato) da una società di diritto privato che, a seguito di contratti conclusi con l'autorità di governo impegnata in un conflitto armato, fornisce ad

conflitti armati non internazionali elude volutamente qualunque denominazione del genere per gli insorti.

⁽²²⁷⁾ *Supra*, par. 9.

⁽²²⁸⁾ P. VERRI, *Appunti di diritto bellico*, Roma, 1990, p. 22; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities*, cit., p. 29 ss.

⁽²²⁹⁾ Si pensi al 'Gruppo Stern', che il 17 settembre 1948 si rese responsabile dell'assassinio del conte Bernadotte, funzionario delle Nazioni Unite. Come emerse nel dibattito sul caso davanti alla Corte internazionale di giustizia (sollecitata dall'Assemblea generale ad esprimere un parere sulla titolarità dell'ONU a chiedere la riparazione ad Israele) i componenti del Gruppo erano considerati 'combattenti irregolari' dell'esercito israeliano: cfr. *Exposé du Dr. Ivan Kerno* (représentant du Secrétaire général des Nations Unies) in Cour international de justice, *Memoires, plaidoiries et documents*, 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, p. 54; più in generale, sulle formazioni irregolari israeliane, E. RATIER, *I Guerrieri d'Israele. Inchiesta sulle milizie sioniste*, Verrua Savoia, Centro librario Sodalitium, 1998, p. 94 s. Durante l'operazione 'Enduring Freedom' in Afghanistan gli statunitensi considerarono i militi talebani (ma non gli affiliati ad Al Qaeda) combattenti irregolari ancorché organi belligeranti dello Stato nemico: G. H. ALDRICH, *The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants*, in « American Journal of International Law », 2002, p. 891 ss.; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities*, cit., p. 48.

essa servizi militari, di polizia o più semplicemente logistici. Tali attività in ‘outsourcing’ sono variamente riconducibili alla catena di comando, controllo e comunicazione di una parte del conflitto, sia essa lo Stato sovrano territoriale, lo Stato straniero a qualunque titolo “autorizzato” ad esercitare attività militari sul territorio di un altro Stato oppure l’Autorità occupante ⁽²³⁰⁾. Quando gli individui sono ‘autorizzati’ dalla loro società all’uso della forza perché ciò rientra nell’originaria autorizzazione da quella a sua volta ricevuta dalla Potenza belligerante, essi svolgono prerogative proprie dell’autorità di governo e la loro attività è attribuibile allo Stato ai sensi dell’art. 5 del ricordato Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati ⁽²³¹⁾. In questa veste possono anche essere considerati organi ‘belligeranti’, in quanto lo Stato ha consentito alla società privata cui essi appartengono di svolgere funzioni pubblicistiche in modo coerente alla propria attività militare ⁽²³²⁾. Tuttavia, a parte i casi in cui i singoli individui vengono inquadrati formalmente nell’esercito regolare dello Stato, per far rientrare i *private contractors* nella qualifica di legittimo combattente devono soccorrere per analogia i requisiti richiesti dal diritto bellico. Trattandosi di privati che restano estranei all’organizzazione istituzionale dello Stato, occorre applicare il modello delle milizie volontarie; per ragioni di certezza del diritto, la Potenza belligerante per la quale

⁽²³⁰⁾ Vedi, indirettamente, Cour de Cassation, 27 aprile 2004, in « Revue critique de droit international privé », 2005, p. 79.

⁽²³¹⁾ Il disegno di legge-delega n. 5433 presentato al Parlamento nel corso della XIV legislatura e concernente la revisione per la revisione delle leggi penali militari di pace e di guerra ne prevedeva (art. 5 n. 5) l’applicazione anche ad estranei alle Forze armate impegnati in attività di ‘outsourcing’.

⁽²³²⁾ Cfr.: N. BOLDT, *Outsourcing War - Private Military Companies and International Humanitarian Law*, in « German Yearbook of International Law », 2004, p. 502 ss.; M. SPINEDI, *La responsabilità dello Stato per comportamenti di private contractors*, in *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, a cura di M. Spinedi, A. Granelli, M. Alaimo, Milano, Giuffrè, 2006, p. 67 ss., spec. p. 77 ss.; S. SANNA, *Aspetti giuridici relativi alla prestazione di servizi militari e di sicurezza da parte di contraenti privati in occasione di conflitti armati*, in « Comunicazioni e Studi », 2007, p. 899 s. Sarebbe tuttavia controvertibile assumere questa qualificazione per estendere ai *contractors* (tanto società che singoli « sub-contractors ») l’immunità dalla giurisdizione quale di regola riconosciuta agli organi propriamente istituzionali dello Stato estero che svolgono funzioni pubblicistiche.

prestano servizio potrà procedere alla notificazione della loro qualifica di legittimo combattente nei confronti dell'altra Potenza belligerante secondo quanto previsto dall'art. 43, par. 3, del I Protocollo addizionale del 1977 ⁽²³³⁾. Tale onere prescinde dalle forme attraverso cui l'ordinamento dello Stato belligerante che li impiega abbia configurato la loro condotta nelle ostilità. Si è visto che il diritto internazionale è capace di 'selezionare' in base a propri parametri la qualifica di legittimo combattente ora apprezzando quelli enunciati dal diritto interno della Potenza belligerante, ora prescindendone del tutto: ma è lo stesso diritto internazionale che definisce presupposti e contenuti di uno status giuridico, quello di legittimo combattente, quale condizione obiettiva di 'legittimazione simmetrica' per l'esercizio delle ostilità tra le Potenze belligeranti.

Perciò le maggiori difficoltà di inquadramento della figura di 'legittimo combattente' si presentano nei confronti di colui che svolga attività di terrorismo internazionale senza che la propria condotta sia in alcun modo riferibile a Stati sovrani. Non si tratta pertanto di un organo belligerante. Vi è però da parte di alcuni Stati la tendenza a considerare simili terroristi alla stregua di un 'combattente illegittimo', sottraendoli al trattamento privilegiato che il diritto internazionale configura per i legittimi combattenti ⁽²³⁴⁾, ma mantenendo fermo il principio di distinzione tra civili e combattenti. Ciò permette allo Stato impegnato nell'attività di contrasto di considerare il terrorista quale 'obiettivo legittimo' su cui spiegare inte-

⁽²³³⁾ *Supra*, par. 8. Vedi in argomento anche: *Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for Their Actions*, Geneva, 29-30 August 2005, Centre Universitaire de Droit International Humanitaire, p. 11 ss. Se diventa assorbente ai fini dell'art. 5 la delega di funzioni pubblicistiche ad una società privata, poco conta che lo Stato belligerante eserciti il controllo diretto sulla specifica operazione bellica posta in essere dal singolo 'sub-contractor' ai sensi dell'art. 8 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati. In ogni caso, la soluzione prefigurata nel testo per la qualifica di legittimi combattenti dei 'sub-contractors' andrebbe *a fortiori* seguita se quest'ultimi fossero considerati alla stregua di organi « di fatto » dello Stato belligerante secondo il richiamato art. 8: tale soluzione esclude per i 'sub-contractors' qualunque qualifica di organo « di diritto », nel senso della loro appartenenza all'esercito regolare.

⁽²³⁴⁾ Per la prassi israeliana cfr. Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities*, cit., p. 29 ss.; più in generale, cfr. A. ANNONI, *Esecuzioni mirate di sospetti terroristi e diritto alla vita*, in « Rivista di diritto internazionale », 2008, p. 1001 ss.

ramente la violenza bellica, sia pure in un contesto assolutamente asimmetrico ed estraneo alla tradizione del diritto bellico applicato ai conflitti armati internazionali. tra enti sovrani belligeranti ⁽²³⁵⁾. In specie per gli Stati Uniti, la nuova e diversa valorizzazione della nozione di ‘combattente illegittimo’ trova collocazione solo nell’art. 3 ‘comune’ alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, sempre che si ritenga di poterne accogliere una lettura estensiva idonea a comprendere anche conflitti in parte estranei al territorio della Parte contraente ⁽²³⁶⁾. Se così fosse, la ‘clausola Martens’ che quella disposizione esprime assumerebbe un più ampio significato avvolgente una serie di conflitti armati residuali e non tipicizzabili, espandendo il suo originario valore di ‘norma di chiusura’ del diritto applicabile ai conflitti armati quale in effetti era stata concepita dalla IV Convenzione de L’Aja del 1907 ⁽²³⁷⁾.

⁽²³⁵⁾ Cfr. da ultimo l’art. 43, par. 1, del I Protocollo addizionale del 1977.

⁽²³⁶⁾ Significativa al riguardo soprattutto la prassi degli USA: *Military Order. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism* (13 novembre 2001), in <http://www.fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>; *Military Commissions Act of 2006* (17 ottobre 2006), in <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109-cong-bills&docid=f:s3930enr.txt.pdf>; *Executive order: Interpretation of the Geneva Conventions Common Article 3 as applied to a Program of Detention and Interrogation Operated by the Central Intelligence Agency* (20 luglio 2007) in <http://merln.ndu.edu/archivepdf/terrorism/wb/20070720-4.pdf>; nonché quanto riportato da A. ANNONI, *Esecuzioni mirate di sospetti terroristi*, cit., p. 1003, nota 58; vedi peraltro U.S.S.C., *Humdi v. Rumsfeld*, cit., p. 551.

⁽²³⁷⁾ *Supra*, par. 2.

LAURA PASSERO

DALLE CONVENZIONI DI GINEVRA ALLA
'BANCAROTTA' DEL DIRITTO INTERNAZIONALE.
IL RAPPORTO TRA IL 'NUOVO' *JUS IN BELLO*
OTTO-NOVECENTESCO E LA CATASTROFE
DELLA PRIMA GUERRA CIVILE EUROPEA

1. Premessa. — 2. Guerra e diritto internazionale nella dottrina del primo Novecento. —
3. La 'bancarotta' del diritto internazionale, lo stato di necessità e la *Kriegsräson*.

1. *Premessa.*

La marcia serrata dello 'statualvolontarismo', all'interno del diritto internazionale, raggiunge nei primi anni del Novecento i suoi obiettivi: riesce ad imporre un ordine concettuale attinto al sistema che la dottrina tedesca aveva costruito sui dogmi dello Stato soggetto, del panvolontarismo e della dicotomia tra diritto internazionale e diritto interno. Sono questi gli elementi portanti di un edificio che trova nel monopolio della forza statale il proprio baricentro, seppure dietro la cortina dottrinale dell'autonomia, stabilità e coattività del diritto internazionale rispetto al diritto interno.

La rottura, a fine Ottocento, dello spazio comune europeo a favore di altre nuove potenze mondiali segna, con le parole di Carl Schmitt, l'inizio del declino dello *jus publicum Europaeum* e la delocalizzazione del *nomos*; all'indomani della Grande Guerra, verrà definitivamente siglata la morte di un ordine internazionale eurocentrico, assieme a quella del tradizionale concetto di *bellum justum* formatosi tra medioevo ed età moderna ⁽¹⁾. Ma è già nel decennio

⁽¹⁾ Per un primo inquadramento, è sufficiente rimandare a B. PARADISI, *Civitas Maxima: studi di storia del diritto internazionale*, Firenze, Olschki, 1974; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, Beck, 1988; trad. it., *Storia*

antecedente lo scoppio della guerra che la riflessione degli internazionalisti positivisti inizia l'ultimo tratto del cammino verso la definitiva rimozione del *bellum justum*, dapprima rappreso nella griglia formalizzante dello *jus in bello* — che toccherà il proprio culmine agli inizi del Novecento ⁽²⁾ — e poi sacrificato alla difesa estrema di quel diritto internazionale che, nell'estate del 1914, verrà tacciato di presuntuosa inutilità.

Il rapporto tra guerra e diritto, impostato strumentalmente per colmare le deficienze di un sistema, come quello internazionale, privo di carattere sanzionatorio, va trasformandosi nel pensiero dei positivisti in una progressiva, fortissima, limitazione dei vincoli giuridici imposti *en forme* al fenomeno bellico. In questo senso, lo 'statualvolontarismo' mostra ancora la propria carica vitale, ma è una parabola verso l'autodistruzione, disegnata sul tentativo di potenziamento estremo della sovranità statale, in cui si colloca il dibattito di matrice tedesca sullo stato di necessità.

L'ottimistica fiducia che la società europea tra Otto e Novecento ripose nei 'nuovi' strumenti di limitazione ed umanizzazione della guerra si riveleranno, sul drammatico palcoscenico delle trincee, un vuoto idolo, l'ultimo bagliore di quel *bellum justum* formale che terminerà nel discusso laboratorio giuridico della Versailles del 1919 ⁽³⁾.

2. *Guerra e diritto internazionale nella dottrina del primo Novecento.*

Nell'ottobre del 1863, trentanove delegati provenienti da sedici

del diritto pubblico in Germania, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 223-231; D. QUAGLIONI, *Guerra e diritto nel Cinquecento: i trattatisti del "jus militare"*, in F. LIOTTA (a cura), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, vol. II, Bologna, Monduzzi, 2007.

⁽²⁾ M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 19-26.

⁽³⁾ « Il passaggio dall'una all'altra dottrina della guerra [dal *bellum justum* sostanziale alla 'guerra regolare'] può essere letto come il passaggio da una concezione 'inegualitaria' e 'discriminatoria' del nemico [...] ad una concezione paritetica ed egualitaria, che pone sullo stesso piano entrambi i belligeranti come *justi hostes*. Concetto discriminatorio che sarebbe invece riapparso nel Novecento con la creazione della Società delle Nazioni prima e delle Nazioni Unite poi, e la riutilizzazione nel diritto internazionale bellico della nozione di ingiusto aggressore » (G. SILVESTRINI, *Giustizia della guerra e disuguaglianza: Vattel, l'aggressore ingiusto e il nemico del genere umano*, in « Filosofia politica », XXII, 2008, pp. 381-382).

nazioni — tra cui gli Stati Uniti d'America — si riunirono a Ginevra per iniziativa di Henry Dunant (4). È nota la vicenda dell'imprenditore svizzero che dedicò la propria vita e la propria fortuna ad alleviare le condizioni dei feriti di guerra, com'è noto che alla sua iniziativa si deve la fondazione della Croce Rossa Internazionale e la firma della prima Convenzione di Ginevra.

Il successo dell'iniziativa di Dunant va ricercato — divenendone al contempo una delle massime effigi — in quel vasto movimento d'opinione che caratterizzò lo scorcio dell'Ottocento all'insegna del progresso, della pace, della civiltà. Sono questi i termini fondativi che permettono di vagliare quel « tempo di meravigliosi eventi » (5), in cui le conferenze internazionali e la diplomazia, gli irenisti e i socialisti, gran parte della cultura europea si affaticarono a disegnare la sagoma di un mondo in cammino verso il disarmo e la prosperità.

La storia culturale, sociale, economica a cavaliere tra Otto e Novecento registra la repentina accelerazione degli scambi tra paesi e dipinge nitidamente il fondale di quella retorica del progresso lasciata in eredità dal positivismo filosofico declinante: è questa

(4) Henry Dunant, nato a Ginevra nel 1928, si trovò del tutto casualmente sul campo di Solferino nel 1859. Benché il suo intento fosse quello di avere colloquio con Napoleone III a proposito di certi investimenti in Algeria, Dunant finì per adoperarsi ad organizzare il trasporto e la cura dei soldati feriti all'ospedale di Castiglione delle Stiviere. La profonda impressione riportata da questa esperienza — e fermata nelle pagine del suo *Souvenir de Solférino* del 1862 [Geneve, Joel Cherbuliez, 1862] — spinse Dunant ad avviare una serie di iniziative che culminarono nella conferenza indetta a Ginevra nell'ottobre del 1863. Nonostante gli ampi consensi ottenuti, l'appoggio di personaggi del calibro di Victor Hugo e Charles Dickens, il premio Nobel per la pace ottenuto nel 1901, Dunant non ebbe un concreto sostegno alle proprie iniziative, nelle quali finì per investire tutte le proprie sostanze. Morì ad Heiden nel 1910, in completa solitudine (M. GUMPERT, *Dunant: the Story of the Red Cross*, New York, Oxford University Press, 1938; E. HART, *Man Born to Live: Life and Work of Henry Dunant, Founder of the Red Cross*, Londra, Gollancz, 1953).

(5) « Noi siamo vissuti in un tempo di meravigliosi eventi. Fino alla vigilia dello odierno conflitto, Sovrani e Governi proclamavano di lavorare per la pace. Pochi anni or sono, il nuovo Zar della Russia aveva proposto una conferenza per il disarmo; ed era la vigilia della guerra col Giappone [...]. Il mondo latino non cessò di bizantineggiare [...]. Vero è che spesso, credendo di scoprire nuovi orizzonti, non si fece che vestire di nuove fogge la vecchia trama del pensiero » (N. NASI, *Il diritto e la guerra* - Prolusione al corso di Filosofia del diritto nella Regia Università di Roma 1915-16, Campobasso, Colitti e figlio, 1919, pp. 9-10).

« l'età d'oro della sicurezza » (6), la stagione dell'ufficiale, massimo splendore per il diritto internazionale.

Se il generoso contributo di Henry Dunant pose le fondamenta del nuovo diritto internazionale umanitario, è l'opinione comune a promuovere una visione ordinata della società degli Stati, sorretta dal « carattere internazionale del capitale e del socialismo, [dal] la rete dei commerci che serrava tutta l'Europa, [da]gli ideali civili dominanti, quelli del 'libero scambio' e della 'sicurezza' » (7). Questa tensione ideale e percettiva, questo sentire forte e generalizzato, traccina i suoi argini naturali di opinione socio-culturale per sostanzarsi nel discorso politico-diplomatico-scientifico tra Otto e Novecento: le due Conferenze dell'Aja (altrimenti conosciute come Conferenze della Pace), e la creazione di una Corte Permanente di Arbitrato, confermano un dato che per gran parte della coeva scienza internazionalistica assume le sembianze di un dogma, il dogma della compatibilità, anzi dell'interdipendenza, fra guerra e diritto. Le suggestioni hegeliane sulla doppia natura della guerra, ad un tempo massima violazione del diritto e sua massima sanzione, rappresentano un'ossatura concettuale radicata nel discorso degli studiosi ante-guerra, così come la visione della guerra giusta come *guerres en forme* in cui « il diritto [...] sta [...] esclusivamente nella qualità dei belligeranti portatori dello *jus belli* » (8) e, dunque, l'ormai secolare visione del legame tra guerra giusta e giuridicità della guerra (9).

(6) S. ZWEIG, *Il mondo di ieri. Ricordi di un europeo*, Milano, Mondadori, 1979, p. 9.

(7) T. MANN, *Considerazioni di un impolitico*, Milano, Adelphi, 1997, p. 200.

(8) C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des ius publicum Europaeum*, Köln, Greven, 1950; trad. it., con una postfazione di Emanuele Castrucci, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello ius publicum Europaeum*, Milano, Adelphi, 1991, p. 166.

(9) « La juridicité de la guerre n'est apparue qu'avec la notion canoniste de la guerre juste » (G. SCELLE, *Quelques réflexions sur l'abolition de la compétence de la guerre*, in « Revue générale de droit international public », LXIII, 1954, p. 6. Andrea Rapisardi Mirabelli, scorrendo la tradizionale teorica intorno al fenomeno bellico, notava appunto che « non dovendo [...] attribuirsi negli effetti esteriori alcun diritto a chi facesse una guerra ingiusta, la questione scopriva un aspetto di grave momento pratico, che il Vattel si impegnò a risolvere, chiamando — a riparare il rigore del Diritto naturale — in aiuto il Diritto volontario con la sua regola che la *guerre en forme quant à ses effets doit être regardée comme juste de part et d'autre* indipendentemente dalla giustizia della sua causa.

Giovanni Lomonaco — che ad inizio secolo impartiva a Napoli, con esemplare fedeltà ai vecchi dettami della scuola manciniana, l'insegnamento di Diplomazia e Storia dei trattati — nel suo *Trattato di diritto internazionale pubblico* del 1905 dichiarava con candida fermezza che la « concezione giuridica della guerra è molto diversa dalla concezione volgare », per cui la guerra sarebbe nient'altro che un omicidio e un furto su larga scala: « questo giudizio non si può accettare nell'età moderna [...]. Nel XIX secolo i popoli civili con atti internazionali hanno fermato i principi fondamentali, che si debbono osservare in tempo di guerra; e, sebbene alcuni di questi atti non siano stati suffulti da una formale accettazione da parte di tutti gli Stati, nella pratica sono quasi universalmente seguiti i nobili e generosi dettami di umanità in esso consacrati » ⁽¹⁰⁾. Il lavoro di Lomonaco, assieme a quelli di altri internazionalisti del nostro Paese che rimasero ai margini della svolta positivista impressa da Dionisio Anzilotti ad inizio Novecento ⁽¹¹⁾, rappresenta bene quell'opinione largamente diffusa che equiparava guerra giusta e guerra giuridica, sia nel senso formale della soggezione dei contendenti ad uno *jus in bello* che nel senso materiale di una procedura destinata al ripristino del diritto illegittimamente violato.

Nel concetto di guerra come massima sanzione del diritto, propugnato da questi studiosi, la causa sembra assumere teoricamente un ruolo altrettanto fondamentale dello *jus in bello*; più concretamente, il susseguirsi di iniziative politico-diplomatiche volte a codificare una serie di regole per i belligeranti produce una significativa variazione nel rapporto tra i due elementi. Non a caso Giulio Cesare Buzzati, all'epoca libero docente di Diritto internazionale a Padova, già nel 1888, dando alle stampe il suo lavoro sui

L'idea del Vattel due secoli avanti era stata precisamente definita da B. Ayala, il quale aveva spiegato doversi dare alla parola *justum* anche il significato di ciò ch'è fatto nelle forme » (A. RAPISARDI MIRABELLI, *Il significato della guerra nella scienza del diritto internazionale*, Roma, Tip. G. Civelli, 1910, pp. 19-20).

⁽¹⁰⁾ G. LOMONACO, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, Napoli, Jovene, 1905, pp. 576-577.

⁽¹¹⁾ Ad esempio, P. FIORE, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica. Studi di Pasquale Fiore*, V ed. ampliata, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1915, p. 567; S. GEMMA, voce *Guerra*, in *Digesto italiano*, XII, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1900-1904, pp. 1075-1076.

moderni ritrovati nell'offesa e nella difesa, rivendicava il fatto che « l'epoca nella quale realmente il diritto di guerra poté ottenere [...] l'invocato riconoscimento e la desiderata applicazione è l'epoca nostra [...]». Ormai la realtà del XIX secolo è più avanzata della teoria del XVII »⁽¹²⁾; anche uno dei primissimi esponenti della scuola manciniana, Augusto Pierantoni, indirizzava un vibrante messaggio agli studenti dell'Università romana presentando la traduzione annotata delle due Conferenze dell'Aja sul regolamento di guerra⁽¹³⁾, mentre Enrico Catellani, ordinario di Diritto internazionale a Padova, svolgeva sul primo numero della « Rivista di diritto internazionale » il tema squisitamente formale dell'obbligo della dichiarazione, rivendicando per la scienza internazionalistica il compito di analizzare « il modo nel quale si arriva alla guerra, e nel quale sono poi condotte le ostilità »⁽¹⁴⁾. Questi esempi testimoniano certo un vivace interesse nei confronti di un argomento, lo *jus in bello*, tornato sul banco di lavoro degli internazionalisti con un sostanzioso

(12) G.C. BUZZATI, *L'offesa e la difesa nella guerra secondo i moderni ritrovati. Studio di diritto internazionale*, Roma, Loescher, 1888, p. 35.

(13) « Nell'anno universitario, che volge al termine, vi esposi con amore i precedenti della Conferenza dell'Aja [...]. Voi mi osservaste che mancavano al vostro studio i testi dei trattati; ed io li ho rapidamente tradotti ed annotati » (A. PIERANTONI, *La giustizia internazionale e le leggi della guerra* (1899). *Il manifesto della II Conferenza dell'Aja* (1907), Roma, Cooperativa Tip. Manuzio, 1907, p. VII).

(14) Catellani chiarisce infatti che « la indagine sulla giustizia assoluta della guerra in genere, o di una determinata guerra in particolare, compete [...] allo studioso di filosofia giuridica o di sociologia, ma sfugge alle ricerche di diritto positivo [...]. Abbandonata l'indagine di diritto materiale, resta quella di procedura » (E. CATELLANI, *Per una codificazione del diritto di guerra. L'obbligo della dichiarazione*, in « Rivista di diritto internazionale », I, 1906, p. 186). Sul medesimo tema affrontato da Catellani si veda anche A. PIERANTONI, *La dichiarazione di guerra nella storia*, Città di Castello, Tip. Lapi, 1905 ed E. NYS, *La guerre et la déclaration de guerre. Quelques notes*, in « Revue de droit international et de législation comparée », XXXVII, 1907, pp. 517-542. Da notare, peraltro, che qualche anno dopo proprio un filosofo del diritto, Giorgio Del Vecchio, rivendicava per la guerra la natura di mezzo giuridico per affermare e reintegrare il diritto, con una lunga e 'geniale' argomentazione (cfr. G. DEL VECCHIO, *Il fenomeno della guerra e l'idea della pace*, in « Rivista di diritto internazionale », V, 1910, pp. 47-107; B. BRESCHI, *La dottrina della guerra nel diritto internazionale. Contributi ad una teoria sui procedimenti internazionali*, Roma, Impr. Polyglotte l'Universelle, 1922, p. II nt. 1).

bagaglio di novità ⁽¹⁵⁾, ma gettano anche luce su alcuni momenti di quel passaggio teorico, dal giusnaturalismo al positivismo, che caratterizzò l'internazionalistica europea tra Otto e Novecento.

« Se pure con una certa forzatura e con una certa semplificazione, peraltro illuminante, si disse che il diritto internazionale si era venuto liberando da un problema insolubile giuridicamente qual era quello del *bellum iustum*, per concentrarsi esclusivamente sul problema [...] relativo all'*hostis iustus* » ⁽¹⁶⁾, chiariva Norberto Bobbio nel ripercorrere la prima delle grandi crisi che accompagneranno la storia del diritto bellico ⁽¹⁷⁾: nella « semplificazione illuminante » ora detta si coglie proprio quell'ancora indefinito discorrere di forma accanto alla causa che caratterizzò molti internazionalisti non ancora pienamente votati al canone dello statualpositivismo.

Naturalmente, lo sfondo culturale e teorico che presiedette a queste formulazioni ibride rimanda a quella « geometricità classica » ⁽¹⁸⁾ elaborata tra il XVII e XVIII secolo in Europa e destinata ad infrangersi clamorosamente nell'estate del 1914, così come

⁽¹⁵⁾ Novità che possono essere schematizzate in tre tendenze: « la naissance du droit humanitaire; les premiers efforts de codification; l'importance du droit de la guerre maritime ». Come abbiamo già detto, si deve all'iniziativa di Dunant l'adozione della *Convention internationale pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne* del 1864; tale documento è « la première convention de droit humanitaire, et qui plus est la première convention multilatérale dans l'histoire du droit international » (R. KOLB, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés. Précis*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2003, pp. 23-24). Quanto al movimento di codificazione, riguardante anche la guerra marittima, è necessario ricordare almeno le *Instructions for the government of the armies of the United States in the field*, altrimenti conosciuto come *Codice Lieber*, del 1863; il *Kriegsbrauch im Landkriege* del 1902; il *Laws and Customs of War on Land* del 1904 (cfr. J.W. GARNER, *International Law and the World War*, vol. I, London, Longmans, 1920, pp. 2-30).

⁽¹⁶⁾ N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 64.

⁽¹⁷⁾ La crisi della legittimità della guerra, com'è noto, verrà seguita, nel momento in cui apparirà la prospettiva atomica o della 'guerra totale', da quella della sua legalità: l'applicazione dello *jus in bello* verrà infatti cancellata da un modello bellico completamente anomico (cfr. *ivi*, p. 65).

⁽¹⁸⁾ L'aggettivo 'classico' da intendere in senso schmittiano: applicato al termine ordinamento, ne designa la « capacità di fondare — e di fondarsi su — chiare distinzioni » (A. COLOMBO, *La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 171).

emerge chiaro il tentativo — portato avanti dalla schiera dei giuristi positivisti — di giungere ad una sintesi fra nuove griglie ermeneutiche e vecchio oggetto d'analisi, ancora gravato da una tradizione speculativa resistente.

Se il « problema teologico-morale della colpa »⁽¹⁹⁾, cioè della *justa causa*, era tramontato — secondo la lettura schmittiana⁽²⁰⁾ — assieme alla *Res publica Christiana*, il tema del *bellum iustum*, nella sua accezione squisitamente giuridico-formale⁽²¹⁾, giungeva dal periodo di massimo fulgore dello *jus publicum Europaeum* sostanzialmente intatto. Ed il continuo utilizzo di questo nodo concettuale, la cui rimozione dal discorso dei teorici positivisti è solo apparente, testimonia appunto la problematica giunzione fra un'idea di diritto avalutativo e un'idea di diritto sanzionato.

È un evidente retaggio della più risalente discussione sul fenomeno bellico sostenere — come difatti sostennero alcuni dei massimi esponenti di scuola positiva⁽²²⁾ — che la guerra fosse un mezzo giuridico destinato a sanzionare la violazione del diritto: si tratta appunto dell'opinione più largamente diffusa nella dottrina, italiana e straniera, circa il modo di intendere la funzionalità della guerra in rapporto al diritto — come mezzo eventuale di difesa o sanzione dell'ordinamento giuridico —, rispondente allo scopo di incorporare il fenomeno bellico tra i mezzi coercitivi messi a disposizione dal diritto internazionale per salvaguardare le pretese (giuridiche) degli

(19) C. SCHMITT, *Il nomos*, cit., p. 166.

(20) Ma sull'opportunità di ripensare alcune categorie concettuali elaborate da Schmitt si vedano le osservazioni di G. SILVESTRINI, *Diritti naturali e diritto di uccidere. Teorie moderne della guerra fra modelli teorici e tradizioni di pensiero*, in « Filosofia politica », XXI, 2007, pp. 425-452. Per un'osservazione critica dal punto di vista storico si può invece rimandare a L. MILAZZO, *Perdere il tempo senza ritrovare lo spazio. Francisco de Vitoria secondo Carl Schmitt*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXXVII, 2007, pp. 77-97.

(21) La sovrapposizione tra *justa causa* e *bellum justum* sarebbe però ancora presente nella riflessione di uno dei padri del diritto internazionale moderno, Grozio, incapace di distinguere appunto « il concetto di *bellum justum*, quale concetto giuridico-formale di un ordinamento concreto, dalla questione contenutistica e materiale della *justa causa* » (C. SCHMITT, *Il nomos*, cit., p. 190).

(22) Tra cui basterebbe citare Dionisio Anzilotti, artefice della svolta positivista impressa alla dottrina del diritto internazionale del nostro Paese (cfr. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1912, pp. 302-303).

Stati. Accanto a questa collaudata immagine della guerra, gli internazionalisti di scuola positiva introdussero però la nozione di una guerra destinata a tutelare gli interessi statuali privi di qualificazione giuridica ⁽²³⁾ e, dunque, la nozione di una guerra ben lontana da quella sostanzialistica del *bellum justum*: piuttosto che espungere ogni collegamento funzionale tra guerra e diritto — sulla circostanza che causa e scopo dell'impresa bellica restino fuori dal giudizio normativo — la dottrina otto-novecentesca giustappose l'idea di guerra come strumento sanzionatorio del diritto a quella di strumento per la realizzazione di semplici interessi. In sostanza, ad una guerra giusta solo in una determinata occasione venne affiancata la guerra giusta in ogni occasione, sul presupposto dell'apparente avalutatività del diritto positivo.

Il fenomeno bellico continua a trovare, anche nella disincantata prospettiva positivista, la propria 'giuridicità', ma solo attraverso la chiave di lettura formalizzante dello *jus in bello*, che finisce per unificare in sé i piani originariamente distinti della legittimità e legalità della guerra, riducendo la prima alla seconda: gli Stati potranno, se pure in rarissimi casi, utilizzare la guerra come *extrema ratio* per la tutela dei propri diritti, ma in generale saranno liberi di agire come meglio credono e per i motivi e gli scopi che ritengano più meritevoli, salvo il vincolo modale del diritto bellico oggettivo.

Si annida già, in questo ripiegarsi della disciplina bellica nei tanto celebrati mezzi dello *jus in bello* umanitario e civilizzatore, il senso dell'annientamento dell'ordine giuridico internazionale, impresso non tanto dalla conflagrazione mondiale, come intonerà

(23) La distinzione fra cosiddetti interessi giuridici e politici venne sviluppata in Germania e variamente ripresa, anche in Italia. Uno dei capiscuola dell'internazionalistica tedesca di matrice positivista, Paul Heilborn, ad esempio, poneva tra i fondamenti della sua riflessione sul fenomeno bellico proprio la menzionata distinzione: il diritto internazionale, oltre a riconoscere la guerra come mezzo di tutela di interessi giuridici, ammetterebbe anche la guerra come mezzo di tutela di interessi non giuridici, in forza di una obbligatorietà relativa o di un'indifferenza dell'ordinamento internazionale rispettivamente nei confronti della volontà degli Stati e delle cause della guerra (cfr. P. HEILBORN, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen*, Berlin, Springer, 1896, pp. 321-336). Per una sintesi della teoria heilborniana si può rimandare a B. BRESCHI, *La dottrina*, cit., p. 27-37.

l'opinione pubblica, ma dall'estremo, autofagico, dilatarsi della premessa statualvolontaristica.

3. *La « bancarotta » del diritto internazionale, lo stato di necessità e la Kriegsraison.*

« Singolare e non invidiabile posizione quella di chi oggi deve, per istretto obbligo accademico, inaugurare dinanzi a Voi [...], il nuovo anno scolastico [...]. L'immane conflitto che si svolge sotto ai nostri occhi non ha forse dimostrato, con tremenda eloquenza, la vanità o almeno l'estrema fragilità di un preteso ordinamento giuridico dei rapporti fra gli Stati, proprio nel momento in cui più sicuro e completo se ne annunciava lo sviluppo? » (24).

Con queste parole Dionisio Anzilotti inaugurava a Roma l'anno accademico 1914-15: l'intervento dello studioso toscano, come la maggior parte degli interventi tenuti in quegli anni dai cultori del diritto internazionale, ricalcava le orme note della difesa d'ufficio contro la proclamazione della « morte del diritto internazionale ».

Troppo acuto, insopportabile, si manifestava il divario fra le luminose promesse formulate da politici e studiosi intorno alla sempre maggiore cooperazione degli Stati (25) — apparentemente consacrata nelle conferenze dell'Aja, nei trattati bilaterali, nella Corte Permanente d'Arbitrato (26) — e lo scoppio di un conflitto

(24) D. ANZILOTTI, *Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale* - Università degli Studi di Roma, anno accademico 1914-15, Roma, Athenaeum, 1915, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, vol. I, Padova, Cedam, 1956, p. 617.

(25) Louis Renault, inaugurando il suo corso di Diritto internazionale a Parigi nel 1914, constatava appunto che « i rapporti fra Stato e Stato avevano raggiunto grandissimo sviluppo [...]. Ed anche quando non vi fosse luogo a veri e propri legami giuridici, i popoli cercavano costantemente d'illuminarsi a vicenda [...]. Non si camminava, dunque, verso la costituzione di una Società delle Nazioni? » (L. RENAULT, *La guerra e il diritto internazionale* - Dalla Prolusione al Corso di Diritto Internazionale, tenuto all'Università di Parigi il 15 dicembre 1914, in « Conferenze e prolusioni », VIII, 1 settembre 1915, p. 341).

(26) Per alcune riflessioni coeve, o di poco posteriori, ai lavori dell'Aja si può rimandare a: W.T. STEAD, *Le parlement de l'humanité. La conférence de la paix à La Haye 1907*, Amsterdam, Maas & Van Suchtelen, 1907; A. DE BUSTAMANTE, *A segunda conferencia de la paz (El Haya 1907)*, Madrid, Suarez, 1908; O. NIPPOLD, *Die zweite Haager Friedenskonferenz*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1908; A.P. HIGGINS, *The*

mai così esteso ed immediatamente segnato dalle più brutali contravvenzioni agli accordi vigenti.

Le « idilliache ipocrisie umanitarie », il baloccarsi « nell'aspettare il progresso, l'incivilimento » (27), furono condensate nella formula, divenuta d'un tratto vuota, di 'diritto internazionale'; allo stesso tempo, cresceva inarrestabile « il diapason delle lamentele contro le offese allo stesso diritto internazionale » (28); questo doppio, assolutamente contraddittorio, giudizio impegnò a vario titolo l'internazionalistica europea, costretta a ricusare il verdetto « grossolano » dell'opinione pubblica ed a perfezionare in tempo reale la sistemazione del nuovo fatto bellico in strette maglie concettuali (29).

Una delle strategie generalmente portate avanti dagli studiosi fu la paradossale, ma assai eloquente, smitizzazione del tanto osannato *jus in bello* otto-novecentesco: il prodotto estremo della deteologizzazione della guerra, la sintesi del moderno pensare il fenomeno bellico come scontro di soggetti uguali, imbrigliati nella rete giuridica della « *guerre en forme* », il cavallo di battaglia della buona coscienza europea, ma anche la forma della clausewitziana « conti-

Hague Peace Conferences and other international conferences concerning the laws and usages of war: texts of conventions with commentaries, Cambridge, University Press, 1909; E. LEMONON, *La seconde conference de la paix, La Haye 1907*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1912; Ch.L. LANGE, *L'arbitrage obligatoire en 1913: relevé des stipulations conventionnelles en vigueur en 1913 instituant le recours obligatoire à l'arbitrage international*, Bruxelles, Misch & Thron, 1914; J.B. SCOTT, *The Hague conventions and declarations of 1899 and 1907: accompanied by tables of signatures, ratifications and adhesions of the various powers, and texts of reservations*, New York, Oxford University Press, 1915; ID., *The proceedings of the Hague Conferences 1899 and 1907: translation of the official texts*, New York, Oxford University Press, 1919.

(27) F. MARTINI, *Diario. 1914-1918*, Milano, Mondadori, 1966, pp. 19-20.

(28) P. FEDOZZI, *La guerra al commercio nemico e i diritti dei neutri*, in « Rivista di diritto internazionale », IX, 1915, p. 67.

(29) La difficoltà di comprimere il fenomeno bellico nelle varie costruzioni teoriche veniva ora, di fronte al concreto spiegarsi della guerra, sottolineata esplicitamente: « la natura della guerra rispetto a un sistema giuridico internazionale aveva già negli anni a noi più vicini affaticato la dottrina, la quale animata da spirito eccessivamente formalistico e dal desiderio di costruzioni euristiche e rigorosamente logiche aveva troppo spesso dimenticato la realtà o l'aveva costretta a stare a disagio nell'una o nell'altra formula preferita » (P. FEDOZZI, *La crisi del diritto internazionale*, in « Scienza », XXI, 1917, p. 310).

nuazione della politica con altri mezzi » ⁽³⁰⁾, subiva un plateale affondo non tanto, o non solo, per opera degli spregiudicati sostenitori della ragion di Stato, ma da parte di quel medesimo universo scientifico-diplomatico che con tanto zelo aveva contribuito a formare l'immagine della guerra umana, civilizzata, giuridica ⁽³¹⁾.

« La scienza e la diplomazia andarono orgogliose e non pensarono che l'opera da loro compiuta conteneva il germe fatale della disosservanza » ⁽³²⁾, notava Prospero Fedozzi — durante la guerra Rettore dell'Ateneo genovese — nel 1915, in sintonia con quell'argomentare degli studiosi che ravvisavano nella moltiplicazione delle norme dello *jus in bello* la causa prima dell'incessante ripetersi di violazioni al diritto internazionale. L'idea, chiaramente manifestata con riferimento alle due Conferenze della pace e formulata, con precisione e sottile ironia, dal ceto diplomatico ⁽³³⁾, esprimeva in sostanza la convinzione che tanto più estese fossero state le limitazioni imposte 'sulla carta' agli Stati belligeranti, tanto più frequentemente le medesime limitazioni sarebbero state disattese sui reali

⁽³⁰⁾ K. VON CLAUSEWITZ, *Vom Kriege*, Berlin, Dummler, 1832-34; trad. it., *Della guerra*, Milano, Mondadori, 1970, p. 9.

⁽³¹⁾ Con i suoi caratteristici toni, Eduardo Cimbali — futuro apologeta del fascismo — notava appunto che « sono oramai dei secoli che scrittori ed insegnanti di Diritto internazionale esauriscono tutta la loro attività proponendo, propugnando e insegnando regole e regole dirette ad umanizzare, incivilire e rendere innocua la guerra [...]. Ora io domando a tutti gli internazionalisti viventi [...] d'indicarmi una sola guerra, o una sola conflagrazione universale, che non sia stata, da un lato, la più selvaggia ribellione a tutte le regole proposte dagli scrittori e dagli insegnanti, e sanzionate dagli Stati, e che non sia stata, dall'altro lato, una rivelazione di nuovi orrori e crudeltà » (E. CIMBALI, *Inutilità, calamità ed ipocrisia del presente diritto internazionale in pace ed in guerra*-Prolusione pronunciata nell'Aula Magna dell'Università di Catania nel dì 22 aprile 1915, Catania, N. Giannotta, 1915, pp. 12-13).

⁽³²⁾ P. FEDOZZI, *La guerra al commercio*, cit., p. 67.

⁽³³⁾ « Il ne semble pas, à lire les discours prononcés dans ces hautes assemblées [le due Conferenze della pace], que les Etats fussent préoccupés d'assurer par des moyens de coercition le respect de leurs engagements mutuels. Peut-être certains diplomates, interpellés sur ce point, eussent-ils avoué qu'à leurs yeux la violation des règles convenues ne pouvait avoir d'autre effet que de créer au profit des parties lésées une juste cause de guerre. Si cette opinion retardataire l'eût emporté, le principal résultat des Conférences de la Haye eût été de multiplier les cas de guerres légitimes » (J. DUMAS, *Les sanction du droit international d'après les conventions de la Haye de 1889 et de 1907*, in « Revue générale de droit international public », XV, 1908, p. 557).

campi di battaglia: il noto internazionalista francese Pillet, ad esempio, rivolse una critica feroce ai compilatori delle Convenzioni dell'Aja⁽³⁴⁾, che avevano creduto di « donner une nouvelle force au droit de la guerre » e che invece avevano « sapé et renversé son autorité »⁽³⁵⁾, con la previsione sin troppo minuta di una serie di regole la cui sopravvivenza era in definitiva rimessa alla lealtà, buona fede e rispetto di tutte le parti belligeranti.

Le tragiche vicende dell'invasione tedesca del Belgio neutrale, le dinamiche incontrollabili della guerra marina e sottomarina — che porteranno gli Stati Uniti all'intervento —, tutti i noti capitoli del conflitto in cui apparve più manifesto l'arbitrio dei belligeranti, costituirono il punto d'irradiazione di quell'incontrollabile lessico cronachistico-teorico che divise su fronti avversi opinione pubblica e mondo accademico e frantumò in posizioni, naturalmente nazionalistiche ma anche personalistiche, la riflessione dei giuristi europei.

Il verdetto dell'opinione pubblica, lo accennavamo, fu rispedito al mittente con lo stigma di « volgare » ed atecnico, semplice discorrere di anime impressionabili non avvezze a maneggiare concetti giuridici: la « bancarotta del diritto internazionale », *leit-motiv* che racchiudeva l'aspra critica ad un sistema normativo rivelatosi prima incapace di impedire la guerra, ed ora di regolarla, divenne nella difesa degli internazionalisti proprio l'emblema dell'inscusabile superficialità⁽³⁶⁾ di chi attaccava, senza averne titolo, le mirabili

(34) « Pour dire vrai, les Conférences de la Haye n'ont abouti à rien du tout et ne nous ont légué qu'un fatras de vœux candides autant qu'inutiles, de définitions juridiques déplacées, de règles de procédure minutieuses destinées à une Cour internationale des prises qui n'a jamais siégé et suivant toute apparence ne siègera jamais et d'un tribunal d'arbitrage qui a siégé et rendu quelques sentences dont tout le bien à dire est qu'elles ne sont ni meilleures ni plus mauvaises que celles que des arbitres quelconques auraient rendues. Cette appréciation pêche même par excès de faveur » (A. PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, in « Revue générale de droit international public », XXIII, 1916, p. 8).

(35) Ivi, p. 23.

(36) « Quando il conflitto incominciò [...], si venne da ogni parte ripetendo che la conseguenza più certa di questa guerra sarebbe stata la bancarotta del diritto internazionale. Il volgo si compiace di queste affermazioni assolute e sempliciste. Lo stesso pappagallo che, dopo il diffondersi della dottrina della evoluzione, era venuto ripetendo l'antifona della bancarotta della fede; e, dopo la rinascenza spiritualista della fine del secolo XIX, quella della bancarotta della scienza; ora venne ripetendo, colla

costruzioni sortite dal lavoro della dottrina, dimenticando talvolta che il verdetto era stato emesso anche da personaggi di notevole calibro scientifico o politico ⁽³⁷⁾. « Il diritto internazionale è rimasto pur sempre quella disciplina nella quale ogni incompetente crede di poter esprimere le sue vedute personali » ⁽³⁸⁾, rifletteva con un certo fastidio ancora Fedozzi; più pacate nei toni, ma non diverse nella sostanza, le note lette da Giulio Cesare Buzzati il 7 gennaio 1915 all'adunanza solenne del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere ⁽³⁹⁾: è un coro pressoché unanime quello degli specialisti che avvertono la portata radicale del conflitto sotto i loro occhi, ma che vogliono inserire distinguo e rifiutare paralleli storici approssimativi, opponendo le ragioni della scienza a quelle dell'opinione pubblica.

Anche Dionisio Anzilotti, nella sua prolusione romana, dà conto di questo verdetto popolare, ma considerandolo appunto un mero

stessa fedele monotonia, l'annuncio della bancarotta del diritto internazionale » (E. CATELLANI, *La bancarotta dei profeti e la Lega delle Nazioni*, Venezia, Tip. C. Ferrari, 1915, p. 5).

⁽³⁷⁾ « Soprattutto, nello svolgersi del conflitto europeo, si è proclamata, con profonda convinzione, la completa bancarotta del diritto internazionale. Ed il grido non è partito soltanto dalla folla. Un reputato scrittore inglese, il Dicey, ha con ironia osservato che i professori di diritto internazionale insegnano qualcosa che non è diritto ed illustrano soltanto delle regole di morale pubblica, alle quali impropriamente si dà il nome di diritto internazionale. Più recentemente, un pubblicista francese, il Guyot, esclama: « diritto internazionale è espressione che sta ad indicare un'aspirazione piuttosto che una realtà »; ed un giurista tedesco, il de Niem, dichiara cinicamente che quel diritto è a considerarsi solo siccome un diritto di carta » (A. GIOVENE, *Le nuove vie del diritto*-Conferenza tenuta a Napoli, al Circolo Giuridico, il 10 giugno 1917, in « Conferenze e prolusioni », XI, 16 febbraio 1918, pp. 41-42).

⁽³⁸⁾ P. FEDOZZI, *La crisi*, cit., p. 304.

⁽³⁹⁾ « Qual meraviglia che la pubblica opinione fermamente ritenga annientato quell'ammirabile sistema di diritti e doveri, di prestazioni e pretese sul quale posò sinora in equilibrio la società degli Stati? Che dalla interruzione dei rapporti pacifici argomenti allo sfacelo di ogni norma di condotta delle nazioni e si proclamino la bancarotta del diritto internazionale e chi ha, come chi vi parla, il ministero di professarlo si sente giornalmente chiedere in tono di ingenuo compatimento: mi fa il piacere di dirmi che cosa quest'anno va ad insegnare? E pure nulla è meno fondato di codesto generale convincimento, poiché esso trova la sua origine in un errato concetto [...]: errore del resto facilmente perdonabile » (G.C. BUZZATI, *Il diritto e la guerra* - Discorso inaugurale letto nell'adunanza solenne del 7 gennaio 1915, in « Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere », XLVIII, 1915, p. 34).

« stato di coscienza »⁽⁴⁰⁾, prodotto di un'evidente confusione fra diritto positivo « che non esclude, ma prevede e disciplina la guerra »⁽⁴¹⁾ e quelle « idealità pacifiste », « esigenze umanitarie »⁽⁴²⁾, che Thomas Mann bollava come un « balocco, un pallino per gente che non ha altro da fare se non dedicarsi a qualche trastullo di gran moda e di poco prezzo »⁽⁴³⁾. Ma si deve ripetere che proprio le dinamiche politiche ufficiali, la scienza, la cultura dell'epoca avevano ingenerato nell'opinione pubblica quella fede nei rapporti internazionali che veniva ora repentinamente distrutta: nell'inabissarsi del « mondo di ieri », emergeva una percezione realista del diritto internazionale, condannato a perire insieme alle relazioni politiche ed economiche.

Per la dominante teoria positivista, al contrario, la guerra attuale concretizzava soltanto un'articolazione dei rapporti fra Stati: già nel pensiero filosofico-giuridico del tardo Ottocento⁽⁴⁴⁾, gli irenisti appaiono reclusi in un orizzonte meramente utopico, schiacciati dalla ben più forte e motivata retorica sulla guerra 'essenza dello Stato' e 'maestra di civiltà'⁽⁴⁵⁾; l'ideale kantiano di uno Stato cosmopolitico di pace perpetua⁽⁴⁶⁾ è lontanissimo dal nodo politico-

(40) D. ANZILOTTI, *Il concetto moderno*, cit., p. 617.

(41) *Ibidem*.

(42) *Ibidem*.

(43) T. MANN, *Considerazioni*, cit., p. 200.

(44) Giunto a maturazione lungo il corso del 'secolo lungo', in cui « il cosmopolitismo, e il pacifismo, che sono così tipici della cultura tedesca del Settecento, quando le guerre erano considerate spiacevoli incidenti dei rapporti fra monarchi [...], si dissolvono con estrema rapidità [...]. Non solo gli eserciti della repubblica fanno rivivere l'immagine del cittadino-soldato, ma agli occhi più avvertiti non sfugge la connessione tra rivoluzione e guerra o, su un altro piano, tra la guerra e la vitalità, fisica e morale dei popoli » (C. CESA, *Hegel filosofo politico*, Napoli, Guida, 1976, pp. 178-179).

(45) Tralasciamo i numerosi, e peraltro assai noti, riferimenti specifici alla « guerre divine » di De Maistre e Proudhon, ad Hegel, Fichte, Treitschke, Clausewitz, Moltke. Per un sintetico panorama del polemico si rimanda a G. DEL VECCHIO, *Il fenomeno della guerra*, cit.; C. SCHANZER, *Il mondo*, cit., pp. 11-22; S. CALOGEROPOULOS-STRAITS, *Le recours à la force dans la société internationale*, Lausanne-Paris, LEP, Loisirs et pédagogie-Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986, pp. 22-38.

(46) Sulle caducità e resistenze dell'ideale kantiano si vedano le osservazioni di J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, Milano, Feltrinelli, 1998, pp. 177-215. Una ricognizione sulle origini e sviluppo dell'ideale pacifista in M. HOWARD, *L'invenzione della pace. Guerre e relazioni internazionali*, Bologna, Il Mulino, 2002.

teorico-giuridico di « potenza, guerra e civiltà » che « incombe sugli Stati europei come un loro ineludibile destino » (47). Così la riflessione degli internazionalisti, pur sottoposta alla repentina accelerazione di un evento di proporzioni inedite, continua a muoversi — almeno nelle sue forme meno estemporanee — verso la costruzione di una moderna griglia teorica che racchiuda euristicamente il fenomeno bellico.

Abbiamo accennato come, da parte di certi studiosi, fosse stato messo in luce l'effetto quasi controproducente che aveva sortito, al deflagrare della guerra, il potenziamento dello *jus in bello*, così come le osservazioni sull'inutilità dei meccanismi di risoluzione pacifica usciti dalle Conferenze dell'Aja. Il sistema dell'arbitrato internazionale — caldeggiato nel nostro Paese, sin dai primi del Novecento, da esponenti di spicco della scienza e della politica come Guido Fusinato e Vittorio Scialoja (48) — aveva infatti ricevuto una ben misera disciplina, nonostante i voti e le aspettative del « pregiudizio pacifista » (49): a fronte di un notevolissimo incremento di trattati bilaterali d'arbitrato, peraltro quasi sempre caratterizzati da importanti clausole limitative o eccezzuative e spesso rivolti alla soluzione di controversie gabellari (50), un generale principio di obbligatorietà del giudizio arbitrale uscì malamente sconfitto sia nella prima che nella seconda Conferenza dell'Aja (51), e l'idea di un organo stabil-

(47) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 3. La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 469.

(48) G. FUSINATO, *Gli ultimi progressi dell'arbitrato internazionale*, in « Rivista di diritto internazionale », I, 1906, pp. 16-23. Scialoja, addirittura, si spingeva a proporre l'istituzione di tribunali comuni internazionali, aperti al ricorso diretto dei singoli: V. SCIALOJA, *Per l'istituzione di tribunali internazionali*, in « Rivista di diritto internazionale », IV, 1909, pp. 3-8.

(49) D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., Roma 1915, p. 42.

(50) Tra cui Dionisio Anzilotti ricorda, ad esempio, « regolamento di confini; reclami pecuniari per danni sofferti da privati stranieri; interpretazione di trattati di commercio, di stabilimento e simili; possesso di piccole isole, o di territori disabitati, o privi di valore economico » (ivi, p. 49).

(51) « Alla conferenza del 1899 la Russia proponeva l'arbitrato obbligatorio per due categorie di controversie: reclami pecuniari in seguito ad atti illeciti di uno Stato o de' suoi organi — interpretazione dei trattati costituenti le cosiddette unioni internazionali amministrative [...]. La questione venne ripresa e più largamente discussa nel 1907 [...]: la conferenza dovè [...] contentarsi d'inserire nell'atto finale un semplice

mente deputato alla risoluzione arbitrare delle controversie finì per risolversi in una 'lista di nomi' da cui gli Stati avrebbero potuto eventualmente scegliere l'arbitro da designare ⁽⁵²⁾. Quest'insuccesso — che si palesò in tutta la sua gravità nei convulsi momenti dell'estate 1914 ⁽⁵³⁾ — fu motivato da parte della dottrina positivista con l'impossibilità di strutturare un ente dotato di autonomia giurisdizionale, come tale capace di esprimere una volontà terza e superiore a quella degli Stati.

La stentata fortuna dell'arbitrato, che continuerà del resto anche dopo la tragica esperienza del primo conflitto mondiale ⁽⁵⁴⁾, così come degli altri mezzi pacifici di mediazione fra gli Stati, indicava un punto di convergenza politico-dottrinale teso a circoscrivere, nel flessibile perimetro della sola volontà statale, ogni rapporto, conflittuale o meno, tra sovranità. La medesima tensione informò anche una delle direttrici argomentative che presero ad occupare gran parte dell'internazionalistica europea durante gli anni della guerra: il classico tema dello stato di necessità, appaiato a quello della ragione di guerra, rappresentò un altro fondamentale snodo nel percorso di riflessione intrapreso dai positivisti sul fenomeno della guerra.

voto, in cui si riconosce platonicamente il valore del principio dell'arbitrato obbligatorio » (ivi, pp. 51-52).

⁽⁵²⁾ Un resoconto della prima conferenza dell'Aja, anche sul tema dell'arbitrato, in E.E.F. DESCAMPS, *Conférence internationale de la paix. Règlement pacifique des conflits internationaux. Rapport à la Conférence présenté au nom de la troisième Commission*, in « Revue de droit international », XXXII, 1900, pp. 117-134, 270-299, 353-377, 499-514.

⁽⁵³⁾ « L'ultimatum austriaco non era stato ancora consegnato quando, il 23 luglio, il cancelliere dello Scacchiere inglese, David Lloyd George, disse alla Camera dei Comuni che la 'civiltà' non avrebbe avuto difficoltà a regolare le dispute fra nazioni attraverso 'qualche sana e ben congegnata forma di arbitrato' [...]. Quella sera l'ultimatum austriaco fu consegnato a Belgrado » (M. GILBERT, *La grande storia della prima guerra mondiale*, CDE, Milano 1999, p. 38).

⁽⁵⁴⁾ « Che la prima guerra mondiale portasse a un sistema universalmente accettato di cooperazione internazionale era una delle speranze di quanti ne studiavano le origini e il decorso. Il 15 giugno 1929 lo storico tedesco Emil Ludwig, biografo del Kaiser, scrisse nella introduzione al suo libro sulle origini della guerra: 'possa esso contribuire a rafforzare l'idea di una corte arbitrale' [...]. Ludwig era convinto che non potesse esserci progresso al di fuori di una simile corte e del ricorso all'arbitrato: 'non ci sono alternative: o farlo subito o aspettare un'altra guerra'. Arbitrato e negoziato cominciarono in effetti a lasciare il segno nel dopoguerra, ma solo con lentezza e, come poi si vide, troppo tardi » (ivi, pp. 644-645).

L'ingenuo umanitarismo di quanti avevano creduto in un reale, ed irreversibile, progresso nella limitazione della guerra crollò miseramente di fronte allo spettacolo di una « guerra-inferno », di una tipologia di guerra sino ad allora sconosciuta ⁽⁵⁵⁾, in cui sembrava « essersi esaurita anche ogni possibilità di controllo razionale sulla guerra da parte dei suoi protagonisti » ⁽⁵⁶⁾: il 2 ed il 4 agosto 1914 la Germania invase il Lussemburgo ed il Belgio, « violando i trattati 15 ottobre 1831 e 18 aprile 1839 che garantivano la neutralità perpetua del Belgio, ed il trattato di Londra 11 maggio 1867 che la garantiva al Lussemburgo » ⁽⁵⁷⁾. Nel suo notissimo discorso al *Reichstag* del 4 agosto del 1914 ⁽⁵⁸⁾, il Cancelliere dell'Impero motivò l'azione tedesca con la necessità di prevenire l'imminente

⁽⁵⁵⁾ « Il faut conserver en mémoire que la guerre qui venait de bouleverser l'Europe n'appartient à aucune catégorie de conflit répertoriée jusque là et qu'elle peut d'une certaine façon être considérée comme la première guerre 'totale' de l'histoire. Guerre totale en ce sens que les populations des pays belligérants, voire des pays non belligérants, ont été complètement 'intégrées' moralement, idéologiquement à la guerre » (J.J. BECKER, *La problématique du changement provoqué par la guerre*, in « Ricerche storiche », XXVII, 1997, p. 432).

⁽⁵⁶⁾ A. Colombo, *La guerra*, cit., p. 243. L'autore rammenta proprio la percezione dei combattenti, « agli occhi dei quali la guerra 'assunse una terrificante autonomia dalle motivazioni e dai propositi' individuali, 'venendo sempre più descritta in termini antropomorfici, o come un automa — un organismo che attuava e autorizzava azioni non più attribuibili a scopi' umani [...]. Ma questa fu anche l'esperienza dei governi e degli stati maggiori che [...] sperimentarono il collasso della fiducia clausewitziana nella subordinazione della guerra alla politica e della sua confortevole proiezione intellettuale, la piramide politica-strategica-tattica » (*ibidem*). Sulle prospettive di ricerca storica volte ad approfondire una 'dimensione personale' dell'esperienza bellica si rimanda alle indicazioni di B. BIANCHI, *La grande guerra nella storiografia italiana dell'ultimo decennio*, in « Ricerche storiche », XXI, 1991, pp. 693-745.

⁽⁵⁷⁾ E. VITTA, *La necessità nel diritto internazionale*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », XI, 1936, p. 336.

⁽⁵⁸⁾ « Wir sind jetzt in der Notwehr, und Not kennt kein Gebot. Unsere Truppen haben Luxemburg besetzt, vielleicht schon belgisches Gebiet betreten. Meine Herren, das widerspricht den Geboten des Völkerrechts [...]. Wir wussten, das Frankreich zum Einmarch bereit stand. Frankreich konnte warten, wir aber nicht! Ein französisches Einfall in unserer Flanke am unteren Rhein hätte verhängnisvoll werden können. So waren wir gezwungen uns über den berechtigten Protest des luxemburgischen und der belgischen Regierung hinwegzusetzen. Das Unrecht — ich spreche offen — das Unrecht, da wir damit tun, werden wir wieder gutzumachen suchen, sobald unser militärisches Ziel erreicht ist » (ivi, p. 337 nt. 1).

attacco francese, dunque richiamando la legittima difesa; il Segretario di Stato, invece, si espresse nei termini di una « necessità di guerra », di una « questione di vita o di morte » per il *Reich*. La condotta tedesca, è altrettanto noto, scatenò le dure proteste dei due Stati interessati e di gran parte della comunità internazionale ⁽⁵⁹⁾ — senza tuttavia dimenticare che anche il contegno degli Stati neutrali fu oggetto di violente critiche ⁽⁶⁰⁾ —, e pose all'ordine del giorno della discussione scientifica la natura, i limiti dello stato di necessità (*Notstand*) e della legittima difesa (*Notwehr*), temi dalla « tradizione vetusta » ⁽⁶¹⁾ ma tutti da rileggere, perlomeno alla luce del « trionfo sterile del positivismo » ⁽⁶²⁾.

Enrico Catellani, che durante la guerra fu anche consulente di diritto bellico presso il nostro Comando supremo, nel 1915 rilevava precisamente che « il diritto di guerra delude le aspettative [...] poiché ne sopravvive quella parte non grande che risulta ancora corrispondere alle esigenze ed alle necessità della pratica; mentre per

⁽⁵⁹⁾ « Oltre le fiere proteste elevate immediatamente dal Belgio e dal Lussemburgo, respinsero ogni valore giuridico della pretesa dirimente di necessità l'Inghilterra e la Francia; e successivamente, prima o poi, l'Italia, il Giappone, la Russia, il Portogallo, la Serbia e finalmente gli Stati Uniti d'America » (A. CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale. Note critiche*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », LIX-LX, 1917-18, p. 190).

⁽⁶⁰⁾ « Il est hors de doute que, à la fin de juillet 1914, les neutres ont tenu dans leurs mains le dé fatal. Au lieu de le retenir et de couper court à la formidable et ruineuse partie, ils l'ont laissé tomber, soit par crainte, soit par aveuglement, soit par des considérations inavouables. Il est résulté de leur inertie de graves conséquences [...]. Si les neutres souffrent cruellement de cet état de choses, si leurs intérêts économiques périssent de diverses manières, si leur avenir reste incertain, ils doivent s'en prendre à leur pusillanimité et à leur inertie » (P., *Les neutres et la crise européenne*, in « Revue générale de droit international public », XXI, 1914, p. 507).

⁽⁶¹⁾ M. ASCHERI, *Note per la storia dello stato di necessità*, in « Studi senesi », LXXXVII, 1975, p. 10. L'autore istituisce appunto un paragone fra discussione internazionalistica sullo stato di necessità, gravata dall'eredità dei giusnaturalisti ed intenta, semmai, a raffinare un concetto di per sé scontato, e riflessione pubblicistica ed amministrativistica, ad esempio italiana, in cui « ci si doveva misurare nello sforzo di fondare costituzionalmente e dogmaticamente, nel silenzio dello Statuto albertino, i poteri legislativi d'emergenza » (ivi, p. 11).

⁽⁶²⁾ Così H. LEGOHEREL, *Histoire du droit international public*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 105.

tutto il resto prevale l'arbitrio individuale dei singoli Stati » (63). A parte la messa a fuoco di un fatto certamente incontestabile — sebbene, da parte di alcuni autori, prudentemente non quantificato (64) —, la nota di Catellani definiva con semplicità il nodo concettualmente problematico su cui l'internazionalistica europea stava tessendo una poderosa rete di contributi. In questo senso, la dottrina che si era maggiormente impegnata nello sforzo di definire i caratteri salienti dello stato di necessità, in rapporto alla cosiddetta ragione di guerra ed alla legittima difesa, era stata quella tedesca (65), fonte di una impostazione teorica che ebbe sostenitori almeno sino al secondo conflitto mondiale. Le articolazioni fondamentali di questa teoria rappresentarono infatti il più esteso, generale e persuasivo ampliamento-rafforzamento del concetto di stato di necessità legato, com'era usuale nelle impostazioni più risalenti del tema, a quello della ragione di guerra: autori come von Liszt (66), Heilborn (67), Lüder (68), Strupp (69), pur a diverso titolo, furono i promotori di un concetto di necessità assurto alla teoria generale del

(63) E. CATELLANI, *Fattori ed effetti sociologici della guerra*, in « Rivista italiana di sociologia », XIX, 1915, p. 471.

(64) Così Umberto Borsi, tentando di esprimere un giudizio equanime, osservava che « una non piccola parte dei biasimi dettati dalla coscienza popolare cade nel giusto, perché il diritto di guerra, se non è stato veramente violato tante volte quante si è detto nei comizi e nei giornali, è stato violato molte volte, e, ad ogni modo, più volte che non venga ammesso da certa dottrina giuridica e militare » (U. BORSI, *Ragione di guerra e stato di necessità*, in « Rivista di diritto internazionale », X, 1916, p. 157). Da parte sua Prospero Fedozzi, pur chiarendo che « la somma delle norme osservate dai belligeranti non è minore di quella delle norme sistematicamente violate e misconosciute », finiva poi per ammettere una « massa di incontestabili violazioni giuridiche » (P. FEDOZZI, *La crisi*, cit., pp. 306-307).

(65) « La raison de nécessité est dans l'ordre politique une revendication ancienne [...]. Il était réservé toutefois aux hommes d'Etat de l'Allemagne contemporaine de pousser l'application de la doctrine dans ses conséquences dernières, comme ce fut le privilège de ces juristes d'en avoir entrepris la systématisation complète » (C. DE VISSCHER, *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité*, in « Revue générale de droit international public », XXIV, 1917, p. 74).

(66) F. VON LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, Berlin, Springer, 1898, pp. 207-244.

(67) P. HEILBORN, *Das System*, cit., p. 196.

(68) LÜDER, *Krieg und Kriegsrecht im allgemeinen*, in *Handbuch des Völkerrechts auf Grundlage Europäischer Staatspraxis*, unter Mitwirkung von Dr. v. Bulmerincq [et. al.], herausgegeben von F. von Holtzendorf, IV, Hamburg, Habel, 1889, pp. 169-367.

diritto, nel novero delle *allgemeine Rechtsformen*, le forme giuridiche essenziali comuni ad ogni branca del diritto; uno stato di necessità capace di scindere qualunque nesso di obbligazione, rimuovendo contestualmente l'illiceità dell'atto o, nella variante meno estrema, la punibilità del soggetto. Lo stato di necessità, durante gli anni della guerra, divenne inesorabilmente un crocevia obbligato della riflessione internazionalistica, da taluni letto come lo stigma di una dottrina militarista votata alla ragione di Stato ed alla giustificazione di ogni atrocità, da altri analizzato o utilizzato come uno degli elementi più significativi del rapporto guerra-diritto. Così, dalla Francia si levarono le voci più appassionate contro la teoria germanica dell'atto necessitato e della ragione di guerra: Charles De Visscher ⁽⁷⁰⁾, ad esempio, o Paul Fauchille ⁽⁷¹⁾ condannarono senza appello gli argomenti spiegati in forze dai giuristi tedeschi all'indomani dell'invasione del Belgio e del Lussemburgo; nel « dominio delle frasi fatte » ⁽⁷²⁾, la difesa tedesca eccelse tra « *Kriegsräson geht vor Kriegsmanier* », « *factum valet* » ed il definitivo, sinistro, « *aut ego aut tu* » ⁽⁷³⁾, a riprova che in caso d'insanabile conflitto ciascuno aveva diritto di salvare se stesso sacrificando l'altro, contro la strenua opposizione francese, paladina della cancellazione di un *Notrecht* illimitato.

Nel nostro Paese, invece, si creò un dibattito sfaccettato e vivace, ma non segnato dai toni schiettamente, ed ovviamente, più politici usati dagli scrittori francesi. Nel quadro della discussione italiana, segnata anche dall'imponente riflessione dei pubblicisti-

⁽⁶⁹⁾ K. STRUPP, *Das internationale Landkriegsrecht . Erlautert von Karl Strupp mitberausgeber des Jahrbuches des Völkerrechts*, Frankfurt, Baer, 1914, pp. 3-10.

⁽⁷⁰⁾ Principalmente C. DE VISSCHER, *La Belgique et les juristes allemands*, Lausanne-Paris, Payot, 1916; ID., *Le lois de la guerre*, cit.

⁽⁷¹⁾ Nel 1921, Fauchille tratteggiava ancora in questi termini la dottrina tedesca: « une conception spéciale du droit de la guerre existe en Allemagne. La science et la pratique allemandes n'admettent pas que le déchaînement des passions de la guerre doive être contenu dans certaines limites tracées par les exigences du droit et de l'humanité [...]. Cette doctrine autorise tous les excès » (P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public, II. Guerre et neutralité*, Paris, Rousseau, 1921, p. 14).

⁽⁷²⁾ U. BORSI, *Ragione*, cit., p. 158.

⁽⁷³⁾ Sono tutte espressioni utilizzate da uno dei più agguerriti apologeti della ragione di guerra: J. KOHLER, *Not kennt kein Gebot. Die Theorie des Notrechtes und die Ereignisse unserer Zeit*, Berlin-Leipzig, Rothschild, 1915.

amministrativisti ⁽⁷⁴⁾, i bersagli chiaramente individuati altrove — basti appunto pensare al colloquio diretto che gli scrittori francesi intavolarono con la dottrina germanica — si scolorirono in una dimensione tutta nazionale, in cui Dionisio Anzilotti divenne l'apologeta massimo del *Notstand* ⁽⁷⁵⁾. Soprattutto nel suo *Corso di diritto internazionale* del 1915, lo studioso toscano propose infatti una lettura del tema in chiave strettamente germanofila, attraverso l'assimilazione fra stato di necessità e ragione di guerra e la proclamazione della sostanziale illimitatezza della necessità, di volta in volta ancorata allo scopo di condurre vittoriosamente un'azione bellica o di « allontanare dalle truppe un pericolo grave ed imminente » ⁽⁷⁶⁾. Scorrendo gli esempi offerti da Anzilotti, ripresi dalla dottrina tedesca, per chiarire il diverso atteggiarsi della 'necessità strategica' e della 'necessità catastrofica', appare evidente ove risieda l'*incipit* della serrata polemica che oppose il caposcuola della nostra internazionalistica a gran parte degli altri studiosi, fermi nel negare qualsiasi cittadinanza allo stato di necessità ⁽⁷⁷⁾: il « far fuoco sopra

(74) Oltre alle indicazioni sulla « ampissima letteratura » fiorita in Italia da fine Ottocento, contenute in M. ASCHERI, *Note*, cit., p. 11 nt. 8, si vedano anche A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della teoria di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1976; M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in « Quaderni fiorentini », X, (1981), pp. 207-211, ora con il titolo '*Stato giuridico' e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909)*', anche in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 313-318; G. CIANFEROTTI, *Gli scritti giovanili di Federico Cammeo (1892-1899)*, in « Quaderni fiorentini », XII, 1993, pp. 158-164.

(75) « Il caposcuola dei nostri internazionalisti positivisti la [ragione di guerra] riafferma con impressionate energia, illustrandola con esempi talmente coloriti, da lasciare chi legge perplesso sull'indole dei vantati progressi di quel diritto » (U. BORSI, *Ragione*, cit., p. 159).

(76) D. ANZILOTTI, *Corso*, cit., Roma 1915, p. 209.

(77) La tesi che accomunò varie dottrine nazionali fu quella della negazione di un *Notrecht* più o meno ampio, ovvero quella della totale inesistenza, sia nei trattati che nelle consuetudini, di una regola generale autorizzante gli Stati a sciogliersi unilateralmente e senza formalità dagli obblighi contratti, e l'impossibilità di sottrarre al giudizio meramente discrezionale degli Stati stessi il ricorrere di cause obiettivamente configuranti la necessità. Arrigo Cavaglieri, in particolare, si dedicò ad un'ampia disamina delle fonti e della giurisprudenza, giungendo appunto alla conclusione che non era possibile trovare un pur vago cenno al meccanismo di sospensione delle regole invocato dai

ospedali, ambulanze, reparti della Croce Rossa, per la necessità di battere efficacemente la zona occupata dalle truppe nemiche » o il « lasciar morire di fame la popolazione del territorio invaso o i prigionieri di guerra per procurare alle truppe i viveri strettamente necessari » (78), casi senza dubbio occorsi durante gli anni della guerra, non potevano che urtare contro la strategia spiegata da parte della dottrina italiana ed europea per difendere l'esistenza di un diritto internazionale, magari limitato alle sole regole dello *jus in bello*, accusato proprio di non saper contenere gli abusi degli eserciti.

È insomma il perenne scontro fra Stato nazionale ed ordinamento internazionale, tra la recrudescenza di diritti sovrani illimitati ed il tentativo di arginare tali diritti nelle labili maglie della norma internazionale che si ritrova, in tutta la sua virulenza, sotto le spoglie dello stato di necessità e della ragione di guerra e che spiega i tentativi di alcuni autori di salvare contestualmente la « realtà delle cose » (79) e la solidità dell'edificio internazionale, riconoscendo il *Notstand* solo come espressa previsione di singole clausole eccezionali (80).

Vale però sottolineare che, a parte la recisa condanna della teoria della necessità, i nostri internazionalisti non parteciparono alla roboante campagna antigermanica iniziata all'indomani della tragica invasione del Belgio: Andrea Rapisardi Mirabelli, nel ripensare i rapporti con la scienza tedesca alla fine del conflitto, dichiarerà infatti, senza mezzi termini, che la scienza del diritto internazionale — intesa come autonoma disciplina dotata di un impianto tecnico-

fautori del *Notstand* (cfr. A. CAVAGLIERI, *Lo stato*, cit.; P. LAMBERTI ZANARDI, voce *Necessità - Diritto internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 902).

(78) *Ibidem*.

(79) *Ibidem*.

(80) « La valutazione utilitaria degli atti bellici in relazione alla misura di accoglimento delle aspirazioni umanitarie e civili si è, almeno positivamente, esaurita nella redazione delle norme limitative: quindi, come gli atti da queste non contemplati sono giuridicamente leciti [...], così gli atti da esse vietati restano giuridicamente illeciti. È vero che il divieto si trova talora accompagnato [...] da una clausola eccezionale, la quale autorizza la valutazione dell'utilità dell'atto bellico in rapporto alle circostanze del caso concreto e secondo il criterio soggettivo del belligerante, ma la adozione di una simile clausola non fa che confermare l'assolutezza del divieto che ne sia privo » (U. BORSI, *Ragione*, cit., pp. 188-189).

dogmatico — è pura creazione germanica ⁽⁸¹⁾. Troppo recente, nel nostro Paese, la mutazione di un'intera disciplina giuridica, perché i suoi rappresentanti si volgessero all'improvviso contro i 'padri nobili' della nuova scuola inaugurata da Dionisio Anzilotti; ma, ben più dell'onesto riconoscimento di un debito, l'astensione degli internazionalisti nostrani dal *battage* antigermanico va forse in primo luogo ricondotta alla sostanziale uniformità di giudizio, alla comune visione ontologica delle relazioni fra gli Stati, pienamente sintetizzata dalle parole di Benedetto Croce: « morta è la fallace idea del diritto internazionale come di una legislazione morale dell'umanità; ma vivo è il diritto internazionale nella sua effettiva realtà di norme che si sono venute formando per reciproca convenienza degli Stati, e delle quali alcune sono state ora rifiutate da tutti o da alcuni Stati, e, dopo la guerra, saranno o ristabilite o abolite o modificate. E che cosa altro è mai la vita effettiva di ogni diritto? » ⁽⁸²⁾.

Ecco l'universo teorico-culturale in cui gli esponenti del nostro positivismo si muovono, l'universo sgorgato dal machiavellismo e tornato al paese d'origine nella sagoma raffinata dal pensiero germanico ⁽⁸³⁾.

I nostri studiosi, per la maggior parte, furono perciò concordi nel riconoscere la labilità di una visione politica, economica, sociale e scientifica che non volesse più contemplare la guerra al di là della « magnifica ironia di pietra e calce » del palazzo dell'Aja ⁽⁸⁴⁾. Enrico

⁽⁸¹⁾ A. RAPISARDI MIRABELLI, *I rapporti internazionali nella Dottrina e nella Pratica tedesca*-Prelezione al corso di Diritto internazionale, presso la Regia Università di Siena, letta il 4 dicembre 1924, in « Studi senesi », XXXVIII, 1924, p. 364.

⁽⁸²⁾ B. CROCE, *L'Italia dal 1914 al 1918. Pagine sulla guerra*, Bari, Laterza, 1950, pp. 116-117.

⁽⁸³⁾ « Il 'diritto delle genti' è il diritto che il più forte impone al più debole. Soltanto il diritto cristiano potrebbe smentire questa massima, ma ha vinto quando lo hanno adottato gli imperatori e poi si è delegato nella storia per rifugiarsi nel seno delle femminucce, per risorgere dopo diciotto secoli travestito da socialismo e andare incontro alla sua seconda bancarotta — formidabile —, la bancarotta del millenovecentoquattordici. Noi avevamo smarrito il senso della storia. Per questo 'diritto delle genti' che è un concetto astratto e relativo, relativo per il tempo e per il luogo. Ma continuavamo a discuterne, non so se per concorrere al premio Nobel, ma certo per preparare delle vittorie tedesche disarmandoci materialmente e spiritualmente » (M. MARIANI, *Il ritorno di Machiavelli*, Milano, Società Editoriale italiana, 1916, p. 276).

⁽⁸⁴⁾ La rivista « Coenobium » riportava nel 1914 brani di un intervento, a firma

Catellani, ad esempio, si beffò di pacifisti e socialisti ⁽⁸⁵⁾, convinti « dell'impero più sicuro della pace fra le Nazioni » come di una conseguenza matematica delle conferenze dell'Aja o dell'accordo planetario di tutti i lavoratori: ma « gli uni non ricordavano che le Convenzioni dell'Aja avevano intessuto una perfetta trama di procedure facoltative [...]. Gli altri non prevedevano la possibilità che mancasse, fra i lavoratori di tutto il mondo, la preventiva unanimità » ⁽⁸⁶⁾.

L'apoteosi dei fatti, che parve annichilire ogni ideale progressista di umanizzazione e limitazione della guerra, diverrà uno dei termini *a contrario* per la fondazione di un nuovo ordine giuridico internazionale — la fenice uscita dalla catastrofe totale della guerra nelle sembianze della Società delle Nazioni —, e per la costruzione del quadro teorico del « dopo Leviatano » ⁽⁸⁷⁾.

« La guerra è un rapporto di forza o un rapporto di diritto? » ⁽⁸⁸⁾: la domanda, posta ad inizio Novecento da uno dei nostri massimi cultori del tema, scandirà ancora la riflessione dei

D.A., apparso sul « Giornale d'Italia »: « per conto mio, applaudisco di gran cuore a tutti gli atti di brutalità, di malvagità, di aggressione, di violenza, di slealtà, di strage e di rapina, che hanno fatto e faranno i civilissimi e umanissimi soldati del Kaiser luterano e dell'Imperatore apostolico. Applaudisco a tutti quegli atti e aspetto che un tedesco — spero che a guerra finita ne ritroverò qualcuno in qualche parte di questo mondo — mi venga a parlare di diritto delle genti, di diritto internazionale, di diritto dei neutri, e di tutte quelle ineffabili sciocchezze con le quali ci hanno seccato da trenta anni a questa parte i saggi signori delle Università e di quella magnifica ironia di pietra e di calce che è il palazzo dell'Aja! » (E., *I volti della guerra*, in « Coenobium », VIII, 31 agosto 1914, p. 54).

⁽⁸⁵⁾ « Si è detto che il Partito Socialista Internazionale ha mancato in quest'ora al suo compito. L'accusa è stata lanciata da molti di coloro che nell'azione concorde di questo partito vedevano il più serio ostacolo da opporre alla minaccia della guerra [...]. Noi diciamo a coloro che accusano il socialismo di non aver saputo impedire la guerra [...] che non si può seriamente pretendere da un partito il quale conta a pena mezzo secolo di vita e di organizzazione, quello che 20 secoli di cristianesimo non sono riusciti ad ottenere. La stessa semplicissima osservazione valga per coloro che cantano la morte del Pacifismo » (*Il partito socialista e la pace*, in « Coenobium », VIII, 31 agosto 1914, p. 29).

⁽⁸⁶⁾ E. CATELLANI, *La bancarotta*, cit., p. 3.

⁽⁸⁷⁾ G. MARRAMAO, *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 44.

⁽⁸⁸⁾ S. GEMMA, voce *Guerra*, cit., p. 1071.

giuristi chiamati, all'indomani del conflitto, ad immaginare una società degli Stati « dominata dai puri principi della giustizia, del diritto, dell'equità [...], avida di luce », e determinata ad abolire (o, almeno, a limitare al massimo) il ricorso alla guerra. Eppure, noterà trent'anni dopo Carl Schmitt, « ogni uomo di Stato e ogni cittadino europeo sapeva che la questione dell'abolizione della guerra coincideva in realtà con quella del disarmo e della sicurezza [...]. I numerosi e controversi progetti a riguardo [...] », declamati ma non perseguiti con una effettiva politica di disarmo e sicurezza reciproca, « gli dovevano apparire come il prodotto della boria di sovranità dei molti Stati europei »⁽⁸⁹⁾, illesi guardiani di una visione teorico-culturale dello Stato-nazione come potenza, troppo frettolosamente collocata tra le macerie della guerra.

⁽⁸⁹⁾ C. SCHMITT, *Il nomos*, cit., p. 351.

MARCELLO FLORES

CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ E CRIMINE DI GENOCIDIO: CONTRADDIZIONI E PROBLEMI DA NORIMBERGA A OGGI

La giustizia di Norimberga.

Tra i crimini soggetti alla giurisdizione del Tribunale militare internazionale di Norimberga, l'unico che costituisce una novità giuridicamente rilevante rispetto alla realtà esistente nel periodo fra le due guerre è quello che viene definito come « crimine contro l'umanità ». Sarà esso, insieme al « crimine di genocidio », che verrà formalmente individuato e definito nella Convenzione approvata il 9 dicembre 1948, a costituire il fondamento più avanzato — ma anche più discusso e spesso contraddittorio — di quel nuovo diritto internazionale che la creazione delle Nazioni Unite sembra richiedere come corollario indispensabile alla propria esistenza. Crimini contro l'umanità sono, come recita la carta che istituisce il tribunale, l'omicidio, sterminio, riduzione in schiavitù, deportazione o altro trattamento inumano di qualsiasi popolazione civile prima o durante la guerra, o persecuzione su base politica, razziale o religiosa, in esecuzione o in connessione con ogni altro crimine su cui ha giurisdizione il tribunale stesso ⁽¹⁾.

Lo strappo che la « giustizia di Norimberga » compie contro la tradizione giuridica continua ad essere al centro del dibattito storico e giuridico. Da una parte, infatti, sembra definitivamente accantonato il diritto ancorato allo stato-nazione, a favore di un diritto universale sovranazionale; dall'altra sembra messa in discussione l'osservanza della basilare norma della irretroattività, il criterio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. In un articolo scritto nell'ot-

⁽¹⁾ *Trial of the Major War Criminals* (TMWC), Nuremberg, International Military Tribunal, 1947-49, v. I, p. 10.

tobre 1949, Franz Neumann giudicava i « war crimes trials » produttori di giudizi « senza precedenti » ma anche capaci « di porre almeno tanti problemi quanti quelli che hanno risolto » (2). Oltre agli aspetti giuridici, Neumann si confrontava con gli aspetti più squisitamente politici sollevati dai processi di Norimberga e di Tokio. Tra i primi la questione della guerra « di aggressione » e l'idea della « cospirazione » costituivano un problema intrecciato e complesso, mentre il più rilevante gli sembrava essere quello della responsabilità individuale per atti commessi dagli stati. Quanto al versante politico questo era il commento dell'autore di *Behemot*, l'opera pubblicata nel 1942 che più d'ogni altra aveva gettato luce sulla realtà del regime nazista:

« I processi sono stati condotti con parecchi obiettivi in mente: punire i criminali tedeschi (e giapponesi); scoraggiare le altre nazioni dall'infrangere la pace o dal commettere crimini contro l'umanità; promuovere la causa della democrazia in Germania e in Giappone; aiutare a reintrodurre i due paesi nella comunità mondiale.

È il secondo problema, ovviamente, quello di maggiore significato. Per come stanno le cose, se i processi rimangono incidenti isolati nella storia della politica internazionale sono di scarso valore. Sono stati condotti dai vincitori e sono così esposti all'ovvio rimprovero che servono soltanto per coprire con una veste giuridica il nudo potere. In assenza di un tribunale penale internazionale permanente, la sincerità dei vincitori non può essere messa alla prova. Governi che scelgono una guerra di aggressione si aspettano ovviamente di essere vincitori e così di sfuggire alla punizione. Se, tuttavia, perdono la guerra e i loro leader responsabili sono puniti come risultato di processi condotti dai vincitori, i vincitori possono a fatica sfuggire all'accusa di ipocrisia lanciata contro di loro » (3).

Dubbioso che un tribunale permanente sarebbe stato capace di agire come deterrente contro la guerra, soprattutto in mancanza di una propria agenzia capace di imporsi con la forza, e a maggior ragione in un mondo bipolare come appariva quello ormai entrato nel vivo della guerra fredda, Neumann suggeriva che sarebbe stato

(2) Franz NEUMANN, *The War Crimes Trials*, « World Politics », Vol. 2, No. 1 (Oct. 1949), p. 135.

(3) Ivi, p. 141.

opportuno — e rilevante — che questo tribunale limitasse la propria giurisdizione alla violazione delle leggi di guerra. Egli aggiungeva, tuttavia, di essere consapevole che il problema di punire le violazioni commesse trascendeva il tema dei crimini di guerra e che né l'adozione della Dichiarazione universale dei diritti umani né quella della Convenzione sul genocidio potevano risolvere il problema — « è abbastanza facile promulgare una dichiarazione sui diritti umani, è molto difficile esservi all'altezza e farla osservare » (4) — lasciato irrisolto dal paragrafo 7 del secondo articolo della Carta delle Nazioni Unite. Secondo la definizione lì presente, infatti, « Nessuna disposizione del presente Statuto autorizza le Nazioni Unite ad intervenire in questioni che appartengano essenzialmente alla competenza interna di uno Stato, né obbliga i Membri a sottoporre tali questioni ad una procedura di regolamento in applicazione del presente Statuto; questo principio non pregiudica però l'applicazione di misure coercitive a norma del capitolo VII ». Su un principio analogo il tribunale di Norimberga si era rifiutato di prendere in considerazione di portare alla sbarra i responsabili di atrocità commesse contro cittadini tedeschi precedentemente alla guerra. Sulla base dell'articolo sopra enunciato, di conseguenza, Neumann riteneva possibile reprimere e giudicare le violazioni di diritti umani che fossero, al tempo stesso, « una minaccia per la pace ». Ma lo stesso articolo lasciava invece irrisolto « il problema di imporre i criteri sui diritti umani la cui violazione non costituisce una minaccia alla pace » (5).

Sul terreno più particolare dei crimini di guerra e contro l'umanità, i processi di Norimberga non furono in grado di creare una chiarezza definitiva. In questo caso il fatto che essi fossero, comunque, dei « processi dei vincitori », rendeva impossibile l'individuazione coerente di quegli atti che, condotti contro la popolazione civile, avrebbero dovuto portare alla sbarra non solamente i criminali nazisti ma, in diversi casi, gli stessi Alleati. Il caso più paradossale, al riguardo, è quello che si riferisce al massacro di Katyn, perpetrato dai sovietici a danno di migliaia di ufficiali e sottufficiali polacchi, di cui il governo di Mosca aveva sempre

(4) *Ivi*, p. 142.

(5) *Ibidem*.

accusato l'esercito tedesco e che, in preparazione di Norimberga, aveva più volte chiesto che fosse indicato quale prova a carico dei nazisti come crimine di guerra. Soltanto la ferma opposizione dei britannici rese impossibile una scelta che avrebbe rischiato di gettare un tragico sospetto su tutte le 'prove' portate dall'accusa a Norimberga.

Nel corso del processo principale l'Ammiraglio Doenitz venne assolto dall'accusa di avere infranto le leggi della guerra sottomarina con ogni probabilità per evitare che si venisse accusati di ipocrisia se si fosse sanzionata una modalità di azione bellica che era la stessa compiuta dai sottomarini alleati (e che si configurava, chiaramente, come crimine non 'necessario' commesso contro i civili). Tutta la questione dei bombardamenti aerei dimostra, del resto, quanto la volontà di Norimberga avesse solo come risultato secondario — e probabilmente non programmato — quello di enucleare nuove norme per il diritto internazionale; altrimenti la casistica dei crimini commessi dalle strategie dell'*air bombing* avrebbe dovuto colpire tanto i tedeschi — che avevano iniziato a sperimentarla ben prima del conflitto mondiale, a Guernica — quanto gli Alleati e gli angloamericani in particolare.

Per quanto riguarda l'accusa — fatta all'epoca del processo da uno degli imputati, Hermann Goering — di rendere il vincitore giudice e il vinto accusato ricorrendo a leggi retroattive, occorre ricordare che almeno per quanto riguarda i crimini di guerra, la clausola Martens aveva già indicato all'inizio del XX secolo come esistessero delle regole di « umanità » radicate nella coscienza collettiva che non potevano, mai e in alcun modo, essere calpestate. Detto in altro modo, secondo le parole del giudice Robert Jackson, Procuratore generale dell'accusa da parte degli Stati Uniti, « non ci facciamo fuorviare dai giuristi che vogliono spaccare il capello in quattro. Non sono forse l'assassinio, la tortura e il rendere schiavi crimini riconosciuti da tutti i popoli civili? Ciò che proponiamo è di punire atti che sono stati considerati criminali fin dai tempi di Caino e sono stati inseriti in ogni codice civilizzato » (6). Più difficile, in realtà, era attribuire una volontà di « gratuita distruzione » ai bom-

(6) Citato in Marcello FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 208.

bardamenti tedeschi delle popolazioni civili dimenticando quanto fatto dai bombardieri alleati a Dresda, Amburgo o Tokio, per non parlare di Hiroshima e Nagasaki.

Ancora più evidenti furono i problemi emersi nei processi di Tokio. La guerra nel lontano oriente, ha scritto l'intellettuale delle Hawaii Gavan Daws, « fu uno scontro di eserciti, uno scontro di culture e — più brutalmente — uno scontro di razze », non solo tra la razza bianca e la gialla ma anche all'interno di quest'ultima. E fu per i crimini commessi in questo scontro che i « bianchi » vincitori crearono il Tribunale Militare Internazionale per il lontano Oriente, istituito dal Supremo Comando delle Potenze Alleate guidato dal generale Douglas MacArthur.

La Carta istitutiva del Tribunale, firmata il 19 gennaio 1946 era in buona parte simile a quella di Norimberga, anche se in questo caso era il generale MacArthur a incaricare il presidente e gli undici giudici che componevano il tribunale stesso. Nell'aprile 1946, dopo avere esaminato ottanta sospetti di reati più gravi rinchiusi nella prigione di Sugamo, ne vennero rinviati a giudizio ventotto, quasi tutti militari di alto grado (gli altri sospetti criminali di guerra vennero rilasciati e mai sottoposti a giudizio).

Vi è una differenza di fondo, non tanto tra i tribunali di Norimberga e Tokio quanto tra i crimini che vennero giudicati in quelle sedi: i massacri e le atrocità commesse dall'esercito giapponese, infatti, avevano tutti avuto un carattere pubblico, non vi era mai stato alcun tentativo di nasconderli o commetterli al riparo dagli sguardi di testimoni. La novità, probabilmente, riguardò solo il trattamento dei prigionieri di guerra; mentre era ormai nota in tutta il mondo la brutalità che aveva accompagnato la conquista di Nanchino, dove oltre i trecentomila civili erano stati uccisi, seviziati, torturati, violentati senza riguardo all'età.

Il razzismo che accompagnava l'esercito giapponese era un'ideologia diffusa e condivisa, alimentata dallo stato e dagli alti comandi, vissuta non con la freddezza cinica e burocratica dei nazisti ma con una partecipazione emotiva che, spesso, turbò gli stessi militari nazisti presenti alle violenze. Sono noti i casi di alcuni ufficiali giapponesi che, resisi conto di avere violentato senza saperlo donne giapponesi, si suicidarono per la vergogna o conobbero un trauma permanente. L'occupazione di settecentomila mq di territorio ci-

nese, con una popolazione di 170 milioni abitanti sottomessi col terrore al regime di occupazione fu seguita allo scoppio del secondo conflitto mondiale dalla conquista dell'Indocina e poi della Birmania e della Malaysia, mentre l'attacco aereo a Pearl Harbor intensificò — con l'ingresso in guerra degli Stati Uniti — la violenza sul Pacifico, come testimoniarono alcune delle più cruente battaglie dell'intero conflitto. La marcia della morte a Bataan (dove 64 mila filippini e 12 mila americani, che si erano arresi, furono condotti per settanta miglia ai campi di prigionia in modo inumano — tanto che ne morirono in 22 mila) fu solo l'esempio più clamoroso.

Accanto al maltrattamento dei prigionieri, e all'uccisione di migliaia di civili « inferiori » (cinesi, vietnamiti, coreani, malesi) con una varietà di modalità barbare di cui non si ha notizia in nessun altro teatro di guerra (il Tribunale di Tokio identificò sedici diversi tipi di assassinio commessi soltanto nei confronti dei prigionieri di guerra), bisogna ricordare almeno gli esperimenti medici e chimici sui prigionieri di guerra e la schiavizzazione di almeno duecentomila « donne di conforto » coreane, che pure non videro riconosciuta la loro condizione degna di attenzione nel pur lungo elenco di crimini di cui vennero accusati i militari giapponesi (è stato solo a partire degli anni '80 e '90 che l'esperienza delle *comfort women* è stato parzialmente affrontato con l'attenzione che meritava da sempre).

Oltre ai più importanti processi di Tokio, corti marziali americane condussero altri processi a Yokohama, a Manila e Luzon, a Nanchino e in altri centri minori, processando quasi un migliaio di militari e condannandone a morte una cinquantina. Quando il Tribunale di Tokio concluse i suoi lavori nel novembre 1948 (due anni e mezzo dopo il suo inizio), nelle 818 sessioni si era parlato delle sette guerre di aggressione compiute dall'impero giapponese tra il 1931 e il 1945, della guerra biologica, delle atrocità commesse contro i civili, delle violenze ripetute nei confronti dei prigionieri di guerra. Il verdetto, lungo 1200 pagine, fu di colpevolezza per tutti i 207 procedimenti, ed in 55 di essi il concetto di « criminalità negativa » (il fallimento nell'impedire crimini commessi dai propri sottoposti) venne legato all'accusa di crimini contro l'umanità. Dei principali accusati, gli unici appartenenti alla classe A (chi aveva pianificato, iniziato, condotto la guerra di aggressione in spregio ai

trattati internazionali), sette furono condannati all'impiccagione, sedici all'ergastolo e due a pene minori.

Complessivamente, considerando i processi svoltisi in Cina, nelle Filippine, in Indocina e altrove da corti britanniche, olandesi, francesi e australiane, vi furono oltre 5600 imputati giapponesi appartenenti alle classi criminali B e C (chi aveva violato le leggi di guerra e chi aveva torturato e ucciso su ordine dei superiori), di cui ne vennero condannati 4400 (a morte un migliaio). Non va dimenticato che il numero degli ufficiali e alti funzionari che commisero suicidio per evitare di essere giudicati da corti di una potenza occupante fu anch'esso, all'incirca, di mille persone.

Il dibattito che accompagnò il processo di Tokio — l'uso di norme retroattive, la giustizia dei vincitori — fu analogo a quello di Norimberga, anche se al momento del verdetto si ebbe un'opinione di dissenso di minoranza (tre giudici su undici) che sfidò, con motivazioni che trovarono successivamente un'eco crescente, l'impianto accusatorio costruito dagli Alleati: il giudice indiano rifiutò l'idea della cospirazione criminale e di considerare una guerra di aggressione un crimine per la legge internazionale; quello olandese rifiutò di considerare dei civili — i membri del governo — responsabili per i comportamenti dei militari in tempo di guerra; il giudice francese lamentò l'esclusione dell'imperatore dal novero dei principali imputati.

Un problema legato ai crimini contro l'umanità risedette — a Norimberga e a Tokio — nella loro scarsa possibilità di essere separati e descritti distintamente dai crimini di guerra. L'accordo di Londra che aveva condotto all'instaurazione del Tribunale di Norimberga aveva stabilito che crimini contro l'umanità erano quelli commessi come conseguenza o in connessione con la guerra di aggressione e con i più tradizionali crimini di guerra. In realtà proprio la formulazione dell'articolo 6, sezione c della Carta di Londra, ricordata all'inizio, sembrava permettere di occuparsi di crimini commessi prima del conflitto; purtroppo la versione russa, e quella inglese e francese che erano state riviste su di essa, usando una virgola al posto di un punto e virgola aveva mutato il senso della frase. Adesso il significato era « che i crimini contro l'umanità non erano sanzionabili se non commessi in connessione con un crimine

altrimenti presente nella giurisdizione del Tribunale » (7). Per questo divenne impossibile occuparsi dei delitti commessi contro cittadini tedeschi, ebrei in primo luogo, prima dell'inizio della guerra. E questo, del resto, rassicurava le potenze vincitrici che non si sarebbe potuto usare il crimine contro l'umanità se non all'interno di un collegamento coi crimini di guerra; evitando, di conseguenza, che si potesse accusare loro stessi di tale crimine per le politiche razziste e colonialiste che non erano certo terminate con la conclusione della seconda guerra mondiale.

I problemi sollevati da Norimberga, tuttavia, non si esauriscono qui. Tutti i sistemi giuridici moderni collegano imprescindibilmente l'esistenza di un reato alla volontà del reo e alla piena coscienza soggettiva di tale volontà. La questione diventa così quella di individuare responsabilità individuali — le uniche perseguibili — all'interno di una macchina statale che si era mossa organicamente contro la *pace* e per lo sterminio. La soluzione proveniente dalla tradizione giuridica anglosassone e raccolta a Norimberga, ma non familiare al diritto europeo) è rappresentata dalla doppia categoria di « cospirazione » e « organizzazione criminale ». La corte di Norimberga riconosce come tali le SS (*Schutz Stauffeln*, squadre di difesa, la principale formazione paramilitare del partito nazista) la Gestapo (*Geheime Staatspolizei*, polizia segreta di stato) e la dirigenza del partito nazista, scagionando invece il governo del Reich e l'alto comando della Wehrmacht (le forze armate tedesche). Il risultato implicito è di cancellare l'obbedienza a ordini superiori come possibile attenuante ed è su questa base che viene selezionata una lista di 22 responsabili identificati come criminali maggiori, in quanto il loro potere si estendeva su diversi territori nazionali controllati dal Terzo Reich. I crimini circoscritti territorialmente sarebbero invece stati esaminati successivamente da altri tribunali nazionali.

È proprio alla sintesi — cercata più che ottenuta — tra la tradizione anglosassone e quella continentale, che in gran parte si devono tanto i risultati quanto i limiti ottenuti dai processi del dopoguerra. « Che il corso del diritto internazionale sia stato cambiato così drammaticamente dalla Carta di Norimberga, dal pro-

(7) Whitney R. HARRIS, *Tyranny on Trial*, Dallas, Southern Methodist University Press, 1999, p. 512.

cesso e dal verdetto, lo si può attribuire a un curioso intreccio di idealismo americano e opportunismo staliniano, che hanno superato l'insistenza britannica sull'esecuzione sommaria dei leader tedeschi » (8). Malgrado il grave limite del doppio standard (gli atti tedeschi « inumani », pur quando simili a quelli alleati, vengono considerati criminali perché in connessione con una guerra d'aggressione) e il rifiuto assoluto della logica del *tu quoque* — chiaramente di enorme rilievo nel giudicare l'elemento della 'necessità' in ordine ad azioni militari o commesse in connessione con azioni militari — il risultato di Norimberga fu quello di sviluppare il diritto internazionale in una maniera all'epoca impensabile, anche se non mancheranno gli ostacoli — primo fra tutti quello alla creazione della Corte penale internazionale permanente, soprattutto da parte degli Usa — a una sua piena e coerente esecuzione sotto l'egida delle Nazioni Unite. Norimberga instaura un precedente: « La colpevolezza per le accuse di crimini contro l'umanità si deve basare sul ragionamento logico di giudici esperti e non sull'imperscrutabile verdetto di una giuria popolare potenzialmente soggetta ai pregiudizi e agli attacchi dei media contro gli accusati. Tutte le prove rilevanti sono disponibili per una corte per la quale la scoperta della verità è più importante che nel normale processo; il peso della prova per sentito dire può risultare minore della testimonianza diretta (perché non può essere controinterrogata), ma non deve essere rigettata ogni volta che sollevi dubbi o confermi sospetti, o illustri accuratamente il contesto storico » (9).

La scelta — per molti versi obbligata — compiuta a Norimberga è quella di circoscrivere la colpa del consenso di massa al nazismo alla cospirazione di pochi, fondando un paradigma interpretativo « intenzionalista » che a lungo ha continuato a influenzare anche la ricerca storica sulla *Shoah*: lo sterminio è stato il frutto del disegno consapevole, coerente e sistematico di alcuni uomini mossi da un odio implacabile contro gli ebrei. L'indifferenza della maggioranza viene assimilata all'obbedienza estorta con la forza da una dittatura spietata. Vi sono state critiche anche severe al « paradigma di

(8) Geoffrey ROBERTSON, *Crimes against Humanity*, London, Penguin Books, 2002, p. 227.

(9) Ivi, p. 233.

Norimberga » e in ogni modo perfino alcuni suoi sostenitori hanno dovuto riconoscere che « non fu un modello di tribunale internazionale imparziale (che avrebbe richiesto giudici da paesi rimasti neutrali); i capi d'accusa uno e due (cospirazione per intraprendere una guerra d'aggressione e crimini contro la pace) erano nuovi e trasgredivano i principi contro la retroattività; l'imparzialità rispetto al terzo capo d'accusa (crimini di guerra) era messa in dubbio dalla decisione contro la prova del *tu quoque*. Ma il grande risultato di Norimberga fu il quarto capo d'accusa, il crimine contro l'umanità — in realtà un crimine ordinario commesso su una scala di barbarie inimmaginabile fino all'Olocausto. Questi non erano crimini di guerra commessi contro soldati nemici, ma contro civili tedeschi — ebrei, zingari, omosessuali, handicappati — che venivano considerati pseudo-umani. Erano crimini commessi non per esigenze di guerra ma per via del razzismo rabbioso dei leader nazisti. Diversamente dai crimini dei pirati o dei negrieri, gli obiettivi tradizionali della responsabilità individuale nel diritto internazionale, essi non avevano bisogno di alcun elemento internazionale per essere oggetto di giurisdizione; erano crimini che il mondo non poteva tollerare avessero luogo ovunque e in ogni tempo, perché disonoravano tutti. Non erano, per questo motivo cruciale, crimini contro i tedeschi (che in questo caso solo i tedeschi avrebbero potuto punire); erano crimini contro l'umanità, perché il semplice fatto che un essere umano potesse pensarli e commetterli diminuiva ogni membro della comunità umana. Per questo solo precedente. Col suo potenziale di distruzione dell'immunità sovrana, il giudizio di Norimberga costituì un grande balzo in avanti per l'umanità » ⁽¹⁰⁾.

Il crimine di genocidio.

È proprio riflettendo sul destino degli ebrei nell'Europa conquistata da Hitler che un giurista polacco ebreo trapiantato negli Stati Uniti, Raphael Lemkin, conia per primo il termine « genocidio » e cerca di definire questo nuovo concetto di barbarie moderna. Il lavoro pionieristico di Lemkin pur se rivisto e in qualche modo ridimensionato condurrà alla Convenzione per la prevenzione e la

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 235.

repressione del crimine di genocidio che l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approva il giorno prima della Dichiarazione universale dei diritti umani, il 9 dicembre 1948.

Il termine appare per la prima volta nel 1943, nella prefazione della voluminosa opera di Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*: « Nuovi concetti necessitano di nuovi termini. Con 'genocidio' s'intende la distruzione di una nazione o di un gruppo etnico. Questa nuova parola, coniata per denotare un'antica pratica nel suo sviluppo moderno, è creata dalla parola *gènos* del greco antico (razza, tribù) e dal latino *cidere* (uccidere), analogamente alla formazione di parole come tirannicidio, omicidio, infanticidio. Parlando in generale genocidio non significa necessariamente la distruzione immediata di una nazione, se non quando essa è accompagnata dallo sterminio di tutti i membri di una nazione. Vuole significare, piuttosto, un piano coordinato di azioni differenti che puntano alla distruzione delle fondamenta essenziali della vita dei gruppi nazionali, con l'obiettivo di sterminare gli stessi gruppi » (11).

Già nel 1933, in un convegno giuridico internazionale tenuto a Madrid, Lemkin aveva chiamato « atti di barbarie » l'uso intenzionale di brutalità che attaccano la dignità degli individui, quando tali atti vengono commessi in campagne di sterminio dirette contro la collettività di cui quegli individui sono membri. Questa formulazione gli sembrava più adatta di quella di « terrorismo », che avrebbe dovuto costituire un approfondimento e precisazione della formula, adottata precedentemente a Varsavia, di « pubblico pericolo ».

Alla vigilia della fine del secondo conflitto mondiale, Lemkin tornava sulla definizione di genocidio in un articolo apparso su « Free World », individuandone la caratteristica principale nell'intento di « distruggere o degradare un intero gruppo nazionale, religioso o razziale, attaccando gli individui membri di quel gruppo » attraverso « una seria minaccia alla vita, alla libertà, alla salute, all'esistenza economica o a tutte queste cose insieme » (12).

Nel 1946 con un saggio dal titolo *Genocidio* apparso su « Ame-

(11) Raphael LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe*, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1943, p. 43.

(12) Raphael LEMKIN, *Genocide. A Modern Crime*, in « Free World », April 1945.

rican Scholar », Lemkin ricordava che l'inserimento del crimine di genocidio nel rinvio a giudizio dei criminali nazisti che sarebbero stati processati a Norimberga mostrava nel modo più esplicito l'enormità dei crimini nazisti, e cioè il « deliberato e sistematico genocidio — ossia lo sterminio di gruppi nazionali o razziali, condotto contro la popolazione civile di alcuni territori occupati con l'intenzione di distruggere particolari razze e classi di gente e gruppi nazionali, religiosi o razziali, in modo particolare gli ebrei, i polacchi, gli zingari e altri » (13).

Un anno dopo la sua pubblicazione negli Stati Uniti, il difficile e voluminoso libro di Raphael Lemkin veniva recensito nella rivista « American Journal of Sociology ». La recensione, a firma di Melchior Palyi, un economista tedesco emigrato in Gran Bretagna e poi negli Stati Uniti dopo l'avvento al potere di Hitler, accusava Lemkin di avere scritto una « requisitoria da pubblico ministero » piuttosto che un'indagine storico-politica. Palyi sottolineava che dei nove capi d'accusa formulati da Lemkin contro le autorità naziste, più o meno tutti avrebbero potuto essere rivolti anche contro gli Alleati: anche se questi ultimi erano ricorsi a « pratiche illegali » coprendole con formule umanitarie o di altro genere mentre i nazisti manifestarono apertamente i loro progetti intenzionali di commettere crimini.

In ogni modo, sulla base delle formulazioni di Lemkin e del rinvio a giudizio e processo di Norimberga, nel dicembre 1946 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approvò una risoluzione che condannava il genocidio come un « rifiuto al diritto all'esistenza di un intero gruppo umano che sconvolge la coscienza dell'umanità », istituendo un Comitato giuridico che avrebbe dovuto presentare un trattato che bandiva il crimine di genocidio e che sarebbe divenuto legge internazionale con l'approvazione dei due terzi dei membri delle Nazioni Unite. L'approvazione della Convenzione sulla prevenzione e la condanna del crimine di genocidio ebbe luogo il 9 dicembre 1948, il giorno prima dell'adozione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Nella Risoluzione n. 96 (I) del 11-X-1946 delle Nazioni Unite, tuttavia, si parlava di genocidio « quando gruppi razziali, religiosi, politici o di altra natura sono stati distrutti in tutto o in parte ». Su

(13) Raphael LEMKIN, *Genocide*, in « American Scholar », April 1946.

insistenza russa e del blocco sovietico, nella definizione approvata il 9 dicembre 1948 erano scomparsi i « gruppi politici », che mancavano, secondo il delegato polacco intervenuto nella stesura conclusiva, « di caratteri distinguibili, che non permettono a causa della loro mutevolezza di rientrare nella definizione » (14). Non a caso sarà questa la missione cui Lemkin si dedicherà successivamente: portare alla comunità internazionale la consapevolezza morale e giuridica di questa novità, e renderla norma giuridica internazionale accettata per impedire che si potesse sprofondare nuovamente in quella barbarie.

Il risultato definitivo codificato nella Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio è un compromesso — senz'altro di elevato livello — che segue di circa due anni la prima risoluzione approvata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1946. Esso era debitore, in parte, dell'articolo 6 dello Statuto del Tribunale Internazionale di Norimberga, che dava la prima e fondamentale definizione dei « crimini di guerra » comprendente, accanto all'omicidio volontario o alla violenza sui prigionieri di guerra anche « il maltrattamento o la deportazione per costringere ad eseguire lavori forzati, o per qualunque altro fine, delle popolazioni civili dei territori occupati o che vi si trovano [...] l'esecuzione di ostaggi, il saccheggio di beni pubblici o privati, la distruzione senza motivo di città o villaggi o le devastazioni non giustificate da esigenze militari » (15).

Quella che nella Convenzione appare per la prima volta è l'idea che possa esistere un crimine commesso contro un « gruppo » in quanto tale e che esso costituisca un reato di fronte al consesso internazionale degli stati. Questa concezione viene introdotta e affermata con forza, pur se non mancano autorevoli voci che intravedono nella stesura di una simile Convenzione una minaccia alla sovranità degli Stati (gli inglesi Sir Hartley Showcross e, successivamente, Mr. Davies (16)). Malgrado tentativi di circoscriverne e

(14) Leo KUPER, *Genocide. Its Political Use in the Twentieth Century*, New Haven, CT Yale University Press, 1981, p. 131.

(15) Cfr. E. GREPPI, G. VENTURINI, *Codice di diritto internazionale umanitario*, Torino, Giappichelli, 2003.

(16) Cfr. Matthew LIPPMAN, *A road map to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, in « Journal of Genocide Research », IV, 2, 2002, pp. 178-179.

ridurne il significato, prevale l'idea di non considerare il reato di genocidio già all'interno dei principi di Norimberga, soprattutto per non ricondurlo soltanto all'interno di un conflitto armato. Il presidente australiano dell'Assemblea Generale dell'Onu, Herbert Vere Evatt, sottolineò come fosse un significativo progresso nel diritto internazionale introdurre il riconoscimento « del fondamentale diritto di un gruppo umano a esistere in quanto gruppo »⁽¹⁷⁾.

Il testo della Convenzione, che si andava scrivendo mentre era ancora forte l'impatto della guerra appena conclusa e si stava accentuando la consapevolezza del destino degli ebrei d'Europa e allargando la memoria della loro tragedia, evita — dopo una animata discussione — di fare esplicito riferimento alle politiche genocidiarie del nazismo e « concluse che ogni riferimento alla barbarie del Terzo Reich avrebbe limitato il proposito primario della Convenzione, che era quello di prevenire e punire la ripetizione di genocidi di cui fossero responsabili gli stati, fossero essi commessi in tempo di pace o di guerra ». Il richiamo alla storia rimane, così, all'interno del preambolo, ma in maniera più ampia e generica al tempo stesso: riconoscendo che « tutti i periodi della storia hanno inflitto gravissime perdite all'umanità » e che era proprio « per liberare l'umanità da una simile odiosa calamità che si richiedeva un'azione internazionale »⁽¹⁸⁾.

La Convenzione, in sostanza, nasce storicamente legata alla volontà di non permettere la ripetizione della violenza nazista; ma da quella coscienza prende le mosse per rivedere in una luce nuova — morale e giuridica — l'intera storia dell'umanità, o almeno di una parte di essa. La *Shoah* costituisce l'evento capace, nella sua unicità e irripetibilità, di sviluppare una consapevolezza di carattere più generale e di proporre una valutazione di portata universale sul terreno giuridico come su quello morale. Non è un caso, forse, che il *nemico* costruito con maggiore pervicacia ed efficacia nel corso del Novecento — l'ebreo per il regime nazista — abbia prodotto una violenza che ha fatto ricorso a tutte le caratteristiche prima elencate. È in questo che risiede, probabilmente, quella che viene chiamata l'*unicità* dell'Olocausto e su cui si è molto discusso e polemizzato.

⁽¹⁷⁾ Ivi, p. 179.

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 180.

Non è solo l'intensità, né le motivazioni, né le modalità, né il carattere premeditato e « finale » della distruzione messa in atto, anche se sono tutti elementi rilevanti a caratterizzare la violenza nazista, a essere decisivi. È la loro compresenza, è quella sorta di tragico compendio di tutti i tipi di violenza possibili presenti nella *Shoah* che fa del genocidio degli ebrei un evento storico di particolare e unico rilievo nel panorama della violenza novecentesca.

Pensare le caratteristiche uniche — o tipiche — della *Shoah* con criteri storici e non sostanzialmente emotivi (e cioè ideologici, politici e/o religiosi) è possibile se si lega in modo particolarmente stretto l'Olocausto come evento alla storia del genocidio come sviluppo della sua definizione, divulgazione e coscienza. L'unicità del singolo fatto storico non impedisce una comparazione ad ampio raggio; permette, invece, l'intreccio di contributi disciplinari diversi mantenendo ferma la consapevolezza della storicità della coscienza raggiunta collettivamente sulla *Shoah* nel corso del dopoguerra. È questo un modo più utile per esaminare le caratteristiche di altri genocidi, precedenti, che si ripropongono anche nella Shoah; e di evitare di pensare ad essa come un paradigma, con il risultato di perdere di vista la distinzione e le singolarità dell'Olocausto e di potere pensare ai genocidi successivi attraverso una camicia di forza che annebbia le particolarità di questi ultimi.

È la Shoah, come evento unico e storicamente definito, a costruire l'idealtipo del genocidio, dapprima sul versante giuridico e poi su quelli, in maniera intrecciata, delle scienze sociali, della storiografia e soprattutto del senso comune. Proprio il carattere storicamente determinato della nascita e uso di questo idealtipo — *un evento che ci permette di pensare (e inventare) un concetto e non viceversa* — rende più complicato, e forse impossibile, risolvere positivamente la questione della sua definizione in un modo che possa essere condiviso e soddisfacente (se non per tutti, almeno per la maggioranza degli studiosi). Senza contare che una nuova definizione, ove pure trovasse ampi consensi, non avrebbe senso se non si trasferisse anche all'interno del diritto internazionale. A meno di non volere un doppio standard codificato, da una parte per la comunità scientifico accademico degli storici e degli scienziati sociali e dall'altra per i giuristi e il diritto internazionale: con l'opinione pubblica in mezzo a scegliere o utilizzare entrambi nel suo uso

riduttivo, simbolico, emotivo e allusivo con cui già spesso quel termine è utilizzato.

Una definizione storicamente fondata.

La scelta di promulgare una convenzione internazionale su un tema nuovo e complesso come il genocidio, sembrava saltare del tutto le difficoltà che erano emerse a Norimberga nella definizione dei crimini contro l'umanità. Il ruolo limitato che la connessione con l'aggressione e i crimini di guerra offriva all'imputazione di crimini contro l'umanità a Norimberga, trovava adesso nella formulazione e nel neologismo offerto da Lemkin nuovo spazio. Anche adesso si trattava di un terreno limitato e circoscritto di imputazioni, ancora più stretto per certi versi di quello relativo ai crimini contro l'umanità. Ma esso sembrava essere una garanzia verso la richiesta, che veniva fatta soprattutto dai paesi di recente indipendenza, di costruire una difesa contro la possibilità che le grandi potenze, vincitrici della guerra, potessero riprendere una politica di violenza per rafforzare il proprio dominio.

Il punto di partenza giuridico, piaccia o non piaccia, soddisfatti in tutto o solo in parte, è un elemento costitutivo non solo della definizione di genocidio, ma anche del modo in cui è stato inteso e diffuso il significato di questo nuovo termine. Sia per i giuristi che avrebbero dovuto applicarla, sia per la comunità degli studiosi che ha cominciato ad affrontare il genocidio nell'ottica della propria disciplina, sia per l'opinione pubblica attraverso la semplificazione e divulgazione che ne facevano i mass media e la classe politica, sia per i giovani attraverso la sintesi con cui i loro insegnanti riassumevano — avrebbero dovuto riassumere — questa novità concettuale e interpretativa. Anche se, più che legittimamente, « si può mettere in discussione il valore della Convenzione contro il genocidio come strumento per comprendere la natura del genocidio » ⁽¹⁹⁾, non si può evitare di riconoscere che la comprensione generale, direi quasi universale, del significato del termine genocidio, è avvenuta attra-

⁽¹⁹⁾ Mark LEVENE, *Genocide in the Age of the Nation State. Vol. 1: The Meaning of Genocide. Vol. 2: The Rise of the West and the Coming of Genocide*, London, I.B. Tauris, 2005, p. 35.

verso la lettura più o meno corretta, più o meno semplificata o articolata, della definizione offerta proprio dalla Convenzione. Storicamente è sorto, prima di quello di capire e comprendere, il bisogno di prevenire e giudicare: tale era l'enormità di quanto avvenuto nel corso della Seconda guerra mondiale con la Shoah che questo obiettivo duplice (giudicare e prevenire) divenne prioritario nell'agenda della ricostruzione internazionale del dopoguerra.

La definizione giuridica nasce, come si è visto, in un preciso momento storico e sotto la spinta concomitante del massacro senza precedenti della seconda guerra mondiale e della tragedia della distruzione degli ebrei d'Europa. Pur se la Convenzione si guarda bene dall'indicare nella recente distruttività del nazismo e dei suoi alleati la causa unica di una violenza senza precedenti che si vuole, adesso, definire e sanzionare senza alcuna eccezione affinché non abbia a ripetersi, è evidente che il peso della Shoah nella costruzione multipla dell'idea di genocidio (dalla sua definizione giuridica alla sua diffusione come termine, da termine di paragone della violenza di massa a nuovo senso di giustizia internazionale) rimane forte e ineliminabile.

Il rapporto tra l'Olocausto e gli altri genocidi è al fondamento stesso, quindi, di ogni ipotesi di comparazione; e coinvolge tanto gli aspetti linguistici e semantici quanto quelli morali e giuridici: anche se sarà soprattutto sul terreno del confronto filosofico e dell'interpretazione storiografica che offrirà riflessioni significative e porterà a una problematizzazione da cui sembrerà difficile riuscire ad uscire con risposte convincenti e adeguate. Questo confronto, tuttavia, avrà luogo prevalentemente a distanza di anni, anzi di decenni, dall'epoca immediata della guerra e del dopoguerra: quando il percorso di conoscenza e presa di coscienza della distruzione degli ebrei avrà ormai conosciuto tappe e momenti significativi di sviluppo; e quando l'uso giuridico o politico-mediatico del termine genocidio si sarà ugualmente misurato con le trasformazioni in corso nella seconda metà del Novecento.

La rappresentazione attuale che abbiamo dell'Olocausto — come « frattura di civiltà », nelle parole di Dan Diner — riguarda più la memoria e la riflessione sull'evento che non l'evento stesso (la distruzione degli ebrei d'Europa durante la Seconda guerra mondiale da parte del nazismo). Pensare che un'analisi di tipo puramente

storiografico, su questo come sugli altri genocidi, ci permetta di risolvere le antinomie legate alla definizione, è chiaramente illusorio a meno che non si tratti di un'analisi che, oltre all'evento, comprenda anche il dopo-evento e le trasformazioni della percezione che si sono succedute.

La comparazione storica è generalmente più utile per individuare le differenze tra gli eventi messi a confronto, mentre l'uso della comparazione nelle scienze sociali serve maggiormente a catalogare i punti di somiglianza e contatto. Non è facile stabilire quale di queste due metodologie sia più utile alla comprensione dei fenomeni considerati o ipotizzati come inseribili nella categoria di genocidio. La somiglianza, come la differenza, non ha un andamento lineare, ed è l'atteggiamento di tipo associativo con cui guardiamo eventi differenti che ci permette, spesso, di cavarne elementi ulteriori di conoscenza. Del resto, basta privilegiare l'analisi sincronica o quella diacronica e le modalità della comparazione non potranno essere le stesse (e forse solo con il combinato di entrambe si potrà ottenere il risultato sperato).

È certamente utile, oltre che ovviamente possibile, mettere a confronto l'«ordine di sterminio» con cui il generale tedesco Lothar Von Trotha dette inizio allo sterminio degli Herero nel 1904 (nell'attuale Namibia) con la logica di sterminio che il nazismo impiegò contro gli ebrei, i malati mentali e gli handicappati fisici, gli omosessuali, i Rom. Nella logica della ricerca di «un *deutscher Sonderweg* che avrebbe allontanato la Germania dalla traiettoria del mondo occidentale» questo confronto non può che rafforzare l'idea di una predisposizione razzista della cultura tedesca nella prima metà del Novecento. Se però si volesse privilegiare il confronto tra Von Trotha e la politica d'intervento del presidente americano Theodore Roosevelt nelle Filippine, o l'atteggiamento suo e dei suoi predecessori nei confronti degli indiani *natives* degli Stati Uniti, si giungerebbe a sottolineare con più forza, necessariamente, il contesto culturale omogeneo (fondato sul socialdarwinismo e sull'idea di classificazione delle razze) in cui la violenza contro popolazioni ritenute inferiori veniva legittimata dalle convinzioni diffuse in contesti anche differenti.

La Shoah diventa il prototipo della narrazione del Male e l'incarnazione del Male assoluto attraverso un lungo processo che

ha, non dimentichiamolo, un punto di partenza giuridico, o meglio giuridico-politico: il Tribunale di Norimberga, la Convenzione sul Genocidio, il Processo Eichman. La modificazione profonda dell'antisemitismo nelle società occidentali del secondo dopoguerra (di cui fa anche parte, sia pure in termini non facilmente individuabili, la risoluzione delle Nazioni Unite che porta alla nascita dello Stato d'Israele) diventa parte integrante del modo in cui il concetto di genocidio e l'evento dell'Olocausto si saldano nella coscienza collettiva. A indebolire il carattere giuridico della definizione di genocidio — e in qualche modo il valore euristico della definizione stessa — non sono tanto i limiti presenti in essa quanto, rispettivamente, il nuovo quadro politico (caratterizzato dalla guerra fredda e dall'impossibilità di creare strumenti organici della giustizia internazionale) e il modo in cui la Shoah diventa patrimonio comune, sia pure in modo lento e contraddittorio, della coscienza collettiva perlomeno occidentale. Il genocidio diventa — come termine generale che incarna, però, l'evento specifico riassunto in Auschwitz — la parola di riferimento per universalizzare la condanna morale e giuridica nata sul ricordo e sull'immagine dei forni crematori di quel campo di sterminio. Diventando in maniera crescente metafora del male e simbolo del male radicale, l'Olocausto assume un rilievo particolare e unico ma permette al tempo stesso — con la parola inventata per definirlo — di individuare e mettere sullo stesso piano morale tutte le violenze estreme, ingiustificate, radicali condotte contro gruppi identificati e stigmatizzati come non umani (non degni di vivere da umani) da parte di chi aveva il potere e l'ideologia per farlo.

L'impasse della giustizia internazionale.

Per circa trent'anni il sistema giuridico creato dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, dalla Convenzione per la prevenzione e la punizione del crimine di genocidio e dalle Convenzioni di Ginevra riassunte e aggiornate nel marzo 1949 in una nuova versione rimase sostanzialmente immobile e ingessato, almeno per quanto riguardava i crimini contro l'umanità e il genocidio. Eventi importanti avevano avuto luogo, ma tutti relativi alla punizione dei delitti commessi nel corso della seconda guerra mondiale (si pensi solo all'importantissimo processo Eichmann a Gerusalemme), nessuno

capace di riguardare i conflitti e le violenze commesse nel dopoguerra in diverse parti del mondo.

Questo congelamento del diritto internazionale — appena l'indomani del grandissimo balzo compiuto nel 1948-49 — era certamente dovuto all'inizio della guerra fredda e alla crescente contrapposizione tra le due superpotenze, che non permetteva tranne rare occasioni scelte unanimi e condivise su questioni che avevano rilevanza nell'ambito della politica e dell'organizzazione internazionale. Ma anche a una contraddizione insita in modo ineliminabile nella costruzione delle Nazioni Unite e del nuovo ordine mondiale: in sostanza nel fatto che la parziale abdicazione della sovranità nazionale a vantaggio dei nuovi organismi internazionali era continuamente messa in forse da una ripetuta adesione dei singoli stati — e principalmente delle potenze vincitrici sedute nel Consiglio di Sicurezza dell'Onu con diritti di veto — alle decisioni che avrebbero potuto costituire un problema per la propria politica interna o internazionale. Scelte che si sarebbero dovute attribuire a organismi giurisdizionali permanenti — il Tribunale penale internazionale — rimanevano vincolate all'azione del Consiglio di Sicurezza perché l'istituzione di quegli organi e agenzie veniva rinviata per timore di avvantaggiare l'avversario o di indebolire se stessi; mentre si lasciava del tutto cadere la possibilità d'intervenire dove gravi violazioni di diritti umani e presunti crimini contro l'umanità stavano accadendo sotto gli occhi di tutti. «La Dichiarazione e la convenzione sul genocidio sono stati il segno più alto di un movimento che non era ancora tanto per i diritti umani quanto contro la tirannia e l'ideologia razzista del nazismo; la sua forza si era esaurita nel suo culmine. Di conseguenza si mostrò impotente a spingere politici e diplomatici a fare qualcosa di concreto contro il genocidio o qualcun'altra delle ripetute e gravi violazioni dei diritti umani che ebbero luogo nei cinquant'anni successivi. Questo terribile fallimento ha occupato un periodo nel quale sono stati promulgati oltre cento trattati internazionali, convenzioni e dichiarazioni, precedute invariabilmente da commissioni preparatorie e conferenze che radunavano i diplomatici nelle più belle e costose città del mondo » (20).

Non è necessario essere così drasticamente pessimisti come

(20) ROBERTSON, *Crimes against Humanity*, cit., p. 37.

Robertson per riconoscere, tuttavia, che i risultati raggiunti nel 1946-49 erano stati capaci di guardare con lungimiranza, e al di là della contingenza della guerra fredda che stava iniziando, al sistema di relazioni internazionali e al sistema di valori che si afferma tra la fine del 1948, quando vengono firmate la Convenzione sul genocidio e la Dichiarazione universale, e l'agosto del 1949, quando le quattro convenzioni di Ginevra sulla protezione dei feriti, sui prigionieri di guerra, sulla protezione dei civili e delle donne riaffermano e aggiornano il diritto umanitario di mezzo secolo prima; anche se erano già palesemente contraddette dalla scoppio della guerra fredda e dall'antagonismo crescente delle due superpotenze, Usa e Urss. Accanto allo scontro che trova il suo epicentro nella crisi di Berlino e nel 'blocco' sovietico della divisa capitale tedesca (giugno 1948-maggio 1949), occorre ricordare il dramma dei profughi — definiti adesso *displaced persons* — in Europa centro orientale (dalla Polonia alla Jugoslavia) o in Asia, dove dodici milioni di persone, tra India e Pakistan, sono costretti a fuggire dai nuovi stati in cui si sentono, in quanto minoranze, minacciati e discriminati.

La natura profondamente ideologica della guerra fredda, combattuta prevalentemente sul terreno della comunicazione, del linguaggio, dell'immagine, dell'identità favorisce un accantonamento forzato dei diritti umani — terreno di valori comuni — che vengono utilizzati strumentalmente di quando in quando accentuando le contrapposizioni (diritti civili e politici *versus* diritti economici e sociali) che si erano già manifestate al tempo della preparazione del testo della Dichiarazione. La possibilità di accusare il campo avversario di violare i diritti umani talvolta tenta le due superpotenze, che tuttavia usano molto parzialmente questo strumento consapevoli di essere entrambe fortemente criticabili, pur se per diversi motivi, del mancato rispetto di diversi articoli della Dichiarazione. La corsa agli armamenti e l'escalation nucleare costituiscono già di per sé un affronto al preambolo della Dichiarazione e alle motivazioni storiche che, negli anni dell'alleanza bellica tra Stati Uniti e Unione Sovietica, avevano spinto a redigerla. Eppure, nonostante tutto, la guerra fredda non può impedire che i diritti umani, pur con ostacoli e difficoltà crescenti, mantengano una loro presenza nel discorso pubblico internazionale, per quanto messi tra parentesi o strumentalizzati nel corso delle complesse vicende del dopoguerra.

L'elenco dei luoghi e momenti dove sarebbe stato auspicabile un intervento — di qualsiasi tipo — proprio in nome dei nuovi diritti sanciti da Norimberga a Ginevra è abbastanza lungo: dalle atrocità commesse nella guerra di Corea a quelle che caratterizzano gli ultimi tragici anni dello stalinismo e del sistema concentrazionario costruito in Urss; dai campi che i britannici utilizzano in Malaysia e in Kenya per controllare gli insorti contro il dominio coloniale ai comportamenti repressivi utilizzati dai francesi in Indocina e Algeria; dalla politica discriminatoria negli stati del sud degli Usa contro la popolazione di colore al regime di apartheid costruito in Sudafrica; dalle fucilazioni e incarcerazioni di massa nei regimi comunisti dell'Europa orientale ai golpe militari in America latina in alcuni casi (Guatemala) con l'aiuto diretto della Cia. Per non parlare delle violenze che accompagnano in alcuni casi il processo di decolonizzazione (il Congo è l'esempio più noto) e dei crimini che accompagnano l'escalation della presenza americana nella guerra nel Vietnam.

« Gli atti di guerra sia degli Stati Uniti sia del Vietnam del nord animarono un nuovo dibattito sull'applicabilità delle norme giuridiche internazionali e, più in generale, sull'adeguatezza della conformità alla legge. Il crescente movimento contro la guerra e la comunità dei diritti umani iniziò a premere per l'applicazione del diritto internazionale alle violazioni dei diritti umani in Vietnam e altrove, non soltanto per crimini di guerra. È significativo che il disaccordo *non* fosse sulla definizione dei crimini ma, piuttosto, sulla capacità della legge di occuparsi della condotta delle ostilità, della protezione delle evacuazioni di soccorso medico e del trattamento dei prigionieri di guerra. Queste difficoltà vennero accresciute da problemi relativi all'applicabilità delle convenzioni umanitarie internazionali per conflitti interni o misti interni-internazionali »⁽²¹⁾. Fu il conflitto in Vietnam a spingere per l'elaborazione dei due Protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra che vennero adottate nel 1977 per rispondere all'intrico di casi in cui guerra, guerriglia, guerra civile, guerra di liberazione nazionale s'intrecciavano in maniera inestricabile.

(21) Theodor MERON, *Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals*, « The American Journal of International Law », 100, 3 (Jul.), 2006, p. 566.

La svolta di Helisnki.

È per certi versi attorno all'inizio degli anni Sessanta (prima o dopo a seconda dei paesi) che si è in presenza di una prima 'riscoperta' della cultura dei diritti che era stata precisata e articolata alla fine degli anni Quaranta: sono gli anni della decolonizzazione — e quindi dei diritti dei popoli all'autodeterminazione — ma anche dei movimenti per i diritti civili e della nascita delle prime organizzazioni non governative che si occupano di diritti umani e aiuto umanitario. È solo verso la metà degli anni Settanta, tuttavia, che si giunge a una vera svolta, che anticipa quella più completa e definitiva che avverrà a sua volta vent'anni dopo. Il momento più significativo è certamente l'Atto finale di Helsinki e l'entrata in vigore delle due Convenzioni (il *Covenant on Civil and Political Rights* e il *Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*) approvate dieci anni prima dalle Nazioni Unite. Le speranze suscitate da quei riassuntivi e importanti documenti ufficiali si aggiungono a quelle che hanno accolto la fine della guerra del Vietnam e nella penisola indocinese. Alla fine del 1976 l'America si appresta a eleggere un Presidente, Jimmy Carter, che fa dei diritti umani un punto di riferimento esplicito con cui segnare una forte discontinuità con le amministrazioni Nixon e Ford. Nello stesso anno Lelio Basso, fondatore della *Lega internazionale per i diritti e la liberazione dei popoli* e che nel 1974 ha dato vita al Tribunale Russell II e tre anni dopo animerà il Tribunale Permanente dei Popoli, si fa promotore della *Carta di Algeri*, approvata il 4 luglio 1976, che costituisce una vera e propria Dichiarazione Universale dei Diritti dei Popoli strutturata sulla falsariga dei trenta articoli della Dichiarazione del 1948.

Carter ha ricordato come « meno di cinque settimane dopo essermi insediato alla Presidenza, annunciammo la nostra intenzione di ridurre gli aiuti americani all'Argentina, Etiopia e Uruguay per la grave violazione di diritti umani commessa dai loro regimi. Dichiarai la mia intenzione di trattare ogni ambasciatore americano come mio personale *rapporteur* sui diritti umani: e chiesi loro di assumersi una diretta responsabilità nello scrivere e preparare il loro *Country Report* sui diritti umani » (22). Il suo impegno lo porta, nel primo

(22) Jimmy CARTER, *The American Road to a Human Rights Policy*, in Samantha

anno di presidenza, a firmare le due Convenzioni delle Nazioni Unite entrate in vigore l'anno precedente e l'*American Convention on Human Rights*, che creava una Corte interamericana dei diritti umani e una Commissione interamericana sui diritti umani con poteri di supervisione e controllo, che tuttavia non venne mai ratificata, tuttavia, dal Senato degli Stati Uniti.

Quegli anni, in realtà, costituiscono uno dei periodi forse più bui a livello internazionale sul terreno del rispetto dei diritti umani. L'America Latina è diventato un continente dove ovunque — dall'Argentina al Cile, dal Brasile all'Ecuador, dall'Uruguay alla Bolivia, dalla Colombia al Venezuela, da El Salvador al Guatemala, da Haiti al Nicaragua, dal Paraguay a Cuba, dal Perù all'Honduras — i diritti umani sono calpestati da dittature militari e regimi autoritari mai così diffusi e violenti, ma a volte anche dai movimenti che li combattono, incapaci di impedire che vittime civili vengano spesso coinvolte nella loro battaglia di libertà o che vengano commessi abusi e violenze immotivate e gravi contro i nemici.

Sono anche gli anni del terribile genocidio cambogiano, certamente il più ignorato e rimosso, per decenni, dalla coscienza internazionale: tra l'aprile del 1975, quando i *khmer rossi* entrano a Phnom Penh, e il dicembre 1978 quando le truppe del Vietnam iniziano la loro avanzata nel territorio cambogiano costringendo il mese successivo Pol Pot e i suoi uomini a rifugiarsi sulle montagne. Due milioni di persone, gli abitanti della capitale, sono distribuiti a forza nelle zone rurali, nel tentativo di creare una civiltà di villaggio premoderna, libera da ogni presenza straniera e dove il livellamento sociale prevede la sparizione forzata delle classi medie, degli intellettuali, degli specialisti di ogni tipo. Sotto la guida del «fratello n. 1», come si fa chiamare Pol Pot, il rimodellamento sociale e intensivo propugnato dai khmer rossi si presenta come una estremizzazione radicalizzata delle esperienze comuniste del passato in cui la repressione colpisce l'intera popolazione, in primo luogo le minoranze vietnamita, cinese, musulmana Chams.

Per oltre dieci anni l'alleanza tra la Cina comunista e gli Stati Uniti ha impedito che la Kampuchea democratica dei genocidiari

Power and Graham Allison (eds.), *Realizing Human Rights. Moving from Inspiration to Impact*, New York, St. Martin's Press, 2000, p. 54.

khmer rossi perdesse il seggio alle Nazioni Unite a favore del nuovo governo della Repubblica popolare di Kampuchea; ha imposto alla Commissione dei diritti umani dell'Onu di ignorare un rapporto con mille pagine di testimonianze sulle violazioni e le violenze commesse dagli uomini di Pol Pot; ha bloccato le richieste da più parti di creare un tribunale penale internazionale per giudicare i responsabili del genocidio in Cambogia; ha evitato che nei documenti che accompagnano i negoziati di pace — iniziati nel 1989 e terminati nel 1991 con gli accordi di Parigi — si parlasse non solo di genocidio ma perfino di crimini contro l'umanità. Perfino il Presidente Carter (il presidente americano più attento alla tematica dei diritti umani) ha condannato l'azione del Vietnam e posto l'embargo al nuovo governo cambogiano, politica riconfermata dal suo successore Reagan.

La ripresa della guerra fredda negli anni Ottanta congelò ancora una volta la possibilità che le novità emerse a metà anni Settanta potessero svilupparsi. Ci volle la crisi e il crollo del comunismo, in parte anticipata e coeva al crollo delle dittature militari lationamericane, per aprire davvero uno spazio nuovo al ripensamento della messa in pratica e dell'aggiornamento del diritto internazionale in materia di crimini contro l'umanità e crimine di genocidio. È in questo stesso periodo, tra l'altro, che in diversi paesi si svolgono procedimenti giudiziari contro criminali di guerra che erano sfuggiti al giudizio e che, in molti casi, si erano rifatti una vita anche con ruoli pubblici di responsabilità. Una nuova legislazione in proposito era stata introdotta in Australia, Canada e Stati Uniti, mentre in Francia dopo il processo Barbie del 1987, negli anni '90 sarà la volta dei processi Touvier e Papon a far puntare nuovamente i riflettori sulla legislazione per i crimini di guerra e contro l'umanità.

È in Gran Bretagna che la proposta di un *War Crimes Act*, nel 1991, fatta per poter giudicare criminali tedeschi divenuti nel tempo residenti o cittadini britannici, solleva un dibattito aspro e complesso, in cui al voto favorevole della Camera dei Comuni si contrappone quello contrario dei Lords. « Gli argomenti addotti dagli oppositori della Legge è superficialmente plausibile. Come abbiamo visto perfino un'autorità come Lord Shawcross ha citato con approvazione le parole di Lord Reading sul fatto che la giustizia rinviata è una giustizia negata. Di qui l'azione intrapresa in nome di questa Legge appare come mera vendetta, una conclusione rafforzata dalla

tendenza a ridurre ogni forma di argomento di tipo retributivo alla vendetta. Comunque, rispetto alla questione del rinvio, è possibile argomentare che esso non è *per se* rilevante al problema della punizione [...]. Che il sistema giuridico civile possa contemplare con equanimità di non punire criminali di guerra nazisti è quasi al di là dell'immaginazione. Nelle parole dell'ex Rabbino capo, Lord Jakobovits, il rifiuto di approvare la Legge 'renderebbe chiaro a migliaia di vittime che non ci può essere e non ci sarà giustizia' » (23).

Nel giugno 1993, alla chiusura della Conferenza di Vienna sui diritti umani organizzata dalle Nazioni Unite, venivano approvate una Dichiarazione e un Programma d'azione che segnavano, come ebbe a dire il Segretario Generale dell'organizzazione Boutros Boutros-Ghali, una « nuova visione per un'azione globale per i diritti umani nel prossimo secolo ». Cercando di riassumere il significato e i risultati della Conferenza, egli aggiunse di essere « tentato di dire che i diritti umani, per la loro stessa natura, eliminano la tradizionale distinzione tra ordine interno e internazionale. I diritti umani fanno nascere una nuova permeabilità giuridica. Essi non dovrebbero essere considerati da un punto di vista di sovranità assoluta e nemmeno di intervento politico. Al contrario, bisogna che si comprenda che i diritti umani richiedono cooperazione e coordinamento tra gli Stati e le organizzazioni internazionali » (24). Boutros-Ghali richiamava gli imperativi della universalità, delle garanzie e della democratizzazione, in nome dell'articolo 55 della Carta, della Risoluzione 43/131 adottata nel 1988 dall'assemblea Generale dell'Onu sull'assistenza umanitaria e delle tante missioni legate ai processi elettorali della democratizzazione degli ultimi anni. Facendo riferimento al Capitolo VII della Carta dell'ONU chiedeva poi con forza che si procedesse alla creazione del Tribunale penale internazionale permanente e di un Tribunale speciale per le violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nell'ex Jugoslavia a partire dal 1991.

(23) A. T. RICHARDSON, *War Crimes Act 1991*, « The Modern Law Review », 55, 1 (Jan.), 1992, p. 79, p. 87.

(24) <http://www.unhchr.ch/html/menu5/d/statemnt/secgen.htm>.

Una nuova riflessione sui genocidi.

Sono gli anni Novanta, in realtà, a segnare il mutamento più rilevante nella storia dei diritti umani e della concezione — e pratica conseguente — dei crimini contro l'umanità e del genocidio. Il rapido susseguirsi della guerra nell'ex Jugoslavia, con il suo corredo di violenza diffusa, di pulizia etnica e di atti apertamente anche se non sempre chiaramente genocidiari da parte di numerose agenzie militari e paramilitari presenti nel conflitto e del genocidio in Ruanda, sotto gli occhi colpevoli di non intervento delle grandi potenze e dell'opinione pubblica occidentale, costituì senza dubbio un momento di riflessione, di reazione, di scatto morale da parte di alcuni gruppi e personalità nell'imporre un'agenda di riflessione e decisioni concrete che i fautori della « fine della storia » da una parte, e i critici del supposto « pensiero unico » e totale potere egemonico degli Usa dall'altro, entrambi con gli occhi rivolti al passato più che al presente e al futuro, pensavano irrilevante o fuorviante.

Sono anche gli anni, questi, in cui una nuova e più attenta riflessione sulla Shoah e una crescente comparazione dei genocidi del passato, impegna storici e scienziati sociali sul terreno, prima prevalentemente occupato da interessi giuridici, della definizione e analisi del 'crimine dei crimini'. La presenza del passato e di una memoria collettiva divisa e spesso foriera di nuovi conflitti o di impossibili pacificazioni si delinea in modi diversi, ma ugualmente forti, nei paesi di recente o di più antica democrazia, attraverso processi, messe in stato d'accusa, tentativi di fare i conti con i crimini del passato e spinte all'amnistia e, anche se quasi sempre senza risultato, all'amnesia pubblica. È il decennio in cui l'esperienza della TRC (*Truth and Reconciliation Commission*) del Sudafrica riassume questi temi a un livello di coinvolgimento popolare, di levatura morale, di sensibilità umana e di saggezza politica che non sono mai stati eguagliati

Il desiderio di far fare alla giustizia politica — fosse interna a uno stato o internazionale — un salto in avanti e fuori dagli schemi consolidati propri dei diversi ordinamenti giuridici e culture processuali favorisce un dibattito internazionale in cui le commissioni di verità e/o di riconciliazione si moltiplicano e portano, ognuna a suo

modo, un piccolo contributo a cercare di aderire con maggiore apertura e pragmaticità alla complessità della sfida che il mondo post-bipolare e post-guerra fredda si pone sul terreno dei diritti e della giustizia internazionale.

La creazione dell'*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY) nel 1993 e dell'*International Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR) nel 1994 — due tribunali *ad hoc* istituiti dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite — avevano lo scopo, condannando i colpevoli di crimini contro l'umanità, di operare come deterrente per i criminali futuri, di favorire la conoscenza della verità e di aiutare il raggiungimento della pace. Sul loro ruolo, sulle novità da essi introdotte e sull'accelerazione da essi favorita a un ripensamento complessivo del diritto internazionale si è scritto molto, e sono ovviamente i giuristi i primi a doversi misurare con queste riflessioni.

Quello che può interessare da un punto di vista non strettamente giuridico è, tuttavia, la presenza di alcuni elementi che hanno trovato una sponda tanto nei dibattiti interni ad altre discipline quanto nella logica dell'opinione pubblica, del senso comune, della comunicazione politica che attorno a questi temi è stata costruita e utilizzata. Questi elementi possono essere riassunti in questi interrogativi: la possibilità o meno di costruire una gerarchia dei crimini del diritto internazionale e umanitario; la necessità o meno di fare riferimento ad altri momenti istituzionali di giustizia al di fuori di quelli consolidati e utilizzati nella pratica occidentale (sia del *common law* che della tradizione continentale); il peso che la pressione culturale e sociale ha svolto per imporre anche al diritto di adeguarsi alle trasformazioni avvenute; le difficoltà presenti, e probabilmente accresciute nel tempo, nella definizione del crimine di genocidio.

È stato scritto, a ridosso dell'azione iniziale dei due tribunali *ad hoc* e delle prime sentenze da essi comminate, che «l'idea che ci fosse una gerarchia dei crimini nel diritto internazionale umanitario è stato oggetto di dibattito fin dalla prima sentenza dell'ICTY. Drazen Erdemovič fu il primo imputato a essere giudicato da uno dei due tribunali. Il pubblico ministero aveva accusato Erdemovič di assassinio come crimine contro l'umanità e in alternativa come uccisione volontaria come violazione delle leggi di guerra. Dichiaratosi colpevole di crimine contro l'umanità venne condannato a

dieci anni di prigionia. La Camera di Appello trovò che il dichiararsi colpevole era stato frutto di cattiva informazione, dal momento che aveva scelto di dichiararsi colpevole di crimine contro l'umanità invece che di violazione delle leggi di guerra. La Camera di Appello ragionò convinta che essendo un crimine contro l'umanità un'accusa più grave di un crimine di guerra e richiedendo essa una pena più severa, Erdemović non si sarebbe dichiarato colpevole di crimine contro l'umanità se avesse compreso la differenza tra i due reati » (25). Questa idea di gerarchia dei crimini aveva trovato un difensore convinto in Antonio Cassese — giudice e anche presidente dell'ICTY — secondo cui « un assassinio, una volta classificato come crimine contro l'umanità, possiede oggettivamente una grandezza maggiore e rivela nel colpevole una forma mentale soggettiva che può mettere in pericolo i valori fondamentali della comunità internazionale a un livello più esteso che nel caso in cui l'offesa dovesse essere invece etichettata come crimine di guerra. La comunità internazionale e i giudici responsabili di garantire la giustizia internazionale hanno di conseguenza un forte interesse sociale a imporre una pena più severa agli autori di crimini contro l'umanità, ottenendo anche un effetto di deterrenza per crimini analoghi » (26).

In quest'ottica più volte ribadita dai tribunali *ad hoc*, anche se sempre con qualche parere difforme di minoranza di qualche giudice, il genocidio appare come il crimine più odioso, per il legame in esso presente tra discriminazione e distruzione e per la presenza di un piano criminale collettivo le cui conseguenze sono non solo terribili ma irreparabili. Considerato un crimine più serio sia dei crimini di guerra che contro l'umanità, il genocidio ha trovato nel venire spesso qualificato come « crimine dei crimini » un riferimento linguistico che ha favorito una interpretazione prevalentemente morale del suo manifestarsi, mettendo in sordina, almeno per l'opinione pubblica, il carattere giuridico della definizione stabilita dalla Convenzione del 1948.

Proprio per questo gli studiosi, appartengano alle scienze sociali

(25) Allison MARSTON DANNER, *Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing*, « Virginia Law Review », 87, 3 (May), 2001, pp. 467-68.

(26) Tadić VII, Case No. IT-94-1, [15 (Appeals Chamber, ICTY, Jan. 26, 2000), at <http://www.un.org/icty/judgement.htm> (Cassese, J., separate opinion).

o a discipline storiche e giuridiche, non possono ignorare come il termine genocidio — soprattutto nell'ultimo decennio e in concomitanza con la ripresa e allargamento degli studi — sia diventato parte del discorso pubblico; e abbia avuto una forte valenza politica (con uso spesso strumentale) ma un altrettanto rilevante impatto sull'opinione pubblica. L'uso generalizzato del termine genocidio ha portato a una concettualizzazione diffusa, presso l'opinione pubblica, che è di taglio prevalentemente morale e simbolico. La definizione di genocidio, per il largo pubblico, equivale a sintetizzare, in modo emotivamente pregnante, le peggiori atrocità, l'uccisione di massa ingiustificata e su larga scala.

Questo carattere più simbolico ed emotivo che conoscitivo e analitico del termine genocidio, una volta diffuso e diventato senso comune, si riflette anche sul dibattito degli studiosi, a qualsiasi disciplina appartengano. Soprattutto se nella stessa direzione vanno le autorità di governo e le istituzioni pubbliche degli stati più importanti. I ritardi, le difficoltà e le reticenze ad usare appropriatamente il termine genocidio per la Cambogia e il Ruanda negli anni '80 e '90, contrastano paradossalmente con l'uso quasi inflazionato del termine con cui adesso politici e mass media etichettano e classificano eventi di violenza e uccisioni di massa, non sempre « immotivati » e « intenzionali » come prevede, invece, la definizione canonica della Convenzione internazionale.

La comparazione storica dei genocidi e dei crimini di massa del XX secolo è un risultato recente, che ha dato, probabilmente, i suoi risultati migliori quando si è soffermata sui problemi d'interpretazione, fossero essi relativi a singole questioni o al contesto più generale, all'analisi delle cause o delle modalità e degli strumenti dei massacri, al ruolo degli attori coinvolti (vittime, responsabili, osservatori) o alle dinamiche della politica internazionale. I risultati più incoraggianti, almeno fino a questo momento, sono stati alcuni volumi collettivi, anche se in alcuni casi le opere di singoli autori hanno permesso di giungere a riflessioni importanti e ricche di documentazione e spunti interpretativi (27). In una materia come

(27) Cfr. Robert GELLATELY e Ben KIERNAN, *Il secolo del genocidio*, Milano, Longanesi, 2006 [tit. orig. *The Specter of Genocide. Mass Murder in Historical Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2003]; Bernard BRUNETEAU, *Il secolo dei*

quella dei genocidi, resa complessa e a volte contraddittoria proprio dalle componenti giuridiche del termine, dall'uso politico che si è fatto della sua definizione, dal senso comune che ha acquistato col tempo, gli interrogativi sono ancora — allo stato degli studi — più importanti delle risposte e della coerenza dell'interpretazione. Opere collettive, di conseguenza, possono affrontare aspetti diversi confrontando singoli momenti o problemi particolari, senza la necessità di un quadro completo e omogeneo che tenti di rispondere in modo complessivo a tutte le questioni sollevate. Gellately e Kiernan, nelle conclusioni, ricordano come tra tutte le controversie e i dibattiti emersi negli studi degli ultimi anni « il problema più spinoso riguarda la definizione del termine 'genocidio' e il suo rapporto con gli altri crimini contro l'umanità e i crimini di guerra » (28).

È un problema, questo, che può essere evitato soprattutto quando s'identifica un interrogativo, un ambito di ricerca, un settore di analisi particolare, capace di rendere la comparazione fruttuosa e di offrire un valore aggiunto e nuovo alla comprensione dei singoli eventi o problemi analizzati. Quando la coerenza dell'interpretazione coinvolge, necessariamente, anche la questione della definizione e della scelta di un modello capace di comprendere parecchi, anche se non tutti, gli episodi classificabili come genocidio, il risultato è meno limpido e, soprattutto, meno aderente alla complessità della storia reale.

genocidi, Bologna, il Mulino, 2006 [tit. orig. *Le siècle des génocides : violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda*, Paris, A. Coli, 2004]; Mark LEVENE, *Genocide in the Age of the Nation State. Vol. 1: The Meaning of Genocide, Vol. 2: The Rise of the West and the Coming of Genocide*, London, I.B. Tauris, 2005; Benjamin A. VALENTINO, *Final Solutions. Mass Killing and Genocide in the 20th Century*, London. Cornell University Press, 2004; Michael MANN, *Il lato oscuro della democrazia. Alle radici della pulizia etnica*, Milano, Università Bocconi, 2005 [tit. orig. *The dark side of democracy : explaining ethnic cleansing*, New York, Cambridge University Press, 2005]; Marcello FLORES (a c. di), *Storia, verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, Milano, Bruno Mondadori, 2001; Ben KIERNAN, *Blood and Soil. A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur*, New Haven-London, Yale University Press, 2009; Henry R. HUTTENBACH, *Toward a Conceptual Definition of Genocide*, in « Journal of Genocide Research », 4, 2, pp. 167-75; Mark MAZOWER, *Violence and the State in the Twentieth Century*, in « American Historical Review », 107, 4, pp. 1158-78.

(28) GELLATELY e KIERNAN, *Il secolo del genocidio*, cit., p. 50.

Nella ricostruzione storica e nella comparazione — soprattutto quando essa diventa di lungo periodo, annacquando necessariamente la particolarità e originalità di ogni evento e periodo storico — questo elemento giuridico può certamente essere accantonato e ignorato. Se ciò avviene, tuttavia, quella che viene comparata e raccontata è, più semplicemente, la storia della violenza di massa e dei massacri collettivi, anche se si usa e si vuole usare il termine genocidio. Al di fuori del legame con il significato profondo e preciso della Convenzione, il concetto di genocidio risulta un sinonimo — che è portatore di una condanna morale più forte e richiama, quindi, un'attenzione particolare — di grande massacro, di violenza estrema, di barbarie difficilmente raggiunta. Genocidio non sarà più, quindi, un termine capace di avere un connotato conoscitivo, che potrà venire dato solo dall'articolazione e profondità dell'analisi; mentre il richiamo al genocidio servirà per catalizzare la partecipazione emotiva e rendere più forte il legame tra la sensibilità odierna nei confronti della violenza e la rilettura delle violenze del passato.

Le Commissioni di verità e riconciliazione.

Accanto alla (ri)nascita degli organismi di giustizia sopranazionale ipotizzati fin dal sorgere delle Nazioni Unite ma, di fatto, accantonati lungo tutto il periodo della guerra fredda, negli stessi anni si sono affacciate alla ribalta istituzioni di tipo nuovo, che si sono proposte di accompagnare, integrare o sostituire i più tradizionali meccanismi di attuazione della giustizia: le commissioni di verità. Anche se storicamente questi organismi nascono precedentemente (Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Ciad, Zimbabwe) è solamente con l'istituzione della Commissione di Verità e Riconciliazione del Sudafrica (*Truth and Reconciliation Commission* — TRC) che questo nuovo modello di giustizia alternativa (o integrativa) diventa oggetto di dibattito e di attenzione crescente da parte dei giuristi, dei governi degli stati di transizione, della comunità internazionale e dell'opinione pubblica.

Creata dal nuovo parlamento democratico nel 1995, la TRC presupponeva che la conoscenza della verità su quanto avvenuto durante il periodo dell'apartheid avrebbe favorito, successivamente,

la possibilità di una riconciliazione tra i diversi gruppi etnici, razziali, culturali presenti in Sudafrica. « Le commissioni di verità muovono generalmente dall'assunto fondamentale che la riconciliazione dipende dalla piena conoscenza e riconoscimento delle atrocità di entrambe le parti in conflitto. Senza riconciliazione vi è il pericolo di una rinnovata violenza, con diffidenza e odio tra gli oppositori del passato, che minaccia la nuova fragile democrazia e la possibilità di una pace duratura » (29).

Alle origini della TRC come anche di molte, forse la maggioranza, delle commissioni di verità che si sono avute negli ultimi due decenni, non stava solo il tentativo di pensare a una soluzione che andasse oltre le caratteristiche e i limiti propri della giustizia retributiva, ma anche la necessità di un compromesso politico con le forze che abbandonavano il potere autoritario e dittatoriale fin lì esercitato, evitando un possibile conflitto civile o una prolungata stagione di violenze civili. In Sudafrica, ad esempio, le forze di polizia e le stesse alte gerarchie militari avrebbero ostacolato con ogni mezzo le elezioni democratiche se fosse stata ipotizzata una sorta di 'giustizia dei vincitori' da parte del partito che avrebbe ottenuto la maggioranza dei consensi (l'African National Congress) da realizzare secondo i criteri standard della 'giustizia di Norimberga'. La stessa dinamica della giustizia nei due grandi blocchi che si erano avviati a una progressiva democratizzazione nell'ultimo scorcio del XX secolo — gli stati latinoamericani negli anni '80 e gli stati postcomunisti dell'Europa centro-orientale negli anni '90 — si era largamente basata su un compromesso di fondo tra coloro che abbandonavano il potere e coloro che si accingevano a gestirlo, diverso in ogni paese ma sostanzialmente univoco nel prevedere forme di amnistia o di garanzia di impunità per una parte della vecchia classe dirigente.

L'esperienza delle transizioni alla democrazia nel secondo dopoguerra aveva mostrato, inoltre, quanto fosse costoso e spesso poco produttivo, proprio sul terreno della punizione dei colpevoli e responsabili dei crimini contro l'umanità, il meccanismo puramente

(29) Rosemary NAGY, *Reconciliation in Post-Commission South Africa: Thick and Thin Accounts of Solidarity*, in « Canadian Journal of Political Science », 35, 2 (Jun.), 2002, p. 324.

retributivo dei tribunali internazionali. Una condizione, questa, che negli anni a cavallo tra XX e XXI secolo sarebbe stata ulteriormente verificata dal lavoro svolto dai tribunali ad hoc creati dopo i massacri nella ex Jugoslavia e in Ruanda. I numeri stessi della TRC (ventunmila dichiarazioni da parte delle vittime, settemila richieste di amnistia, le migliaia di audizioni e i volumi della relazione finale) hanno mostrato come la strada da essa percorsa abbia permesso di conoscere una più estesa verità fattuale di quella emersa dai più famosi processi del dopoguerra (quelli di Norimberga e di Tokio, in sostanza), riuscendo per lo meno nel risultato di fare in modo che « è veramente difficile, adesso, per qualsiasi sudafricano, negare che torture, uccisioni, comportamenti violenti e sparizioni avevano accompagnato gli sforzi di mantenere in vita l'apartheid. Questa verità, anche minima, è un cardine per la riconciliazione »⁽³⁰⁾.

Il dibattito che ha accompagnato la TRC, e che continua con contributi di grande interesse ancora adesso, si è spesso focalizzato sui rapporti tra verità e giustizia, sull'equilibrio possibile, necessario e auspicabile tra questi due elementi, e sulle scelte che si dovevano o potevano fare ponendo maggiore enfasi su uno o l'altro dei due obiettivi che si volevano raggiungere ma che sarebbe stato difficile perseguire nello stesso modo. Meno, invece, si è affrontato il rapporto tra la verità e la riconciliazione — i due termini in chiaro della commissione sudafricana — dal momento che è più complicato misurare e identificare quest'ultima: e cioè il grado di solidarietà, di valori condivisi, di trasformazione morale e di impegno a superare il passato e prevenirne un ritorno.

Se la TRC ha costituito l'esperienza più significativa all'interno delle commissioni di verità, l'esempio più noto e analizzato, il modello nei confronti del quale si sono appuntate le principali critiche ma anche gli apprezzamenti più rilevanti, essa non è stata, tuttavia, l'unica istituzione che, nell'Africa degli ultimi dieci-quindici anni, ha cercato di trovare strade originali al problema della pacificazione, della giustizia nelle società di post-conflitto, della riconciliazione come rafforzamento di una democrazia in costruzione. Di particolare significato in un'ottica comparatistica possono essere,

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 325.

accanto alla commissione sudafricana, le esperienze del Ruanda, del Mozambico e della Sierra Leone.

È stato sostenuto, in un'ottica semplificatoria ed eccessivamente schematica che coglie, tuttavia, alcuni elementi della realtà, che Sudafrica, Ruanda e Mozambico rappresentano tre metodi diversi di risoluzione dei conflitti nel continente africano: il primo incentrato sul perdono, il secondo sulla punizione e il terzo sull'oblio o amnesia ⁽³¹⁾.

La violenza sessuale come crimine contro l'umanità.

Un elemento di novità assai rilevante, che dimostra quanto il peso delle trasformazioni culturali e sociali possa creare una pressione formidabile per giungere a risultati positivi, è costituito dalla questione dello stupro come crimine contro l'umanità e come crimine di guerra: una innovazione introdotta dai due tribunali *ad hoc* (ICTY e ICTR) nei confronti delle violenze sessuali commesse nelle operazioni di pulizia etnica. Lo stesso crimine (lo stupro di massa) che non era stato nemmeno preso in considerazione come aggravante nei processi di Tokio contro i militari giapponesi (che di quel reato si erano ripetutamente macchiati) e che fu oggetto di una lunga rimozione per quanto riguardava le responsabilità degli eserciti alleati (in particolare le forze armate sovietiche e francesi) nei confronti delle popolazioni civili tedesca e italiana, non avrebbe mai potuto ottenere il riconoscimento giuridico dei due tribunali *ad hoc* se non ci fossero stato, nel mezzo, decenni di battaglie civili e di cultura femminista capaci di modificare in profondità il senso morale comune e la percezione dei valori fondanti della convivenza civile e della giustizia. « Un crimine contro le donne identificato come crimine contro l'umanità; una violazione del corpo delle donne come crimine contro l'umanità: è sbalorditivo. Il corpo delle donne non solo non è una proprietà, un segno della sua sottomissione, ma il luogo dell'umanità, della specie, dell'universale. Questo in un mondo in cui lo stupro, identificato come crimine di guerra dai tempi della guerra civile americana e menzionato nelle convenzioni

⁽³¹⁾ Lyn S. GRAYBILL, *Pardon, Punishment, and Amnesia: Three African Post-Conflict Methods*, in « Third World Quarterly », 25, 6, 2004.

di Ginevra del 1949 come oltraggio alla dignità personale rimane un crimine che, fin quando gli uomini erano responsabili di decidere quali crimini perseguire e chi accusare, rimaneva un crimine non perseguito. Dobbiamo prestare attenzione alle implicazioni di un giudizio in cui uomini soldati che hanno stuprato donne civili sono considerati colpevoli di crimini contro l'umanità, sia che venga stabilito o no che la loro violazione delle donne abbia causato dolore o sofferenza fisica »⁽³²⁾.

La scelta compiuta dai due tribunali penali internazionali *ad hoc*, di perseguire i responsabili di violenze sessuali nel corso del conflitto jugoslavo e ruandese, e di definire per la prima volta nella storia lo stupro come crimine contro l'umanità, diventa un orientamento ribadito anche nello statuto di Roma della nuova Corte Penale Internazionale, approvata il 17 luglio 1998 dai plenipotenziari delle Nazioni Unite: l'articolo 7, infatti, include fra i crimini contro l'umanità anche « stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata e altre forme di violenza sessuale di analoga gravità ».

È dunque con il conflitto dei Balcani però che lo stupro per la prima volta appare frutto di una sistematica politica bellica, tanto da mobilitare sia le Nazioni Unite sia l'Unione Europea, rispettivamente con la Risoluzione 798, adottata dal Consiglio di Sicurezza il 18 dicembre 1992 e con *The European Community Investigative Mission into the Treatment of Muslim Women in the former Yugoslavia — Report to European Community Foreign Ministers*⁽³³⁾. Anche in seguito, diverse risoluzioni ONU adottate dal Consiglio di Sicurezza e dall'Assemblea Generale condannano lo stupro di massa nella ex Jugoslavia come arma bellica e strumento della cosiddetta 'pulizia etnica', considerando lo stupro parte di una politica genocidiaria⁽³⁴⁾ — il rischio di sottolineare la peculiarità genocidiaria di

⁽³²⁾ Debra BERGOFFEN, *Toward a Politics of the Vulnerable Body*, « Hypatia », 18, 1, p. 118.

⁽³³⁾ United Nations Security Council Document S/25240 Annex I (February 3, 1993).

⁽³⁴⁾ *Bosnia and Herzegovina. Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, Thirteenth session General Assembly Forty-ninth Session supplement n. 38 (A/49/38) New York: UN, 1994; General Assembly Document A/48/858, *Rape and abuse of Women in the Areas of Armed conflict in the former*

questo tipo di stupro di massa, tuttavia, è quello di sminuire il 'normale' stupro di guerra o di pace, mentre si dovrebbe riconoscere la persecuzione di genere in una categoria di crimini a sé stanti distinti dal genocidio ⁽³⁵⁾.

Ad individuare le peculiarità di questo tipo di violenza è da subito Aryeh Neier, direttore esecutivo di *Human Rights Watch*, nel primo rapporto *War Crimes in Bosnia-Herzegovina* (New York, agosto 1992) in cui afferma che le atrocità serbe costituiscono genocidio e traccia una distinzione tra i perpetratori: nel caso dei serbi gli abusi sono così sistematici e di tale fatta da essere parte di un piano ideato nelle gerarchie, mentre nel caso dei croati vi è tolleranza da parte delle autorità e infine da parte musulmano-bosniaca essi costituiscono un'orribile macchia non preordinata. Considerazioni analoghe sono svolte anche in altre fondamentali inchieste contemporanee, tra cui si ricordano quella dell'organizzazione femminile croata *Tresnjevka* (settembre 1992), il *Rapporto sulla situazione dei rifugiati e dei profughi in ex Jugoslavia* della Missione di Studi del Consiglio d'Europa (novembre 1992), il terzo Rapporto del governo USA al Consiglio di Sicurezza dell'ONU su violazioni delle leggi umanitarie e delle Convenzioni di Ginevra in ex Jugoslavia (novembre 1992), la relazione di *Amnesty International* e il primo rapporto alle Nazioni Unite dell'incaricato Tadeus Mazowiecki ⁽³⁶⁾.

Yugoslavia, Report of the secretary-general, New York, UN, 1994; United Nations Security Council Document S/1994/674, lettera datata 24 maggio 1994 dal Segretario Generale al Presidente del Consiglio di Sicurezza, Annex: *Final Report of the Commission of Experts established Pursuant to Security Council Resolution 780 1992*; United Nations Security Council Document S/25240, Annex I, *The European Community Investigate Mission into the Treatment of Muslim women in the Former Yugoslavia Report of European Community Foreign Ministers 5*, New York, UN, 3 February 1993; infine General Assembly Document A/48/858, *Rape and abuse of women in the areas of armed conflict in the former Yugoslavia - Report of the secretary-general*, New York, 29 January 1994.

⁽³⁵⁾ Vedi I. KAJOSEVIC, *Understanding War Rape: Bosnia 1992*, relazione presentata al IV European Feminist. Research Conference, 2000.

⁽³⁶⁾ Amnesty International, *Bosnia Erzegovina, flagranti attentati ai diritti fondamentali dell'uomo*, ottobre 1992, poi *Bosnia: Rapporto sulle Violazioni dei Diritti Umani*, Sonda, Genova, 1993; T. MAZOWIECKI, *Report of the Team of Experts on their Mission to Investigate Allegations of Rape in the Territory of the Former Yugoslavia*, 1992 (UN Doc.

Nel 1993, al momento della costituzione del Tribunale Internazionale per la ricerca e la persecuzione dei responsabili di gravi violazioni dei diritti umani nella ex Jugoslavia (ICTY), è inserito nello statuto un esplicito riferimento allo stupro da intendersi come « crimine contro l'umanità », allo scopo di lanciare un messaggio a possibili futuri perpetratori di tale crimine. L'argomento è trattato anche nelle successive relazioni della commissione che opera in Bosnia-Erzegovina in base alla risoluzione ONU 780/1992, la quale affronta la questione se i reati di abuso sessuali possano costituire crimini di guerra, sostenendo infatti che l'art. 147 della IV Convenzione di Ginevra sulle 'gravi violazioni' includa stupro e altre violenze sessuali in quanto forme di 'tortura o trattamento disumano' » (37).

Il processo contro Akayesu da parte del Tribunale per il Ruanda, contribuisce a definire in modo più ampio il delitto di stupro, che diventa l'elemento cruciale del crimine di violenza sessuale. Essi possono diventare, quando vengano accompagnati dall'intenzione acclarata di distruggere o volere annientare fisicamente o psicologicamente un gruppo etnico, parte e prova del crimine di genocidio. È del 2001 la sentenza rivoluzionaria che l'ICTY commina contro tre degli otto serbi accusati di violazione

A/47/666 and S/24809 of 17 November 1992). Mazowiecki ha steso altre tre relazioni all'ONU tra il 1992 e il 1993, e oltre al suo va ricordato anche il *Rapporto sul procedimento di pulizia etnica nella regione di Prijedor* del gruppo di lavoro della Commissione ONU per i Diritti dell'Uomo presieduta da Louis Joinet (ottobre 1992). Particolarmente interessanti per l'attenzione alla violenza sulle donne sono altre analisi degli stessi mesi: il rapporto del Comitato medico tedesco Cap ANAMUR *Lo stupro e il concepimento forzati usati per la prima volta come arma di guerra nella storia militare moderna* (dicembre 1992), il primo *Rapporto della Missione Warburton alla Comunità Europea sul trattamento delle donne musulmane in ex Jugoslavia* (gennaio 1993), il secondo *Rapporto della Missione Warburton alla Comunità Europea sullo stupro delle donne musulmane in ex Jugoslavia* (febbraio 1993), il rapporto di Amnesty International *Stupri e violenze sessuali praticati dalle forze armate in Bosnia Erzegovina* (gennaio 1993), *Le livre noir de l'ex Jugoslavie* curato dal « Nouvel Observateur » e da Reportes sans Frontières nel marzo del 1993 e *War Crimes in Bosnia Hercegovina*, vol. II, a cura di Helsinki Watch (aprile 1993).

(37) Sara Valentina DI PALMA, *Lo stupro come arma contro le donne: la ex Jugoslavia, il Rwanda e l'area dei Grandi Laghi africani*, paper conclusivo della ricerca PRIN 2005, *Stupri di massa, torture, violenza contro le donne nella storia del Novecento: un'analisi comparata*, in attesa di pubblicazione.

del diritto bellico e di crimini contro l'umanità includenti stupro, tortura, schiavitù e oltraggio alla dignità della persona per fatti avvenuti a Foca, nel sudest della Bosnia, tra l'inizio del 1992 e la metà del 1993, e condannati rispettivamente a 28, 20 e 12 anni di reclusione. È infatti il primo caso in cui un tribunale penale internazionale processa solo crimini di violenza sessuale contro le donne, e l'ICTY stabilisce per la prima volta che lo stupro è un crimine contro l'umanità; il processo della Seconda Sezione sentenza che lo stupro « è stato usato da membri delle forze armate serbo-bosniache come strumento di terrore »⁽³⁸⁾. Per la prima volta, questo processo stabilisce anche che la violenza sessuale è una forma di schiavitù e come tale un crimine contro l'umanità »⁽³⁹⁾.

È proprio questo caso a suggerire che si sia trattato non soltanto di una relevantissima novità sul terreno giuridico, ma di un salto di qualità nella stessa comprensione dei termini più generale di umanità, universalità, genere. « Tutti i corpi umani sono vulnerabili. La violazione dell'umanità occorre non in rapporto al dolore, dal momento che non sono inusuali e non sono criminali relazioni consenzienti fondate sul dolore, e neppure sul terreno della riduzione a oggetto, dal momento che non vi è offesa quando una persona accetta di farsi oggetto di qualcun altro (come nel caso della modella e dell'artista o della lavoratrice del sesso e il cliente); ma sul terreno del consenso. È in questo momento, nel momento in cui la mia intenzionalità è negata, il momento in cui la mia vulnerabilità è usata contro di me, che ha luogo il crimine contro la mia umanità. Stabilendo che un crimine contro l'umanità ha luogo a volte ma non sempre quando è inflitto un dolore, ma sempre quando il consenso è negato o costretto, il tribunale identifica l'animalità della nostra umanità, il corpo nel dolore, e i limiti di riferirsi a questa animalità. Il concetto di consenso si rivolge all'unica vulnerabilità del corpo umano. Identifica i modi in cui le nostre intenzionalità costituiscono il significato della nostra animalità. Questi verdeti di colpevolezza in casi di stupro, specificamente questi che hanno trovato il soldati serbo-bosniaci colpevoli di crimine contro l'umanità perché hanno

⁽³⁸⁾ ICTY, *Judgement of Trial Chamber II in the Kunarac, Kovac and Vukovic case*, The Hague, 22 February 2001, JL/P.I.S./566-e.

⁽³⁹⁾ DI PALMA, *Lo stupro come arma contro le donne*, cit.

violato il diritto al consenso (che vi fosse o no prova di dolore procurato) ci indicano il fenomeno del corpo costituito umanamente. Ci mostrano che per quanto non possiamo ignorare la nostra animalità respingendo la criminalità dell'abuso corporeo, non possiamo dimenticare che i corpi umani sono abusati quando le loro intenzionalità, e specificatamente le intenzionalità di integrità, sono violate. Il diritto delle donne all'integrità sessuale è un'istanza specifica di questa intenzionalità. Parlando di questo come di un diritto umano, e legando questo diritto al diritto di consenso, la corte porta il corpo fenomenologicamente vivente nelle aule di giustizia » (40).

Conclusioni.

Non è facile trovare una coerenza e un andamento evolutivo nelle vicende che accompagnano, dalla fine della seconda guerra mondiale, la definizione di crimini contro l'umanità e di genocidio e le politiche internazionali e prassi giuridiche che si sono misurate con la possibilità di identificare, analizzare, sanzionare o prevenire questi crimini. Al clima di grande innovazione, di volontà riformatrice dei fondamenti politici e giuridici internazionali e di fortissima temperie morale dell'immediato dopoguerra si sono succeduti, nel tempo, momenti caratterizzati da orientamenti ben più tiepidi, contraddittori e, in qualche caso, agli antipodi con quelli presenti negli anni di nascita delle Nazioni Unite.

L'identificazione dei crimini più odiosi, più violenti e gravi commessi nei confronti di una parte dell'umanità non ha potuto essere accompagnata da una coerente e razionale definizione capace di soddisfare le esigenze di comprensione, di analisi, di punizione e di prevenzione che si intrecciavano alla fine della guerra nella mente dei legislatori. Più ancora che in altri settori del diritto, la giustizia internazionale deve fare i conti con i compromessi della politica internazionale, sia nel momento della codifica in legge dei propri suggerimenti e assunti sia nella fase di attuazione e concretizzazione delle misure stabilite. Era inevitabile che, a fronte delle grandi trasformazioni avvenute a partire dalla seconda guerra mondiale

(40) BERGOFFEN, *Toward a Politics of the Vulnerable Body*, cit., p. 121.

(alleanza e vittoria contro il nazismo, guerra fredda, decolonizzazione, crescita degli stati indipendenti, prolungata minoranza dei regimi democratici, transizione alla democrazia di fine XX secolo di decine di nuovi paesi, fine del comunismo e della guerra fredda, globalizzazione, crescita delle disuguaglianze, formazione di centri non statali di potere militare, diffondersi di conflitti etnici e guerre civili, emergere del terrorismo internazionale, sorgere di conflitti religiosi e di civiltà), e che si sono intrecciate nei loro aspetti costitutivi di natura economico-sociale, politica, istituzionale e culturale, la risposta della comunità internazionale nel tentativo di adeguare il cammino della giustizia (quella sopranazionale come quella nei singoli stati) fosse parziale, limitata, contraddittoria.

La contraddizione della individuazione e definizione di crimini (contro l'umanità, genocidio) legati alla recente esperienza bellica ma inseriti in un progetto di lungo periodo di ricostruzione del sistema mondiale di relazioni pacifiche tra gli stati e di giustizia internazionale, e soggetto alle oscillazioni di politica e di indicazioni strategiche delle Nazioni Unite e del suo Consiglio di Sicurezza, avrebbe potuto rendere di fatto inservibile il sistema messo in piedi tra Norimberga e le Convenzioni di Ginevra del 1949, di cui la Dichiarazione Universale e la Convenzione sul Genocidio del 1948 rappresentano il culmine politico-giuridico.

Le scelte e il cammino degli ultimi anni hanno mostrato la necessità di affrontare in modo originale l'impasse che si è creato attorno ai crimini di genocidio e contro l'umanità e, soprattutto, ai modi in cui può e deve essere affrontato il problema della loro repressione e intervento per interromperli e punirli. La possibile gerarchia tra i crimini di guerra, contro l'umanità e genocidi e il significato pratico della loro diversa rilevanza; la possibilità che non siano più solo gli stati, ma anche gruppi « civili » a macchiarsi dell'intenzione e della pratica di commettere tali crimini; le possibili forme di intervento, fino a quello militare, che sono legittime e possibili nella necessità di interrompere la grave violazione criminale di diritti di gruppi consistenti; la rilevanza penale individuale intrecciata a quella riguardante gli stati e i governi e le persone preposte alla loro guida; la necessità di rivedere una definizione giuridica che ha fatto il suo tempo (soprattutto per il genocidio) e l'impossibilità di ipotizzare un nuovo accordo internazionale su di essa; il ruolo del

tribunale penale internazionale e dei suoi rapporti con i singoli stati (sia quelli che l'hanno riconosciuto sia quelli che non l'hanno fatto) e con le Nazioni Unite e il Consiglio di Sicurezza; la possibilità di utilizzare altre forme di giustizia internazionale emerse dalle esperienze di riconciliazione e pacificazione compiute negli ultimi anni; la necessità di pensare a una strategia di prevenzione dei crimini contro l'umanità e del genocidio che non può che coinvolgere al tempo stesso la politica, il diritto, la società civile di tutti i paesi; la necessità di poter individuare i crimini commessi non solo sulla base della scelta soggettiva dei tribunali esistenti ma sulla base di criteri uniformi e applicabili a tutte le situazioni e latitudini; il ruolo che l'opinione pubblica — siano i media o i gruppi delle Ong, minoranze attive o lobbies — può e deve avere nel premere e influenzare sulle decisioni relative alle scelte di giustizia internazionale: sono questi gli interrogativi, che spesso si presentano intrecciati fra loro, che si manifestano oggi in modo drammatico e a cui spesso la risposta più frequente è l'immobilismo e il rinvio. Ed è a essi che un'analisi non puramente giuridica, ma fondata sulla storia e sulle trasformazioni politiche, istituzionali, culturali e sociali degli ultimi sessant'anni può, forse, contribuire a suggerire risposte più adeguate.

BARTOLOMÉ CLAVERO

NO DISTINCTION SHALL BE MADE:
SUJETO SIN DERECHOS Y ENEMIGO SIN GARANTÍAS EN
LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE NACIONES UNIDAS,
1945-1966

[N]o distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

Universal Declaration of Human Rights, 2.2.

1. Medianoche del 10 de Diciembre de 1948. — 1.I. La extensión colonial de los derechos humanos. — 1.II. La devaluación universal de la Declaración. — 1.III. Humanidad y colonialismo en la Declaración Universal. — 2. La concepción de los Derechos Humanos por unos tiempos que no resultan tan inaugurales. — 3. Derechos Humanos y colonialismo: la problemática extensión de los derechos al potencial enemigo colonial. — 4. Dimensiones no tan domésticas del cortocircuito de los Derechos Humanos: el laboratorio panamericano. — 5. Desarrollo inmediato de la Declaración Universal. — 6. El desbloqueo de los Derechos Humanos por la adopción de una política de descolonización en Naciones Unidas. — 7. Proscripción de la discriminación racial y derechos no menos humanos de pueblos y minorías. — 8. Suspensión de derechos y garantías entre abstracciones inequívocas y previsiones equívocas. — 8.I. Derecho para el enemigo y supremacismo cultural. — 8.II. Pueblos, minorías, mujeres, menores... — 8.III. *No distinction shall be made.*

1. *Medianoche del 10 de Diciembre de 1948.*

1948 ha conocido el verano más caluroso del siglo en París, pero el invierno se atiene a la media. Es llevaderamente frío. El día diez de diciembre la temperatura no llega a elevarse por encima de los diez grados Celsius o cincuenta Fahrenheit ⁽¹⁾. Caída ya la noche, en

(1) <http://www.tutiempo.net/en/Climate/Paris-Orly/12-1948/71490.htm>, para temperaturas de ese día.

el Trocadéro, el ambiente del Palais de Chaillot no es caluroso, pero está caldeado. La Asamblea General de las Naciones Unidas se encuentra ahí reunida para proceder en pleno a la votación final de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mas el ambiente sin embargo no es de fiesta ⁽²⁾. Hay algún punto clave por resolver aún y no porque se haya dejado deliberadamente para última hora, sino por la sencilla razón de que ningún acuerdo se ha logrado a su respecto hasta este momento postrero. Está en juego nada menos que la mismísima universalidad del referido instrumento. ¿Cómo van a garantizarse derechos humanos en un mundo donde todavía predominan el colonialismo y otras políticas racistas por parte de los mismos Estados que acaban de constituir Naciones Unidas? ¿Basta entonces con la Declaración en términos de universalidad o habrá ésta misma de formularse con las oportunas distinciones? ¿Cómo hacer lo segundo, de resultar preciso, sin que lo primero se resienta? ¿Y cómo dar pie en otro caso a que hubiera quienes quedasen fuera de la cobertura del reconocimiento internacional de libertades de los seres humanos? ¿Podía una Declaración tal distinguir unos sujetos amigos con derechos, los colonizadores, de otros extraños a merced, los colonizados? He ahí ayer el reto y aquí ahora la intriga ⁽³⁾.

Las actas de aquel debate en la Asamblea General se publican entonces en inglés, francés, ruso, chino y español. En estas lenguas llega a su debate final el proyecto de Declaración Universal. En inglés se maneja el Presidente de la Asamblea, el jurista y político australiano Herbert Vere Evatt. El texto de la Declaración Universal viene a su última sesión encabezado por tres artículos que fijaban sus principios y su alcance. El desacuerdo que se arrastra toca al tercero. A esta hora atrasada se manifiesta por un par de enmiendas de signo

⁽²⁾ <http://www.un.org/Depts/dhl/landmark/pdf/a-pv183.pdf> contiene las actas de la sesión en inglés y francés, de cuya edición proceden mis citas, ahí fácilmente localizables mediante el buscador del archivo.

⁽³⁾ Estas páginas quieren corresponder a la invitación de Pietro Costa a que reflexionemos sobre *los derechos de los enemigos*, a quienes rastreo por un paradero reconozco que inverosímil, esto es en el regazo de las normas de los Derechos Humanos. Cito documentación internacional en inglés, incluso cuando hay versión oficial en castellano, por razones de análisis lingüístico que se irán apreciando. Una versión ampliada de este trabajo, con apartados de derecho constitucional y sobre historiografía, puede verse en la entrada “Estudios” de mi blog: <http://clavero.derechosindigenas.org>.

opuesto aun aparentando ambas estar a favor de la extensión de los derechos humanos y no resultando favorable en realidad ninguna de ellas a dicho propósito. Vayamos exponiendo para procurar enseñada ir explicando (4).

En el primer artículo del proyecto final se sienta la igualdad en derechos de todos los seres humanos (« All human beings are born free and equal in dignity and rights [...] »; « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits [...] »; « Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...] »). El segundo afianza esta regla con la proscripción de toda discriminación por cualquier género de causa con algunas especificaciones significativas:

Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

El problema radica en el artículo tercero interesando además de forma bien neurálgica a los dos previos, a los respectivos principios de efectividad tanto en la universalidad como en la igualdad de los derechos humanos. A estas alturas de una última fase ya en pleno, este tercer artículo del proyecto afirma que los derechos universales corresponden en igual grado e idéntica medida a quienes son naturales de territorios dependientes, de cualquier grado o clase que fuera la dependencia:

The rights set forth on this Declaration apply equally to all inhabitants of Trust and Non-Self-Governing Territories.

El artículo ha sido propuesto con éxito por Yugoslavia durante la última fase de los trabajos preparatorios, a finales de noviembre, en el seno del Comité Social, Humanitario y Cultural, el llamado Tercer Comité, al que corresponde la discusión y aprobación del proyecto. El debate habido sobre territorios dependientes, esto es

(4) Para una crónica muy expresiva, pues se ocupa de estos pasos finales de la Declaración Universal junto a las actividades paralelas de otras instancias de Naciones Unidas, « International Organization », 3-1, 1949, pp. 41-164. La *Universal Declaration of Human Rights* comparece como un subepígrafe de las *Social, Humanitarian and Cultural Questions*, tampoco a su vez las que se sitúan en un primer lugar.

las colonias, no ha conducido a acuerdo alguno ⁽⁵⁾. La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que viene pujando por la descolonización, presenta ahora una enmienda que resulta prácticamente a la totalidad, proponiendo la sustitución del texto aprobado en comisión por este otro artículo tercero más concreto y más extenso:

1) Every people and every nation has the right to national self-determination. States responsible for the administration of non-self-governing territories, including colonies, shall facilitate the implementation of this right, guided by the principles and purposes of the United Nations in regard to the peoples of such territories.

2) Every people and every nationality within a State shall enjoy equal rights. State laws shall not permit any discrimination whatsoever in this regard. National minorities shall be guaranteed the right to use their native language, and to possess their own national schools, libraries, museums and other cultural and educational institutions.

3) The human and civic rights and fundamental freedoms set out in the present Declaration shall be extended to the population of non-self-governing territories, including colonies.

La otra enmienda, no menos, de otra forma, a la totalidad, aunque esto no salte tanto a primera vista, se debe al Reino Unido. Se presenta como una alternativa no sólo a la enmienda soviética, sino también al artículo aprobado en comisión, el que propusiera Yugoslavia. Propone su eliminación y la adición de un segundo párrafo al artículo anterior, el segundo. Helo aquí:

Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

Se le habrá seguramente reconocido. Es el definitivo párrafo segundo del artículo segundo. La enmienda británica fue en efecto aprobada con veintinueve votos a favor, diecisiete en contra y diez abstenciones, mientras que la enmienda soviética cosechó treinta y cuatro votos en contra, ocho a favor y catorce abstenciones. Se

⁽⁵⁾ Johannes MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origin, Drafting and Intent*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1999, pp. 96-101.

impone la propuesta que más afinidad aparentemente guarda con el artículo tercero del proyecto, aunque la alineación de los votos ya puede hacer sospechar que hay diferencias de fondo. Con tal retoque, el único efectuado en esta fase de pleno de la Asamblea General, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se adopta a medianoche de aquel diez de diciembre recibiendo cuarenta y ocho votos a favor y ninguno en contra y produciéndose dos ausencias y ocho abstenciones, éstas las de la Unión Soviética, Yugoslavia, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Polonia y, por motivos de orden diverso también entre sí, la Unión Sudafricana y Arabia Saudí ⁽⁶⁾.

La Unión Soviética, Yugoslavia, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia y Polonia no votan en contra, sino que tan solamente se abstienen, porque a lo que se oponen no es a una Declaración a cuya elaboración han contribuido positivamente, sino a que se guillotine el debate dejándose irresuelto un asunto tan clave como el que interesa a minorías y pueblos, a las personas que se identifican con culturas distintas a la del Estado o Imperio en suerte. Reservas mentales tienen todos, comenzándose por los Estados coloniales. La sesión golfa de la Asamblea General de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948 se clausura pasada la medianoche. La Declaración Universal no se recibe con el alborozo que luego se supone. Parece que incluso la cobertura de prensa fue bastante modesta. Consciente, la propia Asamblea General acuerda durante esa misma sesión, por cuarenta y un votos a favor y nueve abstenciones, que Naciones Unidas deben darse un trabajo de difusión y propaganda.

La resonancia inicial de la Declaración Universal es cuestión que espera estudio. La misma decisión de difundirla por parte de Naciones Unidas hay que tomarla a beneficio de inventario. Al fin y al cabo, como habremos de ver, la humanidad no es en origen la destinataria. Por cuanto contemplaremos, hubiera sido una curiosa experiencia desde luego la de que se le hubiese propagado traducida a las propias lenguas indígenas entre pueblos sometidos al colonialismo, realmente numerosos en aquellos tiempos. Por entonces en Naciones Unidas ni siquiera se traduce al árabe.

⁽⁶⁾ J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, cit., pp. 21-28, exponiendo las respectivas motivaciones.

Nuestro abanico de tiempo es necesariamente, por cuanto veremos, algo más dilatado. Nos ocupamos de la suerte de los derechos humanos de los sujetos coloniales, de los individuos y los pueblos sometidos a alguna forma de colonialismo, entre 1945 y 1966, esto es entre la *Charter* o Carta de las Naciones Unidas y los *Covenants* o Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales integrantes de la Convención de Derechos Humanos, las dos piezas constituyentes del Tratado multilateral complementario y materializador de la Declaración Universal.

1.I. *La extensión colonial de los derechos humanos.*

La diferencia entre el artículo tercero del proyecto y el segundo párrafo del artículo segundo definitivo no es tan sólo de estilo y de ubicación, sino también, en efecto, de fondo y de alcance. El pronunciamiento original se refiere en términos positivos al goce en igualdad — *equally* — de los derechos humanos entre habitantes de países independientes tanto como entre los de territorios dependientes cuya ausencia resalta en el párrafo definitivo, el cual en cambio sienta en términos negativos la proscripción de discriminación en base a — *on the basis of* — la pertenencia a territorio dependiente. Para la propia fuerza del canon de igualdad, esto puede marcar una diferencia en unos tiempos que, aun disimulándose con el lenguaje tanto del artículo del proyecto como de la enmienda británica, no en cambio con el de la propuesta soviética, se caracterizan por la existencia de un colonialismo abierto imponiendo una desigualdad radical. Todo esto, inclusive lo de la diferencia entre las propuestas yugoslava y soviética de una parte y la británica de otra, lo iremos apreciando mejor conforme avancemos, pues constituye todo ello cuestión lógicamente crucial para el planteamiento y la operatividad, o más bien inoperatividad, de los derechos humanos.

La propuesta soviética se singulariza ante todo por hacer uso de otro lenguaje, comenzando por llamar a algunas de las cosas por su nombre y dejarse así de eufemismos o poco menos. Habla de pueblos con derecho de libre determinación y de nacionalidades y minorías con derecho a la propia lengua, a la propia cultura y al propio sistema de educación, sin discriminación de esta forma tan

efectiva, con cierta capacidad de autonomía, y no de otro modo, mediante por ejemplo asimilación forzada de ciudadanía, todo ello incluyendo explícitamente, por si cupieran dudas, a las colonias, *including colonies*. El lenguaje al menos es en efecto franco y prometedor.

Al contrario que las otras dos alternativas, la propuesta soviética obligaría a políticas activas a las que podían entenderse ya comprometidas las Naciones Unidas por cuanto que su Carta, de 1945, contiene el principio de libre determinación de los pueblos y por razón también de que en la precedente Liga de Naciones, aun de forma un tanto circunstanciada y circunscrita, reduciéndose a casos centroeuropeos, y sin reconocimiento ni capacitación de autonomía, se habían adoptado respecto a las llamadas minorías dicho entendimiento de la no-discriminación como derecho a la propia lengua y a la propia cultura frente a políticas de construcción de ciudadanía de Estados (7). La libre determinación de los pueblos no la registra en todo caso la Carta en los términos más comprometidos de considerarla un derecho:

Article 1: The purposes of the United Nations are [...] 2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace.

Volvamos a 1948. El mismo diez de diciembre, a continuación de aprobarse la Declaración con la enmienda británica, la Asamblea, por cuarenta y seis votos a favor, seis en contra y dos abstenciones, decide el aplazamiento de la cuestión del derecho de las llamadas minorías. El mismo término puede indicar que lo que queda pendiente es el principio mismo de la igualdad en la clave que concierne a la no-discriminación. Eludiendo el compromiso de definir a conciencia sus propios principios, la Declaración Universal guarda silencio no sólo sobre las susodichas minorías, sino también acerca de los pueblos, tal y como si de este modo finalmente presumiera que la dependencia política o el extrañamiento cultural no afectan para nada al goce de derechos con alcance universal y en pie de

(7) Carole FINK, *Defending the Rights of Others: The Great Powers, the Jews, and International Minority Protection, 1878-1938*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, parte segunda.

igualdad por parte de *todos los seres humanos, tous les êtres humains, all human beings*, una presunción entonces llanamente incomprensible, si no incluso seriamente ofensiva, para buena parte de la humanidad por encontrarse y mantenerse en situación de sometimiento colonial o de otra índole menos visible. El asunto de las llamadas minorías, comprendiéndose pueblos, no se abandona por Naciones Unidas, pero se cancela por completo de la Declaración Universal ⁽⁸⁾.

Igual que la propuesta británica, la soviética tampoco merece tomarse literalmente por el sentido primario de su lenguaje. A lo largo del mismo debate de la noche del diez de diciembre se pone esto paladinamente de manifiesto. La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas defiende la posición más cerrada de sujeción de los derechos humanos a la respectiva soberanía nacional, esto es soberanía del Estado o del pueblo que como tal se constituyere en ejercicio de su libre determinación según la propia propuesta, bajo cuya dependencia así denominada de *soberanía, sovereignty, souveraineté*, quedarían entonces igualmente subordinados los derechos de los seres humanos, todos los derechos y los de cada uno o cada una de los individuos. Comienza la defensa de la enmienda por entender que los derechos ya se contienen en la Constitución soviética tratándose entonces de que otros Estados, Declaración mediante, sigan el ejemplo. He aquí pasajes del registro de este discurso soviético en las actas:

The USSR delegation had pointed out that a number of articles completely ignored the sovereign rights of democratic Governments, moreover, that the draft contained provisions directly contradicting those of the Charter, which prohibited interference in the internal affairs of States. [...] It was sometimes argued that the declaration of human rights should not touch on matters of national significance because it was devoted to the rights of individual human beings. It was impossible to agree to such a view, if only because

(8) J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, cit., pp. 102-109, 269-280 y 370; para un acercamiento más incisivo, Mark MAZOWER, *The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950*, in «The Historical Journal», 47-2, 2004, pp. 379-398, ligando estrechamente la aceptación de la Declaración por los Estados a su implícito abandono del compromiso precedente con la cuestión de las minorías.

human rights could not be conceived outside the State; the very concept of right and law was connected with that of the State. [...] The USSR delegation wished to stress that the draft declaration contained no reference to the highly important question of the right of all nations to self-determination. The establishment of that right was one of the major achievements of the internal policy of the USSR. While the USSR delegation did not expect that right to be proclaimed in the declaration of human rights with the same forcefulness as in the Soviet Constitution, it believed that the example of the Soviet achievement should not be left out of account [...].

Yugoslavia argumenta a favor del artículo tercero, pero sin mantenerlo en sus propios términos. Lo interpreta, sin necesidad de un excesivo esfuerzo, en la línea de la enmienda soviética, respaldándola. El tono es sin embargo patentemente distinto, sin énfasis en la soberanía para la afirmación de los derechos. También sitúa mejor la novedad de la cláusula de signo que entiende inequívocamente anticolonial y que al fin y al cabo, aun sin el calificativo, se introdujo por el pie de la propuesta yugoslava del artículo tercero. Así se centra el argumento de Yugoslavia ante la Asamblea General:

[T]he draft declaration contains certain positive aspects. In the first place, the Yugoslav delegation wished to stress the importance of the provisions of article 3 on the application of the declaration of human rights to the populations of mandated and Non-Self-Governing Territories. In that respect, the declaration represented one of the few international documents in which the unjust and discriminatory colonial clause was not only abandoned but replaced by another clause having an opposite effect and recognized the equality between the colonial populations and those of other territories.

Al oponerse a las cláusulas procoloniales como estilo entendido o incluso expreso de los instrumentos internacionales, permitiendo la exención de las colonias por parte de los respectivos Estados colonialistas, Yugoslavia no sólo se está refiriendo a una práctica de los tiempos de la Liga de Naciones, sino también a la postura de las flamantes Naciones Unidas, de las que lo mejor que puede decirse es que carecen por entonces de una posición clara al respecto ⁽⁹⁾. Sólo

⁽⁹⁾ Para el caso británico, del que habremos naturalmente de tratar, ofrece un estado del juego de las cláusulas coloniales para aquellas alturas J.E.S. FAWCETT, *Treaty*

el día antes, el nueve de diciembre, se había adoptado por la Asamblea General la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio incorporando por iniciativa británica una cláusula de tal signo colonialista con todo el eufemismo del caso. Permitiendo una exclusión de partida y unas inclusiones selectivas, así reza el correspondiente artículo de esta Convención:

Article 12: Any Contracting Party may at any time, by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, extend the application of the present Convention to all or any of the territories for the conduct of whose foreign relations that Contracting Party is responsible.

Si se hace previsión de la posibilidad de extensión de la Convención contra el genocidio a lo que al fin y al cabo son las colonias, es porque se entiende que el instrumento de entrada sólo obliga a los Estados respecto a su espacio metropolitano. He ahí por entonces la práctica habitual, la que ha venido sobrentendiéndose incluso durante el proceso de elaboración de la Declaración Universal hasta que la propuesta de Yugoslavia pone el asunto sobre la mesa. Obsérvese el adverbio que da entrada a la enmienda británica que finalmente la sustituye: *furthermore...* Parece expresión de una adición y no de una clarificación. ¿Se concreta un extremo contenido en los principios que entonces conviene, para que no haya dudas, registrar, o se añade algo que no se entiende incluido en ellos y lo cual debe por tanto especificarse para que pueda comprenderse? Si se tratase claramente del primer caso, se habría utilizado otro adverbio, uno de consecuencia y no de agregación, por ejemplo *therefore* en vez de *furthermore*; *por consiguiente* en lugar de *además*. La diferencia resulta crucial. Es lo que también se resalta por la comparación con las propuestas yugoslava y soviética.

Si en el proceso de elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos no se afronta el reto del colonialismo hasta que la proposición yugoslava del artículo tercero provoca en la Asamblea General la dinámica conducente a la cláusula anticolonial de su artículo segundo, párrafo segundo, esto es la propuesta británica, ¿cómo se entiende realmente la extensión y produce en la práctica el

Relations of British Overseas Territories, en «The British Year Book of International Law», 26, 1949, pp. 86-107.

juego de la previsión definitiva? ¿Constituiría en efecto su presupuesto y operaría así en otro caso, como ocurre en dicha Convención coetánea, la del genocidio, la cláusula de signo colonial aunque no se le expresase ni abierta ni implícitamente, sino todo lo contrario, en el caso de la Declaración? ¿Puede haberse entonces llegado a tener a la cláusula colonial como principio siempre sobrentendido de un derecho internacional de carácter entonces consuetudinario, sin necesidad por tanto de que se le registrase?

Cuando solemnemente se proclama por la Declaración Universal que *all human beings*, « todos los seres humanos », son sujetos de los derechos o que, según van desgranándose, lo es *everyone*, « toda persona », *men and women*, « los hombres y las mujeres », por igual, ¿se comprenden realmente todos y cada uno o cada una? Si no, ¿cómo alcanza la Declaración a un resto una vez que la extensión se introduce? En la respuesta a esta serie de interrogantes, uno solo en el fondo, estaba efectivamente en juego la universalidad e igualdad de los derechos humanos con todos sus corolarios.

1.II. *La devaluación universal de la Declaración.*

Son preguntas tal vez entonces innecesarias o, al menos, prematuras, puesto que el valor que de hecho se le confiere a la Declaración las deja, como mínimo, aplazadas. En la misma sesión noctámbula del diez de diciembre también se vota un par de propuestas relevantes al efecto del aplazamiento de unas cuestiones. De una parte, se acuerda tomar en consideración, bien que para un momento ulterior, el asunto ya referido del encaje de los derechos de las minorías, esto por cuarenta y seis votos a favor, seis en contra y dos abstenciones; de otra parte, se aprueba la preparación de una convención o tratado multilateral con mecanismos de ratificación y supervisión que afianzasen la Declaración, esto otro por cuarenta y cuatro votos a favor, ninguno en contra y ocho abstenciones, en términos así parejos a los de la votación de la Declaración y con el mismo argumento de que no está madura sobre todo por necesitar la inclusión de los derechos de los pueblos y de las minorías. Sobre los primeros no se vota ni acuerda nada este día. Algo empero se decide. Por el mismo aplazamiento del asunto de las minorías, se difiere igualmente la cuestión de los derechos de los pueblos. No se

trata de compartimentos estancos. Las personas pertenecientes a pueblos sin cobertura de Estado propio se entienden entonces, aunque formen mayoría en su medio, como miembros de minorías. Son detalles que tocan a la médula de la Declaración.

Quedan minorías y pueblos pendientes de declaraciones y convenciones que tardarían más de una década en comenzar a llegar haciéndolo además con parsimonia. Aquí lo que nos interesa es la primera fase de vigencia de la Declaración Universal, su largo primer momento prácticamente en solitario, en la soledad que provoca incertidumbre sobre su valor como instrumento internacional. Las Convenciones son entonces normas conocidas, por practicadas, sobre cuyo alcance normativo a través de ratificación por los Estados y algún tipo de supervisión por instituciones internacionales no caben dudas. Como instrumento internacional, la Declaración constituye en cambio una forma normativa nueva. ¿Qué valor tiene si no se plantea que los Estados la ratifiquen y además Naciones Unidas no se reservan ningún mecanismo específico de supervisión o adjudicación ni asignan ninguna competencia de tal índole a ninguna institución internacional? En la medianoche del diez de diciembre de 1948 el Presidente de la Asamblea, el jurista y político australiano H.V. Evatt, en su breve discurso de parabienes por la aprobación bastante mayoritaria, pues no unánime, ofrece una respuesta tan problemática y discutible como, para aquel primer largo momento de vigencia en solitario, segura y eficaz. Así recogen las actas tal pasaje clave del discurso de la Presidencia, no tan improvisado como aparenta:

The Declaration only marked a first step since it was not a convention by which States would be bound to carry out and give effect to the fundamental human rights; nor would it provide for enforcement.

Por supuesto, una cosa es que una norma no prevea nada sobre su propia puesta en práctica y otra bien distinta que carezca de todo valor normativo, lo que sería un contrasentido. De la falta de previsión de mecanismos de supervisión o de adjudicación no cabe deducir sin más la carencia de entidad normativa. Pero es tal cosa lo que se asevera en la Asamblea General inmediatamente tras la adopción de la Declaración Universal. Como no se trata de una Convención, de esta clase bien conocida de tratado entre Estados, la

nueva forma de instrumento internacional que la Declaración representa nace inerte a efectos prácticos. Resulta anuncio de norma y no una norma por sí misma. Tal es al menos el entendimiento del Presidente de la Asamblea misma que la adopta sin aparente objeción por parte de la concurrencia. En esto hay acuerdo.

Una nueva clase de norma internacional realmente nace, una norma que se caracteriza por no serlo. Si algún precedente existe es el de algunas Constituciones de Estados, no el de todas, o de las respectivas Declaraciones de Derechos. Luego comparecerá el caso ilustrativo de Francia. Si algo procede por lo que se refiere al derecho internacional, es registrar la extrañeza. No dejemos de sorprendernos ante la consagración de tan peculiar criatura normativa entre Estados. De hecho, la Declaración como forma netamente distinta de instrumento internacional se ha acuñado sobre la marcha como medio de aparcarse la Convención de Derechos Humanos que, una vez que la primera se neutraliza, hubiera de complementarla. La decisión del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas que en 1947 pone en marcha el proceso que conduce a la Declaración Universal a lo que hace referencia es a la realización de un « international bill of rights » junto a unas « international declarations or conventions on civil liberties, the status of women, freedom of information », « the protection of minorities » y « the prevention of discrimination on grounds of race, sex, language or religion »⁽¹⁰⁾. Las meras declaraciones podrían ser una de las formas de desarrollo del *international bill of rights* y no, según tal consenso, éste mismo o su pieza inicial.

En su breve discurso de broche presentando la Declaración como instrumento sin efecto, el Presidente H.V. Evatt sabe que cuenta con la anuencia de la Asamblea. Y sabe también perfectamente de lo que habla. El asunto no sólo se ha discutido en los términos soviéticos de la soberanía nacional que puede chocar con la propia idea de los derechos. El mismo Evatt ha tenido ocasión como representante de Australia de forjarse su convicción personal sobre el carácter presuntamente no normativo de la Declaración. Ocurre tres años antes, durante el momento previo de la discusión de la entidad y las facultades de la nueva organización internacional

(10) J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, cit., pp. 12-20.

a consignarse en la Carta de Naciones Unidas. Evatt defiende la posición más cerrada de no-ingerencia en los asuntos domésticos de los Estados o entre ellos como, pone por ejemplo, el conflicto entre China y Australia por la política de inmigración de la segunda discriminando contra la población asiática y a favor de la europea. Son asuntos en los que las Naciones Unidas no habrían de intervenir a no ser que otra cosa claramente se acuerde. Así lo ha argumentado Evatt en la Conferencia de San Francisco en la que se instituyeran las Naciones Unidas durante el segundo semestre de 1945, reconduciendo significativamente la cuestión a la del tratamiento de las minorías como la que para el caso estaría formada por la inmigración china o en general asiática en Australia ⁽¹¹⁾:

If the members of the Organization really desire to give the Organization the power to protect minorities, the proper course is whether to declare that they recognise the protection of minorities as a matter of legitimate international and not merely domestic concern, or to make a formal international convention providing for the proper treatment of minorities.

Relaciónese el artículo segundo, tanto con un párrafo como con dos, de la posterior Declaración Universal. Lo dicho por el representante australiano significa que su disposición de igualdad y no discriminación carecería de efecto práctico alguno por sí sola mientras que Naciones Unidas no acuerden explícitamente otra cosa. En realidad la Declaración no estaba prevista por la Carta y, cuando se le adopta tres años después, podrá venirse de esa forma a acomodársele en el escenario ya trazado por la misma en 1945. La posición australiana había sido sustancialmente adoptada. Así el planteamiento había quedado reflejado como cuestión de principio en el primer pronunciamiento del párrafo séptimo del segundo artículo de la Carta de Naciones Unidas:

Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but

⁽¹¹⁾ A.W. Brian SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention* (2001), edición corregida, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 264-268.

this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.

La salvedad no hace referencia a la Declaración todavía ni siquiera prevista, sino a determinados supuestos de amenazas a la paz contemplados en la propia Carta. Mas algo hay que la alcanza. El propio origen de esa cláusula de respeto a la jurisdicción de los Estados se vincula estrechamente a la cuestión de los derechos. En la misma Conferencia de San Francisco en la que se acordó la Carta de Naciones Unidas, los Estados más potentes, como particularmente los Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética, se resisten en principio, frente a lo que suele luego pretenderse, incluso al compromiso de la mención de los derechos humanos en ella. Estados Unidos da con la fórmula: reconocimiento de los mismos con el imperativo incluso de la no-discriminación por razón, entre otros motivos, de raza, más dicha exacta cláusula de no-ingerencia. Tampoco se oculta entonces que con esto se quieren poner a salvo políticas de inmigración de signo racista, la estadounidense tanto como la australiana, o posiciones racistas sin más. Las políticas europeizadoras a todos los efectos fuera de Europa podían proseguir sin problemas por razón de derechos humanos ⁽¹²⁾.

Compréndase entonces en dicho contexto, conforme en aquel momento viene a comprenderse, algo realmente no previsto por la Carta de Naciones Unidas como la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El preámbulo de la primera contiene una confesión de fe en los derechos humanos, un encabezamiento que no implica la previsión de una nueva forma de instrumento internacional para declarar derechos singularizada por su carácter no normativo. O más bien podría entenderse que en tal preámbulo se anuncia precisamente lo contrario, un compromiso con los derechos en términos de efectividad. Otras referencias de la Carta a los mismos, inclusive, ya, la cláusula de extensión, no despejan dudas

(12) M.S. RAJAN, *United States attitude toward domestic jurisdiction in the United Nations*, en « International Organization », 13-1, 1959, pp. 19-37, en base a su *United Nations and Domestic Jurisdiction*, New York, Longmans, 1958; Carol ANDERSON, *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 45-50.

pues ninguna de ellas contiene ni realmente implica la previsión de la Declaración. Conviene reproducirse todos estos registros:

We the people of the United Nations determined [...] to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small [...].

Article 1: The purposes of the United Nations are [...] 3. To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

Article 13: 1. The General Assembly shall initiate studies and make recommendations for the purpose of [...] b) promoting international co-operation in the economic, social, cultural, educational, and health fields, and assisting in the realization of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

Article 55: With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote [...] c) universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

Article 62.2: It [the Economic and Social Council] may make recommendations for the purpose of promoting respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all.

Article 68: The Economic and Social Council shall set up commissions in economic and social fields and for the promotion of human rights, and such other commissions as may be required for the performance of its functions.

Article 76: The basic objectives of the trusteeship system, in accordance with the Purposes of the United Nations laid down in Article 1 of the present Charter, shall be [...] c) to encourage respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion, and to encourage recognition of the interdependence of the peoples of the world.

¿A qué viene todo el debate sobre la cláusula de extensión de los Derechos Humanos al elaborarse la Declaración Universal cuando el principio ya figura en la propia Carta de Naciones Unidas? Luego veremos. De momento bástenos la comprobación de la novedad de la Declaración como norma distinta de la Convención. Porque en la Carta haya mención de derechos humanos y además ya también en los términos aparentemente comprometidos de no-discriminación ni por sexo, esto desde el mismo preámbulo, ni por raza ni por lengua ni por religión, no por ello hay previsión ni mandato de que se declaren. Porque haya incluso insinuación de universalidad de los derechos humanos, no por ello hay previsión de una Declaración Universal de Derechos Humanos. Respecto a la novedad del instrumento, también haré luego referencia a la prácticamente coetánea Declaración Americana de Derechos y Deberse del Hombre.

Declarados los Derechos Humanos en 1948 de forma distinta a la de una Convención, no ocurre exactamente que la Declaración vaya a resultar por un tiempo vana en absoluto, sino que sus parámetros efectivos resultan entonces nacionales o, dicho mejor, estatales, esto con sus extensiones coloniales. Pese a sus pretensiones, su medida no es entonces de humanidad, sino de ciudadanía además colonialmente restringida. Es de particularidad y no de universalidad. Es el escenario donde una posición como la australiana y otra como la soviética se asemejan, aunque no resulten idénticas ni mucho menos. Ninguna se produce en términos de universalidad ni de igualdad, pero la primera, al contrario que la segunda, puede ofrecer una cabida a los derechos, aun parcial y desigual, puesto que en ningún momento llega a subordinarlos constitutivamente y por entero a la soberanía del Estado.

1.III. *Humanidad y colonialismo en la Declaración Universal.*

¿Qué significa en suma *derechos humanos* para la Declaración Universal, para ella misma? No pregunto respecto a éste u otro, individuo o Estado, de entre quienes contribuyeron a su elaboración. Tampoco me refiero a lo que hoy pueda la expresión significar en dicho mismo documento, sino a lo que entonces, en 1948, representase. Suele decirse que *derechos humanos* es un sintagma que hace época porque significa un reconocimiento en pie de

igualdad de todos y cada uno de los seres humanos, de todas y cada una de las personas, como titulares de capacidades y acreedores de libertades por esa misma razón exclusiva y suficiente de ser humano y así, en cuanto que sujeto de derechos, persona. ¿Es esto aparentemente tan elemental lo que el sintagma significa en la Declaración Universal? Concretando el interrogante, ¿es eso, el compromiso categórico con tal concepto, lo que implica la cláusula de extensión colonial contenida, por iniciativa finalmente británica, en el párrafo segundo del artículo segundo?

Ni la Declaración Universal ni ninguna de las partes oficiales — Estado o persona — entre las que contribuyeron a su confección promueven o ni siquiera abrigan tal concepto de derechos humanos. Ya ha podido apreciarse entre los Estados. Baste un botón de muestra entre las personas, entre los diversos candidatos existentes a madre o padre de la Declaración Universal. René Cassin, el jurista francés, fue galardonado en 1968 con el Premio Nobel de la Paz « for his contribution to the protection of human worth and the rights of man, as set forth in the Universal Declaration of Human Rights », enaltecíendosele como *architect* de la misma junto a Eleanor Roosevelt: « Eleanor Roosevelt was the chairman (sic) of the [United Nations] Commission on Human Rights, and René Cassin its vice-chairman. But it was Cassin who drew up the Declaration » (13).

Para lo que ahora nos interesa, un borrador, el que Cassin presentara en medio de la marcha de los trabajos, pues no en su arranque, puede ayudarnos a matizar las cosas. Su planteamiento responde a la tradición constitucional francesa de confiar los derechos a las leyes, ni siquiera más cautelosamente a la norma constitucional, dejándolos a disposición de un poder ordinario del Estado o, si se prefiere, al ejercicio cotidiano de su soberanía. En Francia,

(13) <http://nobelprize.org/nobel-prizes/peace/laureates/1968> da entrada a motivación (*Presentation Speech*) tan discutible, por no decir que llanamente incierta, respecto a ambos, también a Eleanor Roosevelt, de lo que tendremos constancia. Dispongo de copia del borrador manuscrito de Cassin al que a continuación me refiero gracias a la que guarda Juan Antonio Carrillo, catedrático emérito de derecho internacional en la Universidad de Sevilla. Para su ubicación, J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, cit., pp. 5-12, 28-35 y 343; A.W.B. SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire*, cit., pp. 420-423.

los *droits de l'homme* venían subordinándose a ley sin más desde la misma primera *Déclaration* de la *Révolution* en 1789 ⁽¹⁴⁾. Cabe empero que no sea esto lo más significativo de la propuesta de Cassin. Obsérvese no sólo dicho planteamiento de sujeción de derechos a poderes, sino también la elocuente tachadura del artículo referente a un derecho tan elemental como el que proscribía la esclavitud en una revisión del propio Cassin:

Article 12 (ancien article 8). Le esclavage, et le travail forcé, incompatible avec la dignité humaine, est interdit. L'autorité publique ne peut imposer un service au travail personnel qu' en vertu de la loi et dans l'intérêt commun.

Loi puede ser ley colonial e *intérêt commun* el interés de la metrópolis en las colonias. Resulta con todo que no hay derecho humano tan categóricamente fundado en universalidad y legalidad como para impedir el condicionamiento y la modulación del derecho más elemental a la disposición de la propia persona. El trabajo forzoso de efectos análogos a la esclavitud en cuanto a la privación radical de derechos constituye un índice colonial de lo más característico. Tacharlo entonces llanamente significa seguir dando carta blanca al colonialismo y sus peores prácticas.

El pronunciamiento definitivo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos va en la línea de la tachadura pues, en su artículo cuarto referente a la esclavitud, no hace referencia explícita a la proscripción del trabajo forzado: « Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude; l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes »; « No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms »; « Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas »... Aunque diera base para una interpretación extensiva de la Convención de la Liga de Naciones contra la esclavitud, de 1926, que fue seguida en 1930 por un Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo forzado, en sí bastante permisivo, haría

⁽¹⁴⁾ Para tal tradición que no suele caracterizarse ciertamente de ese modo cuando se trata de *droits de l'homme*, B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 111-124, 147-152, 176-180 y 223-226.

falta todavía un nuevo tratado específico que vendría en 1956, la Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, junto a otro también nuevo y ciertamente más resuelto Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Abolición del Trabajo Forzoso en 1957 ⁽¹⁵⁾. Por mucho que otra cosa se repita luego, la Declaración Universal no trae al orden internacional de los Derechos Humanos por sí sola ni siquiera un fundamento de libertad neta frente a prácticas esclavistas.

Que el trabajo forzoso afecta neurálgicamente a todo el conjunto de las libertades personales es algo evidente entonces como ahora. Era en efecto una práctica común en las colonias. Por cubrir mejor su práctica, Francia se había resistido incluso a dicha Convención de la Liga de Naciones contra la esclavitud, de 1926, como también al referido Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo forzoso, de 1930, aunque al final los hubiere ratificado, en 1931 y 1937 respectivamente ⁽¹⁶⁾. Pero no nos concierne aquí la trayectoria vacilante de Francia de cara a los derechos humanos, sino el síntoma de cómo la predicación de los mismos seguía por entonces, cuando se elaborara la Declaración Universal, sin implicar ni universalidad ni igualdad. El embarazo ante la propuesta yugoslava de la cláusula de inclusión colonial pone de manifiesto que la formulación de los derechos humanos para la Declaración Universal sobrentiende de por sí exclusiones, condicionamientos y modulaciones. Se hace ciertamente previsión de aboli-

⁽¹⁵⁾ Jean ALLAIN, *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Convention*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2008.

⁽¹⁶⁾ Alice L. CONKLIN, *Colonialism and Human Rights, A contradiction in Terms? The Case of France and West Africa, 1895-1914*, pp. 425 y 438-440, en « The American Historical Review », 103-2, 1998, pp. 419-442, en base a su *A Mission to Civilize: The Republican Idea of Empire in France and West Africa, 1895-1930*, Stanford, Stanford University Press, 1997, aunque al propósito y también para un mejor enfoque sería preferible ahora basarse en Frederick COOPER, *Decolonization and African Society: The Labor Question in French and British Africa*, New York, Cambridge University Press, 1996, y Luís RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The International Labour Organisation Regime, 1919-1989*, New York, Oxford University Press, 2005.

ción de la esclavitud estricta, pero no en absoluto del colonialismo y prácticas aparejadas lesivas de derechos elementales.

La misma cláusula de inclusión colonial constituye el síntoma más bien de lo contrario, esto es de la exclusión, del condicionamiento y la modulación en el texto definitivo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. También, si se prefiere, puede decirse síntoma de una inclusión aplazada y, con ello, sujetable a discreción y graduación. Para la concepción de los derechos de la Declaración Universal, tal es la significación práctica del párrafo segundo del artículo segundo. Al proscribirse la distinción, se distingue y así se discrimina e incluso se excluye.

Si la Declaración respondiera a una noción de los derechos en términos de universalidad e igualdad, no podría contener no sólo cláusulas de exclusión, sino tampoco cláusulas de inclusión. El mantenimiento del colonialismo, con todo lo que notoriamente implica en cuanto a dificultad e incluso imposibilidad de derechos en las colonias, requiere la cláusula de aparente inclusión que, si no cancela universalidad e igualdad, es porque éstas tampoco se sobrentienden cuando no se hace con anterioridad previsión de cláusula ninguna. Aquellos Derechos Humanos de la Declaración Universal no se conciben definitivamente entonces como títulos ni como créditos de todos y de cada uno de los seres humanos sobre la base de participar en igual grado y con idéntica dignidad de una misma condición de humanidad (17).

2. *La concepción de los Derechos Humanos por unos tiempos que no resultan tan inaugurales.*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ofrece hoy otra imagen por el desarrollo que ha tenido y el juego que ha logrado a partir especialmente de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de 1960 y a través de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 que entraron en vigor en 1976,

(17) Bonny IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights: Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History*, Albany, State University of New York Press, 2007, pp. 156-158.

cerca de tres décadas tras la Declaración Universal. En 1948 nada de esto existe ni la Declaración por sí lo requiere. El colonialismo para ella subsiste, con lo que la Convención de Derechos Humanos prevista por la votación del mismo día diez de diciembre de aquel año no podría haber comenzado como comienzan en 1966, tras la Declaración descolonizadora de 1960, ambos *Covenants* o Pactos de Derechos Humanos, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el par de instrumentos en el que finalmente se divide dicha Convención así tan aplazada:

Article 1: 1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development. 2. All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence. 3. The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.

En 1966, ambos *Covenants* o Pactos de Derechos Humanos que teóricamente desarrollan la Declaración Universal para traerla a la práctica comparten otro pronunciamiento que, mirando a su base material, refuerza el derecho de libre determinación de *all peoples, todos los pueblos*, incompatible, al menos en principio, con la continuidad del colonialismo. Es el artículo 47 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 25 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Nothing in the present Covenant shall be interpreted as impairing the inherent right of all peoples to join and utilize fully and freely their natural wealth and resources.

Por lo que ahora nos concierne, despejemos de futuro el presente de la Declaración Universal. Presente está entonces su pasado, pero no su porvenir, un porvenir además no estrictamente prefigurado por la Declaración. Para captar lo que significara en su momento, los datos y las perspectivas de tiempo posterior resultan

impertinentes, mientras que vienen a cuento en cambio los que le precedieran e influyeran. En el campo del derecho y muy particularmente en el ámbito del derecho internacional, impera todavía la perspectiva histórica anacrónica que proyecta nuestro presente sobre nuestro pasado viendo con ello futuro donde no lo había para ayer o donde puede que no lo haya ni siquiera para hoy. Así puede pretenderse que la Declaración Universal abriera por su virtud exclusiva todo un nuevo mundo que seguiría siendo el nuestro al cabo de varias décadas (18).

Es una imagen que resulta, si se le observa, realmente empañada por causa del colonialismo, esto es, por el parágrafo segundo del artículo segundo que sigue en el texto de la Declaración Universal pues, presumiéndose que los Pactos de 1966 y todo el resto de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos constituyen su desarrollo pacífico, la misma nunca se ha retocado. Es lo que acusa un bloqueo e impide un desenvolvimiento durante un buen tiempo. Ante todo es el síntoma de que no existe ni puede aplicarse por entonces una concepción de los derechos humanos de alcance universal bajo principio de igualdad entre todos los seres pertenecientes a la humanidad. Si no es definitivamente esto, ¿qué se significa entonces en la Declaración Universal con la expresión de *derechos humanos*, de unos derechos así calificados y proclamados? Este es el punto que nos interesa ahora como paso previo a la consideración de lo que los derechos humanos podían significar en las colonias.

Lo primero que en este punto conviene es que nos atengamos a unas elementales reglas de gramática. En un sintagma compuesto de sustantivo y adjetivo lo primario es lo primero, lo que identifica, y lo secundario es lo segundo, lo que califica. Adviértase que ante la expresión de *derechos humanos* suele operarse del modo contrario,

(18) Como buena muestra, Mary Ann GLENDON, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York, Random House, 2001. Sobre el compañero real del tándem irreal, Marc AGI, *René Cassin, 1887-1976. Prix Nobel de la Paix. Père de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Paris, Perrin, 1998. Respecto a quien realmente se debe el texto de base del debate que conduce en Naciones Unidas a la Declaración Universal, Clinton Timothy CURLE, *Humanité: John Humphrey's Alternative Account of Human Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

primándose el adjetivo sobre el sustantivo. Lo definitorio sería la referencia a humanidad antes y más que el apelativo de derecho, cuando no incluso en exclusiva. Estaríamos entonces ante unos predicados de universalidad e igualdad porque nos referimos directamente a la *humanidad* toda y así a los seres humanos en cuanto tales, sin ninguna posibilidad entonces de distinciones. ¿Qué pinta en todo esto el sustantivo de *derecho*? ¿No pudiera ser el que estuviera fijando un alcance para el que comienza por haber distinciones, esto es, exclusiones, condicionamientos y modulaciones?

Vayamos por partes. Lo que *derecho* significaba en el sintagma *derechos humanos* es algo de peso y en lo que puede haber ya de por sí novedad, aunque no absoluta. Miremos el término en sí y no por su ocasional calificación como humano que ya sabemos secundaria y que, antes de mediados del siglo XX, tampoco tiene por qué significar lo que hoy se entiende. Y miremos el concepto que se encierra en la palabra, no la palabra misma. Mal también se hace al entenderse que, en el sintagma *derechos humanos*, el sustantivo *derecho* resulta tan transparente como el calificativo *humano*.

Si algo está claro en tiempos anteriores a la Declaración Universal desde que se habla de *declaración de derechos* es que el término de referencia ya no se utiliza en un sentido más tradicional de orden establecido o de cometidos humanos conforme al mismo, sino que se refiere a capacidades de unos sujetos como principios del ordenamiento y no como dependencias suyas, unas capacidades humanas que, así reconocidas, hubieran de comprometer al sistema político y jurídico. La primera obra en la historia que articula dicha expresión con tal significación bien definida es de mediados del siglo XVIII y se titula modestamente *Commentaries on the Laws of England*. Ahí comparece la idea de una *declaration of rights* inserta en el ordenamiento entrañando una serie de capacidades de sujetos que lo presiden y a las que en consecuencia el mismo sirve. Está en inglés, la lengua que desde hacía no más de un siglo había comenzado a distinguir *right* de *law*, derecho de ordenamiento, el primero en el sentido de una batería de capacidades humanas a la que el segundo se debe ⁽¹⁹⁾.

(19) William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769, reprint, Chicago, University of Chicago Press, 1979.

En virtud de su propio sentido de capacidades humanas a las que el orden social se debe, dichos *Commentaries* explican que tales *rights* son *absolute* o, como se diría luego, fundamentales, esto es que están absueltos o por encima del ordenamiento. En ningún momento entiende que *right* como capacidad humana sea atributo de todos y cada uno de los seres humanos o ni siquiera de todos y todas cuantos se encuentran bajo el régimen de las *Laws of England*. Muy al contrario, el sujeto de los *absolute rights* resulta un tipo social al que se identifica, dirigiéndosele la obra, como el *gentleman*, el hombre gentil, la persona de género masculino que gozara de propiedad y autonomía en la sociedad inglesa europea. Incluso los ingleses de ultramar, los que emigran a colonias, no comparten dicho grado absoluto o absuelto de derecho porque se sigan rigiendo por el ordenamiento inglés. De cara a éste, tampoco tienen *absolute rights* otras gentes. Los derechos pueden ser fundamentales en los términos más restrictivos tanto sociales y económicos como culturales y políticos. Y las capacidades humanas constitutivas de derechos fundamentales pueden incluir el poder de subordinar a seres humanos sin tal atributo de derecho en grado de absolutismo o estado de absolución ⁽²⁰⁾.

El lenguaje de los derechos tiene sus peculiaridades que a veces se les escapan incluso a los juristas. En los Estados Unidos de América, con la independencia, se reafirmarían los *rights* adoptándose en las propias formulaciones constitucionales unos referentes más bien universalistas, aun con sesgo sexista, para el sujeto de derechos — *the people, all men, each individual, every subject of the society...* — y beneficiario de garantías — *no person, no man, no subject...* — sin dejar por ello de sobrentenderse sustracciones. No quedan comprendidos ni el indígena, ni el afroamericano, esclavo o emancipado, ni, desde luego por entonces, la mujer ⁽²¹⁾. Para la lectura no anacrónica ni ilusa de la Declaración Universal de los

(20) W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*; para la identificación del sujeto y para la concepción de una *declaration of rights* inserta en el derecho inglés y no necesariamente contenida en un concreto documento, secciones primera y tercera de la introducción; sobre la categoría de absolutos para los derechos entendidos en dicha Declaración, capítulo primero del libro primero; para la subordinación de sectores de la propia sociedad, capítulos decimocuarto y decimoquinto del mismo libro primero.

(21) B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy*

Derechos Humanos conviene no olvidar que en la universalidad del sujeto de los *rights* caben abstracciones sustractivas, cualesquiera que puedan ser, ciertamente más reducidas, en su caso concreto. No hace falta que sigamos todo un recorrido ni una evolución en inglés o en otras lenguas hasta llegar a 1948. Baste con constatar que ese de *right* puede ser la categoría que se contiene en la Declaración Universal en cuanto a la significación precisa del concepto, no por supuesto en lo que respecta a la identificación exacta del sujeto de los derechos.

Derecho — *right* — seguía significando una categoría capacitadora de determinados sujetos que podía retenerse o también participarse desigualmente entre los seres humanos estableciéndose y aplicándose con carácter previo al ordenamiento tanto propio como, de alcanzarse, ajeno. Advirtamos que en esto de su posición precedente a cualquier derecho dado radica su novedad relativa, novedad al cabo para la mayoría de la humanidad, inclusive en Europa. En realidad, *right*, el *right* de *human rights*, es un término intraducible a otras lenguas europeas; *derecho*, *droit*, *Recht*, *diritto*... rinden mal, equívocamente, el significado. *Right*, diferenciándose de *law* y anteponiéndosele, marca netamente un sentido y un alcance propios. *Law* ya se sabe que también se traduce en otras lenguas europeas por *derecho*, *droit*, *Recht*, *diritto*... Estrictamente, *right* no tiene traducción. No hay otro término que exactamente equivalga. En las actas bilingües de la sesión nocturna del 10 de diciembre de la Asamblea General de Naciones Unidas, del juego doble de *human rights* y *droits de l'homme* saltan chispas y esto no sólo porque el segundo sintagma, el de *derechos del hombre*, tuviera una superior connotación sexista. Si hoy se niega que así fuera, es porque no acaba de asumirse este género de equívocos siempre ventajosos para alguna clase de sujetos.

Durante la primera mitad del siglo XX, por estas décadas previas a la Declaración Universal, se había desarrollado por algunas contadas latitudes un significativo movimiento en paralelo de ubicación constitucional, de una parte, del derecho internacional junto al derecho del Estado o incluso por delante del mismo y, de otra

to the Constitutionalism of the Americas, Berkeley, The Robbins Collection, 2005, capítulo primero.

parte, de los derechos por encima de las leyes, de *rights* entonces como premisas del ordenamiento. Hubo alguna Constitución que ya formuló el principio de no-discriminación poniendo énfasis en la igualdad entre hombre y mujer. Pero se trataba tan sólo de casos que, aparte de contados, habían quedado anegados por el auge de los fascismos, inclusive en España, y el desencadenamiento de la guerra mundial.

Había sido una tendencia constitucional de alcance bastante minoritario por Europa y por América. De que dicho giro del constitucionalismo no se había consumado o que ni siquiera había calado entre agentes políticos entonces cruciales por sus posiciones coloniales, ya hemos tenido la muestra bien elocuente del planteamiento de René Cassin para la Declaración Universal de *droits de l'homme*, pues no exactamente de *human rights* para su visión. El mismo concepto de *right* como capacidad humana independiente del ordenamiento establecido es en efecto una novedad para buena parte de la humanidad, inclusive Francia y la mayoría de los Estados responsables de la Declaración Universal. Que, como ya hemos constatado, esta novedad se neutralizase, es cuestión ulterior. Para la mayoría entre quienes participan, el concepto en sí resulta nuevo aparte de que, si finalmente se le respalda, sea porque quedara neutralizado sobre la marcha.

¿Qué añade el adjetivo *humano* si no es, como ya nos consta, la universalidad en igualdad para la humanidad entera? Hay desde luego quienes, durante el debate de la Declaración Universal y ante su versión definitiva, predicán los derechos humanos como si se tratase de atributos universales e iguales sin reparar en la presuposición de la exclusión colonial manifiesta incluso por una cláusula de inclusión, con lo que resultan de hecho todo menos universales e iguales (22). Caben sin embargo otros sentidos que también se están presuponiendo y que igualmente representan una relativa novedad de cierto alcance para la mayor parte de la humanidad.

Derechos *humanos* son derechos que se legitimaban en exclusiva por la naturaleza humana de su sujeto aunque éste no sea

(22) Puede verse lo poco convincente que resulta la pretensión contraria, referida no sólo a John Humphrey, de C.T. CURLE, *Humanité: John Humphrey's Alternative Account of Human Rights*, cit., pp. 3-28.

entonces universal e igual. Representan capacidades cuya sustentación no se remite a requerimientos de la naturaleza compartida con otros animales ni tampoco a la providencia de alguna divinidad que hubiera creado o que estuviera animando a la naturaleza entera, a un universo integral con sus propias reglas tampoco nada privativas de la humanidad. Por lo demás, la necesidad perentoria de escindir el derecho de otras dimensiones culturales y naturales sobre bases de una universalidad en falso responde a las divisiones sumamente conflictivas de una religión, la cristiana, que tampoco afecta a la parte de la humanidad que consigue mantener distancias respecto a Europa y sus problemas. El entendimiento de lo humano del derecho como lo sustentado en humanidad de forma, si no exclusiva, suficiente no se reconoce siempre por sus responsables como propio y característico de la Declaración Universal, pero es por entonces el que opera en ella. Concepciones de anclaje religioso de los Derechos Humanos pujan sin éxito durante los trabajos preparatorios. El debate no es concluyente, pero deja indicios ⁽²³⁾.

Por la carencia misma de un reconocimiento franco, no viene a afrontarse la vertiente problemática del aislamiento de los *derechos humanos* respecto a los requerimientos de todo el resto de la naturaleza incluso desde la perspectiva y para el beneficio de la propia humanidad. La pretensión de que la Declaración Universal contiene derechos que se predicán de los seres humanos por igual y universalmente, además de resultar incierta, cubre más de un rasgo inquietante suyo de nacimiento. Conviene que la historiografía los traiga a la vista, una historiografía que comience por mirar el pasado entonces existente y no un futuro entonces inexistente, aquel que hoy desde luego conocemos porque en él nos encontramos. La Declaración Universal, una criatura de sesenta años ha, lo ignora necesariamente.

⁽²³⁾ Para la invención del sujeto de derecho, Jean y John COMAROFF, *Of Revelation and Revolution*, Chicago, University of Chicago Press, 1991-1997 (vol. III pendiente), vol. II, *The Dialectics of Modernity on a South African Frontier*, capítulo octavo; B. CLAVERO, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, capítulo primero. Para su reflejo en el debate de la Declaración Universal, J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, cit., pp. 284-302 y 313-320.

3. *Derechos Humanos y colonialismo: la problemática extensión de los derechos al potencial enemigo colonial.*

Donde la concepción de los derechos humanos como capacidades humanas absueltas del ordenamiento en beneficio de determinados sujetos representa entonces una novedad inferior desde tiempo atrás es precisamente en el sistema jurídico de la mayor potencia colonial, el Reino Unido de la Gran Bretaña con su Imperio pluricontinental. Desde pleno siglo XVIII se tiene ahí el concepto que ahora, a mediados del XX, se predica, bien que en falso, para toda la humanidad. No se da desde luego una línea de continuidad, entre otras razones porque andan también por medio los Estados Unidos de América potenciando constitucionalmente y a su modo dicho mismo concepto con presunción vana de universalidad dentro de la propia ciudadanía, pero puede con todo afirmarse que en el ámbito anglosajón el concepto de derechos humanos que se recoge en la Declaración Universal no constituye tanta novedad. Cuenta ya con una trayectoria de un par largo de siglos. Se tiene y mantiene en tiempos coloniales ⁽²⁴⁾.

El mismo interrogante que suscita la Declaración Universal sobre la participación de derechos al sujeto colonial ya puede haberse planteado con anterioridad en el ámbito del propio Imperio británico. Preguntémonos entonces cómo se adapta la noción de los derechos al expansionismo colonial de Gran Bretaña y qué juego puede desplegar. Tampoco hace falta que ahora sigamos todo un recorrido de los derechos por las anchas latitudes y largas longitudes de la expansión británica. Basta con que obtengamos elementos suficientes para hacernos una idea. Escuchemos las palabras de un discurso colonial, el de un gobernador celebrando en Lagos, futura Nigeria, el Día del Imperio de 1920 ⁽²⁵⁾:

Britain had been the first of the European nations to realize and to recognize the rights of the native populations of the non-Euro-

⁽²⁴⁾ A.W.B. SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire*, capítulo primero, *Human Rights, Fundamental Freedoms, and the World of the Common Law*, afronta esta cuestión del trayecto entre los *Commentaries* de Blackstone y la Declaración Universal subrayando cesuras quizás no tan relevantes.

⁽²⁵⁾ Hugh CLIFFORD, *Address to the School Children of Lagos on Empire Day, 24 May 1920*, Lagos, The Government Printer, 1920, p. 6 (Yale University Library, Nigerians Pamphlets on Microfilm, MF-929 Cooperative Africana Microform Project).

pean world to equitable treatment [...]. Might was hers, and she was free to make of it what she would. She elected to employ it in the course of right — to use it, in fact, in the only manner where might can find its justification.

Might, el poder colonialista, se entiende obligado a *rights*, los derechos del sujeto colonizado, tan sólo relativamente, a unos efectos de legitimación sin posibilidad de control judicial o de otro orden, por lo que un gobernador británico puede jactarse de que tales derechos se estuvieran participando. ¿De qué forma? De una forma *equitable*, conforme a *equity*, no entonces a *law*, caso en el que cabría en cambio un control de tal género, el judicial. Un juez colonial había dejado bien sentado con anterioridad que « it is not Law that is required to be applied in Africa, but Equity » (26). El colonialismo entendido como forma de participación generosa de *rights* sin sometimiento obligado a previsión de *law* es la posición que llega hasta la misma descolonización, con elaboraciones de hora avanzada en la que no falta la contribución de signo socialista (27).

Rule of law, el régimen más propio de derecho en garantía de los *rights*, se entiende que no procede en las colonias de modo alguno aun viniendo a predicarse que el objetivo colonial es la participación de los derechos mismos, sin necesidad esto desde luego de consentimiento por parte de los presuntos beneficiarios. Tampoco en consecuencia procede entonces, a lo largo de esos tiempos coloniales hasta la misma descolonización, el derecho internacional, inclusive el de la guerra, con lo cual cabe la beligerancia sin cuartel por estado que se entiende de necesidad (28). Con todo, puede ser una forma

(26) B. IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights*, cit., p. 77, con esta cita y la anterior.

(27) Partha Sarathi GUPTA, *Imperialism and the British Labour Movement, 1914-1964* (1975), Nueva Delhi, Sage, 2002; John FLINT, *Planned Decolonization and Its Failure in British Africa*, en « African Affairs », 328, 1983, pp. 389-411; Kenneth O. MORGAN, *Imperialism at Bay: British Labour and Decolonization*, en Robert D. King y Robin Kilson (eds.), *The Statecraft of British Imperialism: Essays in Honour of Wm. Roger Louis*, Londres, Frank Cass, 1999 (= « The Journal of Imperial and Commonwealth History », 27-2, 1999), pp. 233-254.

(28) Elbridge COLBY, *How to Fight Savage Tribes*, en « The American Journal of International Law », 21-2, 1927, pp. 279-288, comentando a Quincy WRIGHT, *The Bombardment of Damascus*, en el mismo Journal, 20-2, 1926, pp. 263-280.

ordinaria de hacer política en las colonias eso que luego ha venido en llamarse, cual si fuera una novedad ulterior, *Feindstrafrecht*, el derecho penal del enemigo, y que resulta más bien la exención de todo derecho estricto en el tratamiento del reputado unilateralmente como tal, como enemigo ⁽²⁹⁾.

Equidad, en este contexto que no remite a una jurisdicción o institución en concreto, lo que hace es establecer un canon no identificado en absoluto con el de igualdad, sino que admite, bien al contrario, todo género de graduaciones entre derechos y garantías y toda especie de acepciones entre personas y grupos ⁽³⁰⁾. Y la equidad necesita del derecho más propiamente dicho, de un ordenamiento positivo, conforme lo determinaren jueces o legisladores coloniales encargándose de discernir y calificar, esto es de discriminar y jerarquizar. El juego entre equidad y derecho permite las exclusiones, los condicionamientos y las modulaciones que pudieran convenir por las variables de la situación colonial o más concretamente por la actitud, ya amigable, ya hostil, de los sujetos de las colonias. El discurso no está entonces improvisándose, pues toma su

⁽²⁹⁾ Günther JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, y Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit*, ambos en « « Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht und Rechtsprechungsdatenbank » (<http://www.hrr-strafrecht.de>), 3, 2004, y 8-9, 2006; Luis GRACIA MARTÍN, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal del enemigo'*, en « Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología » (<http://criminet.ugr.es/recpc>), 7, 2005; Giuseppe LOSAPPIO, "Para los amigos, todo; para los delinquentes, la ley; para los enemigos, nada". *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, en « Derechopenalonline » (<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>), comunicación al congreso *Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli* de 2006 con edición de las sesiones en línea en audio y video (<http://www.jus.unitn.it/services/arc/2006/0310i/home.html>) y de las actas en volumen: Alessandro Gamberini y Renzo Orlando (eds.), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bolonia, Monduzzi, 2007.

⁽³⁰⁾ La *equity* colonial no remite a su jurisdicción específica, la *Chancery* o la división consiguiente de la *High Court of Justice*, aun pudiéndose hacer la misma desde luego presente en las colonias respecto a la población colonizadora: D.M. KERLY, *An Historical Sketch of the Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery* (1986), Buffalo, W.S. Hein, 1994. Véase para su juego, pues el medieval todavía a la larga interesa al colonial, el del caso británico inclusive, Jesús VALLEJO, *Ruda Equidad, Ley Consumada. Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

par de motivos de sendas corrientes acendradas, el de la entidad moldeable y el de la comunicabilidad plausible de los derechos, lo uno de la tradición más añeja y extendida por Europa de la equidad en el ordenamiento y lo otro de la tendencia más reciente y restringida de su carácter participable a las colonias fuera de Europa ⁽³¹⁾.

Francia tenía bastante más fácil dicho planteamiento colonial de participación controlada de derechos, pues no manejaba noción de *droits de l'homme* absueltos de la ley. Con todas las variantes existentes, se produce en efecto una confluencia de parámetros de derechos entre ambos colonialismos. También en uno como en otro caso *rights* y *droits* cobran una tonalidad distinta si son invocados no por los sujetos colonialistas, sino por los sujetos colonizados. Desde la perspectiva del colonialismo, los derechos están sujetos a exclusión, condicionamiento y modulación. Para la visión de quienes padecen el dominio colonial y se hacen con el manejo del lenguaje foráneo, los derechos se sitúan en una posición más de principio, negociable quizás entre ambas partes, la colonialista y la colonizada, pero no excluible, condicionable o moldeable por determinación unilateral de la potencia dominante ⁽³²⁾. Si por algún sector hay algún atisbo de la noción de los derechos humanos universales e iguales, es desde luego en el segundo, el colonizado. Pero no se olvide que es el sector en su mayor parte ausente en las Naciones Unidas que producen la Declaración Universal.

La corriente más reciente y restringida de legitimación colonial cuenta con un fuerte respaldo teórico dizque liberal, sedicentemente tal. El mismo concibe la participación de los derechos en unos términos de transformación de los sujetos no muy disímiles a los de la conversión religiosa o más concretamente cristiana, lo cual re-

⁽³¹⁾ Uday Singh MEHTA, *Liberalism and Empire: A Study in Nineteenth-Century British Liberal Thought*, Chicago, University of Chicago Press, 1999; Jennifer PITTS, *A Turn to Empire: The Rise of Imperial Liberalism in Britain and France*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

⁽³²⁾ Viene a constatarlo Gary WILDER, *The French Imperial Nation-State: Negritude and Colonial Humanism between the Two Wars*, Chicago, Chicago University Press, 2005, quien consecuentemente critica (pp. 6-7) el abordaje unilateral de la citada A.L. CONKLIN, *A Mission to Civilize*. Respecto a la imagen diversa que aún resiste en la historiografía francesa, D. Bruce MARSHALL, *The French Colonial Myth and Constitution-Making in the Fourth Republic*, New Haven, Yale University Press, 1973.

quiere un periodo de catecumenado en el que los derechos pueden no sólo dosificarse, sino también dejarse en suspenso por completo. Llegaba a teorizarse la conveniencia del trabajo forzoso como forma de conversión de los sujetos. La suspensión habría de alcanzar plenamente y de una forma además irreversible al derecho a la propia cultura, al propio modo de vida, a la propia comunidad política y a los propios recursos económicos. Mientras que ese periodo no se atravesase a satisfacción, no hay derecho que valga en la vertiente ni política ni judicial. De los derechos siempre habría sido el sujeto colonial teóricamente acreedor, pero tan sólo podría hacerse cargo de los mismos tras la conversión. No se trata de la suspensión de unos derechos colectivos para facilitarse el goce de unos derechos individuales, sino de la negación de derechos individuales para la imposición de una cultura, de una forma de vida e incluso de una comunidad y una economía políticas ajenas y con fuerte vocación de dominio.

Así se concibe y así se conforma el régimen colonial ordinario en cuanto a los derechos de los sujetos colonizados. Ordinario digo porque también cabe, una vez que puede disponerse en tal forma de los derechos por parte del poder colonial, una batería de mecanismos extraordinarios y no menos presentes en las colonias. Hay un régimen normal de sujetos coloniales sin derechos estrictamente dichos y una vuelta de tuerca de excepción, pero igualmente usual, de enemigos anticolonialistas sin garantías mínimamente operativas. Y no vaya a pensarse que se trate de situaciones y prácticas de hecho sin previsiones ni habilitaciones de derecho ⁽³³⁾.

Desde las metrópolis o en las colonias mismas suelen sucederse ordenanzas generando un derecho penal propio, un derecho penal

⁽³³⁾ Para exposición de los pormenores que siguen, primeros experimentos de bombardeo aéreo deliberado de población civil inclusive, respecto a un caso cual el británico tanto más significativo por cuanto que, aparte su alcance en sí mayor, suele tenerse como menos brutal que otros colonialismos, A.W.B. SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire*, capítulo segundo, *The Mechanisms of Repression*, y B. IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights*, capítulo tercero, *Stronger than the Maxim Gun: Law, Rights, and Justice*. La depuración sistemática de archivos coloniales por parte británica en el momento de la descolonización ayuda a mantener tal imagen más agraciada: Caroline ELKINS, *Imperial Reckoning: The Untold Story of Britain's Gulag in Kenya*, New York, Henry Holt, 2005, pp. XI-XVI y 371-375.

del potencial enemigo que entonces resulta cualquier individuo natural de las colonias. Y la práctica no sólo alimenta, sino que también potencia este ordenamiento colonial. Bajo dicha cobertura normativa y sin figura de juicio, puede procederse a razias, registros, detenciones, internamientos masivos, flagelaciones y otros crueles castigos corporales con grilletes, cadenas, cepos y jaulas, mutilaciones, incendios, aprisionamientos selectivos, deportaciones, desapariciones...⁽³⁴⁾. Cabe hasta la primera práctica en la historia de bombardeo aéreo de población civil, impune por supuesto. Esto incluso se entiende en términos jurídicos de carácter penal. Las ordenanzas hacen previsión de responsabilidad criminal colectiva, aplicable a actos como las deserciones u otros boicoteos del trabajo forzoso, sin posibilidad ninguna de garantía procesal de derecho individual. Derechos individuales no es precisamente lo que se propugna ni promueve. Las medidas más expeditivas al margen o incluso en contra de ordenanzas, si dan en algunos casos lugar a responsabilidad, esto es ante las autoridades superiores en la colonia o en la metrópolis y no por legitimación procesal ni para satisfacción sustantiva de las personas afectadas. El poder colonial puede dispensar justicia, pero no se somete a la misma. Es el viejo derecho del enemigo, viejo aunque parezca nuevo⁽³⁵⁾.

A lo que ahora esencialmente nos importa, tal puede ser la

(34) Sobre casos de brutalidad manifiesta, aunque tampoco siempre así reconocidos, que alcanzaran sus fases álgidas entre siglos, el XIX y el XX, con el resultado de muertes, en virtud de dichas prácticas, por encima de una docena de millones de personas y cuya revelación no bastara para ponerse en cuestión el colonialismo por parte del derecho internacional, Adam HOCHSCHILD, *King Leopold's Ghost: A Story of Greed, Terror, and Heroism in Colonial Africa*, New York, Houghton Mifflin, 1998, y George STEINMETZ, *The Devil's Handwriting: Precoloniality and the German Colonial State in Qingdao, Samoa, and Southwest Africa*, Chicago, University of Chicago Press, 2007, pp. 75-239.

(35) Pienso en la invasión de Irak en 2003 por una fuerza multilateral encabezada por Estados Unidos y Gran Bretaña que puede localmente experimentarse como un regreso a tiempos del imperialismo británico y que ha dado pábulo a la idea de un derecho penal sin garantías, sin reglas siquiera del derecho de guerra, como tratamiento, por Estados, del enemigo que la propia ocupación produce. Como no domino la el árabe, no sé cómo citar en esta nota el material más a propósito. Puede verse Moazzam BEGG, *Enemy Combatant: My Imprisonment at Guantanamo, Bagram and Kandabar*, New York, New Press, 2007.

concepción originaria de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre la entidad de estos derechos así calificados, unos derechos basados en naturaleza humana y no en alguna cultura en particular de las existentes en el seno de la humanidad, pero que serían derechos dispensables por una de entre ellas y resultarían así derechos unilaterales, concesivos, dosificables, condicionados y susceptibles de ser suspendidos. Tal es la concepción a la que responde la propuesta británica que constituiría el definitivo párrafo segundo del artículo segundo de la Declaración Universal, aquella propuesta que se interpone frente al fallido artículo tercero de iniciativa yugoslava y que sobre todo contrasta con los términos de la enmienda soviética.

Tras la Declaración Universal, durante los años inmediatos, resulta elocuente la continuidad de fondo de unas prácticas y unas concepciones coloniales, también de esto segundo, el derecho penal del enemigo colonial comprendido y todo incluso en el caso de comenzar a vislumbrarse y hasta prepararse la descolonización⁽³⁶⁾. Ni siquiera en el ámbito del orden internacional que ahora preside Naciones Unidas se aprecia algún giro significativo por virtud de la Declaración Universal. La continuidad es la pauta⁽³⁷⁾. La descolonización misma de hecho se precipita frente a las previsiones tanto de los Estados coloniales como de las propias Naciones Unidas. Esto mismo puede hacer que la conversión urja activando el derecho de excepción. No se trata necesariamente de hipocresía colectiva de la parte colonialista. No es de extrañar que la prevista Convención que, según se vota la misma noche de aquel diez de diciembre, habría de

(36) Para la muestra de un caso, Wunyabari O. MALOBA, *Mau Mau and Kenya: An Analysis of a Peasant Revolt*, Bloomington, Indiana University Press, 1993; C. ELKINS, *Imperial Reckoning: The Untold Story of Britain's Gulag in Kenya*; David ANDERSON, *Histories of the Hanged: The Dirty War in Kenya and the End of Empire*, New York, W.W Norton, 2005, presentándose también como una *hidden history*. Puede resultar en cambio una *told story*, un caso de *exposed history* desde su propio momento, cuando el derecho penal del enemigo colonial donde se aplica es en geografía europea: A.W.B. SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire*, capítulos 18 y 19, respecto al caso también británico de Chipre.

(37) L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El Código Colonial: La Organización Internacional del Trabajo y los 'Trabajadores Indígenas'*, en estos «Quaderni Fiorentini», 33-34, 2004-2005, *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, pp. 259-317.

servir para poner en práctica la Declaración Universal quedara bloqueada ⁽³⁸⁾.

Los *rights* de dispensación colonial son los mismos *human rights* contenidos originalmente en la Declaración Universal. En este sentido y no en otro, resulta expresión genuina de un derecho internacional consuetudinario, de uno procedente del siglo XIX, tampoco de antes. Otras lecturas caben desde luego, pero no son las que originariamente se encierran en la Declaración Universal de los Derechos Humanos conforme las Naciones Unidas la adoptan y proclaman hace ahora sesenta años. Tras la misma, en su momento, puja enseguida en serio y con consecuencia la concepción de los derechos humanos como derechos de todos los seres humanos y de cada uno de ellos y ellas en términos de igualdad sencillamente por referirse a una misma humanidad.

Viene tal concepción de parte colonizada y anticolonial, de aquella parte que no tiene en rigor representación en ningún momento del proceso de elaboración de la Declaración Universal, tampoco en la sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas de la noche del diez de diciembre de 1948 según el cómputo de días, meses y años de la versión más difundida del calendario de la era cristiana ⁽³⁹⁾. En pleno fuego cruzado de la Guerra Fría que llegara a degradar los derechos humanos a la condición de arma política, es la concepción que hace suya a mediados de los años cincuenta, enfrentándose al colonialismo, el Movimiento de los Países No Alineados, aun sin alcanzar en su agenda prioridad por encima de las políticas de Estados ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ A.W.B. SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire*, capítulos noveno y décimo.

⁽³⁹⁾ Sobre la procedencia anticolonial de la concepción no discriminatoria de los Derechos Humanos pujante de inmediato, aprovechándola, tras la Declaración Universal, B. IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights*, capítulo séptimo, *The Paradox of Rights Talk*.

⁽⁴⁰⁾ Richard WRIGHT, *The Color Curtain: A Report on the Bandung Conference* (con prólogo de Gunnar Myrdal, 1956), más epílogo de Amritjit Singh, Jackson, Banner, 1995; Penny M. VON ESCHEN, *Race Against Empire: Black Americans and Anticolonialism, 1937-1957*, Ithaca, Cornell University Press, 1997, pp. 167-173; Kweku AMPIAH, *The Political and Moral Imperatives of the Bandung Conference: The Reactions of US, UK and Japan*, Dorset, Global Oriental, 2007.

4. *Dimensiones no tan domésticas del cortocircuito de los Derechos Humanos: el laboratorio panamericano.*

Paralelamente al proceso de elaboración y aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se desarrolla en las mismas Naciones Unidas el que conduce a la adopción de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en las mismas vísperas, el día nueve de diciembre de 1948. También interesa a derechos humanos, aunque no se motive expresamente en ellos. Viene a proteger penalmente la existencia de grupos con cultura o religión propias o distintivas; dicho de otra forma, los derechos de los mismos, de todos los « national, ethnical, racial or religious group[s] », de pueblos o minorías que como tales ni siquiera comparecen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Humanos resultan igualmente estos derechos no sólo por sí mismos, sino también por cuanto que así, mediante esta Convención, se les considera y protege en el derecho internacional con todas sus presunciones de universalidad ⁽⁴¹⁾.

En 1946, disponiendo la elaboración del instrumento, la propia Asamblea General de Naciones Unidas había definido el genocidio como « a denial of the right of existence of entire human groups », añadiendo una expresiva comparación: « as homicide is the denial of the right to live of individual beings », tan inhumano así lo uno como lo otro, tan humano un derecho como el otro. Con todo, la Convención sobre el genocidio resulta potencialmente clave para la garantía de los derechos humanos del sujeto colonial pues virtualmente penaliza políticas destructivas de sus culturas y expropiadoras de sus recursos, políticas « causing serious bodily or mental harm to members of the group » o « deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part ». No obstante, ocurre como con la Declaración Universal. Queda la Convención sobre el genocidio neutralizada e inoperativa, incluso durante más tiempo ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Respecto a la Convención sobre el genocidio como instrumento virtual de defensa de las minorías, Javaid REHMAN, *The Weaknesses in the International Protection of Minority Rights*, La Haya, Kluwer, 2000, capítulo cuarto.

⁽⁴²⁾ Respecto a todo ello, con ampliación de referencias y bibliografía también para el resto de los asuntos que aquí se tratan, B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008.

En el debate paralelo sobre este otro instrumento no dejan de suscitarse cuestiones pertinentes al factor de raíz colonial que interpone un impedimento eficiente a la universalidad, respecto a la Convención no menos que a la Declaración. Nueva Zelanda y la Unión Sudafricana arguyen contra una definición del genocidio que alcanzase a las políticas de asimilación de « primitive and backward groups ». Brasil abunda: « Some minorities might have used it as an excuse for opposing perfectly normal assimilation »⁽⁴³⁾. Está haciéndose referencia a pueblos como el maorí en Aotearoa (Nueva Zelanda), al xitsonga en Sudáfrica o al guaraní en Brasil, por poner sólo un ejemplo de cada caso. En unos y otros continentes pueden tenerse unas u otras políticas más o menos confesables, pero la de América se define abiertamente como si no fuese en absoluto problemática: se trataría de *minorities* indígenas destinadas a una *perfectly normal assimilation* como requisito, se entiende, para que puedan gozar de derechos, pues no cabe que los interpongan ante esa política de Estado. Mientras tanto, son así grupos que se encuentran sujetos, sin garantías de derechos propios, al poder que se pretende civilizatorio del Estado o de otras agencias más o menos vicarias, como las de carácter religioso o más concretamente cristiano. Era un planteamiento común al ámbito latinoamericano desde la misma erección, sin consentimiento de los pueblos indígenas entonces mayoritarios, de los respectivos Estados. En el ámbito angloamericano también se retiene y aplica dicha reserva de poder sobre los pueblos indígenas⁽⁴⁴⁾.

Aquí podría repetirse cuanto hemos visto respecto a la suspensión de derechos y la privación de garantías que se produce con el colonialismo pues la situación no es en el fondo distinta. El mismo derecho penal del enemigo potencial, con todas las consecuencias de un estado de excepción virtualmente permanente, se da por igual.

(43) Las referencias también, pero con lectura diametralmente diversa, en William A. SCHABAS, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, New York, Cambridge University Press, 2000, pp. 183-185.

(44) David E. WILKINS y Vine DELORIA Jr., *Tribes, Treaties, and Constitutional Tribulations*, Austin, University of Texas Press, 1999; B. CLAVERO, *Geografía Jurídica de América Latina. Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*, México, Siglo XXI, 2008.

La única diferencia importante es la de que un caso, el del colonialismo europeo en África y Asia, el asunto se reputa internacional, mientras que en otro, el de los Estados en América o también por Oceanía, el asunto se considera interno y por tanto entonces plenamente cubierto por la cláusula de respeto de la jurisdicción doméstica de la Carta de Naciones Unidas. A Naciones Unidas así concerniría la cuestión colonial y no en cambio la indígena, aunque constituyeran sustantivamente un mismo asunto.

En lo que respecta a los Derechos Humanos, a estos derechos proclamados por la Declaración Universal, los pueblos indígenas, aquellas llamadas *minorías*, ni siquiera se comprenderían en el párrafo segundo del artículo segundo, en aquella cláusula de inclusión que denota exclusión. Como tales pueblos o minorías, como grupos humanos, estarían excluidos de raíz. Como ya sabemos, la Carta de Naciones Unidas hace referencia en su artículo primero a un « principle of equal rights and self-determination of peoples » que no se contempla a continuación para nada en la Declaración Universal. Los pueblos indígenas que se encuentran en el interior de las fronteras de Estados no son tomados en consideración ni siquiera cuando se produce esa mención de momento inoperante. Su exclusión de los Derechos Humanos es la más radical. No son ni siquiera visibles para la Declaración, aunque el debate paralelo sobre el genocidio los hubiera traído a la vista. Y en éste lo que se ha producido es una exclusión deliberada ⁽⁴⁵⁾.

El debate sobre los derechos humanos resulta más franco en 1945, con ocasión de la Conferencia de San Francisco, que en 1948, en el proceso de elaboración de la Declaración Universal, durante el cual los Estados se muestran menos abiertos a propuestas que no se produzcan entre ellos en el seno de Naciones Unidas aun habiendo de entrada aprovechado proyectos de otra procedencia ⁽⁴⁶⁾. Hay alguna representación de pueblos indígenas de América reclamando el derecho de libre determinación, lo que provoca la reacción más despectiva y tajante por parte de los Estados Unidos ⁽⁴⁷⁾. Se da una

⁽⁴⁵⁾ J. MORSINK, *Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights*, in « Human Rights Quarterly », 21-4, 1999, pp. 1009-1060.

⁽⁴⁶⁾ J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 5-12 ya citadas.

⁽⁴⁷⁾ Douglas SANDERS, *Aboriginal Rights: The Search for Recognition in Interna-*

más perseverante actuación de organizaciones afroamericanas y muy en particular de la *National Association for the Advancement of Colored People*, la Asociación para el Progreso de la Gente de Color estadounidense, defendiendo una concepción universal de los derechos humanos en pie de igualdad, la concepción que no se adopta ni en la Carta de Naciones Unidas ni en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Asociación para el Progreso de la Gente de Color opta resueltamente durante aquellos años por la agenda de los derechos humanos como alternativa neta al programa, que más tarde privilegia, de los derechos tan sólo civiles, esto es los constitucionales internos y además prácticamente limitados, en el caso de los Estados Unidos, al ámbito político, inclusive el judicial, sin comprender derechos económicos, sociales ni culturales (48). El propio giro que acaba alejando del panafricanismo como forma de universalismo también luego se produce, de otro modo y bajo muy diversas circunstancias, en la contraparte africana (49). Mas es momento el panafricano en el que conviene reparar.

A las alturas de 1945, la Asociación para el Progreso de la Gente de Color defiende su planteamiento sobre los derechos humanos ante la representación de Estados Unidos en la Conferencia de San Francisco en términos panafricanistas sobre la base de las relaciones que ya se venían cultivando desde Afroamérica con África, con el

tional Law, p. 300, en Menno Boldt y J. Anthony Long (eds.), *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, pp. 292-303. Para la reacción estadounidense, C. ANDERSON, *Eyes off the Prize*, p. 41.

(48) He ahí el punto clave del estudio de C. ANDERSON, *Eyes off the Prize*, cuyo mismo título se enuncia por oposición crítica al de Juan WILLIAMS, *Eyes on the Prize: America's Civil Rights Years, 1954-1965*, New York, Viking, 1987, volumen adicional a una serie de televisión, comercializada también en videos, sobre la lucha por los derechos civiles como si no hubiera cabido otra opción; añádase Clayborne Carson y otros (eds.), *The Eyes on the Prize Civil Rights Reader: Documents, speeches, and Firsthand Accounts from the Black Freedom Struggle* (1987), New York, Penguin, 1991, pp. 727-728 sobre el conjunto del proyecto. *Keep your Eyes on the Prize* es una canción tradicional afroamericana, *Gospel Plow* o *Hold on*, según versión de Alice Wine en 1956 como arma de paz en la lucha por los derechos civiles (« [...] But the only thing we did right / Was the day we started to fight. / Keep your eyes on the prize, / Hold on, hold on »); para registro de interpretaciones, <http://bruce.orel.ws/seegersessions/songs/eyes-on-the-prize.html>.

(49) Philip S. ZACHERNUK, *Colonial Subjects: An African Intelligentsia and Atlantic Ideas*, Charlottesville, University Press of Virginia, 2000, pp. 156-164.

África sometida al colonialismo ⁽⁵⁰⁾. Se relaciona también con quienes sufren de forma menos abierta el dominio colonial como fuera el caso de Sudáfrica, el más parecido al americano a lo ancho y largo del continente africano ⁽⁵¹⁾. La Asociación presenta en San Francisco una propuesta contra el régimen racista de Sudáfrica que los Estados Unidos se encargan de bloquear. La Unión Sudafricana no tuvo que dar en esta ocasión la cara. Y todo esto lo emprende la Asociación no sólo por solidaridad, sino también por entender que las condiciones adversas para el acceso a los derechos, a todos los derechos, es análoga: al « Negro in America » se le reserva « little more than colonial status in a democracy », de forma así similar al caso de Sudáfrica ⁽⁵²⁾.

Por medios no muy distintos al del derecho penal del enemigo potencial, con medidas tan idiosincráticas y efectivas como los linchamientos disuasorios en serie, impunes por supuesto dada la connivencia de las autoridades no sólo locales, se fuerza el extrañamiento afroamericano del sistema político y judicial ⁽⁵³⁾. Mediante el

⁽⁵⁰⁾ Brenda Gayle PLUMMER, *Rising Wind: Black Americans and U.S. Foreign Affairs, 1935-1960*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996; P.M. VON ESCHEN, *Race Against Empire*; James H. MERIWETHER, *Proudly We Can Be Africans: Black Americans and Africa, 1935-1961*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2002; Brenda Gayle Plummer (ed.), *Window on Freedom: Race, Civil Rights, and Foreign Affairs, 1945-1988*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2003.

⁽⁵¹⁾ Véase la especie de trilogía de George M. FREDRICKSON, *White Supremacy: A Comparative Study in American and South African History*, New York, Oxford University Press, 1981; *Black Liberation: A Comparative History of Black Ideologies in the United States and South Africa*, New York, Oxford University Press, 1995; *The Comparative Imagination: On the History of Racism, Nationalism, and Social Movements*, Berkeley, University of California Press, 2000; Mary L. DUDZIAK, *Cold War Civil Rights: Race and the Image of American Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2000; Thomas BORSTELMANN, *The Cold War and the Color Line: American Race Relations in the Global Era*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

⁽⁵²⁾ C. ANDERSON, *Eyes off the Prize*, para todo ello; p. 57, la cita; pp. 3 y 27-33, denuncia sobre Sudáfrica; para más detalles, P. M. VON ESCHEN, *Race Against Empire*, pp. 61-68 y 78-95; J.H. MERIWETHER, *Proudly We Can Be Africans*, pp. 93-123. Sobre el papel de Estados Unidos, T. BORSTELMANN, *Apartheid's Reluctant Uncle: The United States and Southern Africa in the Early Cold War*, New York, Oxford University Press, 1993.

⁽⁵³⁾ Jerrold M. PACKARD, *American Nightmare: The History of Jim Crow*, New York, St. Martin's Press, 2002; Richard WORMSER, *The Rise and Fall of Jim Crow*, New

testimonio, la información y la comparación, el panafricanismo de entonces se basa, por una parte, en unas condiciones entendidas como comunes no sólo por el origen africano que se comparte y, por otra, la que más aquí nos interesa, en la categórica concepción de los derechos humanos como derechos universales en pie de igualdad. Es el horizonte que lleva a plantear la discriminación afroamericana en los Estados Unidos como un problema, no de derechos civiles exclusivos, sino de derechos humanos compartidos ⁽⁵⁴⁾.

Es un contexto en el que puede sopesarse mejor todo cuanto implica la opción de los Estados de Naciones Unidas por unos Derechos Humanos tan lastrados, unos derechos humanos sin derechos de pueblos ni de minorías y con una cláusula de inclusión colonial que acusa una exclusión más que colonial. Entre San Francisco y París se aprecia también mejor el efecto de la reducción más categórica de los agentes de la Declaración Universal. La misma cláusula de inclusión colonial resulta una forma de exclusión también porque acusa la perspectiva desde la que se formula finalmente la Declaración, no la del sujeto colonial ni tampoco una en común, sino la del agente colonialista. Es este segundo el que se permite incluir a aquel primero, mientras que éste lo que reclama son derechos humanos en igualdad. Hay algo más afectando a la autoridad y el sentido de la Declaración Universal que la deficiencia de representación por ausencia de la humanidad colonizada en la Asamblea general y en las instancias entonces todas de Naciones Unidas.

Article 2: All persons are equal before the law and have the rights and duties established in this Declaration, without distinction as to race, sex, language, creed or any other factor.

He aquí el *right of equality before law*, que más equívocamente

York, St. Martin's Press, 2003; Philip DRAY, *At the Hands of Persons Unknown: The Lynching of Black America*, New York, Random House, 2003.

⁽⁵⁴⁾ Tras San Francisco, la NAACP todavía no cesa: *Appeal to the World: A Statement on the Denial of Human Rights to Minorities in the Case of Citizens of Negro Descent in the United States of America and an Appeal to the United Nations for Redress*, New York, National Association for the Advancement of Colored People, 1947. Se cedería pronto ante la presión de la delegación estadounidense con Eleanor Roosevelt contribuyendo en primera línea al placaje: C. ANDERSON, *Eyes off the Prize*, cit., pp. 106-112 y 146-149.

se formula en castellano como *derecho de igualdad ante la ley*, según se presenta por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos que se anticipa por unos ocho meses, siempre en 1948, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el panorama de las Américas no puede decirse que por entonces, sólo me refero a entonces, se añada así nada a cuanto estamos viendo sobre el derecho internacional de los Derechos Humanos ⁽⁵⁵⁾. Respecto a un equívoco que realmente opera por la América Latina, el de poder entenderse que el canon de los *derechos humanos* queda en manos de la determinación política de las *leyes*, sería mejor traducción, aunque parezca un retruécano, la de *derecho de igualdad ante el derecho*. No sólo por América, ya sabemos que es *right* el término que no tiene traducción.

5. *Desarrollo inmediato de la Declaración Universal.*

Estados representantes de una facción de la humanidad y en posiciones realmente facciosas son los autores de la Declaración Universal. Son los remitentes y también los destinatarios, unos destinatarios por entonces exclusivos desde que se neutraliza el propio valor de este instrumento a escala internacional. Lo propio ocurre con la Convención de Derechos Humanos que, según la votación de la misma noche del diez de diciembre, habría de seguir a la Declaración introduciendo mecanismos de supervisión y puesta en práctica. La Convención fue de momento por igual bloqueada.

Los Estados Unidos proponen una especie de cláusula constitucional para la Convención. Conforme a la misma, los Estados que la ratificaren no tendrían la obligación de ponerla en práctica si su sistema constitucional interno no se lo permitiese o sólo habrían contraído esa responsabilidad en la medida en la que el mismo se lo consintiese. En su caso, la Unión federal, la de los Estados Unidos de América, no asumiría por la ratificación de la Convención el

(55) Para apreciarse por qué insisto en que sólo a entonces me refero, puede verse el volumen monográfico, dedicado al giro jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derecho comunitario indígena en 2001, de « The Arizona Journal of International and Comparative Law », 19-1, 2002 (en línea: <http://www.law.arizona.edu/journals/ajicl/AJICL2002/vol191.htm>).

compromiso internacional de hacer que los Estados federados se atuvieran a los Derechos Humanos, con lo que el segundo instrumento, un instrumento precisamente destinado a la puesta en práctica, quedaría igualmente neutralizado. El efecto de esta cláusula federal sería análogo al de la cláusula de exclusión colonial. Los Estados de régimen racista de los Estados Unidos hubieran quedado excusados del compromiso con los Derechos Humanos. Quien pasa también, junto a René Cassin, por progenitora de los Derechos Humanos, Eleanor Roosevelt, participa plenamente en esta operación neutralizadora. No encontrando eco una propuesta tan descarada que duplicaría claramente instrumentos ineficaces, los mismos Estados Unidos optan por la política más fácil del simple bloqueo de la Convención, en lo que no se encuentran desde luego solos ⁽⁵⁶⁾.

Se produce en verdad alguna apariencia de que la Declaración opera en los años inmediatos a escala internacional. Veamos la muestra más significativa pues se trata de una Convención de derechos humanos, aunque no de la Convención de Derechos Humanos. A los cuatro años de la Declaración Universal, a finales de 1952, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer. « [I]n accordance with the provisions of the Charter of the United Nations and of the Universal Declaration of Human Rights », la mujer habrá de gozar de tales derechos « on equal terms with men, without any discrimination ». No hay cláusula alguna, ni inclusiva ni exclusiva, ni colonial ni constitucional. El principio se predica como universal ⁽⁵⁷⁾. ¿Cómo puede ser esto si tal regla internacional, colonialismo mediante, ni siquiera existe para los hombres entre sí?

Precisamente. El canon de igualdad se define con respecto a los derechos que tenga o de los que carezca el hombre en el propio medio, el colonial en su caso. La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer sólo cobra sentido y resulta verosímil con la cláusula colonial de exclusión o dosificación entendida. Por esto se

⁽⁵⁶⁾ C. ANDERSON, *Eyes off the Prize*, pp. 132-137, 200-201 y 227-230.

⁽⁵⁷⁾ <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/22.htm> es la página de esta Convención en el antiguo sitio del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Superada procedimental y sustantivamente por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), ya no figura en el sitio más actualizado: <http://www2.ohchr.org/english/law>.

trata de un instrumento de Estados que se maneja entre Estados. No hay previsión ninguna de que sea la mujer quien tenga capacidad de activar los derechos del caso. Ni existe obligación de que los Estados hayan de rendir cuentas a Naciones Unidas sobre el cumplimiento de esta Convención. De haber desentendimiento entre ellos respecto a la misma, lo que expresamente se prevé es la negociación política y, en último término, el sometimiento del contencioso a la Corte Internacional de Justicia, una jurisdicción entre Estados sin acceso para los individuos, ni mujeres ni hombres. A efectos prácticos por ejemplo, en los años cincuenta se ponen en marcha políticas internacionales de control del desarrollo demográfico con completa indiferencia y recurrente atropello para con los derechos tanto del hombre como de la mujer, ésta la principal afectada desde luego ⁽⁵⁸⁾.

Según la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, sus derechos pueden negociarse políticamente y la misma no cuenta con legitimación para defender los que se le reconocen en el orden internacional o, con sus respectivos aditamentos, en el constitucional de los Estados ⁽⁵⁹⁾. Tampoco, por referirme a lo más cercano para Naciones Unidas, ninguna delegación de Estado en las mismas es puesta en cuestión tras aquella Convención porque represente a un gobierno en cuya elección no haya la mujer tenido la menor participación. Pues se relaciona con la Declaración Universal, este instrumento de lo que deja entonces constancia es de una común inoperatividad. Dicho mejor, testimonia hasta qué punto los Derechos Humanos se ponen en manos de los Estados. La exclusión colonial de entrada, esta cláusula tan poco estética, resulta entonces superflua. De una forma o de otra, por Declaración o por Conven-

⁽⁵⁸⁾ Matthew CONNELLY, *Fatal Misconception: The Struggle to Control World Population*, Cambridge, Harvard University Press, 2008. Adoptando en un principio tales políticas sin consideración alguna de derechos de las personas presuntamente beneficiadas, se establecen en 1961 la USAID (United States Agency for International Development) y en 1969 el UNFPA (United Nations Fund for Population Activities, hoy United Nations Population Fund, el Fondo de Población de las Naciones Unidas).

⁽⁵⁹⁾ Radhika COOMARASWAMY, *To Bellow like a Cow: Women, Ethnicity, and the Discourse of Rights*, en Rebecca J. Cook (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1994, pp. 39-57; Gulmundur Alfredsson y Katarina Tomaševski (eds.), *A Thematic Guide to Documents of the Human Rights of Women*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995; Lynn Walter (ed.), *Women's Rights: A Global View*, Westport, Greenwood, 2001.

ción, los Derechos Humanos teóricamente situados por encima de los Estados quedan entonces a la hora de la verdad en sus manos.

Los Estados son en un principio los destinatarios netos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Entonces, durante aquella primera fase, la responsabilidad de hacerla valer queda por entero en manos de los Estados. No olvidemos, para evaluar todo esto, la novedad del instrumento. A mediados del siglo XX, una Convención se sabe sobradamente lo que es y cómo opera. Una Declaración con mayúscula es en cambio algo inédito. Naciones Unidas adoptan la primera, la de Derechos Humanos, sin determinar su valor ni contemplar forma alguna de hacerla operar de momento, quedando esto pendiente para una Convención que resulta aplazada sin término. ¿De qué sirve la Declaración Universal mientras tanto?

Dados planteamiento y contexto, la respuesta que debiera producirse corresponde por completo a los Estados. Tienen éstos ante sí posibilidades aparte de la frustrada puesta en práctica mediante el acuerdo de mecanismos internacionales. Lo primero que entonces conviene subrayar es la evidencia de que la Declaración Universal de Derechos Humanos no fue incorporada tal cual a su ordenamiento propio por parte de ningún Estado, fuera directamente o fuera por inserción como capítulo básico de derechos en la propia Constitución. Naciones Unidas tampoco pone ningún empeño en estas otras posibilidades. La Declaración Universal de los Derechos Humanos queda toda ella en un vacío, toda ella menos precisamente la exclusión colonial presupuesta por su cláusula de inclusión. Lo que vale durante un tiempo de la Declaración resulta que es la continuidad del colonialismo. Y lo que los Estados por separado decidieran.

La pauta entre los Estados es un vacío al instrumento de nuevo tipo cuya evidencia nos está diciendo algo. No lo hay en aquel momento capaz de hacerse cargo de la Declaración Universal con su cláusula de inclusión que suponía una exclusión de partida bien real. Ya sea por mantener dominios coloniales, ya sea por contener pueblos indígenas, unido esto a la falta de determinación por reconocer derechos en pie de igualdad con sus consecuencias necesariamente descolonizadoras, la incorporación del instrumento no resulta factible. En la medida en que no se cuenta con el consentimiento libre de los pueblos coloniales o indígenas y no se afronta el

acomodamiento constituyente que garantice los respectivos derechos, unos derechos humanos sencillamente no caben. En estas circunstancias, los Estados asumen poderes coloniales, hacia el exterior o hacia el interior, incluso cuando ejercen sus facultades ordinarias y, más aún, cuando ponen en práctica su poder constituyente como poder también de Estado. Y unos poderes no se utilizan contra sí mismos.

En tales circunstancias, ¿cómo pueden incorporarse los Derechos Humanos? ¿Para qué se ha adoptado la Declaración Universal con tanta diligencia al cabo? Me refiero a efectos prácticos más tangibles que los de propaganda a favor de la nueva organización internacional, las flamantes Naciones Unidas, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos comparte entonces indudablemente con la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, ambas por igual inoperantes de nacimiento y durante buen tiempo, mayor todavía en el caso de la segunda, a escala tanto internacional como estatal. Naciones Unidas estaba abocada al fracaso de no apadrinar derechos humanos. La cuestión es entonces cómo lo hace y a qué efecto. Así es realmente como comienza en 1948 a hacerlo, sólo apadrinando, lo cual también significa apropiándose, controlando e incluso estorbando y bloqueando.

Para algo sirve la Declaración en todo caso durante una primera larga década de superior inoperancia internacional. Para considerarlo debidamente, lo que correspondería es que procediésemos del mismo modo como hemos hecho para unos antecedentes de la categoría de *rights* y esto es mirando no tanto o no necesariamente a comparencias, a menudo con todo vanas, del sintagma *derechos humanos*, sino a registros de los derechos sin más o de los derechos constitucionales que habrían más sensiblemente de responder a los Derechos Humanos en los ordenamientos nacionales. El panorama no sería más alentador. La forma de conducirse los Estados en Naciones Unidas no deja de tener su reflejo interno en el orden constitucional propio ⁽⁶⁰⁾.

(60) Para una visión más optimista desde la perspectiva de fecha más tardía, Hurst HANNUM, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, en « Georgia Journal of International and Comparative Law », 25-2, 1995, pp. 287-397, procedente de su contribución a un congreso de la International Law

6. *El desbloqueo de los Derechos Humanos por la adopción de una política de descolonización en Naciones Unidas.*

Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales no parece que sea una traducción absolutamente afortunada de *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples* o quizás incluso la formulación en inglés no es tampoco la más feliz imaginable, pues *granting* puede tanto significar la concesión de derecho que así se otorga como la garantía del derecho que ya se tiene. Si se marca la contraposición, lo que viene a significarse es lo primero, esto es lo que parece menos apropiado para el propio alcance de este instrumento ⁽⁶¹⁾. *Granting* aquí ha de significar no que se conceda o regale nada, sino que se reconoce y garantiza algo. Si se abriga alguna duda, la despeja inmediatamente el tenor de la Declaración misma. No se otorga gracia alguna de inclusión en derechos que puedan dispensarse y dosificarse por las mismas potencias coloniales, sino que se asegura un derecho propio y además de carácter expresamente primario, uno de esos derechos que se predicán como humanos, aunque no pueda en su caso fundarse en la Declaración Universal. He aquí los decisivos primeros tres pronunciamientos de la Declaración de 1960:

1. The subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a denial of fundamental human rights, is contrary to the Charter of the United Nations and is an impediment to the promotion of world peace and co-operation.

Association como *Final Report* de su Committee on Enforcement of Human Rights: James Crawford y Maureen Williams (eds.), *Report of the Sixty-Sixth Conference, held at Buenos Aires, Argentina, 14 to 20 August 1994*, Buenos Aires, International Law Association, 1994, edición en CD-Rom, HeinOnline, 2006. Para un escrutinio sistemático de efectividad, derecho por derecho, Nihal JAYAWICKRAMA, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. Recuerdo que, como está dicho (n 3), la versión ampliada de este trabajo en internet se ocupa de algunos casos constitucionales, concretamente, como regionalmente representativos, de Guatemala, Nigeria y Malaysia.

⁽⁶¹⁾ Ayitégan G. KOUÉVI, *The right to self-determination of indigenous peoples: Natural or granted? An African perspective*, Pekka Aikio y Martin Scheinin (eds.), *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Turku/Åbo, Institute for Human Rights, 2000, pp. 143-153.

2) All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

3) Inadequacy of political, economic, social or educational preparedness should never serve as a pretext for delaying independence.

Sé que ya he citado el segundo párrafo, pero no como pronunciamiento de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, sino como párrafo primero del primer artículo, el que encabeza y preside, de los dos *Covenants* o Pactos de Derechos Humanos, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que por fin advendrán en 1966. Efectivamente, son idénticos entre sí, con alguna importante diferencia por el contexto. En 1960 la Declaración puede dejar en manos de Naciones Unidas la determinación de lo que sea pueblo colonial y de lo que fuera la subyugación colonialista. En 1966 el derecho del pueblo se inserta plenamente y además en cabeza entre los derechos humanos. Como tal, ya no debe resultar políticamente disponible para los Estados que componen Naciones Unidas ni en conjunción ni por separado. No digo que esto no ocurra, sino que, conforme a derecho, ya no debiera. De hecho, 1960 tampoco supone una cesura. Se mantienen en lo sustancial unos planteamientos de negociación de independencias sobre la base de las fronteras coloniales sin abrirse estrictamente espacio al ejercicio de un derecho por parte de los pueblos colonizados ⁽⁶²⁾.

En principio, a estas alturas de los años sesenta del siglo pasado, no debería ser ya cuestión de cláusulas extensivas o inclusivas de ningún género, sino de derecho bajo la responsabilidad de sus titulares. ¿Ya no hay en efecto juego de inclusiones y exclusiones coloniales? El derecho internacional parece estar conjurándose por fin en contra. La misma reiteración en los Pactos no sólo refuerza la posición de la libre determinación de los pueblos como derecho

⁽⁶²⁾ Paul Gordon LAUREN, *Power and Prejudice: The Politics and Diplomacy of Racial Discrimination* (1988), edición ampliada, Boulder, Westview, 1996, capítulo séptimo; Vrushali PATIL, *Negotiating Decolonization in the United Nations: Politics of Space, Identity, and International Community*, New York, Routledge, 2007.

humano, sino que además la ubica entre los Derechos Humanos. Coloca tal derecho de formulación colectiva en primera posición, como si fuera premisa de los derechos de los individuos ⁽⁶³⁾. Con esto, para acceder a una condición que permita el efectivo ejercicio de unas libertades más allá del mero reconocimiento de unos derechos, parece que el individuo precisa la libertad del pueblo con el que se identifica o en cuyo seno vive. Con su artículo primero en común y la secuencia subsiguiente y ahora diferenciada de los Derechos Humanos en cada Pacto, esto también es detalle con el que los Pactos enmiendan y puntualizan a la Declaración Universal. Es principio para la desaparición del lastre de la exclusión de los sujetos coloniales. Mas puede haber dificultades por el modo como se produce esta evolución de un derecho internacional y también por las implicaciones que se arrastran.

La forma de producirse el desarrollo internacional de los Derechos Humanos entre la Declaración Universal y los *Covenants* o Pactos, entre también la base indeclinable de derechos de individuos y la adición necesaria de derecho de pueblos, crea un espejismo de especificación progresiva de reconocimientos que ya estarían presentes en la Carta de Naciones Unidas o al menos supuestos netamente por la misma. ¿No figuraban ya en ella la libre determinación de los pueblos y el mismo principio de extensión colonial de los derechos humanos? Había algo de esto y también bastante más. Observemos la forma como en 1945 la Carta de Naciones Unidas puede hacer referencia, entre eufemismos no tan opacos, al colonialismo:

Article 73: Members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government

⁽⁶³⁾ [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/f3c99406d528f37fc12563ed004960b4?](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/f3c99406d528f37fc12563ed004960b4?Opendocument) Opendocument, es el Comentario General del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho de libre determinación, de 1984, en el que se subraya este punto: « The right of self-determination is of particular importance because its realization is an essential condition for the effective guarantee and observance of individual human rights and for the promotion and strengthening of those rights. It is for that reason that States set forth the right of self-determination in a provision of positive law in both Covenants and placed this provision as article 1 apart from and before all of the other rights in the two Covenants ».

recognize the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories, and, to this end [...] b) to develop self-government, to take due account of the political aspirations of the peoples, and to assist them in the progressive development of their free political institutions, according to the particular circumstances of each territory and its peoples and their varying stages of advancement.

Article 76: The basic objectives of the trusteeship system, in accordance with the Purposes of the United Nations laid down in Article 1 of the present Charter, shall be [...] b) to promote the political, economic, social, and educational advancement of the inhabitants of the trust territories, and their progressive development towards self-government or independence as may be appropriate to the particular circumstances of each territory and its peoples and the freely expressed wishes of the peoples concerned, and as may be provided by the terms of each trusteeship agreement.

La entrada de este último artículo ya la conocemos, pues es el mismo que se refiere, en su párrafo siguiente, a la extensión de los Derechos Humanos. Con anterioridad a esta cláusula así se ha registrado dicha visión positiva del colonialismo como la vía a través de la cual debe producirse la participación misma de derechos a gentes dependientes, esto es, conforme al planteamiento que se había formulado previamente de modo más claro entre todas las potencias coloniales por la Gran Bretaña. La continuidad de la exclusión colonial ha podido producirse a través de las cláusulas de inclusión entre las Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal.

De hecho, si se lee atentamente, puede observarse que en la Carta ni siquiera queda nítido el alcance del objetivo de extensión de derechos, pues no se formula, como luego hará la Declaración, respecto a todos los *non-self-governing territories* con carácter general⁽⁶⁴⁾, pero lo que nos interesa ahora es la significación que todo

(64) Sobre el régimen de los territorios en *trusteeship* o administración fiduciaria que eran los estrictamente contemplados en la cláusula de extensión de derechos de la

esto guarda para la concepción de los Derechos Humanos, de aquellos derechos humanos registrados por la Declaración Universal. En lo que toca al concepto, su parágrafo segundo de su artículo segundo contiene exactamente el mismo que se registra en la Carta. Ahora, en 1948, queda claro que el objetivo de la extensión de los derechos a las colonias tiene un alcance general, sin posibles excepciones, pero se sigue entendido que ello no implica un reconocimiento inmediato, sino gestionable, dispensable, graduable y, con todo, aplazable, por determinación, no de los respectivos titulares de derechos, sino de la potencia colonial. Este sinsentido de la puesta del colonialismo al servicio de los derechos humanos, con el efecto inmediato de la denegación de los mismos a buena parte de la humanidad, pertenece tanto a la Carta como a la Declaración.

Si hay debate sobre la cláusula de extensión colonial durante los trabajos preparatorios de la Declaración es porque la disposición equivalente de la Carta, de una parte, no lo era tanto y, de otra, había formulado unas bases que, entre la propuesta yugoslava y la soviética, se ponen en cuestión. Entre la Carta y la Declaración, la cláusula colonial contiene en sustancia un mandato incierto de futuro indeterminado para la superación del colonialismo implicando en el presente su continuidad con cometido propio y legitimación consiguiente. Implica la improbabilidad de la extensión de los derechos e incluso su imposibilidad con carácter inmediato. Aquí radica la diferencia esencial entre la posición británica y no sólo la soviética, sino también la yugoslava, la distancia en suma entre el *on the basis of* más graduable y dilatorio y el *equally* más conminatorio y apremiante. La propuesta soviética se deja de eufemismos, lo que no quiere decir que asuma tampoco unos derechos.

El efecto de exclusión mediante inclusión no se agota en 1948, sino que puede alcanzar a 1966 y así más allá, tanto al doble reconocimiento del derecho de libre determinación de *all peoples*, de *todos los pueblos*, como al simple de derechos de las personas

Carta y que constituían una mínima parte de las latitudes coloniales, Wm. Roger LOUIS, *Ends of British Imperialism: The Scramble for Empire, Suez and Decolonization*, Londres, I.B. Tauris, 2006, pp. 185-290 (artículos de entre 1963-2006); Carsten STAHN, *The Law and Practice of International Territorial Administration: Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 89-114.

pertenecientes a las llamadas minorías. Cabe que se siga presumiendo que una parte de la humanidad carece de capacidad para regirse a sí misma o, dicho de otra forma, para responsabilizarse de la garantía colectiva de sus propios derechos. La inclusión puede resultar que sigue presuponiendo y produciendo exclusiones.

Hay pruebas en los mismos Pactos. El de Derechos Civiles y Políticos contempla la condición de las llamadas minorías no para reconocerles y garantizarles igualmente derechos, sino para contemplar tan sólo los de las personas pertenecientes a ellas. La novedad se registra tras la reafirmación de los principios de igualdad y no-discriminación, tal y como si se viniese ahora a matizarlos, aunque así no se diga de forma explícita. Una primera comparecencia del principio de no-discriminación deja en claro que su medida de referencia no es universal, sino de Estado:

Article 2.1: Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Article 26: All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Article 27: In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

En el caso de las llamadas minorías, al reconocerse tan sólo los derechos de los individuos que las componen y no complementariamente el del grupo mismo, como si se hallara incapacitado para la consiguiente responsabilidad de garantía, con el corolario siempre de su encomienda primaria al Estado, a un Estado que en su caso por definición les es ajeno, no quedaría sentada la premisa de la libertad colectiva ni así por tanto establecido el principio para la

superación del lastre ⁽⁶⁵⁾. Habrá más. Al cabo del tiempo, en 2007, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en la que figura el siguiente pronunciamiento ⁽⁶⁶⁾:

Article 3: Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

Viene en tercer lugar porque en los dos primeros artículos de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas preceden los derechos individuales en igualdad y sin discriminación, el orden aparentemente contrario del que hemos visto en los *Covenants* o Pactos, pero expresando en el fondo lo mismo, esto es la relación y dependencia entre derechos de personas y derecho de pueblos ⁽⁶⁷⁾. No saltemos sin embargo a 2007. Nuestro término es el de la fecha de adopción de los Pactos, 1966, luego lo que ocurra más tarde no nos interesa ahora en sí, sino, en su caso, como evidencia de cargo, por así decirle, respecto a los mismos y a la Declaración Universal de la que traen en su mayor parte causa. Ahí, en 2007, se tiene la necesidad de decir de los *indigenous peoples*, los pueblos indígenas, exactamente lo mismo que tiempo ha se había dicho de *all peoples*, de todos los pueblos. En esta extensión al cabo de cerca de cinco décadas desde la rectificación inconfesa de 1960 sabrá reconocerse la cláusula de inclusión que está acusando exclusión. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos *todos* no quiere

⁽⁶⁵⁾ Patrick THORNBERRY, *International Law and the Law of Minorities*, Oxford, Oxford University Press, 1991; J. REHMAN, *The Weaknesses in the International Protection of Minority Rights*, capítulos sexto y octavo; Nazila Ghanea and Alexandra Xanthaki (eds.), *Minorities, Peoples and Self-Determination: Essays in Honour of Patrick Thornberry*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2005.

⁽⁶⁶⁾ <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi> es la dirección del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, donde puede compulsarse la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas junto con otra documentación pertinente.

⁽⁶⁷⁾ P. THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002; S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law* (1996), edición actualizada, New York, Oxford University Press, 2004; A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

decir todos; *all* no significa *everyone*; o ni siquiera *everyone* lo hace. Un sujeto colonial, ahora el indígena, ha venido abstrayéndose.

All peoples del artículo primero de ambos Pactos resulta que no son *todos los pueblos*, sino todos menos los indígenas, esto es todavía la mayoría de los mismos y que además por regla bastante general preceden en el propio territorio a los que han constituido unos Estados no tan postcoloniales con ello. En condición de sujetos por lo común no se comprenden realmente en su mayor parte los pueblos ni de América ni de África ni de Asia o los de otras latitudes, pues el fenómeno no es sólo americano, africano o asiático ni producto siempre de la expansión colonial europea como la producida sobre todo, con desiguales secuelas a su vez, por América y por África. Insisto porque se vea que la exclusión entendida en la inclusión del párrafo segundo del segundo artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos ha venido constituyendo regla más que excepción ⁽⁶⁸⁾.

7. *Proscripción de la discriminación racial y derechos no menos humanos de pueblos y minorías.*

Hay más efectos bastante inmediatos del desbloqueo de 1960, también de alguna forma problemáticos. El desembarazo se ha producido, pero el horizonte no se ha despejado. Entre 1960 y 1966, entre la adopción de una política de descolonización y su principal consecuencia normativa que son los Pactos, se ubica un instrumento de lo más significativo para cuanto estamos viendo. De finales de 1965 data la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, un verdadero desarrollo del párrafo segundo del artículo segundo de la Declaración Universal. Con procedimientos ahora de supervisión, el principio de no-discriminación intenta mantenerse a ultranza, pero con significativos matices de un doble signo en este preciso momento en que se trata de su puesta en práctica.

Por una parte, se sienta que, en la práctica, el principio de no-discriminación no tiene el término de referencia universal de la humanidad, sino el de la ciudadanía de cada Estado. Es lo que,

⁽⁶⁸⁾ B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide (1933-2007)*, cit., capítulo octavo.

según hemos visto, se reafirmará a continuación por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. No se trata así en rigor, ahora que intentan cobrar vida, de *derechos humanos*, sino de derechos constitucionales con reconocimiento y supervisión internacionales. Por otra parte, se toma en cuenta que dentro de los Estados existen grupos diferenciados, admitiendo que sean objeto de políticas específicas, pero no sujeto de derechos propios, con el fin esto de que las diferencias mismas se cancelen:

Article 1: 1. In this Convention, the term *racial discrimination* shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life. 2. This Convention shall not apply to distinctions, exclusions, restrictions or preferences made by a State Party to this Convention between citizens and non-citizens. 3. Nothing in this Convention may be interpreted as affecting in any way the legal provisions of States Parties concerning nationality, citizenship or naturalization, provided that such provisions do not discriminate against any particular nationality. 4. Special measures taken for the sole purpose of securing adequate advancement of certain racial or ethnic groups or individuals requiring such protection as may be necessary in order to ensure such groups or individuals equal enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms shall not be deemed racial discrimination, provided, however, that such measures do not, as a consequence, lead to the maintenance of separate rights for different racial groups and that they shall not be continued after the objectives for which they were taken have been achieved.

No nos interesa ahora, pues excedería de nuestro término, el juego que pueda dar esta Convención, pues no siempre responde, por fortuna para pueblos y minorías, exactamente a sus previsiones ⁽⁶⁹⁾. Nos importa su planteamiento. De entrada, lo que así se

⁽⁶⁹⁾ Natan LERNER, *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff-Noordhoff, 1980; y sobre todo, el mismo, *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991; H. HANNUM, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation*

formula es un paradigma que, si no sintoniza siempre con la cara oscura de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aquella que Brasil ha mostrado con toda crudeza en el debate sobre la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, es por la imposibilidad práctica de traducirlo en una política que no merezca precisamente tal calificación de genocida. Así y todo, dicho paradigma, presentándose como corolario inmediato del principio de no-discriminación racial, se adopta de lo más formalmente por Naciones Unidas en 1957 a través de un instrumento elaborado por una de sus agencias especializadas, la Organización Internacional del Trabajo y su Convenio relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes ⁽⁷⁰⁾.

Se trata del paradigma entonces común entre Estados, con todas sus variantes, consistente en la supresión, supeditación o marginación de los derechos de los pueblos coloniales en su sentido más general que tras 1960 se va retrayendo al caso de los indígenas en particular. Alguna corrección más significativa, bien que tímida, ha debido también producirse con posterioridad por el mismo desarrollo de los instrumentos internacionales de los Derechos Humanos. Ya sabemos que no nos interesan la rectificaciones tardías por sí, con toda su importancia efectiva desde luego, sino que tan sólo aquí nos importan para apreciar el alcance del desbloqueo producido en 1960 por la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales. Se trata luego, en 1992, de un instrumento que constituye un expreso desarrollo del citado artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas. He aquí un artículo suyo que toca a principios:

Article 8.3: Measures taken by States to ensure the effective enjoyment of the rights set forth in the present Declaration shall not

of Conflicting Rights (1990), edición actualizada, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1996.

⁽⁷⁰⁾ Esta Convención llega hoy a tenerse como un instrumento pionero en el reconocimiento de derechos de pueblos, los indígenas, pero sustancialmente consiste en la aplicación de la cláusula de extensión con dicho objetivo de la integración que en rigor no respeta derechos. Compruébese cumplidamente en L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law*.

prima facie be considered contrary to the principle of equality contained in the Universal Declaration of Human Rights.

Conforme a la Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas, en consideración precisamente de derechos, donde antes no debía haber distinción, ahora resulta que cabe, pese al principio de igualdad o al consiguiente de no-discriminación. Como las llamadas minorías que pueden ser pueblos, por no reconocérseles derechos en cuanto tales, están confiadas a los Estados, se instruye a éstos para que ahora antepongan, a las políticas de construcción de ciudadanía, el debido respeto y garantía de los derechos de las personas de cultura distinta a la predominante, de las personas que se dicen pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

Si ello constituye materialmente una enmienda a la Declaración Universal, todavía lo resulta de alcance muy superior, como hemos podido apreciar, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde son los derechos de estos pueblos en cuanto tales los que deben anteponerse a los principios de igualdad y no-discriminación en el seno de la ciudadanía. Y a estas enmiendas no se procede por distinción de privilegios, sino por todo lo contrario precisamente. Buena parte de lo que se ha considerado desde la Declaración Universal el vicio de la discriminación, puede representar ahora la virtud del derecho, la de los derechos que han venido así con anterioridad sustrayéndose a determinados sujetos, a quienes no cuentan con la suerte de pertenecer a la ciudadanía de un Estado de su propia cultura.

Lo menos que puede decirse con las evidencias posteriores a la vista es que, incluso con los Pactos y otras enmiendas, los Derechos Humanos siguen entonces, hacia 1966, sin ofrecer guía ni ayuda para articular los derechos ni de los pueblos ni de las minorías a fin de conjugarlos con los derechos de los individuos en el ordenamiento efectivo que presiden las Constituciones de los Estados más todavía que las Convenciones internacionales.

8. *Suspensión de derechos y garantías entre abstracciones inequívocas y previsiones equívocas.*

La Declaración Universal representa hoy el referente por exce-

lencia del trato digno entre seres humanos mediante el respeto a unos derechos que todas y todos por regla general nos reconocemos. No siempre ha sido así. La Declaración Universal no nace bajo ese signo de dignidad ni crece con algún desempeño de excelencia. Conviene hacerse cargo no sólo por conocimiento del pasado, sino también y sobre todo por constancia y control de las secuelas que puedan todavía arrastrarse en el presente.

La Declaración Universal viene en su momento a ofrecer cobertura a la negación de los derechos y a la denegación de garantías que ella misma proclama tras los pasos, lo uno como lo otro, de la Carta de Naciones Unidas. Nada que extrañe si ante todo se considera la Declaración como lo que en origen es, una operación de propaganda y legitimación de estas mismas flamantes Naciones Unidas. No se trata de un invento improvisado. Se opera sobre la base firme de una larga experiencia colonial, la general de Europa y la particular británica, la una y la otra compartida por la política interna o también expansiva de los Estados de las Américas ⁽⁷¹⁾. El colonialismo europeo y euroamericano ha creado toda una cultura jurídica y política de abstracción de sujetos cuando se hace referencia a derechos y de reconocimientos subsiguientes de quienes han sido abstraídos que en la práctica operan en sentido inverso. Es un contexto en el que protección puede significar perfectamente dominación sin traba; o administración fiduciaria, gobierno rapaz e insidioso. Tal es en su momento la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En todo caso, el efecto de cobertura de políticas lesivas de derechos y cancelatorias de garantías no puede decirse que constituya un resultado imprevisto, sino un objetivo deliberado, como hemos visto entre la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. En ésta, la clave radica en el párrafo segundo del artículo segundo, no por lo que declara, sino

(71) Gary LAWSON and Guy SEIDMAN, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History*, New Haven, Yale University Press, 2004; Ediberto ROMAN, *The Other American Colonies: An International and Constitutional Law Examination of the United States' Nineteenth And Twentieth Century Island Conquests*, Durham, Carolina Academic Press, 2006. Interesa el sitio de la Universidad de Michigan *The United States and its Territories, 1870-1925: The Age of Imperialism* (<http://quod.lib.umich.edu/p/philamer>).

por lo que da por supuesto. Dispone la extensión universal de los derechos al tiempo que presupone la exclusión de una buena parte de la humanidad, de aquella que debía beneficiarse de esa misma participación de libertades. Para proscribir la distinción, procede a ella y la sustenta. No la da mínimamente por cancelada. El problema no consiste en distinguir o no distinguir, sino en qué y en cómo se distingue. En la Declaración Universal, es del colonialismo que se hace todavía la salvedad, de un colonialismo extendido al tratamiento, por parte de Estados no tenidos por coloniales, de pueblos indígenas y de humanidad descendiente de quienes sufrieron la suprema privación del tráfico colonial de la esclavitud y sus secuelas.

Parece sinsentido, pero guarda lógica. Hemos visto cómo el lenguaje de los derechos presenta sus peculiaridades que la propia doctrina jurídica ya ignora, ya oculta. No siempre está en el secreto. Paladines de los derechos humanos propugnan con sinceridad y dedicación los Derechos Humanos de alcance universal sobre base colonial con absoluta inconsciencia ante el daño comprobable para los sujetos abstraídos. Seamos universalistas, nos predicán. Cuidado con las distinciones que pretenden contrarrestar discriminaciones y que en realidad las producen, es la admonición que enseguida añaden. Ciertamente, sólo que la prédica no repara en detalles. A partir de todo lo visto respecto al nacimiento y la infancia de los Derechos Humanos, los de la Declaración Universal, procedamos nosotros al escrutinio.

8.I. *Derecho para el enemigo y supremacismo cultural.*

El colonialismo ha generado un verdadero derecho del enemigo, el derecho del enemigo por excelencia, un derecho que puede negar derechos y denegar garantías sin cortapisas que valgan. Esto es lo que se encierra en la máxima de que por las colonias no corresponde la exigencia del *rule of law*, sino la discreción de la *equity*, lo cual igualmente se practica, tras la descolonización, de cara a los pueblos indígenas por las mismas ex-colonias. Todo un derecho de excepción erigido en regla constituye un legado neto del colonialismo (72).

(72) Rabanir SAMADDAR, *Loi et terreur: Le constitutionalisme colonial*, en « Diogenè. Revue Internationale des Sciences Humaines », 212-4, 2005, pp. 22-41; Anil

Tratándose de indígenas, la suspensión de las garantías, al tiempo que se afirman los derechos, es un recurso tan disponible antes como después de la Declaración Universal (73). Puede también revertir sobre las metrópolis, pero sin un carácter regular, como régimen realmente sujeto a excepcionalidad y por tanto a transitoriedad (74). La Declaración Universal lo hace suyo mediante la presunción ínsita en el párrafo de aparente inclusión colonial, el segundo del artículo segundo. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial lo asegura con la previsión del párrafo cuarto de su artículo segundo.

Se trata en el fondo, ni más ni menos, de lo que Brasil defiende en el debate sobre la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio: la *perfectly normal assimilation* de los pueblos indígenas por los Estados postcoloniales, una política de construcción de ciudadanía que permite la mayor privación concebible de derechos y garantías, la que se produce al asumirse que el mejor camino de acceso al goce efectivo de derechos no es el de su reconocimiento y respeto, sino el de suspensión de toda garantía por negación de todo derecho. Es la política que el derecho internacional de Naciones Unidas hace claramente suyo mediante el Convenio relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes. No se trata sólo de un planteamiento colonial de tiempos anteriores a los Derechos Humanos, sino también del

KALHAN, *Colonial Continuities: Human Rights, Terrorism, and Security Laws in India*, en « Columbia Journal of Asian Law », 20-1, 2006, pp. 93-234.

(73) <http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl-mapuche2006e.pdf> y <http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl1809e.pdf> son informes de la Fédération Internationale des Droits de l'Homme sobre el caso mapuche en Chile bien ilustrativo al respecto.

(74) A.W.B. SIMPSON, *In the Highest Degree Odious: Detention Without Trial in Wartime Britain*, Oxford, Clarendon; 1992. Simpson argumenta que la experiencia metropolitana de suspensión de garantías durante la guerra mundial sirvió de prácticas para la prolongación del colonialismo en la postguerra, pero su misma exposición en *Human Rights and the End of Empire*, capítulo segundo citado, muestra que la escuela realmente primaria fue la colonial. Lo propio también ocurre con la expresión teórica y práctica de la dicotomía *Freund-Feind*, uno con derecho y el otro sin él, por el nazismo: Benjamin MADLEY, *From Africa to Auschwitz: How German South West Africa Incubated Ideas and Methods Adopted and Developed by the Nazis in Eastern Europe*, en « European History Quarterly », 35-3, 2005, pp. 429-464.

trasfondo que sigue operando sin solución de continuidad en la misma Declaración Universal y en su propio desarrollo incluso tras la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales.

Antes y después del diez de diciembre de 1948 una misma puede ser la pauta sin que, tras dicha fecha, venga a entrar en conflicto con los Derechos Humanos. En la Declaración Universal se encierra la concepción colonial de los derechos mismos como mecanismo de dominación que atropella libertades e ignora garantías conjugando un derecho concesivo para el sujeto colonial amigo, si sumiso y negociador, y un derecho beligerante para el sujeto colonial enemigo, si resistente o refractario. Ahí se tiene al sujeto actual sin derechos y al enemigo potencial sin garantías, unos mismos. La Declaración Universal no representa en su momento cesura alguna ni revolución jurídica cumplida que inicie una nueva historia, toda una era de derechos por fin, ya desde entonces, universales en su concepción. No es ésta la evidencia histórica ⁽⁷⁵⁾.

La concepción de los derechos humanos como universales no proviene de la Declaración Universal, sino de quienes sufren su planteamiento colonial y precisan por tanto de ellos, no para encubrir un dominio, sino para liberarse del mismo. La postura más activa que se hiciera presente ante las flamantes Naciones Unidas defendiendo un concepto indiscriminatorio de los derechos en nombre propio y de los pueblos colonizados se debe a representantes de la población afroamericana de los Estados Unidos, una población que puede entonces considerarse a sí misma, con sus buenas razones, en un estado afín al colonial. La delegación estadounidense, con la intervención decisiva de Eleanor Roosevelt, se encarga de cortocircuitar de raíz esta contribución afroamericana y, con ella, el concepto universal de los derechos. Si hablamos de personas, no es el único caso. Quienes pasan por progenitores de los

(75) Hay títulos cuyo ensimismamiento conduce a proyectar la era de los derechos incluso más atrás en el tiempo como tradición europea o euroamericana: Norberto BOBBIO, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990; Louis HENKIN, *The Age of Rights*, New York, Columbia University Press, 1990. Como está dicho (n. 3), en la versión ampliada de internet, hay apartados en los que reflexiono sobre la historiografía y la filosofía de los derechos humanos: 9. *Why the history of human rights international law is not written* y 10. *Who can bad-mouth human rights?*

Derechos Humanos con mayúsculas son quienes se conjuraron por bloquear los derechos humanos sin más. René Cassin convino en el silencio sobre el trabajo forzoso por no poner en riesgo el colonialismo. Con la Declaración Universal ya adoptada, son también sus víctimas las que vendrían a salvarla proyectando en ella la concepción de los derechos de alcance universal y en pie de igualdad. No son Naciones Unidas quienes imprimen universalidad. No por predicarse de *everyone* y de *all peoples* resultan universales los derechos.

No es una cuestión de personas por supuesto. Los individuos no controlan el lenguaje de forma que puedan decir inclusión, significar exclusión y conseguir además anuencia. La complicidad que hace posible el efecto es previa y más de fondo. Los Estados de una parte no mayoritaria de la población mundial declaran los derechos para toda ella arrogándose no sólo representatividad y capacidad de humanidad, sino también conocimiento y dominio de universalidad (76). Proceden desde una posición no sólo de dominación política, sino también y sobre todo de supremacismo cultural. Consideran que buena parte de la humanidad es acreedora a los derechos, pero incapaz de hacerse cargo sin la asistencia suya (77). No entienden que haya culturas humanas en plural, sino una civilización en singular que ella, la verdadera minoría, la que se

(76) Aunque el punto cuantitativo de la humanidad representada resulta muy secundario junto al cualitativo de la divisoria del colonialismo, de poco valdría un cálculo sin correctivos de bulto. Los Estados americanos no cabe decir que representasen a los pueblos indígenas, los cuales además en alguno de entre ellos constituyen mayorías aunque se les dijese minorías, como tampoco al contingente afroamericano. De toda África sólo concurrían Liberia, Etiopía, Egipto y un Estado tan poco africano como es entonces la Unión Sudafricana. El representante de China lo es del gobierno que está perdiendo la guerra civil y retrayéndose a Taiwan. El de Líbano es un maronita profesamente cristiano. Por último pero no lo último, ¿cómo se mide la representatividad de cada Estado respecto a la población asentada entre sus fronteras, en parte por entonces sin derechos reconocidos de ciudadanía o con su ejercicio frontalmente impedido?

(77) Alastair PENNYCOOK, *English and the discourses of Colonialism*, Londres, Routledge, 1998; Syed Hussein ALATAS, *The Myth of the Lazy Native: A Study of the Image of the Malays, Filipinos and Javanese from the 16th to the 20th Century and Its Function in the Ideology of Colonial Capitalism*, Londres, Frank Cass, 1977 (edición en bahasa, 1988).

arroga representación y conocimiento, custodia y dispensa. He aquí unas bases culturales del derecho internacional de matriz europea y euroamericana que la Declaración Universal no pone en cuestión, pues las asume sin más reservas que las secundarias del desentendimiento entre Estados respecto a algunas de las formas, sólo algunas, de tal supremacismo (78). Lo hemos presenciado en los debates de la Declaración Universal.

Es el supremacismo dominante, la forma más colonial, lo que motiva que la Declaración Universal guarde silencio sobre pueblos y minorías. El derecho de los pueblos se añade, como derecho humano, en 1960 y, como derecho humano necesario para todo el resto de los derechos humanos, en 1966, cuando también se produce el añadido del derecho de las personas pertenecientes a minorías. Las distinciones no desaparecen porque en 1948 se haya dispuesto que no las hubiera. Muy al contrario, se incrementan por el propio desarrollo de los Derechos Humanos. La misma proscripción de cualquier distinción se ha producido sobre la base de la discriminación entre pueblos con derecho, los que cuentan con Estados, y pueblos sin ellos o que carecen de cualquier posibilidad reconocida y respetada de autogobierno doméstico y concurrencia internacional. El modo como se registra en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos el derecho de las personas pertenecientes a minorías, y no además, complementariamente, de las minorías mismas, ya hemos visto que resulta bien expresivo. Por la forma como se procede, la adición de sujetos no supera por sí misma una base de partida de discriminación y hasta exclusión.

De quienes pertenecen a las llamadas minorías se dice lo que no se necesita decir del resto, esto es algo tan elementalmente humano como que se tiene derecho al propio lenguaje, a la propia religión y a la propia cultura. Si no se dice esto sobre nadie en la Declaración

(78) Véase una serie de volúmenes todos ellos de Cambridge University Press: Edward KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism, and Order in World Politics* (2002); Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960* (2002); Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society* (2003); Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* (2005); y añádase M. MAZOWER, *An International civilization? Empire, internationalism and the crisis of the mid-twentieth century*, in « International Affairs », 82-3, 2006, pp. 553-566.

Universal es por un par de razones complementarias entre sí, y esto es porque, con carácter general, resulta un derecho llanamente incompatible con el colonialismo y, en su alcance particular para quienes cuentan con Estado propio, no hay necesidad de que se asuma el riesgo de declararlo internacionalmente, pues basta entonces con la garantía doméstica. De hecho, durante los trabajos preparatorios, la propuesta del derecho a la propia cultura con alcance general se propone y es rechazada de plano. La contraposición ya activada entre un bloque encabezado por los Estados Unidos y otro presidido por la Unión Soviética, pese a lo mucho que compartían bajo cuerda respecto a la neutralización internacional de los derechos, es un estorbo notable para ninguna clarificación ⁽⁷⁹⁾.

O puede que resulte una suerte providencial para el logro del empeño común, no el de los derechos, sino el de su reducción a un factor de propaganda ideológica. Porque una parte se oponga de modo frontal al colonialismo más patente, abriendo con ello la posibilidad de consideración de derechos como el de libre determinación o también el de la propia cultura, no por ello deja de latir y operar un supremacismo de fondo en común. La parte que se opone al colonialismo realmente mantenido, frente a las propuestas yugoslava y soviética, por el parágrafo segundo del artículo segundo, no interpone un voto en contra, sino que tan sólo se abstiene, como bien sabemos.

Ambas partes hacen uso del llamado derecho del enemigo, *Feindrecht*. La misma expresión adviértase que tiene un deje supremacista. Se le utiliza como si no pudiera ser equívoca; como si no cupiese diferencia entre un derecho destinado al enemigo y un derecho perteneciente al enemigo, comenzándose por el derecho de todos los individuos, de cualquier forma que se les considere, a los derechos humanos y sus consiguientes garantías; como si tan sólo fuera concebible el primero, el derecho procedente antes del Imperio y luego del Estado, o de unos Estados determinados. Sobran signos de persistencia postcolonial del supremacismo que impide la

⁽⁷⁹⁾ J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, cit., pp. 274-275. La propuesta es soviética, como alternativa a las que solo se referían a minorías: « Everyone has the right to his ethnic, national culture, regardless of whether he belongs to a minority or majority of the population ».

igualdad en derechos. La expresión puede ser superflua por supuesto ⁽⁸⁰⁾. En rigor no hace falta para que opere ni tampoco para que se le perciba y denuncie, bien que esto último sólo suele producirse respecto a casos graves siempre, pero comparativamente episódicos ⁽⁸¹⁾.

8.II. *Pueblos, minorías, mujeres, menores...*

El derecho de los pueblos siempre ha estado presente en el orden internacional de los Derechos Humanos, sólo que en la Declaración Universal de forma solapada y además con alcance reservado a la verdadera minoría de la humanidad, la de cultura supremacista ⁽⁸²⁾. No es cierto lo que suele todavía repetirse de que la Declaración se atenga en rigor a libertades de carácter individual. Su propio debate pone de manifiesto hasta qué punto entran en liza derechos de los pueblos y de las llamadas minorías, así como se tiene entonces constancia de la alternativa que supone el silencio final al respecto. La Declaración implica ante todo que sólo algunos pueblos

⁽⁸⁰⁾ Para la debida constancia, en inglés sigue sin necesitarse la equívoca expresión de *enemy law* (se tiene ahora la más limitada y ocasional de *enemy combatant law*): Clive Stafford SMITH, *The Eight O'clock Ferry to the Windward Side: Seeking Justice in Guantanamo Bay*, New York, Nation Books, 2007; ni se le tiene para prestarse testimonio desde el mismo estado mayor: Jack GOLDSMITH, *The Terror Administration: Law and Judgment Inside the Bush Administration*, New York, W.W. Norton, 2007.

⁽⁸¹⁾ Contra el *enemy combatant law* y sin advertir sus raíces, se significa Ronald DWORKIN, *The Supreme Court Phalanx: The Court's New Right-Wing Bloc*, New York, New York Review, 2008, y *Why It Was a Great Victory*, en « New York Review », 55-13, 2008, pp. 18-21. Con anterioridad, se ha hecho uso de la expresión de *Feindrecht* no para el colonialismo y el supremacismo, sino para unas determinadas modalidades, las del nazismo y el antisemitismo: Henryk M. BROKER y Michel R. LANG (eds.), *Fremd im Eigenen Land. Juden in der Bundesrepublik*, Frankfurt am Main, Fischer, 1979, p. 149. En comparación con Alemania, Italia o España, que han sufrido dictaduras en carne propia, en los medios anglosajones resulta más difícil de captar el solapamiento de todo un derecho de fondo contra el enemigo. En todo caso, se hable de *War on Terror* o de *Feindstrafrecht*, ya sólo la terminología belicosa degrada el orden penal: James FORMAN Jr., *Exporting Harshness: How the War on Crime Has Made the War on Terror Possible*, 2008, <http://lsr.nellco.org/georgetown/fwps/papers/78> (Georgetown Public Law Research Paper n^o 1242154).

⁽⁸²⁾ Thyra EDWARDS, *The ILO and Post-War Planning for the African Colonies*, en « The Crisis » (revista mensual de la National Association for the Advancement of Colored People), 51-7, 1944, pp. 218-220.

cuentan con el acceso al mundo de los derechos. Cuando en 1960 formalmente se declara y en 1966 solemnemente se revalida que *all peoples* tienen derecho y el mismo derecho, el detalle de que esté aún abstrayéndose un buen número de pueblos, los llamados indígenas, guarda al menos una lógica que proviene de 1948. En la vía del párrafo segundo del artículo segundo de la Declaración Universal, resulta una nueva cláusula de inclusión sobre supuestos de exclusión, una cláusula en parte insuficiente y en parte incapaz a los efectos de cancelar la discriminación misma a la que hace referencia, la que media entre pueblos.

El problema para los derechos humanos no es en efecto la distinción, sino el qué y el cómo. Si se proscribe la discriminación entre hombre y mujer, está sentándose un canon de igualdad. ¿Qué ocurre si se añade la distinción entre menores y adultos, entre la niñez y la adolescencia de una parte y la mayoría de edad de otra? Es lo que hace en 1959 la Declaración de los Derechos del Niño, a cuya distinción procede, no para garantizarles derechos, sino para confiarlos a una autoridad, regularmente la familiar, sin cautelas siquiera de que la misma no recaiga exclusivamente en el padre. Al cabo del tiempo, en 1989, habrá de venir una Convención de los Derechos del Niño que, aunque no lo confiese, no desarrolla, sino que rectifica dicho planteamiento nugatorio del ejercicio de derechos por niños, niñas y adolescentes, cuya distinción se seguirá desde luego manteniendo, pero no para denegarles derechos, sino para capacitarles mediante su práctica ⁽⁸³⁾. Importa el cómo tanto como el qué de la distinción a fin de que efectivamente suponga garantías de no-discriminación y no lo contrario.

La distinción implica siempre un riesgo que no siempre se controla. Recordemos lo que hemos visto sobre la degradación de los derechos de las mujeres en el primer momento significativo de reconocimiento específico de sus Derechos Humanos, el de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer. Una distinción que parece tan evidente como la de minoría de edad corre

⁽⁸³⁾ Phillip Alston (ed.), *By the Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, New York, Oxford University Press, 1994; Geraldine VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995; Eugene Verhellen (ed.), *Monitoring Children's Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1996.

también sus riesgos y además no sólo en perjuicio de niños, niñas y adolescentes. Se le ha tomado como forma de denegación de derechos que en tiempos coloniales se extendió a enteros pueblos indígenas, a verdaderas mayorías en sus propios territorios, considerando vitaliciamente a sus individuos como menores. La mayoría de edad se podía alcanzar, pero precisamente por el abandono de la cultura propia y adopción de la dominante. De ahí procede el mismo término de minorías para contingentes de población que no se identifican, como hemos podido apreciar, por razones de carácter cuantitativo, sino por la diferencia de su cultura respecto a la dominante. Y todo ello puede mantenerse no sólo en unos primeros tiempos constitucionales, sino incluso bajo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y conforme a su cláusula colonial. En fin, no hay distinción que no ponga en riesgos derechos y que no requiera por ende escrutinio cuidadoso y control estrecho. Conviene ante todo aguzar la vista ante la distinción a favor de los sujetos de cultura dominante que, a fuer de arraigada, puede todavía fácilmente pasar desapercibida ⁽⁸⁴⁾.

Más compleja y delicada resulta aún la distinción misma de las minorías, una categoría por sí misma degradatoria, pero que ha venido a representar, desde 1966 en el orden internacional de los Derechos Humanos, un relativo reconocimiento y hasta una cierta garantía. Es categoría de entrada confusa, nada transparente. Pugnándose a su favor, en el mismo debate de la Declaración Universal se hace algún intento de clarificación, distinguiéndose entre minorías *históricas* o *nacionales* y minorías sobrevenidas como las resultantes de desplazamientos o de inmigraciones, cuyas respectivas aspiraciones de derechos, tanto en la forma como en el alcance, pueden diferir bastante. Pueden hasta resultar claramente contrapuestas entre las primeras, las *históricas* en territorio propio, y parte al menos de las últimas, aquellas que son producto de emigración voluntaria ⁽⁸⁵⁾.

Luego ha venido la distinción de los pueblos indígenas, desga-

⁽⁸⁴⁾ Como buena prueba de cargo, Ira KATZNELSON, *When Affirmative Action Was White: An Untold Story of Racial Inequality in Twentieth-Century America*, New York, W.W. Norton, 2005.

⁽⁸⁵⁾ J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, cit., pp. 276-277.

jándoseles de las minorías, y algún detalle más. Habrá podido observarse que la Derechos de las Personas Pertencientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas ha añadido el adjetivo de *nacionales* a las calificaciones del artículo que desarrolla del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el 27, así como también, lo que no es causalidad, una significativa matización al principio de no-discriminación. Se avanza en una clarificación que en 1948 se rechazó, pero el concepto de minoría sigue siendo una categoría heterogénea, de sentido residual, pudiendo propiciar, según los casos, tanto el amparo como el desamparo de derechos. ¿Y qué decirse de la cara más oculta? Me refiero a la discriminación de pueblos o de ciudadanías entre sí. Pues que también depende. Resultará inversamente proporcional no sólo a la propia restricción, sino también a variables tan pronunciadas como la trabazón cultural o la articulación política del pueblo o de la ciudadanía del caso o como el tracto de derecho que se tenga sobre el respectivo territorio. La historia, de estar viva en un trazado de fronteras, es clave para el propio derecho. La mayor discriminación la producen ciudadanías directamente herederas del colonialismo respecto a pueblos indígenas del mismo territorio ⁽⁸⁶⁾.

En todo caso, si la proscripción de la discriminación entre quienes se formula es entre las ciudadanías de los Estados de una parte y, de otra, quienes están sometidos a regímenes de limitación de la propia determinación, llámenseles como se quiera, lo que está es no sólo propugnándose una igualdad de hecho imposible, sino también y sobre todo avalándose la discriminación de base, una discriminación establecida por el propio derecho internacional, entre una parte de la humanidad y otra, entre la que declara y la que recibe los derechos humanos. El efecto puede ser todavía más insidioso. Si se proscribiera la discriminación entre razas o, dígame también, etnias, cabe que se esté favoreciendo y hasta fomentando exactamente lo contrario respecto a quienes se entiende que se caracterizan por su raza o por su etnia, los afroamericanos por

⁽⁸⁶⁾ Como muestra palpable, A. Dirk Moses (ed.), *Genocide and Settler Society: Frontier Violence and Stolen Indigenous Children in Australian History*, New York, Berghahn, 2004. Cabe añadir casos de herencia colonial más compleja: Lorenzo VERACINI, *Israel and Settler Society*, London, Pluto, 2006.

ejemplo, pero no los euroamericanos que suelen decirse americanos sin prefijo étnico. Raza es lenguaje de la Declaración Universal y etnia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El remedio no parece que lo ofrezca el afinamiento de las fórmulas de no-discriminación, sino el afianzamiento directo y en pie de igualdad de los derechos y las garantías, también y sobre todo de esto segundo.

Si se asegura y no sólo se declara, por ejemplo, el derecho a la propia cultura, ¿qué necesidad perentoria hay de formular un principio de no-discriminación entre indígenas y no-indígenas o entre cualquier grupo de entidad propia y todo el resto? Si el derecho a la cultura se extiende en su caso, como debe, al derecho a la cultura material, esto es no sólo a la gestión del propio espacio, sino también al provecho de los recursos, ¿qué conveniencia habría de discriminación de tipo positivo o afirmativo, la que se activa en beneficio de la parte en peores condiciones actuales? Si se reconoce y hace efectivo el derecho no sólo a la devolución política, sino también a la reparación económica por los daños que produjera el colonialismo y aún sigue severamente pesando con secuelas de toda índole, ¿qué bien haría ninguna política de distinción descompensada en beneficio de nadie? La discriminación negativa es atropello de derechos y la discriminación positiva es tan sólo un mero paliativo de ese mismo atropello además de, en medios supremacistas, una eficaz forma de cooptación por la cultura dominante. Si son los cabales y resultan efectivos, los derechos bastan ⁽⁸⁷⁾.

8.III. *No distinction shall be made.*

La distinción entre individuos implicándola entre colectivos se sienta de entrada por los propios Estados asumiéndola Naciones Unidas desde la misma Declaración Universal o con anterioridad desde su Carta al formularse el principio de no-injerencia. El debate habido entonces sobre las políticas racistas de inmigración resulta bien expresivo. Otras implicaciones no se discuten pues no hay

⁽⁸⁷⁾ Roy L. BROOKS (ed.), *When Sorry Isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York, New York University Press, 1999; Elazar BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000; A.M. BABKINA (ed.), *Affirmative Action: An Annotated Bibliography*, segunda edición, New York, Nova Science, 2004.

Estados interesados en suscitarlas. En consecuencia, el principio de no-discriminación de la Declaración Universal responde a medida de Estado mientras que los derechos podrían hacerlo, en teoría, a principio de humanidad. Incluso así en la enunciación internacional, la no-discriminación se entiende que como cobra valor es en el seno de cada ciudadanía, con lo cual no sólo admite la discriminación entre ciudadanías, sino que también promueve la ignorancia y provoca el atropello de los derechos, por muy humanos que sean, inconvenientes para la construcción de la respectiva ciudadanía. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se han encargado de dejar paladinamente establecido este entendimiento.

La individualidad de los derechos sin distinciones puede generar efectos diametralmente opuestos según y cómo se contemplen y pongan en práctica los derechos mismos. El derecho, por ejemplo, a la propia cultura es ante todo, por supuesto, individual. Bajo el principio de no-discriminación suele entenderse en términos de derecho a la cultura del Estado, asignándosele a éste el cometido de hacerlo efectivo por medio de la educación o por otros medios si quiere evitar que se produzcan discriminaciones en el seno de la propia ciudadanía. Con dicho fin, llega en casos a entenderse más estrictamente como el deber de imponer un sistema de educación obligatoria. Sólo así se garantizaría el derecho humano de acceso a la cultura al tiempo que se propiciaría la igualdad en el seno de la ciudadanía. Por lo que ahora interesa, adviértase que es entonces el Estado el que entiende el derecho a la cultura como un derecho de carácter primariamente colectivo. Lo es también por supuesto y como premisa para el ejercicio efectivo del derecho individual, pero caben otras formas incluso más humanas de entenderlo. El derecho a la cultura comienza por la cultura que se tiene por crianza y no a ninguna impuesta. La cuestión no se plantea entre derechos colectivos y derechos individuales, sino entre la forma de concebirlos y conjugarlos ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾ En el contexto que más ayuda a la constatación, Richard J. PERRY, ... *From Time Immemorial: Indigenous Peoples and State Systems*, Austin, University of Texas Press, 1996, p. 243. Puedo añadir B. CLAVERO, *Why are only indigenous peoples internationally entitled to a specific right to their own culture?*, conferencia en el Centro

La misma Declaración Universal de Derechos Humanos como derechos individuales en términos de indistinción resulta en sí discriminatoria si se realiza sobre la base mantenida de una situación de colonialismo o, más extensiva y profundamente, de supremacismo. La falacia más insidiosa que ha generado el silencio deliberado de la Declaración Universal sobre el derecho de los pueblos y de las llamadas minorías es la presunción bien extendida en medios todavía supremacistas de la individualidad necesaria y exclusiva de los derechos humanos con indiferencia para el contexto en el que esto se predica. Por supuesto que, en rigor, los *rights* son de carácter individual. Lo son todos los derechos, no sólo el derecho a la propia cultura por supuesto. Estrictamente, es el individuo y no colectivo alguno el único sujeto de los derechos que la humanidad sin más y por sí misma reclama. Habría bastado, por ejemplo, con declarar en 1948 el derecho de todo individuo a la propia cultura con sus consecuencias cancelatorias de colonialismo y supremacismo para que se hubiera ahorrado toda una historia de distinciones a partir del principio de proscripción de la distinción misma.

La trayectoria de la no-discriminación ha podido también contribuir desde luego a facilitar el acceso de todo ser humano a mejores condiciones para gozar de los derechos realmente humanos. Ante la persistencia de fuertes factores discriminatorios, no está fuera de lugar que los mismos se tomen en cuenta como elementos de distinción para políticas que no sólo garanticen derechos dados, sino que también promociónen derechos debidos. Indudablemente, la historia del derecho y el derecho mismo resulta que encierran más complejidad que la filosofía de los derechos. Entre personas, pueblos y otros grupos, hay variables y caben posibilidades en términos de derechos a ras de tierra que en las nubes no se pueden ni imaginar. Entre principios definitivamente no equivalentes como igualdad y no-discriminación pese al tenor original de los dos primeros pronunciamientos de la Declaración Universal (su artículo primero y el primer párrafo del segundo), incluso en Naciones

de Derechos Humanos de la Universidad de Columbia: <http://hrcolumbia.org/indigenous/lecture-columbia-1-21-09.pdf>.

Unidas los organismos de Derechos Humanos comienzan a hacerse cargo ⁽⁸⁹⁾.

Desde que, con bastante anterioridad a los Derechos Humanos, las cláusulas de no-discriminación comenzaron a usarse en el derecho internacional de una forma por entonces pronunciadamente desigualitaria ⁽⁹⁰⁾, sólo han hecho dilatarse e incrementarse por los instrumentos constitucionales de Estado como mecanismo puesto al servicio del principio de igualdad, cual paso obligado para alcanzarse las condiciones que realmente la permitan. La acumulación de factores discriminatorios para asegurarse la no-discriminación puede llegar a parecer exasperada, pero también cobrar sentido en el medio donde se produce ⁽⁹¹⁾. Nada de esto exime del escrutinio factor por factor, remedio por remedio. El principio de no-discriminación ha de ser siempre subsidiario del de igualdad en derechos. Como tal habrá de motivarse en teoría y justificarse en la práctica. Cuando, en 2007, Naciones Unidas adopta la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es por reconocerle ninguno

⁽⁸⁹⁾ Wouter VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Amberes, Intersentia, 2005. Puede compararse Oddnyí Mjöll ARNARDÓTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2003.

⁽⁹⁰⁾ C. FINK, *Defending the Rights of Others*, cit., pp. 3-38, respecto a alguna primera aparición durante el siglo XIX en tratados impuestos por potencias europeas conteniendo cláusulas interesadas de no-discriminación que ni se aplicaban a sí mismas ni pretendían en absoluto que se generalizasen, como sería también la pauta para la Liga de Naciones.

⁽⁹¹⁾ Ilustra bien últimamente, en 2008, la nueva Constitución del Ecuador, art. 11.2: «Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad»; pueden todavía añadirse los artículos 35 y 156. El texto se ofrece diligentemente en la *Political Database of the Americas* de la Universidad de Georgetown: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador.html>.

como privativo, sino exactamente por lo contrario, porque los individuos y los pueblos que así se califican gocen por fin, tras la historia vista de los Derechos Humanos, de los mismos derechos que el resto, inclusive el derecho a la propia determinación política, económica, social y cultural.

No distinction shall be made, he aquí la clave, una clave definitivamente tan incuestionable en sí misma para los derechos humanos como problemática en su aplicación a los Derechos Humanos, los del planteamiento y desenvolvimiento de la Declaración Universal. Distinciones entre individuos existen que no se ponen en cuestión o que incluso, según hemos visto, se avalan por los Derechos Humanos, como la que media entre ciudadanías de unos y otros Estados, o distinciones que han sido no menos asumidas por la Declaración Universal, como las entonces existentes entre sujetos metropolitanos y sujetos coloniales, entre descendientes de colonizadores y gentes indígenas o también, aunque sólo se manifieste en el desarrollo de los Derechos Humanos con posterioridad, entre quienes se identifican con la cultura de un Estado y quienes lo hacen con culturas propias de las llamadas minorías... En estas condiciones, la indistinción de la universalidad en abstracto puede conservar y alimentar, multiplicar y potenciar efectos discriminatorios y hasta excluyentes de toda índole. Algo enseña el escrutinio de la historia a la prudencia del derecho.

GIUSEPPE PALMISANO

NEMICI 'PRIVATI' E NEMICI 'PUBBLICI' NELLA SOCIETÀ DEGLI STATI: RIFLESSIONI DAL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Prospettiva e oggetto dell'indagine: il contrasto dei nemici personali di uno Stato e dei nemici comuni dell'insieme degli Stati, secondo il diritto internazionale. — SEZIONE I: I NEMICI 'PRIVATI'. — 2. Piccola premessa sulla struttura orizzontale e non organizzata della comunità internazionale e sull'autotutela come modalità ordinaria a disposizione di uno Stato per contrastare i propri nemici personali. — 3. Il contrasto e il trattamento dello Stato nemico (dei suoi organi, della popolazione civile e dei sudditi) nel diritto internazionale dei conflitti armati. — 4. Il rispetto del diritto umanitario nel trattamento del nemico in caso di conflitti armati non interstatali. — 5. Il contrasto dello Stato nemico 'privato' in tempo di pace: il divieto dell'uso della forza armata e l'eccezione della legittima difesa. — 6. *Segue*: l'ammissibilità del ricorso a ritorsioni e a contromisure non armate. — 7. Il trattamento dei nemici interni allo Stato: rilevanza degli obblighi internazionali sul rispetto dei diritti umani (e delle deroghe consentite a tale rispetto), e il ruolo delle corti internazionali. — 8. L'azione di contrasto di nemici esterni 'non Stati': il caso delle organizzazioni terroristiche e il problema del ricorso ad un uso internazionale della forza armata nei loro confronti. — SEZIONE II: I NEMICI 'PUBBLICI'. — 9. I nemici della comunità internazionale alla luce dei valori fondamentali dell'insieme degli Stati: i principi della Carta ONU, le norme cogenti e gli obblighi *erga omnes* come elementi rivelatori di un nucleo di valori internazionali fondamentali. — 10. Il contrasto e la repressione di individui nemici 'pubblici': le norme internazionali sui *delicta iuris gentium*; i tribunali penali internazionali; le sanzioni del Consiglio di sicurezza contro i terroristi globali. — 11. Gli elementi rilevanti del contesto giuridico generale in cui si pone il problema del contrasto degli Stati nemici 'pubblici': l'assenza di centri di potere, autorità o istituzioni sovraordinate agli Stati. — 12. Il sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite come strumento di contrasto degli Stati nemici 'pubblici' finalizzato al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. — 13. I rimedi consentiti contro Stati nemici 'pubblici' dal diritto della responsabilità internazionale per violazione grave di norme imperative: in particolare, il problema del ricorso a contromisure unilaterali da parte di Stati *uti universi*. — 14. La questione dell'ammissibilità di azioni coercitive unilateralmente poste in essere da Stati *uti universi* a fini di ordine pubblico internazionale. — 15. Breve riflessione conclusiva su concertazione interstatale e unilateralismo nella prospettiva giuridica del contrasto e del trattamento degli Stati nemici della comunità internazionale.

1. *Prospettiva e oggetto dell'indagine: il contrasto dei nemici personali di uno Stato e dei nemici comuni dell'insieme degli Stati, secondo il diritto internazionale.*

Da oltre un secolo la questione del nemico viene inquadrata, dal punto di vista del diritto internazionale, nel contesto specifico dello *ius in bello*, ovvero sia del diritto di guerra (o, come ormai usa dirsi, dei conflitti armati). Precisamente tale questione viene fatta coincidere con il tema del trattamento, da parte di uno Stato, degli organi (combattenti e non), dei sudditi e della popolazione di un altro Stato con cui il primo sia in guerra; tema comprensivo del trattamento dei beni appartenenti allo Stato o ai sudditi nemici.

Così inquadrata, la questione è oggetto di studi ampi e approfonditi, condotti alla luce della normativa internazionale sui conflitti armati e della sua evoluzione (dal diritto dell'Aia a quello di Ginevra, fino a quello applicato dal Tribunale penale per la ex Jugoslavia), oltre che della rilevante giurisprudenza internazionale e interna; studi che tentano spesso di mettere alla prova concetti e soluzioni tradizionali — attinenti alla fattispecie della guerra tra forze armate statali — con situazioni di tipo relativamente nuovo e diverso, quali ad esempio le guerre di liberazione nazionale, la guerriglia, i conflitti armati interni, e gli atti terroristici ⁽¹⁾.

La questione del nemico nel diritto internazionale potrebbe

⁽¹⁾ Tra gli scritti più risalenti, R.R. WILSON, *Treatment of Civil Alien Enemies*, in « American Journal of International Law », XXXVII, 1943, pp. 30 ss.; M.E. BRANDON, *Legal Control over Resident Enemy Aliens in Time of War and Seized Enemy Property*, ivi, XLIV, 1950, pp. 382 ss.; Ch. ROUSSEAU, *Droit international Public*, Paris, Sirey, 1953, pp. 545 ss.; L.F.L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise. Vol. II, Disputes, War and Neutrality*, a cura di H. Lauterpacht, London, Longmans-Green, 1952⁷, pp. 268-289, 306-332, 403-417; G.H.L. FRIDMAN, *Enemy Status*, in « International and Comparative Law Quarterly », IV, 1955, pp. 613 ss. G. CANSACCHI, *Nemico (trattamento del)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 146 ss.; J.M. MOESSNER, *Enemies and Enemy Subjects*, in *Encyclopedia of Public International Law*, III, Amsterdam/New York/Oxford, North Holland, 1982, pp. 163 ss.; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *Enemy Property*, ivi, pp. 167 ss. Tra gli scritti più recenti, J.J. PAUST, *War and Enemy Status After 9/11*, in « The Yale Journal of International Law », XXVIII, 2003, pp. 325 ss.; E.M. McCORMICK, *Enemy Aliens*, in « Connecticut Journal of International Law », XIX, 2004, pp. 423 ss.; O. Y. ELAGAB, *Fighting With The Enemy*, in « International Journal of Human Rights », X, 2006, pp. 373 ss.; A.M. DANNER, *Defining unlawful enemy combatants*, in « Texas International Law Journal », XLIII, 2007/08, pp. 1 ss.

tuttavia porsi anche in altri termini, traslati — per così dire — e meno settoriali. Ci si può chiedere, ad esempio, cosa il diritto internazionale consenta (o anche imponga, o vieti) di fare ad uno Stato per fronteggiare chi si presenti e si comporti nei suoi confronti come nemico, o chi lo Stato percepisca come tale, si tratti di altri Stati, di individui o gruppi d'individui. E ci si può anche chiedere se il diritto internazionale preveda alcunché — norme, procedure, mezzi di attuazione — per il caso in cui debba farsi fronte a chi (Stato, individuo o gruppo d'individui) si presenti e si comporti non tanto da nemico di questo o quello Stato singolarmente considerato, ma piuttosto come nemico di tutti, come nemico cioè della comunità internazionale (o, se si preferisce, dell'insieme degli Stati) ⁽²⁾.

Per l'appunto in questa prospettiva ampia — certamente diversa da quella in cui viene usualmente analizzata la questione del nemico nel diritto internazionale — tenteremo nelle pagine che seguono di sviluppare alcune riflessioni, con particolare attenzione al secondo dei quesiti poc'anzi formulati: al problema cioè delle norme, degli strumenti e delle procedure che il diritto internazionale attuale eventualmente preveda per contrastare i nemici della 'società degli Stati'.

Il nostro discorso non muoverà pertanto da una nozione ristretta e tecnico-giuridica di nemico, intesa come qualifica che si attribuiscono reciprocamente gli Stati tra i quali sussiste uno 'stato di guerra' o un conflitto armato, e da estendersi ai rispettivi sudditi di tali Stati, ai loro beni, nonché ai beni dei loro sudditi. Il discorso muoverà piuttosto da un concetto atecnico di nemico, da precisare

(2) È bene precisare subito che ci serviremo dell'espressione 'comunità internazionale', semanticamente complessa e polivalente, attribuendo al termine 'comunità' il significato meno impegnativo di 'persone che hanno in comune rapporti sociali' (G. DEVOTO, G.C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, Le Monnier, 1971, p. 539), e non quello — ben più denso di implicazioni strutturali dal punto di vista della realtà sociale cui si riferisca — di 'complesso di persone o di ceti organizzati per il conseguimento di vantaggi comuni dal punto di vista pratico, politico, economico' (*ibidem*). In particolare, l'insieme di 'persone' da noi individuato coll'espressione 'comunità internazionale' coinciderebbe essenzialmente (anche se non esclusivamente) con l'insieme degli Stati indipendenti e sovrani.

di volta in volta in considerazione del contesto e della questione esaminata.

Tale concetto farà riferimento essenzialmente a due figure distinte. Una è data dalle entità — Stati o altri gruppi organizzati, ma anche individui — che agiscano in modo volutamente e gravemente nocivo di un determinato Stato (da intendersi in senso lato, comprensivo sia dell'apparato di governo e del regime politico-giuridico, sia della popolazione, del territorio e dell'organizzazione economico-sociale) o, addirittura, al fine di attentare all'identità o all'esistenza di questo, inteso quale persona internazionale ⁽³⁾. L'altra figura di nemico sarebbe invece data dalle entità — Stati, gruppi organizzati, individui — che, disconoscendo in fatto valori considerati fondamentali per la coesistenza e la vita sociale dell'insieme degli Stati, agiscano in modo da nuocere gravemente a tale insieme, determinando un serio pericolo per l'intera comunità internazionale.

Volendo usare in modo forse non ortodosso, e sicuramente privo delle note implicazioni schmittiane, l'antica distinzione tra *inimicus* — da intendersi quale nemico 'privato' o personale — e *hostis* — da intendersi come nemico 'pubblico' o comune di un gruppo (ma non necessariamente 'esterno' rispetto al gruppo) — potremmo dire, dunque, che le nostre riflessioni verteranno sul modo in cui si presenta, nel peculiare ambiente sociale su cui insiste il diritto internazionale e dal punto di vista di tale diritto, la questione del trattamento sia del nemico 'privato' di uno Stato (Sezione I), sia del nemico 'pubblico' della cosiddetta comunità internazionale (Sezione II).

Si tratta evidentemente di una tematica vasta e articolata (in cui rientra, *inter alia*, l'aspetto tradizionale e specifico del trattamento del nemico nello *ius in bello*). Le pagine che seguono non hanno pertanto alcuna pretesa di esaminarla in modo completo o approfondito. L'intento è soltanto quello di proporre un possibile inquadramento della questione e di tratteggiarne connotati e contenuti,

⁽³⁾ Sul concetto di 'persona internazionale dello Stato' rinviamo all'ultimo dei molti lavori ad esso dedicati da G. ARANGIO-RUIZ: *La persona internazionale dello Stato*, Torino, Utet, 2008 (tratto dal *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III-Aggiornamento, Torino, Utet, 2008), nonché alla letteratura ivi citata. Più in breve si veda il nostro *Stato (soggettività internazionale)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. VI, Milano, Giuffrè, pp. 5701 ss.

soffermandosi con un minimo di attenzione in più, come s'è detto, sull'aspetto — attuale e controverso — del contrasto ai nemici 'pubblici' dell'insieme degli Stati (4).

SEZIONE I: I NEMICI 'PRIVATI'

2. *Piccola premessa sulla struttura orizzontale e non organizzata della comunità internazionale e sull'autotutela come modalità ordinaria a disposizione di uno Stato per contrastare i propri nemici personali.*

Al fine di procedere nell'indagine in modo aderente alla realtà giuridica e di fatto da esaminare, è a nostro avviso opportuno partire da una premessa di carattere generale, riguardante l'ambiente sociale di riferimento del diritto internazionale e, di conseguenza, alcune caratteristiche strutturali di tale diritto.

Qualunque sia il giudizio sull'effettiva consistenza degli sviluppi in senso 'istituzionale' ravvisabili nell'assetto originario di suddetto ambiente (5), tali sviluppi non sembrano ad oggi aver determinato — né essere in procinto di determinare — una modificazione strutturale dell'assetto stesso. Esso continua infatti a caratterizzarsi per la compresenza di una pluralità di entità politiche separate e distinte (corrispondenti perlopiù alle differenti organizzazioni governative indipendenti delle varie comunità politiche in cui l'umanità è divisa) e, soprattutto, per una convivenza di tali entità — gli Stati — non

(4) L'ampiezza della materia trattata e il gran numero di questioni toccate, unitamente ai limiti di estensione del presente scritto e alla sua finalità d'impostazione generale (e non di approfondimento specialistico) non ci consentono di dare adeguatamente conto del vasto e articolato dibattito dottrinale — giuridico-internazionalistico — riguardante i vari temi presi di volta in volta in considerazione. Ci limiteremo pertanto ad alcuni riferimenti bibliografici essenziali e, per così dire, minimi.

(5) Ci riferiamo in particolare al grande sviluppo del fenomeno delle organizzazioni internazionali (universali e regionali, 'generaliste' e settoriali), comprensivo ovviamente della più importante e universale di tali organizzazioni — le Nazioni Unite — e del cosiddetto sistema di sicurezza collettiva istituito in seno ad essa (su cui v. *infra* paragrafi 11 e 12). Ma ci riferiamo anche, ad esempio, alla creazione pattizia di organi internazionali giurisdizionali (o di controllo quasi giurisdizionale) nel campo della protezione dei diritti umani e della repressione di crimini individuali.

organizzata secondo modelli di sovra/sottordinazione: non si dà cioè né una subordinazione degli uni rispetto agli altri, né una loro soggezione comune rispetto ad autorità o istituzioni superiori ⁽⁶⁾.

Il perdurante assetto di pari sovranità tra i componenti della 'società degli Stati' — e la corrispondente assenza di un'autorità

(6) Per una convincente e approfondita ricostruzione della base sociale del diritto internazionale rinviamo nuovamente agli studi di G. ARANGIO-RUIZ, tra cui in particolare, *Rapporti contrattuali fra Stati e organizzazione internazionale*, in « Archivio giuridico Filippo Serafini », 1950, pp. 1. ss; *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951; *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations, with an Appendix on the Concept of International Law and the Theory of International Organization*, in « Recueil des cours, Académie de droit international de la Haye », CXXXVII, 1972-III, specie pp. 629-731. Si veda anche, nella manualistica recente, T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 13-32 e 51-59.

Per quanto riguarda la ragion d'essere e il ruolo delle organizzazioni internazionali nell'ambiente sociale interstatale, aggiungeremmo soltanto una precisazione. Esse consistono ciascuna in un complesso di meccanismi decisionali e organi di funzioni posto in essere dagli Stati membri al fine di realizzare determinate attività e perseguire certi scopi comuni, nei campi più svariati (da quello economico-commerciale e finanziario, a quello sanitario, a quello delle comunicazioni e delle telecomunicazioni, sino a quello del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, o della tutela dei diritti umani). In questo senso le organizzazioni internazionali — e le loro attività statutarie, normative od operative — costituiscono strumenti a disposizione degli Stati membri per perseguire gli scopi comuni che ne sono alla base; strumenti in ragione del cui funzionamento gli Stati membri si sono impegnati — l'uno di fronte a tutti gli altri — al rispetto degli obblighi giuridici sanciti nei trattati istitutivi. Tranne che in casi eccezionali e in ambiti circoscritti *ratione materiae e personarum* (come quello del tutto peculiare della Comunità europea), le organizzazioni internazionali *non* si presentano dunque come autorità o istituzioni di governo (in senso lato) degli Stati membri, poste in posizione sovraordinata rispetto a questi, e detentrici di una potestà d'imperio nei loro confronti (acquisita in virtù di un 'contratto sociale' tra gli Stati o di un processo storico di concentrazione di poteri coercitivi). In altre parole, com'è stato giustamente rilevato, 'i pur innegabili progressi avuti in materia [di organizzazione internazionale], non hanno inciso sulla struttura di fondo della società internazionale, ma unicamente sui modi e sulle tecniche mediante i quali si attua e si organizza la cooperazione degli Stati nel suo ambito' (T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 56). Quanto precisato non esclude affatto che un'organizzazione internazionale, considerata quale apparato complesso ma unitario, possa assumere sul piano delle relazioni internazionali la fisionomia di distinta 'persona internazionale', dotata di propria soggettività giuridica. In quanto tale, ciascuna organizzazione internazionale si porrebbe peraltro ad un livello di parità 'orizzontale' rispetto agli Stati (membri o non membri dell'organizzazione), e non invece ad un livello superiore o sovraordinato.

mondiale sovraordinata cui tutti gli Stati abbiano attribuito la funzione (il potere/dovere) di mantenere l'ordine pubblico e di garantire la sicurezza e i diritti di ciascuno di loro, e che abbia la disponibilità effettiva dei mezzi necessari per l'esercizio di tale funzione — implica tra l'altro, sul piano giuridico, che ciascuno Stato *uti singulus* abbia pieno titolo di contrastare i propri nemici personali, ossia — come abbiamo premesso poc'anzi — le entità che agiscano per nuocere gravemente allo Stato stesso o per attentare alla sua esistenza (7). Ciò ovviamente nel rispetto delle condizioni e dei limiti che lo Stato abbia eventualmente accettato in virtù di impegni pattizi, o che derivino da norme non scritte generalmente riconosciute.

3. *Il contrasto e il trattamento dello Stato nemico (dei suoi organi, della popolazione civile e dei sudditi) nel diritto internazionale dei conflitti armati.*

Quanto detto vale innanzitutto per il caso in cui il nemico 'privato' dello Stato consista in *un altro Stato* che ricorra ad un uso ostile della forza bellica, mediante un attacco armato contro il primo o, comunque, nel contesto di un conflitto armato in corso. È questa in effetti la fattispecie classica con riferimento alla quale viene di solito in rilievo, nella riflessione giuridica internazionalistica, la nozione di nemico.

Per far fronte ad un siffatto nemico, il diritto internazionale ammette senz'altro la possibilità che lo Stato ricorra alla forza armata, non solo riconoscendo il diritto di usare tale forza a titolo di legittima difesa (come eccezione al divieto generale di uso e minaccia della forza nelle relazioni internazionali) (8), ma anche — e soprat-

(7) Si tratta del noto concetto di 'autotutela'. Come ricorda B. CONFORTI (*Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006⁷, p. 7): 'Per quanto riguarda ... i mezzi che nel diritto internazionale sono adoperati per assicurare coattivamente l'osservanza delle norme e per reprimere le violazioni, occorre realisticamente riconoscere che siffatti mezzi sono quasi tutti riportabili alla categoria dell'autotutela. Quella che è un'eccezione in diritto interno (poiché soltanto entro certi limiti ed in determinate condizioni, quando non possono intervenire gli organi statali, ci si può fare giustizia da sé) diventa la regola nel diritto internazionale'.

(8) *Infra*, par. 5.

tutto — prevedendo una disciplina ampia e dettagliata riguardante il comportamento degli Stati che si trovino reciprocamente contrapposti, per l'appunto in quanto nemici, nell'ambito di un conflitto armato.

Proprio per quanto concerne quest'ultimo aspetto, è appena necessario ricordare come i precetti posti dalla normativa internazionale abbiano conosciuto, nella seconda metà del secolo XX, un'evoluzione molto significativa in ordine alla questione del trattamento del nemico. Tale evoluzione coincide con le principali linee di sviluppo del diritto dei conflitti armati, le quali convergono tutte nella direzione di limitare la violenza armata e la crudeltà nei confronti dello Stato nemico (considerato in modo comprensivo degli organi militari — i c.d. legittimi combattenti —, della popolazione civile e dei singoli sudditi) ⁽⁹⁾.

In questo senso vengono innanzitutto in rilievo le norme concernenti i mezzi di combattimento. A partire dalla Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868 ⁽¹⁰⁾, si sono infatti progressivamente affermate una serie di regole che limitano il ricorso a determinati mezzi e metodi di combattimento tra nemici belligeranti. In estrema sintesi, tali regole possono ricondursi a tre principi fondamentali: il divieto di impiegare armi, sostanze o metodi di guerra capaci di causare mali superflui o sofferenze inutili, nel senso di non necessari o non proporzionali rispetto ai vantaggi militari che possono derivare dal loro impiego; il divieto di usare mezzi e metodi di combattimento indiscriminati, atti cioè a colpire indistintamente obiettivi militari e persone o beni di carattere civile; il divieto di metodi e mezzi di combattimento che causino o potrebbero causare danni

⁽⁹⁾ Sul diritto internazionale dei conflitti armati si vedano, per tutti, nella dottrina internazionalistica recente: L.C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester (USA), Manchester University Press, 2000²; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2002³; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; *Customary International Humanitarian Law*, 2 voll., a cura di J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, Giappichelli, 2006³.

⁽¹⁰⁾ Ci riferiamo alla *Dichiarazione sulla rinunzia all'uso in tempo di guerra di proiettili esplodenti del peso inferiore ai 400 gr.* (Pietroburgo, 29 novembre-11 dicembre 1868). La si veda riprodotta in P. VERRI, *Diritto per la pace e diritto nella guerra*, Roma, edizione speciale della « Rassegna dell'Arma dei Carabinieri », 1980, pp. 127 ss.

estesi, durevoli e gravi all'ambiente naturale, arrecando pregiudizio alla salute e alla sopravvivenza della popolazione.

In aggiunta alle norme pattizie e consuetudinarie che recepiscono e precisano i contenuti di tali principi, nonché in considerazione della vaghezza e genericità dei principi stessi (in base ai quali può risultare difficile, in molti casi, stabilire se il ricorso ad un certo tipo di armi sia o meno vietato in quanto incompatibile coi divieti suindicati), si è andata altresì affermando, sul piano giuridico internazionale, la proibizione assoluta di impiegare contro Stati nemici determinati tipi di armi, a prescindere dall'uso più o meno improprio che di esse venga fatto alla stregua dei principi di cui s'è detto. A tal proposito, basti ricordare le convenzioni internazionali che vietano l'uso di armi chimiche e batteriologiche, o le mine antipersona ⁽¹¹⁾.

In secondo luogo, l'affermarsi di limiti giuridici alla violenza e alla crudeltà nei confronti del nemico, nell'ambito di un conflitto armato, si riscontra nella normativa sul trattamento dei prigionieri di guerra, siano essi legittimi combattenti, oppure persone al seguito delle forze armate nemiche ma che non ne fanno parte (ivi compresi i giornalisti corrispondenti di guerra). I prigionieri non possono infatti essere internati in campi situati nei pressi di combattimento; non possono essere oggetto di rappresaglie; devono essere mantenuti in buona salute e trattati con umanità; non possono essere costretti a svolgere attività connesse con le operazioni belliche, né tanto meno a prestare servizio militare nell'esercito della Potenza detentrica. Essi devono inoltre essere rimpatriati immediatamente

(11) Per quanto riguarda le prime, ci riferiamo in particolare alla *Convenzione sul divieto di messa a punto, produzione, stoccaggio e uso delle armi chimiche, e sulla loro distruzione* (Parigi, 13 gennaio 1993) e al *Trattato sul divieto di messa a punto, produzione e stoccaggio di armi batteriologiche (biologiche) o a base di tossine, e sulla loro distruzione* (Londra, Mosca, Washington, 10 aprile 1972). Quanto alle mine antipersona, ci riferiamo alla *Convenzione sulla proibizione dell'uso, stoccaggio, produzione e trasferimento delle mine antiuomo, e sulla loro distruzione* (Ottawa, 3 dicembre 1997). Com'è noto, non esiste invece alcuna convenzione multilaterale che vieti la produzione o l'uso di armi nucleari. In proposito, la Corte internazionale di giustizia, in un parere consultivo reso l'8 luglio 1996 (lo si veda in « International Court of Justice Reports », 1996, pp. 226 ss.), pur avendo affermato che l'uso dell'arma nucleare è assoggettato ai principi del diritto internazionale umanitario e, generalmente, contrario a tali principi (e quindi vietato), non ha tuttavia escluso la sua liceità 'in situazioni estreme di legittima difesa in cui la stessa sopravvivenza dello Stato sarebbe messa in causa' (par. 105 *sub E* del parere).

dopo la cessazione delle ostilità attive, senza attendere che si arrivi alla conclusione formale della pace (ad esempio mediante la stipula di un trattato tra gli Stati belligeranti) ⁽¹²⁾.

Particolare rilievo ha assunto poi, nella disciplina internazionale dello *ius in bello*, la preoccupazione di evitare che il conflitto armato degeneri in un trattamento inutilmente violento e barbaro della popolazione civile (ossia non combattente) dello Stato nemico. In questo senso, oltre al già menzionato divieto generale di ricorrere a mezzi e metodi di combattimento indiscriminati, va ricordato che il diritto internazionale attuale vieta in modo assoluto (anche a titolo di rappresaglia) di condurre operazioni militari contro la popolazione civile e contro beni di carattere civile. A tale divieto si aggiunge un importante principio di precauzione, in base al quale quando risulta necessario sferrare un attacco contro lo Stato nemico che rischi di colpire anche obiettivi civili, vige l'obbligo sia di avvertire le autorità nemiche in tempo utile e in modo efficace, sia di impiegare mezzi e metodi di attacco che risparmino per quanto possibile gli obiettivi civili e riducano al minimo i danni collaterali alla popolazione e ai beni civili. In questi casi va inoltre sempre applicata la regola della proporzionalità, secondo la quale non devono causarsi perdite di civili e distruzioni di obiettivi civili che risultino complessivamente eccessive rispetto ai vantaggi militari conseguibili con l'attacco ⁽¹³⁾.

La salvaguardia e il rispetto della popolazione civile costituiscono altresì il valore fondamentale preso in considerazione dalla normativa internazionale sull'occupazione bellica di territori sottratti al nemico (come ha chiaramente affermato la Corte internazionale di giustizia nel suo recente parere sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati

⁽¹²⁾ Questi sono, in estrema sintesi, gli obblighi in materia di trattamento dei prigionieri di guerra desumibili dal *Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Ata* del 1907, dagli artt. 4-20 della *III Convenzione di Ginevra* del 1949 e dagli artt. 43-47 del *I Protocollo* del 1977 addizionale alle Convenzioni di Ginevra.

⁽¹³⁾ I precetti ora enunciati sono espressamente codificati nel *I Protocollo* addizionale del 1977, in particolare nei Capitoli da I a IV della Sezione I del Titolo IV, dedicato alla tutela della popolazione civile. La maggior parte di essi è stata considerata come appartenente al diritto consuetudinario dal Tribunale penale per la ex Jugoslavia (*Prosecutor v. Kupreskic*, ICTY Case No IT-95-16, 14 gennaio 2000, V, par. 513).

da Israele ⁽¹⁴⁾). Ciò comporta, tra l'altro: il divieto di deportazioni o trasferimenti di massa o individuali; il divieto di irrogare punizioni collettive; il divieto di ostacolare le convinzioni religiose, i diritti famigliari e i costumi dei sudditi nemici in territorio occupato; il divieto di discriminarli per ragioni di razza, religione o idee politiche; il divieto di confisca della proprietà privata; il divieto di costringere gli abitanti dei territori occupati a prestare servizio nelle forze armate o ausiliarie dell'occupante. E, in positivo: l'obbligo di provvedere adeguatamente all'alimentazione e alle cure sanitarie della popolazione civile; l'obbligo di far funzionare gli ospedali civili, nonché di provvedere all'educazione e al sostentamento dei fanciulli orfani o abbandonati ⁽¹⁵⁾.

Nell'evoluzione del diritto internazionale dei conflitti armati, l'affermarsi dell'esigenza di tutela dei civili si manifesta, infine, sotto il profilo specifico della condizione dei sudditi nemici residenti nel territorio di uno Stato belligerante (profilo col quale viene talvolta fatta coincidere del tutto, nella letteratura internazionalistica, la tematica del trattamento del nemico intesa in senso stretto). Nel corso di un conflitto armato interstatale, il diritto internazionale consente infatti ad uno Stato di sottoporre i sudditi nemici che dimorino nel suo territorio ad un trattamento che in tempo di pace non sarebbe ammissibile e potrebbe originare un illecito internazionale. Tuttavia, si è progressivamente affermato il principio — che informa di sé la sezione II della *IV Convenzione di Ginevra* del 1949 — secondo cui risultano legittimi, nei confronti di sudditi nemici residenti in uno Stato belligerante, i soli provvedimenti che siano giustificati dalle esigenze del conflitto e della sicurezza dello Stato territoriale. L'internamento di tali sudditi è ad esempio consentito soltanto se la sicurezza nazionale della Potenza detentrica lo renda assolutamente necessario; ed è comunque previsto l'obbligo per lo Stato internante di costituire un organo apposito al quale il suddito nemico possa ricorrere contro il provvedimento di internamento

⁽¹⁴⁾ Parere consultivo reso il 9 luglio 2004, in « International Court of Justice Reports », 2004, pp. 136 ss., par. 95.

⁽¹⁵⁾ La disciplina dell'occupazione bellica è contenuta in particolare negli artt. 42-56 del *Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aia* del 1907, negli artt. 27-33 e 47-78 della *IV Convenzione di Ginevra* del 1949 e negli artt. 72-75 del *I Protocollo addizionale* del 1977.

(organo che è tenuto a riesaminare periodicamente il caso « al fine di correggere la decisione iniziale in favore dell'internato, qualora le circostanze lo permettano »).

Anche il diritto del suddito nemico al rimpatrio può bensì essere negato durante il periodo delle ostilità, ma soltanto se il rimpatrio possa determinare un aiuto militare allo Stato nemico. E le proprietà private di sudditi nemici potranno bensì essere sottoposte a sequestro conservativo, in modo da impedirne atti di disposizione per tutta la durata delle ostilità, ma non potranno di regola essere confiscate (con immediato trapasso di proprietà a favore dello Stato territoriale, e senza indennizzo), a meno che non servano alla necessità militare o a soddisfare, in caso di vittoria, pretese risarcitorie di sudditi dello Stato territoriale.

4. *Il rispetto del diritto umanitario nel trattamento del nemico in caso di conflitti armati non interstatali.*

I limiti giuridici alla violenza e alla crudeltà nei confronti del nemico con cui sia in atto un conflitto armato, così come la tutela degli organi belligeranti nemici e della popolazione nemica, tendono a riguardare — nel diritto internazionale attuale — non solo il caso in cui il nemico sia un altro Stato, ma anche quello in cui il nemico sia un popolo, non costituito in Stato indipendente, che lotti per realizzare la propria libertà di autodeterminarsi politicamente, conculcata da una dominazione coloniale, da un regime razzista o da un'occupazione straniera. Ciò, sul piano giuridico internazionale, porta ad equiparare sostanzialmente al trattamento dello Stato nemico (inteso sempre in senso comprensivo degli organi combattenti e della popolazione civile) il trattamento di entità quali i *movimenti di liberazione nazionale* e i *movimenti di resistenza* o i *gruppi partigiani* in territorio occupato, che siano impegnati nello svolgimento di operazioni militari ostili — anche in forma di azioni di guerriglia — caratterizzate da una certa organizzazione, intensità, consistenza e durata. Una siffatta equiparazione è in particolare accolta nel *I Protocollo del 1977 addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949* (art. 1, par. 4), almeno per i casi in cui l'entità non statale belligerante s'impegni a sua volta formalmente al rispetto

della disciplina umanitaria sancita nel Protocollo stesso e nelle Convenzioni di Ginevra.

Va peraltro precisato che l'assimilazione ai conflitti statali dei conflitti in cui un popolo lotta per la propria autodeterminazione, compiuta dal *I Protocollo* del 1977, non viene in genere considerata dichiarativa del diritto internazionale generale, non scritto. Essa impegna pertanto i soli Stati parti del Protocollo (16).

Tuttavia, il diritto internazionale bellico si è andato evolvendo nel senso di porre comunque dei limiti agli Stati che si trovino a dover fronteggiare un nemico contro il quale sia in corso un conflitto armato, anche qualora non si tratti di un altro Stato, o il conflitto non sia assimilabile ad un conflitto interstatale ai sensi del *I Protocollo* del 1977. Tali limiti si applicano in sostanza ai casi di guerra civile o comunque a quelli in cui, all'interno del territorio di uno Stato, le forze armate statali si trovino contrapposte a gruppi armati di ribelli o di insorti, che rispondano ad un comando unitario e responsabile, e conducano operazioni di violenza armata prolungate e organizzate.

In questi casi, il diritto internazionale non impone per la verità allo Stato di considerare i combattenti nemici alla stregua di legittimi combattenti: i ribelli armati organizzati restano dunque, per lo Stato, meri criminali, che infrangono con i loro atti violenti il diritto penale interno e sono per questo passibili di essere processati e condannati alle pene più severe. Ciononostante, sia il diritto internazionale generale, sia alcuni importanti strumenti convenzionali, stabiliscono che lo Stato, quando debba far fronte a questo tipo di nemico 'interno', rispetti alcuni principi fondamentali, ispirati a considerazioni di umanità (17). Lo Stato dovrà in particolare astenersi dall'at-

(16) Gli Stati parti del Protocollo sono attualmente 168. Tra questi non sono presenti né gli USA, né Israele, né l'Iraq, né l'Afghanistan, né l'India.

(17) Sul piano del diritto convenzionale, l'obbligo di rispettare tali principi anche nei conflitti interni si ricava dall'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949. Tale obbligo è stato dichiarato appartenente al diritto internazionale consuetudinario sia dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza sul caso delle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* (Nicaragua c. Stati Uniti d'America), del 27 giugno 1986 (in « International Court of Justice Reports », 1986, pp. 14 ss. paragrafi 217-219), sia dal Tribunale penale per la ex Jugoslavia nel caso *Tadić* (Camera di appello, sentenza del 2 ottobre 1995, paragrafi 97 ss.).

taccare o dal sottoporre ad atti di violenza o rappresaglia coloro che, pur simpatizzando per il nemico, non partecipino direttamente alle ostilità; non dovrà ricorrere a misure che abbiano lo scopo di terrorizzare la popolazione civile; non potrà prendere in ostaggio i non combattenti; dovrà trattare con umanità e senza discriminazioni i combattenti o i civili nemici che siano arrestati, detenuti o internati; avrà l'obbligo di raccogliere e curare i feriti e i malati, anche se della parte avversa (18).

Devono inoltre ritenersi applicabili anche ai conflitti armati contro un nemico interno i principali limiti riguardanti i mezzi e i metodi di combattimento validi per i conflitti interstatali, quale ad esempio il divieto di impiegare armi che provochino mali superflui o sofferenze non necessarie. Ciò non solo è stato rilevato in modo convincente dal Tribunale penale per la ex Jugoslavia (19), ma trova conferma nel fatto che alcuni importanti strumenti convenzionali sul divieto di usare determinate armi estendano le loro proibizioni anche ai conflitti interni (20).

Va infine ricordato che l'obbligo per gli Stati di rispettare i precetti umanitari e di altro genere sin qui ricordati — sia quelli dettagliati e 'garantisti' previsti in caso di conflitto interstatale, sia quelli minimi che, nel caso di conflitti interni, mirano ad evitare un eccessivo imbarbarimento nel trattamento del nemico — non si sostituiscono, ma si aggiungono, al perdurante dovere per lo Stato di

(18) Per gli Stati — attualmente 164 (tra i quali non rientrano USA, Israele, Afghanistan, Iraq e India) — che aderiscono al *II Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra*, adottato nel 1977, nel caso in cui il nemico interno belligerante sia organizzato in forze armate che esercitino un controllo su parte del territorio statale e conducano operazioni militari di un'intensità tale da rendere il conflitto con le forze armate statali equivalente ad uno scontro tra eserciti convenzionali, gli obblighi ora individuati diventano più stringenti e articolati, ricalcando in buona sostanza il contenuto delle disposizioni umanitarie previste per i conflitti a carattere internazionale nel *I Protocollo addizionale*, almeno per quanto riguarda il trattamento di feriti, malati, naufraghi, popolazione civile, nonché la protezione di monumenti, opere d'arte e luoghi di culto. Resta invece sempre esclusa l'equiparazione degli insorti combattenti a combattenti legittimi.

(19) Sentenza del 2 ottobre 1995 (caso *Tadić*), cit., par. 119.

(20) Ci riferiamo, ad esempio, alla Convenzione sul divieto di armi chimiche del 1993 e a quella sulle mine antipersona del 1997, citate *supra* nota 11.

rispettare, anche in caso di conflitto armato, le norme internazionali poste a tutela dei più fondamentali diritti umani.

Ci riferiamo in primo luogo a quei diritti che le principali convenzioni internazionali sui diritti umani sanciscono come del tutto inderogabili. Tra questi rientrano certamente il diritto di ogni persona a non essere arbitrariamente privato della vita, il diritto a non subire torture o trattamenti inumani e degradanti, il diritto a non essere sottoposto ad alcuna forma di schiavitù o di tratta, il diritto alla irretroattività della legge penale, e il diritto al riconoscimento della personalità giuridica (21).

Per quanto riguarda gli altri diritti umani, il fatto che uno Stato si trovi a fronteggiare un nemico che lo impegni in un conflitto armato — internazionale o interno — può invece costituire una causa ammessa dalla normativa internazionale di deroga al loro rispetto, purché però la determinazione di adottare le misure in deroga sia adottata e proclamata dallo Stato con atto ufficiale, le misure si mantengano nei limiti in cui la situazione di pericolo per la vita della nazione strettamente lo esiga, e le misure stesse non siano applicate in modo da operare discriminazioni per motivi etnico-culturali o di origine sociale. Pertanto, lo Stato che per far fronte al nemico, nel contesto di un conflitto armato internazionale o interno, comprimesse uno o più diritti umani non assolutamente inderogabili di persone della parte avversa, senza rispettare le condizioni ora sinteticamente richiamate, commetterebbe la violazione di un obbligo giuridico internazionale, almeno nella misura in cui lo Stato

(21) Si vedano ad esempio, in proposito, l'art. 4, par. 2, del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966, l'art. 15, par. 2, della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950, l'art. 27, par. 2, della *Convenzione americana sui diritti umani* del 1969. Quanto al diritto di ogni persona a non essere arbitrariamente privato della vita, è opportuno ricordare che la Convenzione europea esclude espressamente la sua inderogabilità 'per il caso di decesso risultante da legittimi atti di guerra', e che la Corte internazionale di giustizia, con riferimento alla sua inderogabilità secondo il Patto sui diritti civili e politici del 1966, ha osservato che la nozione di 'privazione arbitraria' deve essere valutata alla luce del diritto dei conflitti armati, dovendosi pertanto accertare se la privazione sia di volta in volta dovuta ad un atto legittimo o illegittimo di belligeranza (parere consultivo sulla *Liceità dell'uso delle armi nucleari*, citato *supra* nota 11, par. 25).

stesso fosse vincolato da una o più convenzioni multilaterali di protezione dei diritti umani, che tali condizioni sanciscono ⁽²²⁾.

5. *Il contrasto dello Stato nemico 'privato' in tempo di pace: il divieto dell'uso della forza armata e l'eccezione della legittima difesa.*

Sin qui ci siamo occupati dei limiti che il diritto internazionale pone nel trattamento di uno Stato nemico (e di altre entità non statali), nel caso in cui il rapporto col nemico abbia assunto la fisionomia di un conflitto armato, a prescindere dall'origine del conflitto e dalle sue cause reali o invocate dalle parti ⁽²³⁾. In situazioni di tal genere il diritto internazionale non vieta, come s'è detto, il ricorso alla violenza armata contro il nemico, ma — prendendo atto dell'esistenza di un conflitto — disciplina l'esercizio di tale violenza tentando di mitigarne gli effetti più terribili e disumani ⁽²⁴⁾.

Diversamente, al di fuori di un conflitto armato in atto — o, come suol dirsi, in tempo di pace — la possibilità per uno Stato di fronteggiare uno Stato nemico 'privato', che agisca per nuocerli

⁽²²⁾ Sul punto v. *infra* par. 7.

⁽²³⁾ Come si sottolinea nel Preambolo del *I Protocollo* addizionale del 1977, 'le disposizioni delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e del presente Protocollo devono essere pienamente applicate in ogni circostanza a tutte le persone protette da detti strumenti, senza alcuna distinzione sfavorevole fondata sulla natura o l'origine del conflitto armato, o sulle cause invocate dalle Parti in conflitto, o ad esse attribuite'.

⁽²⁴⁾ Per ragioni di brevità, non ci siamo soffermati su un aspetto cruciale del diritto internazionale dei conflitti armati: quello dei meccanismi e degli strumenti giuridici che dovrebbero garantire il rispetto di tale diritto, sia nel corso del conflitto, sia *ex post*, a conflitto concluso. Tali strumenti, per la verità poco efficaci (come purtroppo dimostrano i fatti), comprendono tra l'altro il ricorso limitato alla rappresaglia bellica, l'istituto delle c.d. Potenze protettrici, l'attribuzione di funzioni al Comitato internazionale della Croce Rossa, la repressione penale — interna e internazionale — delle violazioni del diritto umanitario, e l'obbligo interstatale di risarcimento monetario dei danni provocati da tali violazioni. Neppure ci siamo soffermati a valutare le non poche incongruenze e la sostanziale inadeguatezza dell'attuale normativa internazionale sui conflitti armati, alla luce delle caratteristiche che tali conflitti (e in particolare quelli non interstatali) hanno progressivamente acquisito negli ultimi decenni, tra le quali spicca la loro frequente natura di guerre 'totali' e 'asimmetriche'. Ci limitiamo a rinviare in proposito alle pagine, brevi ma efficaci, di A. CASSESE e P. GAETA, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 97-105.

gravemente o per attentare alla sua esistenza, non si estende — secondo il diritto internazionale attuale — sino a ricomprendere il diritto di ricorrere alla forza armata, se non in determinate ipotesi e a condizioni piuttosto precise.

Questo limite alla libertà di autotutela e di reazione trova il proprio fondamento in un principio cardine del sistema giuridico internazionale. Ci riferiamo precisamente all'obbligo per gli Stati di astenersi dalla minaccia e dall'uso forza nelle relazioni internazionali; obbligo sancito inizialmente nella Carta delle Nazioni Unite (art. 2, par. 4), ma che nella seconda metà del secolo scorso è divenuto altresì norma di diritto internazionale generale, com'è stato più volte affermato dalla Corte internazionale di giustizia ⁽²⁵⁾.

Il divieto per ogni Stato di ricorrere unilateralmente alla forza armata viene tuttavia meno nel caso in cui l'ostilità del nemico si concretizzi in un attacco armato. In tal caso lo Stato aggredito ha infatti il diritto — riconosciuto anch'esso nella Carta ONU, all'art. 51 — di ricorrere alla violenza armata contro il nemico aggressore, a titolo di *legittima difesa*. Ciò significa che lo Stato aggredito può legittimamente usare la forza allo scopo di difendersi dall'attacco portato nei suoi confronti e di respingere tale attacco, impedendo al nemico di realizzarne a pieno o di continuarne la perpetrazione.

È questa in effetti la *ratio* sottostante ai criteri giuridici che, stando alla ricostruzione giurisprudenziale effettuata dalla Corte internazionale di giustizia e condivisa dalla dottrina maggioritaria, consentono e al contempo limitano, nel diritto internazionale attuale, l'esercizio del diritto alla legittima difesa da un attacco armato ⁽²⁶⁾. Si tratta, com'è noto, dei criteri di necessità e di proporzionalità. Il primo starebbe ad indicare che l'uso della forza si considera giustificato se esso, alla luce della grave situazione di

⁽²⁵⁾ Basti ricordare in proposito la netta presa di posizione della Corte nella già citata sentenza sul caso delle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* (Nicaragua c. Stati Uniti d'America), in « International Court of Justice Reports », 1986, cit., par. 188.

⁽²⁶⁾ In proposito v. la sentenza resa dalla Corte internazionale di giustizia il 6 novembre 2003 nel caso delle *Piattaforme petrolifere* (Iran c. Stati Uniti d'America), in « International Court of Justice Reports », 2003, pp. 161 ss., paragrafi 74-77. Quanto alla letteratura v., per tutti, T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., pp. 522 ss. e la bibliografia ivi citata.

pericolo urgente per lo Stato, costituisce il mezzo più efficace per arginare l'attacco e porvi fine. Il criterio della proporzionalità farebbe invece riferimento non tanto a una valutazione comparativa di tipo quantitativo tra la portata della forza usata nell'attacco e quella usata per la difesa, quanto ad una valutazione complessiva della eccessività o meno della violenza armata cui si sottopone il nemico, posta in rapporto sia allo scopo di fronteggiare e far cessare l'attacco, sia alla violenza e alla pericolosità dell'attacco subito.

La *ratio* esclusivamente difensiva della legittima difesa comporta altresì che l'uso della forza si consideri giustificato soltanto sino al momento in cui serve a por fine all'attacco contro il quale ci si difenda o, comunque, alla serie continuata di ostilità armate cui l'attacco abbia dato il via. Si tratta del requisito che viene di solito individuato con la nozione, a nostro avviso non del tutto adeguata, di 'immediatezza'. Reazioni armate tardive — nel senso di dettate non già dall'esigenza di difendersi da un attacco in corso, bensì da finalità punitivo-retributive nei confronti dello Stato nemico, o dissuasive di ulteriori attacchi o di comportamenti ostili da parte di questo — non rientrerebbero nella giustificazione della legittima difesa (27). Tali reazioni sarebbero contrarie al diritto internazionale anche qualora assumessero il carattere giuridico di contromisure, ossia di misure motivate dal fatto di reagire alla previa violazione altrui di uno o più obblighi internazionali, e miranti ad ottenere l'adempimento degli obblighi di responsabilità da parte dello Stato autore dell'illecito (28).

Controversa è invece la questione se sia lecito o meno, a titolo di legittima difesa, usare la forza armata al fine di *prevenire* l'attacco da parte di uno Stato nemico (legittima difesa c.d. preventiva). Non è certo nostra intenzione affrontare qui superficialmente una questione tanto complessa, delicata e ricca di sfaccettature, giuridiche e politiche. Osserveremmo soltanto che — sul piano dell'in-

(27) Potrebbero invece farsi rientrare nell'ambito della legittima difesa, a nostro avviso, sia azioni armate miranti a far cessare la perdurante occupazione militare di un territorio, risultante da un precedente attacco armato, sia interventi armati diretti a far cessare una serie continuata di singoli *raids* o attacchi 'istantanei', distinti tra loro ma vicini nel tempo e costituenti parte della realizzazione di un medesimo piano aggressivo. Su quest'ultimo punto, con riferimento agli attacchi terroristici, v. *infra* par. 8.

(28) Sulle contromisure e i loro limiti, si veda il paragrafo seguente.

interpretazione letterale, logica e teleologica della norma sulla legittima difesa inserita nel sistema giuridico delle Nazioni Unite (art. 51 della Carta) — le argomentazioni portate a favore della tesi che giustifica il diritto di ricorrere alla forza armata solo in presenza di un attacco *già sferrato* sembrano essere maggiormente convincenti, e che tale tesi trova un supporto nelle prese di posizione di un numero maggioritario di Stati.

D'altra parte, argomentazioni giuridiche e metagiuridiche non trascurabili vengono invocate anche dai sostenitori dell'ammissibilità dell'uso della forza a titolo di legittima difesa preventiva, ammissibilità che viene rivendicata con insistenza — com'è noto — da alcune grandi e medie Potenze ⁽²⁹⁾, senza trovare tuttavia riscontro né nella giurisprudenza internazionale, né nel testo di dichiarazioni di principi o di risoluzioni delle Nazioni Unite o di altre organizzazioni internazionali ⁽³⁰⁾.

Certo è che, per quanto voglia anticiparsi temporalmente la portata giuridica della legittima difesa all'imminenza di un attacco armato che si stia delineando in modo credibile e circostanziato, essa non arriverebbe comunque a coprire azioni armate contro uno Stato nemico (o 'canaglia') motivate dalla sola ragione che questo manifesti la propria ostilità vuoi dando ospitalità nel proprio territorio a gruppi terroristici organizzati, vuoi predisponendo arsenali di armi di distruzione di massa. Azioni di tale genere — teorizzate ad esempio nella 'dottrina Bush' sulla *pre-emptive self-defence* — rientrano pienamente nel divieto di uso della forza, sancito sia dalla Carta ONU, sia dal diritto internazionale generale ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ In primo luogo dagli Stati Uniti d'America e da Israele, ma anche dal Giappone, dal Canada e dall'Iraq (di Saddam Hussein); più sfumata la posizione del Regno Unito.

⁽³⁰⁾ Va peraltro rilevato che di recente l'*High Level Panel* di esperti, incaricato dal Segretario generale dell'ONU di studiare proposte di riforma della Carta delle Nazioni Unite, si è espresso in favore di una lettura dell'art. 51 che ricomprenda nella legittima difesa il diritto di usare la forza per far fronte ad un attacco armato non solo già sferrato ma anche imminente (si veda *A More Secure World: Our Shared Responsibility. Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Changes*, UN Doc. A/59/565, par. 188).

⁽³¹⁾ In tal senso si pronuncia sostanzialmente anche il *Report* citato alla nota precedente (paragrafi 189-192), che nega l'ammissibilità di azioni unilaterali di *pre-emptive self-defence*, ritenendo indispensabile, per azioni di tal genere, la previa auto-

6. Segue: *l'ammissibilità del ricorso a ritorsioni e a contromisure non armate.*

La legittima difesa è l'unica ipotesi in cui il diritto internazionale giustifichi, in tempo di pace, l'uso da parte di uno Stato della forza armata contro un altro Stato che gli sia personalmente ostile, che si presenti cioè come suo *inimicus*.⁽³²⁾ Quando l'ostilità nei suoi confronti non raggiunga il livello dell'attacco armato, lo Stato deve quindi ricorrere ad altri mezzi e tipi di comportamento per far fronte al nemico, dei quali non tutti risultano giuridicamente rilevanti dal punto di vista del diritto internazionale.

Innanzitutto, nel caso in cui sia membro delle Nazioni Unite e ritenga che il comportamento dello Stato nemico, oltre ad essere ostile nei propri confronti, sia altresì suscettibile di determinare un pericolo per la pace e la sicurezza internazionale, o costituisca addirittura una minaccia alla pace, ogni Stato ha la facoltà di sottoporre la questione all'attenzione del Consiglio di sicurezza dell'ONU, richiedendo un intervento di tale organo (intervento che potrebbe anche concretizzarsi — qualora ne ricorrano i presupposti — nell'adozione di misure 'sanzionatorie' nei confronti dello Stato nemico, o persino in un'azione coercitiva di tipo militare⁽³³⁾). Se ciò si verificasse significherebbe peraltro che il comportamento ostile dello Stato sarebbe assunto ad una gravità tale da farlo considerare, come diremo tra breve, non solo nemico personale (*inimicus*) di un determinato Stato, ma piuttosto nemico 'pubblico' (*hostis*) dell'insieme degli Stati (o, se si preferisce, della comunità internazionale).

A prescindere dalla possibilità di richiamare l'attenzione del

rizzazione del Consiglio di sicurezza (sul punto v. *infra* paragrafi 12 e 14). Per un'esplicitazione ufficiale della c.d. 'dottrina Bush' v. il documento sulla *National Security Strategy*, riprodotto in « International Legal Materials », XLI, 2002, pp. 1478 ss.

⁽³²⁾ Nella prospettiva del contrasto al nemico 'privato' non rileva l'esame di altre eventuali cause di giustificazione dell'uso della forza nelle relazioni internazionali, considerate operanti — entro certi limiti — nell'attuale sistema giuridico internazionale. Ci riferiamo in primo luogo al consenso dello Stato territoriale, nonché alla questione dell'intervento a protezione di cittadini all'estero (nella misura in cui non si consideri giustificato già a titolo di legittima difesa).

⁽³³⁾ *Mutatis mutandis*, una dinamica del genere potrebbe verificarsi nel contesto di un'organizzazione regionale, della quale fossero membri entrambi gli Stati tra cui sussiste l'ostilità.

Consiglio di sicurezza ⁽³⁴⁾, lo Stato interessato potrebbe comunque rendere lo Stato nemico legittimo ‘bersaglio’ di tutta una serie di comportamenti (c.d. ritorsioni) inamichevoli e persino emulativi — a livello economico-commerciale, politico-diplomatico, delle comunicazioni e dei trasporti, dell’utilizzazione di risorse naturali, della politica d’immigrazione, degli scambi culturali e di tecnologia, e così via —, che si mantengano nell’ambito del ‘meramente lecito’, che non comportino cioè la violazione di obblighi nei confronti di tale Stato, sanciti da norme internazionali pattizie o generali.

Il ricorso da parte di uno Stato a comportamenti o misure che superino la soglia del ‘meramente lecito’, e configurino la violazione di diritti di uno Stato nemico, sarebbe invece giuridicamente ammissibile soltanto a titolo di *contromisura*, ossia nel solo caso in cui l’ostilità si sia concretizzata in un previo illecito internazionale nei confronti del primo Stato. Va peraltro precisato che una simile manifestazione di autotutela, per quanto consentita, è comunque sottoposta — nel diritto internazionale attuale — a limiti e condizioni piuttosto stringenti ⁽³⁵⁾. In particolare, una volta subito un illecito da uno Stato nemico, potranno porsi in essere contromisure che comportino la violazione di diritti di tale Stato al solo fine di indurlo ad adempiere pienamente ai propri obblighi di responsabilità ⁽³⁶⁾. Si deve pertanto trattare di misure tendenzialmente tempo-

⁽³⁴⁾ Tale possibilità sussiste ovviamente anche — anzi *a fortiori* — per il caso in cui lo Stato subisca un attacco armato e vi faccia fronte ricorrendo alla forza armata a titolo di legittima difesa. In un tal caso, la Carta ONU (art. 51) prevede un dovere procedurale dello Stato in questione di portare a conoscenza del Consiglio di sicurezza le misure di autotutela adottate, nonché una possibile ‘sospensione’ del diritto di legittima difesa qualora il Consiglio riuscisse ad intervenire con misure adeguate a mantenere la pace e la sicurezza internazionale. In quest’ultima ipotesi vorrebbe dire, nella prospettiva della nostra indagine, che starebbe funzionando uno strumento di contrasto comune nei confronti di uno Stato ritenuto nemico ‘pubblico’ della comunità internazionale. V. *infra* paragrafi 11 e 12.

⁽³⁵⁾ Per una ricostruzione sistematica della disciplina delle contromisure nel diritto internazionale, si veda il testo di articoli sulla ‘Responsabilità degli Stati’, adottato nel 2001 dalla Commissione per il diritto internazionale delle Nazioni Unite (CDI), nonché il commento alle disposizioni ivi contenute. Cfr. *Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session (2001), Chapter IV, State Responsibility*, UN Doc. A/56/10, pp. 43 ss., specie pp. 324 ss.

⁽³⁶⁾ Tali obblighi consistono precisamente nella cessazione dell’illecito, nelle

ranee e, per così dire, reversibili: destinate cioè a durare e a produrre effetti soltanto sino a che lo Stato nemico non abbia adempiuto a tali obblighi. Inoltre, il ricorso a contromisure deve costituire un *extrema ratio*: esso potrà legittimamente avvenire soltanto dopo che lo Stato abbia invano tentato di ottenere in via diplomatica, o mediante l'offerta di procedimenti arbitrari o giudiziari di soluzione delle controversie, l'attuazione degli obblighi di responsabilità da parte dello Stato nemico (nonché solo a seguito di un'intimazione a tale Stato esplicitante la propria decisione di ricorrere a contromisure) ⁽³⁷⁾.

Inoltre, il diritto internazionale attuale vieta in ogni caso le contromisure che violino il divieto di uso e minaccia della forza armata, così come quelle che violino gli obblighi posti a tutela dei diritti umani fondamentali, nonché qualsiasi altro obbligo posto da norme di *ius cogens*. In quest'ultimo caso si tratta, come diremo meglio tra breve, di quelle poche norme — poste a tutela di valori fondamentali — che la comunità internazionale nel suo insieme ritiene assolutamente inderogabili, se non in virtù di norme aventi il medesimo carattere (e la cui grave violazione comporta una responsabilità 'aggravata').

Infine, le contromisure devono rispondere ad un criterio di proporzionalità: esse sono cioè legittime nella misura in cui siano « proporzionate al pregiudizio subito, tenendo conto della gravità dell'atto illecito e dei diritti coinvolti » ⁽³⁸⁾.

garanzie di non ripetizione e nella riparazione in senso lato (comprensiva delle forme della *restitutio in integrum*, del risarcimento monetario e della soddisfazione per i danni 'moralì'). Si vedano in proposito gli artt. da 28 a 39 adottati dalla CDI nel testo di articoli citato alla nota precedente.

⁽³⁷⁾ Sarebbero eccettuate da questi adempimenti preventivi le sole misure urgenti di natura strettamente cautelare e conservativa (art. 52, par. 2, del testo della CDI, citato *supra* nota 35).

⁽³⁸⁾ Art. 51 del testo della CDI, citato *supra* nota 35.

Le considerazioni ora svolte e le regole richiamate con riferimento al caso in cui il nemico consista in un altro Stato possono sostanzialmente estendersi all'ipotesi in cui il nemico sia un'entità organizzata *non statale* che si contrapponga allo Stato su un piano, per così dire, di tendenziale parità internazionale, in vista vuoi dell'autodeterminazione di un popolo oppresso da un regime coloniale, straniero o razzista, vuoi di sostituirsi alle autorità e all'apparato di governo vigente sull'intera comunità territoriale statale, vuoi di realizzare una secessione dallo Stato. Ci riferiamo evidentemente ai *movimenti di*

7. *Il trattamento dei nemici interni allo Stato: rilevanza degli obblighi internazionali sul rispetto dei diritti umani (e delle deroghe consentite a tale rispetto) e il ruolo delle corti internazionali.*

Sin qui abbiamo considerato il caso in cui nemico 'privato' dello Stato sia un'entità (un altro Stato, un movimento di liberazione nazionale, o un gruppo organizzato di insorti) distinta dallo Stato stesso sul piano della personalità internazionale: un'entità che si presenti cioè come membro distinto — al pari dello Stato cui si contrappone — della base sociale del diritto internazionale, e che partecipi in quanto tale alla dinamica e alla vita di tale base. È però ben possibile che a nuocere gravemente ad uno Stato — e in questo senso a costituire un suo nemico — siano gruppi, o addirittura singoli individui, che non presentino alcuna personalità internazionale (neppure embrionale), e che si pongano invece sul piano dei 'sudditi' dello Stato, ossia sul piano della comunità umana su cui lo Stato esercita la propria sovranità. Si pensi, ad esempio, a gruppi politici che manifestino la loro opposizione al governo in carica (e alle forze politico-sociali che lo sostengono) in modo violento, mediante la perpetrazione di crimini o di atti terroristici; o anche a gruppi di criminalità organizzata che con le loro attività criminose minino la convivenza civile, la sicurezza, la libertà e lo sviluppo dell'intera collettività o di parti di essa ⁽³⁹⁾. Ma si pensi anche — più in generale — a chiunque riesca a mettere gravemente e violentemente

liberazione nazionale e agli insorti organizzati, già presi in considerazione nell'esaminare la questione del trattamento del nemico nel contesto di un conflitto armato. Quantunque tali entità manifestino in genere la loro ostilità mediante il ricorso alla forza armata e la realizzazione di azioni belliche contro lo Stato — e per questo il comportamento dello Stato nei loro confronti meriti appunto di essere valutato alla stregua delle norme internazionali riguardanti il trattamento del nemico contro cui sia in atto un conflitto armato —, non è da escludere e occorre talvolta, in periodi più o meno lunghi di tregua o di pace, che la loro ostilità assuma contenuti e forme non violente. In situazioni di tal genere — e nella misura in cui i rapporti tra lo Stato e l'entità nemica si pongano su un piano di tendenziale parità internazionale — varrebbe dunque, sia per lo Stato, sia per l'entità in questione, quanto detto poc'anzi a proposito della possibilità di ricorrere a ritorsioni, ovvero — qualora ne ricorrano i presupposti e nel rispetto dei limiti evidenziati — a vere e proprie contromisure.

⁽³⁹⁾ Con riferimento all'Italia, e in particolare ad alcune Regioni del nostro Meridione, potrebbero portarsi ad esempio le organizzazioni mafiose, la 'Ndrangheta, e la Camorra.

mente in pericolo l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale o i valori 'costituzionali' su cui si fonda la società e l'ordinamento di una comunità organizzata in Stato.

Dal punto di vista del diritto cosiddetto positivo, la questione del contrasto e del trattamento di questo genere di nemici 'interni' si pone essenzialmente sul piano dell'ordinamento dello Stato in questione. Essa presenta peraltro aspetti di rilievo anche per il diritto internazionale. A dover essere presa in considerazione è in particolare la normativa pattizia sui diritti umani, cui già s'è fatto riferimento a proposito del trattamento del nemico nel contesto di un conflitto armato. Com'è noto, tale normativa, sviluppatasi nella seconda metà del secolo scorso, impone obblighi agli Stati nel trattamento di *qualsiasi* individuo, a tutela e per la promozione dei diritti più essenziali della persona umana, tanto in tempo di guerra quanto di pace.

Nell'accettare di vincolarsi sul piano internazionale al rispetto degli obblighi in questione, gli Stati hanno tuttavia previsto — come s'è accennato — la possibilità di derogarvi in presenza di situazioni di pericolo pubblico interno o di emergenza eccezionale ⁽⁴⁰⁾.

L'art. 4, par. 1, del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966 prevede ad esempio:

« In caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati parti del presente Patto possono prendere misure le quali derogano agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale ».

In modo analogo, l'art. 15, par. 1, della *Convenzione europea per*

⁽⁴⁰⁾ Su questo tema si vedano di recente, nella letteratura internazionalistica in lingua italiana, I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in « Rivista di diritto internazionale », LXXXVIII, 2005, pp. 955 ss. e G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, a cura di L. Pineschi, Milano, Giuffrè, 2006, p. 752 ss.

la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dispone:

« In caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere delle misure in deroga agli obblighi previsti nella presente Convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale ».

E ancora, secondo l'art. 27, par. 1, della *Convenzione americana sui diritti umani* del 1969,

« In caso di guerra, di pericolo pubblico o in ogni altra situazione di crisi che minacci l'indipendenza o la sicurezza di uno Stato parte, questo potrà adottare le disposizioni che, nella misura e per il tempo strettamente limitati alle necessità della situazione, sospendano gli obblighi assunti in virtù della presente Convenzione, sempre che tali disposizioni non siano incompatibili con altri obblighi imposti dal diritto internazionale e non diano luogo ad alcuna discriminazione basata su considerazioni di razza, colore, sesso, lingua, religione o estrazione sociale » ⁽⁴¹⁾.

Al di là delle differenze nella formulazione e nella portata delle deroghe ora richiamate, emerge chiaramente come la normativa internazionale che le contempla tenti di contemperare due esigenze di tipo differente, il cui rispettivo soddisfacimento può risultare, in determinate situazioni, non facilmente compatibile. Da una parte v'è l'esigenza — fondamentale nel contesto degli strumenti internazionali sui diritti umani — di tutelare i diritti di ogni individuo, anche e soprattutto da ingerenze, restrizioni e coercizioni provenienti dallo Stato; dall'altra, vi sono le esigenze della sicurezza nazionale, nonché della sicurezza e della tutela dell'intera collettività sottostante allo Stato.

Nella ricerca del difficile equilibrio tra queste due esigenze, la normativa internazionale sui diritti umani consente agli Stati di porre in secondo piano, entro certi limiti e a determinate condizioni, il rispetto dei diritti individuali, qualora ciò sia necessario a garantire

⁽⁴¹⁾ Il testo di queste disposizioni, nella traduzione italiana e nelle lingue ufficiali delle rispettive convenzioni, si può leggere in *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, a cura di E. Vitta e V. Grementieri, Milano, Giuffrè, 1981.

la sicurezza nazionale e la tutela della collettività. Una tale necessità si pone in effetti proprio quando lo Stato si trovi a fronteggiare uno di quei nemici 'interni' di cui ora ci stiamo occupando, l'ostilità dei quali si manifesta per l'appunto mediante atti violenti che pregiudicano o mettono in grave pericolo l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale e quella dell'intera collettività. Nel contrastare questi nemici lo Stato può pertanto legittimamente permettersi di tenere comportamenti che altrimenti sarebbero vietati dalle suindicate convenzioni sui diritti umani.

A questo proposito valgono tuttavia le considerazioni restrittive che già si sono formulate ricordando l'applicabilità della normativa internazionale sui diritti umani nel contesto di un conflitto armato. Ci riferiamo in particolare all'*assoluta inderogabilità* di alcuni diritti fondamentali, anche in presenza di una situazione di grave pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico ⁽⁴²⁾, nonché al fatto che il comportamento tenuto in deroga al rispetto degli obblighi internazionali debba comunque mantenersi nei limiti in cui la situazione di pericolo collettivo *strettamente lo esiga*, ed essere *effettivamente funzionale* a far fronte a tale situazione.

Dal punto di vista del diritto internazionale, ne consegue che lo Stato, nel trattamento dei nemici interni, pur godendo di un ampio margine di discrezionalità — in ordine vuoi all'apprezzamento di una situazione di pericolo pubblico o per la sicurezza nazionale, vuoi alla scelta delle forme e dei mezzi di contrasto al nemico —, sarà comunque obbligato: *i*) a non oltrepassare mai certi limiti assoluti (quali ad esempio quelli, posti a tutela del diritto alla vita, che vietano la violenza omicida arbitraria e non assolutamente necessaria, e le esecuzioni stragiudiziali; o quelli derivanti dal divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti); *ii*) a non derogare al rispetto ordinario dei diritti umani — sia dei nemici, sia eventualmente del resto dei membri della collettività — se non nel caso in cui il ricorso a misure o azioni che si mantengano nei limiti di tale rispetto fosse manifestamente insufficiente a salvaguardare la sicurezza della nazione o della collettività, e soltanto finché e nella misura in cui le azioni o misure 'eccezionali' fossero effettivamente necessarie a questa salvaguardia.

(42) V. *supra*, par. 4, nota 21.

Detto ciò, deve peraltro ribadirsi come quest'ambito — del rispetto dei diritti umani nel trattamento dei nemici interni — si caratterizzi marcatamente, sul piano internazionale, non solo per l'ampia discrezionalità lasciata allo Stato nell'azione di contrasto al nemico, ma anche per lo scarso interesse degli altri Stati (nei cui confronti sussistono gli obblighi pattizi a tutela dei diritti umani) a pretendere in modo efficace l'adempimento degli obblighi stessi da parte di uno Stato impegnato in tale azione.

Al fine di garantire l'effettivo rispetto dei limiti riguardanti il trattamento dei nemici interni, posti dalla normativa sui diritti umani (e, in particolare, dalle restrizioni alle deroghe all'osservanza di tali diritti), vengono dunque ad assumere un ruolo cruciale i meccanismi di controllo giurisdizionale istituiti dalle vigenti convenzioni internazionali, specie nella misura in cui tali meccanismi siano azionabili non solo da ciascuno degli Stati parti, ma anche dagli individui che risultino essere vittime della violazione di uno o più diritti sanciti nelle convenzioni stesse. Ci riferiamo a meccanismi come quelli di ricorso individuale alla Corte europea dei diritti dell'uomo o alla Corte interamericana dei diritti umani.

Non è ovviamente possibile approfondire o anche solo presentare, in questa sede, la giurisprudenza di tali corti internazionali, rilevante nella prospettiva del trattamento del nemico. Possiamo tuttavia notare positivamente come esse abbiano interpretato con rigore il loro ruolo di controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati, anche quando questi ultimi portino a giustificazione dei propri comportamenti motivazioni legate alla sicurezza nazionale e all'ordine pubblico. Le corti dei diritti umani, infatti, non solo non si tirano indietro nel sindacare la legittimità delle misure 'eccezionali' adottate dagli Stati (dal punto di vista dello scopo, dell'oggetto e della proporzionalità), ma tendono anche a seguire un approccio restrittivo della facoltà di deroga concessa agli Stati.

8. *L'azione di contrasto di nemici esterni 'non Stati': il caso delle organizzazioni terroristiche e il problema del ricorso ad un uso internazionale della forza armata nei loro confronti.*

Un caso parzialmente diverso e più complesso, rispetto a quello dei nemici interni, è quello in cui il nemico dello Stato sia costituito

da un'entità che, pur non possedendo — al pari dei nemici interni — la fisionomia di una 'persona internazionale', si presenti tuttavia come 'esterna' allo Stato, dal momento che non affonda, per così dire, le sue radici nella base sociale dello Stato, né si costituisce e si organizza nell'ambito della collettività territoriale su cui lo Stato esercita la propria sovranità, bensì in quello sottoposto alla sovranità di altri Stati. L'esempio tipico è quello di un'organizzazione terroristica operante su di un piano internazionale che abbia scelto a proprio bersaglio un determinato Stato ⁽⁴³⁾.

Per la verità, l'ipotesi in questione — quella del nemico-terrorista — può considerarsi al limite tra la figura del nemico 'privato' di uno Stato e quella del nemico 'pubblico' dell'insieme degli Stati. Ciò sia perché le organizzazioni terroristiche internazionali tendono in genere a porsi come nemici non di un solo Stato ma di più Stati, sia perché — e in connessione col motivo precedente — il terrorismo internazionale tende ormai ad essere considerato un comportamento che rende chi lo pratica nemico della comunità internazionale e del genere umano (*hostis humani generis*), con gli effetti giuridici che ne conseguono e che tenteremo di considerare tra breve. Per il momento ci occuperemo tuttavia soltanto di vedere quali problemi si presentino — dal punto di vista del diritto internazionale — ad uno Stato che affronti un simile nemico considerandolo non nella sua possibile natura di nemico comune degli Stati, bensì in quella di proprio nemico personale ⁽⁴⁴⁾.

A tal proposito va innanzitutto osservato che, nella misura e nel

⁽⁴³⁾ Tale esempio non è peraltro l'unico possibile. Si pensi in particolare all'eventualità che uno Stato percepisca come proprio nemico organizzazioni criminali transnazionali che abbiano le proprie radici e la base principale delle proprie attività criminose nel territorio di un altro Stato. L'ipotesi è tutt'altro che di scuola. Gli Stati Uniti d'America da tempo hanno ad esempio inserito 'Cosa nostra' nella lista ufficiale delle organizzazioni criminali pericolose per l'ordine pubblico e l'integrità della nazione, ed hanno recentemente inserito la 'Ndrangheta nella lista ufficiale delle organizzazioni terroristiche internazionali pericolose per la sicurezza nazionale.

⁽⁴⁴⁾ *Mutatis mutandis*, è lo stesso tipo di prospettiva parziale in cui prima abbiamo valutato il caso dell'ostilità di un nemico-Stato che si concretizzi in atti di violenza armata o comportanti, comunque, una minaccia alla pace. Anche in quest'ultimo caso, lo Stato può infatti assumere — come s'è accennato e come diremo meglio tra breve — la fisionomia *e* di nemico personale dello Stato che subisce l'ostilità, *e* di nemico comune dell'insieme degli Stati.

momento in cui il nemico terrorista ‘esterno’ operi nel territorio dello Stato, o in un ambito sottoposto alla giurisdizione di questo, lo Stato avrà pieno titolo a porre in essere la propria azione di contrasto (preventiva e repressiva) mediante tutti i poteri di polizia, mantenimento dell’ordine pubblico, giudiziari e più in genere coercitivi che costituiscono esercizio della sovranità. In quest’ambito, la situazione si presenta, a ben vedere, in modo analogo a quella — esaminata poc’anzi — relativa ai nemici c.d. interni. Sotto il profilo giuridico positivo, essa pone pertanto problemi di valutazione principalmente dal punto di vista dell’applicazione e del rispetto dell’*ordinamento statale* e dei suoi principi costituzionali, ferma restando la rilevanza internazionalistica dell’osservanza dei limiti posti dalla normativa sui diritti umani (tra i quali, in special modo, quelli attinenti alle deroghe consentite al rispetto di tali diritti) ⁽⁴⁵⁾.

In secondo luogo, al fine di rendere più efficace la propria azione di contrasto, lo Stato potrà servirsi degli strumenti e dei canali offerti dalla cooperazione internazionale (soprattutto giudiziaria e di polizia), coinvolgendo in particolare gli Stati nel cui territorio dimorino i nemici terroristi. Non poche convenzioni internazionali multilaterali e bilaterali si occupano in effetti della prevenzione e della repressione di atti terroristici, disciplinando in modo talvolta preciso e penetrante la cooperazione giudiziaria e di polizia in questo settore ⁽⁴⁶⁾. Tali convenzioni prevedono in genere,

⁽⁴⁵⁾ In proposito può osservarsi come molti dei casi recentemente sollevati di fronte alla Corte europea dei diritti dell’uomo, riguardanti l’osservanza da parte di uno Stato delle disposizioni sulle deroghe ‘eccezionali’ al rispetto degli obblighi sui diritti fondamentali, si riferiscano proprio a misure adottate da Stati al fine di contrastare il terrorismo ‘globale’. Sul punto si veda ad esempio P. DE SENA, *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell’uomo nelle recenti prassi europee*, in *Ordine internazionale e valori etici. VIII Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale. Verona 26-27 giugno 2003*, a cura di N. Boschiero, Napoli, Editoriale scientifica, 2004, pp. 195 ss.

⁽⁴⁶⁾ Tra queste possono ricordarsi: le convenzioni contro il terrorismo aereo, adottate nell’ambito dell’ICAO nel 1963, 1970, 1971 e nel 1988; le convenzioni riguardanti il terrorismo marittimo concluse, nel 1988 e nel 2005, nell’ambito dell’IMO; la Convenzione del 1979 contro la presa di ostaggi; la Convenzione del 1999 sul finanziamento del terrorismo; la Convenzione sulla prevenzione e la punizione di atti di terrorismo, adottata nel 1971 da Stati Uniti d’America, altri Stati del continente americano e Sri Lanka.

tra l'altro, il principio *aut dedere aut iudicare*, in base al quale — com'è noto — lo Stato nel cui territorio si trovi il presunto autore degli atti condannati ha l'obbligo di estradarlo allo Stato che ne faccia richiesta oppure — in alternativa — di sottoporre il caso alle proprie autorità inquirenti, al fine di iniziare eventualmente un procedimento penale a suo carico.

Va peraltro rilevato che lo stato della normativa internazionale in materia di contrasto al terrorismo transnazionale presenta ancora non pochi punti deboli. Uno è ad esempio legato al fatto che spesso non partecipano alle convenzioni rilevanti proprio gli Stati nel cui territorio scelgono di dimorare o rifugiarsi gli appartenenti a gruppi terroristici; questi Stati non risultano dunque vincolati né da specifici obblighi di cooperazione giudiziaria e di polizia, né dal principio *aut dedere aut iudicare*. Inoltre, com'è stato notato, i trattati in questione « non impongono agli Stati contraenti l'obbligo di *ricercare* le persone sospettate di aver commesso uno degli atti proibiti; inoltre in materia di *arresto*, sanciscono obblighi che non sono formulati in maniera stringente » ⁽⁴⁷⁾. Va infine ricordato che le convenzioni multilaterali ad oggi vigenti a livello universale riguardano tutte aspetti *settoriali* del fenomeno terroristico, ma che gli Stati non sono invece ancora riusciti ad adottare una convenzione *globale* contro il terrorismo (anche per una mancanza d'intesa sulla definizione generale della fattispecie).

La questione più controversa in ordine al trattamento del nemico-terrorista concerne tuttavia, sul piano giuridico internazionale, la possibilità per uno Stato di contrastare i terroristi facendo un uso internazionale della forza armata, in deroga al divieto di minaccia e uso della forza, sancito dalla Carta ONU e dal diritto internazionale generale.

La questione è legata in particolare al manifestarsi, negli ultimi quindici anni, di una certa prassi statale di reazione armata al terrorismo, di cui costituiscono episodi noti gli attacchi degli Stati Uniti d'America contro l'Iraq nel 1993, contro l'Afghanistan e il Sudan nel 1998, gli attacchi di Israele contro la Siria nel 2003 e contro il sud del Libano nel 2006, e soprattutto l'intervento anglo-americano in Afghanistan a seguito degli attentati terroristici dell'11

(47) A. CASSESE, P. GAETA, *Le sfide attuali*, cit., p. 200.

settembre 2001. Com'è noto, quest'ultimo intervento — a differenza degli altri — non ha suscitato contestazioni di rilievo da parte né di altri Stati, né di organizzazioni internazionali, ma è stato al contrario accolto con un elevato e diffuso grado di tolleranza, se non di consenso. Va peraltro rilevato che, anche in questo caso — come negli altri prima menzionati — gli Stati che sono intervenuti (USA e Regno Unito) hanno invocato il diritto di legittima difesa (rispettivamente individuale e collettiva).

La casistica in questione, per quanto indicativa della tendenza di taluni Stati a fronteggiare il nemico-terrorista ricorrendo ad interventi armati 'esterni' di tipo repressivo, non sembra tuttavia tale da suggerire, a nostro sommo avviso, la vigenza di una norma internazionale non scritta che consenta ad uno Stato di ricorrere unilateralmente alla forza armata contro il terrorismo, e neppure la formazione in corso di una norma di tal genere. La prassi rilevante e le prese di posizione della grande maggioranza degli Stati, riguardanti vuoi i casi concreti poc'anzi richiamati, vuoi la questione generale del contrasto al terrorismo, non rivelano infatti l'esistenza di una convinzione diffusa in ordine all'ammissibilità giuridica del ricorso alla violenza armata 'esterna' contro il nemico-terrorista. La sussistenza di una simile *communis opinio iuris*, accertabile con sufficiente chiarezza, sarebbe invece indispensabile al fine di affermare la vigenza — sul piano del diritto internazionale generale — di una deroga non scritta alla norma fondamentale che impone agli Stati di astenersi, nelle relazioni internazionali, dalla minaccia e dall'uso della forza armata ⁽⁴⁸⁾.

La prassi in parola, specie quella successiva all'11 settembre 2001, e le reazioni accondiscendenti che in taluni casi essa ha suscitato, sembrano semmai potersi ricondurre, più limitatamente, nell'ambito di un'accezione ampia del diritto di legittima difesa, diritto sul quale abbiamo già avuto modo di fare qualche riflessione.

(48) A tal proposito, e con riferimento in particolare agli elementi che la Corte internazionale di giustizia ritiene debbano essere accertati al fine di affermare la vigenza — nel settore dell'uso della forza — di una regola non scritta di diritto internazionale generale, sia consentito rinviare al nostro *Determining the Law on the Use of Force: The ICJ and Customary Rules on the Use of Force*, in *Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach*, a cura di E. Cannizzaro e P. Palchetti, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 197 ss.

La tendenza sembra essere in particolare quella di ritenere presupposto valido per l'esercizio di tale diritto non solo l'attacco armato portato da un altro Stato, ma anche atti di violenza di notevole portata ed intensità provenienti da gruppi terroristici esterni rispetto allo Stato. Inoltre, la modalità peculiare mediante la quale si manifesta l'ostilità armata nell'azione di un gruppo terroristico (in genere più atti violenti istantanei, distinti tra loro) comporterebbe, secondo questa tendenza, una valutazione più flessibile dell'ammissibilità, a titolo di legittima difesa, di una reazione armata statale che sia finalizzata non già a respingere il singolo attacco terroristico già sferrato, bensì ad impedire un ulteriore ravvicinato attacco ad opera del medesimo gruppo. Ciò si darebbe precisamente nel caso in cui l'atto di violenza subito s'inserisse nel contesto di una serie ripetuta di atti terroristici, non sporadici ma ravvicinati nel tempo e riconducibili al medesimo disegno aggressivo, tali da poter essere considerati parte di un unico attacco in corso, dal quale lo Stato avrebbe appunto il diritto di difendersi. È in una prospettiva di tal genere che sembrerebbe poter trovare un qualche fondamento giuridico la tendenza a presentare e giustificare, come casi di legittima difesa, determinati interventi armati in reazione ad atti terroristici; interventi che altrimenti (considerati cioè al di fuori di un contesto allargato di ostilità in atto) avrebbero invece tutti i connotati di vere e proprie rappresaglie armate, e in quanto tali sarebbero assolutamente vietati — come s'è detto — dal diritto internazionale attuale.

Ciò detto, l'ammissibilità del ricorso alla forza 'esterna', a titolo di legittima difesa da un attacco terroristico, risulta a nostro avviso ulteriormente complicata alla luce di altre considerazioni, relative al fatto che tale ricorso andrebbe comunque a ledere uno o più Stati diversi da quello 'bersagliato' dai terroristi.

Per quanto riguarda questo aspetto possono in effetti darsi una serie di ipotesi differenti. Una è che lo Stato colpito dalla reazione ad un attacco terroristico sia effettivamente 'complice' attivo del gruppo terroristico, o che si serva del gruppo come di un proprio strumento, o che vi sia addirittura una simbiosi tra l'apparato dello Stato in questione e l'organizzazione terroristica ⁽⁴⁹⁾. In questo caso

⁽⁴⁹⁾ Nelle due situazioni da ultimo indicate, il gruppo terroristico configurerebbe in definitiva, sul piano dei rapporti internazionali, un organo dello Stato in questione. Con

l'uso della forza a titolo di legittima difesa potrebbe risultare giustificato dal fatto che l'attacco armato — pur con modalità terroristiche — sarebbe attribuibile allo Stato in questione, il quale si presenterebbe dunque come nemico — al pari o al posto del gruppo terroristico — dello Stato attaccato.

Ipotesi diametralmente opposta, ma con un risultato coincidente sul piano giuridico, si darebbe qualora lo Stato, nel cui territorio si trovasse il gruppo terroristico responsabile dell'attacco, desse il proprio consenso all'intervento armato dello Stato attaccato dai terroristi. Anche in questa ipotesi l'uso della forza internazionale contro il nemico-terrorista potrebbe in effetti considerarsi ammissibile, dal momento che si sommerebbero due valide cause di giustificazione: la legittima difesa e, appunto, il consenso dello Stato territoriale ⁽⁵⁰⁾.

Al contrario, in tutti gli altri casi in cui non vi fosse, per un verso, alcun consenso dello Stato territoriale e, per altro verso, tale Stato non potesse neppure considerarsi compartecipe attivo degli attacchi portati dal gruppo terroristico insediato o rifugiato nel suo territorio, l'intervento armato a titolo di difesa, per quanto contenuto nei limiti dettati dai principi della necessità e della proporzionalità, costituirebbe comunque, a nostro avviso, una violazione dei diritti dello Stato territoriale, nonché una violazione del divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali ⁽⁵¹⁾.

la precisazione che con tale qualifica — di organo statale — intendiamo riferirci all'esistenza di un legame di tipo materiale, e non determinato giuridicamente dal diritto interno o internazionale, tra il gruppo terroristico e la persona internazionale dello Stato. In questo senso non esisterebbe differenza, a nostro avviso, tra l'eventuale natura 'materiale' di organo rinvenibile in un gruppo terroristico, e la natura altrettanto 'materiale' di organo, propria di forze armate regolari — o di qualsiasi altro pubblico ufficiale — dello Stato. Sul punto si vedano, in breve, il nostro *Stato (soggettività internazionale)*, cit., pp. 5706-5707 e, per svolgimenti più approfonditi, G. ARANGIO-RUIZ, *La persona internazionale dello Stato*, cit., pp. 83 ss. Sulle varie questioni legate al tema dell'organo c.d. *de facto* nel contesto del diritto della responsabilità internazionale degli Stati, v. P. PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁽⁵⁰⁾ Margini di ammissibilità potrebbero a nostro avviso sussistere anche nel caso in cui il gruppo terroristico risultasse insediato nell'ambito di un c.d. *failed State*, o in un territorio di cui il gruppo avesse il controllo effettivo ed esclusivo, nonostante la formale pertinenza del territorio stesso ad uno Stato 'sovrano'.

⁽⁵¹⁾ Tutt'al più potrebbe dirsi che in questo caso l'intervento armato difensivo, necessario e proporzionato, costituirebbe non già un'ipotesi di attacco armato, o una

SEZIONE II: I NEMICI 'PUBBLICI'

9. *I nemici della comunità internazionale alla luce dei valori fondamentali dell'insieme degli Stati: i principi della Carta ONU, le norme cogenti e gli obblighi erga omnes come elementi rivelatori di un nucleo di valori internazionali fondamentali.*

Dopo aver considerato alcuni dei problemi connessi al trattamento da parte di uno Stato dei propri nemici 'privati', veniamo ora alla questione dei nemici 'pubblici' della comunità internazionale (ovvero, con espressione che ci sembra preferibile, degli Stati considerati nel loro insieme).

Come dicevamo in principio, con questa accezione del termine 'nemico' intendiamo riferirci a quelle entità — innanzitutto Stati, ma anche gruppi organizzati e persino individui — che, ripudiando col loro comportamento valori ritenuti dall'insieme degli Stati fondamentali per la coesistenza nell'ambiente sociale interstatale e per il benessere comune dei suoi membri, mettano gravemente in pericolo le basi di tale coesistenza e la sicurezza di tale ambiente.

Porsi il problema giuridico internazionalistico del trattamento di siffatti nemici 'pubblici' presuppone evidentemente che si dia per risolta in senso positivo la questione preliminare dell'esistenza di valori internazionali fondamentali, dell'esistenza cioè di un nucleo di interessi che l'insieme degli Stati ritenga necessario tutelare con le maggiori garanzie giuridiche possibili, in ragione della loro priorità per la coesistenza sociale, la sicurezza e il benessere di tutti.

Una serie di indicazioni testimonia in effetti la convergenza delle convinzioni giuridicamente rilevanti della generalità degli Stati in ordine al carattere fondamentale di taluni valori o interessi comuni.

Una prima indicazione può trarsi dalla partecipazione pressoché

grave violazione del divieto di uso della forza, bensì una violazione attenuata di tale divieto. Riteniamo invece impossibile invocare in proposito lo 'stato di necessità' come causa di esclusione dell'illecito. Tale causa opera infatti soltanto quando il comportamento antiggiuridico tenuto sia tale da non pregiudicare un interesse essenziale dello Stato contro cui si rivolge (art. 25 del testo della CDI citato *supra* nota 35). Nel caso in questione, l'intervento antiterroristico pregiudicherebbe invece l'interesse essenziale di tale Stato a non subire azioni armate di altri Stati sul proprio territorio e contro la propria popolazione.

totale degli Stati del mondo all'Organizzazione delle Nazioni Unite e dal fatto che tale partecipazione comporta la piena accettazione dei fini essenziali che le Nazioni Unite perseguono e il pieno rispetto dei principi sanciti nella Carta dell'ONU: accettazione e rispetto confermati, tra l'altro, dalla rilevanza giuridica attribuita ai fini e ai principi della Carta nei trattati istitutivi di molte organizzazioni regionali e persino in alcune costituzioni statali.

Orbene, se si considera la Carta ONU nel suo complesso (compreso il Preambolo), e soprattutto la parte dedicata a « Fini e Principi » dell'Organizzazione, emerge con notevole evidenza il carattere fondamentale di alcuni valori. Primo fra tutti è senz'altro il valore della *pace*, intesa nel senso negativo di ripudio della violenza e della forza armata come modalità di interazione tra gli Stati e, in particolare, come comportamento adottabile unilateralmente da uno o più Stati ⁽⁵²⁾.

Altro valore fondamentale è quello della *eguaglianza sovrana degli Stati*, ossia del riconoscimento e del rispetto dell'indipendenza di tutti e di ciascuno Stato, o meglio della loro pari natura di distinte

(52) È appena necessario ricordare in proposito che la Carta delle Nazioni Unite si apre, nel Preambolo, affermando per l'appunto la determinazione di 'preservare le generazioni future dal flagello della guerra', nonché — a questo fine — 'di vivere in pace', di 'unire le forze per mantenere la pace', di 'assicurare, mediante l'accettazione di principi e l'istituzione di sistemi, che la forza delle armi non sarà usata, salvo che nell'interesse comune'. E l'art. 1 della Carta indica come prima finalità dell'Organizzazione quella di 'mantenere la pace e a sicurezza internazionale'. Ancora, l'art. 2 sancisce — come s'è più volte ricordato — l'impegno degli Stati di astenersi nelle loro relazioni dalla minaccia e dall'uso della forza (par. 4) e di risolvere le loro controversie con mezzi pacifici, in maniera che la pace e la sicurezza internazionale (nonché la giustizia) non siano messe in pericolo (par. 3). Che la pace, intesa nel senso negativo che s'è detto, sia il valore più fondamentale per l'assetto di coesistenza e di relazioni dell'insieme degli Stati membri delle Nazioni Unite risulta inoltre dal fatto che proprio le situazioni e i comportamenti 'non pacifici' siano considerati, nella Carta di San Francisco, quelli di maggior pericolo sociale, i soli per i quali gli Stati abbiano previsto la possibilità di un intervento armato coercitivo nell'interesse comune, deciso e gestito dal Consiglio di sicurezza dell'ONU al fine appunto di 'mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale'. Tale intervento può infatti essere attuato soltanto qualora il Consiglio abbia accertato 'l'esistenza di una minaccia alla pace, di una violazione della pace o di un atto di aggressione'. Sul punto v. *infra* paragrafi 11 e 12.

persone internazionali *superiorem non recognoscentes* (in questo senso eguali tra loro) ⁽⁵³⁾.

Oltre a quel che riguarda la pace e l'eguaglianza sovrana degli Stati, nella Carta ONU emerge poi la comune convinzione del carattere fondamentale di altri due valori. Uno è quello dell'*autodeterminazione dei popoli*, ossia del rispetto del diritto di ciascun popolo di determinare liberamente il proprio *status* politico e di perseguire liberamente il proprio sviluppo economico, sociale e culturale; l'altro è quello della *dignità* e degli *eguali diritti essenziali di ogni persona umana* ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Ci riferiamo qui alla eguaglianza sovrana non già in quanto caratteristica strutturale dell'ambiente sociale dell'insieme degli Stati (su cui *supra*, par. 2), bensì in quanto valore giuridico riguardante questa caratteristica. Tale valore emerge in particolare, in termini perentori e solenni, nel primo dei Principi delle Nazioni Unite, affermato nell'art. 2, par. 1, della Carta, secondo il quale 'l'Organizzazione è fondata sul principio della sovrana eguaglianza di tutti i suoi Membri'. Ma esso informa altresì di sé, a nostro avviso, il secondo paragrafo del Preambolo, laddove si proclama la determinazione comune di 'riaffermare la fede ... nell'eguaglianza dei diritti ... delle nazioni grandi e piccole'; e manifesta indirettamente la propria portata anche nella disposizione dedicata al c.d. dominio riservato degli Stati (art. 2, par. 7), in base al quale 'nessuna disposizione della presente Carta autorizza le Nazioni Unite ad intervenire in questioni che appartengono essenzialmente alla competenza interna di uno Stato'. L'eguaglianza sovrana degli Stati è stata inoltre considerata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite un principio fondamentale del diritto internazionale nella celebre *Dichiarazione di principi sulle relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli Stati*, adottata il 24 ottobre 1970 con ris. 2625 (XXV). Secondo tale Dichiarazione: 'Tutti gli Stati godono di eguaglianza sovrana. Essi hanno eguali diritti e doveri e sono membri su un piano di parità della comunità internazionale, nonostante le differenze di ordine economico, sociale, politico o di altro genere. In particolare, l'eguaglianza sovrana comprende i seguenti elementi: a) gli Stati sono giuridicamente eguali; b) ogni Stato gode dei diritti inerenti alla piena sovranità; c) ogni Stato ha il dovere di rispettare la personalità degli altri Stati; d) l'integrità territoriale e l'indipendenza politica dello Stato sono inviolabili; e) ogni Stato ha il diritto di scegliere e di sviluppare liberamente il proprio sistema politico, sociale e culturale' (si può leggere la traduzione italiana dell'intero testo della Dichiarazione in R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Torino, Giappichelli, 20064, pp. 25 ss.).

⁽⁵⁴⁾ La convinzione del valore fondamentale dell'autodeterminazione dei popoli trova in particolare espressione nell'art. 1, par. 2, della Carta, laddove si afferma come fine delle Nazioni Unite quello di 'sviluppare tra le nazioni relazioni amichevoli fondate sul rispetto del principio dell'eguaglianza dei diritti e dell'autodeterminazione dei popoli'. Essa viene ribadita nell'art. 55 dedicato alla cooperazione internazionale economica e sociale, la quale è concepita come strumento volto a creare le condizioni di stabilità e benessere necessarie a stabilire rapporti pacifici e amichevoli tra le nazioni, che

Il fatto che quelli indicati costituiscano il nucleo di valori che l'insieme degli Stati ritiene essenziale porre a fondamento della coesistenza nell'ambiente sociale interstate, in vista della sicurezza e del benessere comune, trova una conferma nella particolare forza giuridica riconosciuta dagli Stati stessi alle norme poste a tutela di tali valori. Si tratta infatti di norme di diritto internazionale generale c.d. *cogenti* o imperative: di norme cioè che l'insieme degli Stati considera non suscettibili di alcuna deroga, neppure limitatamente ai rapporti tra due o più Stati che l'avessero concordata e accettata volontariamente⁽⁵⁵⁾. L'esistenza di norme di diritto internazionale generale aventi una simile forza giuridica è stata espressamente riconosciuta nella Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati⁽⁵⁶⁾, ed è significativo che nel corso dei lavori preparatori di

siano fondati per l'appunto sul rispetto del principio dell'eguaglianza dei diritti e dell'autodeterminazione dei popoli. Quanto alla convinzione condivisa del carattere fondamentale del valore della dignità e dell'eguaglianza dei diritti di ogni persona, essa — oltre ad essere solennemente proclamata nel Preambolo della Carta, in cui si afferma 'la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore di ogni persona umana, nell'eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne' — emerge sia nel par. 3 del primo articolo della Carta, laddove si stabilisce come fine delle Nazioni Unite quello di realizzare la cooperazione internazionale 'nel promuovere e incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione', sia nell'art. 55 — poc'anzi ricordato — in cui in termini più impegnativi si afferma che le Nazioni Unite promuoveranno 'il rispetto e l'osservanza universale' di tali diritti e libertà. I dati normativi e di prassi che comprovano la convinzione comune degli Stati in ordine all'importanza fondamentale dei valori dell'autodeterminazione dei popoli e della dignità e dell'eguaglianza dei diritti essenziali di ogni persona umana, così come la loro rilevanza sul piano giuridico internazionale, sono talmente numerosi, consistenti, e perlopiù noti, da farci ritenere non necessario richiamarli in questa sede.

⁽⁵⁵⁾ Sulle norme internazionali di *ius cogens* la letteratura è molto abbondante. Si vedano per tutti L. HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers' Pub., 1988, e A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

⁽⁵⁶⁾ Secondo l'art. 53 della Convenzione, 'è nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, è in conflitto con una norma imperativa del diritto internazionale generale. Ai fini della presente Convenzione è norma imperativa del diritto internazionale generale una norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo insieme come norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da una successiva norma del diritto

tale Convenzione tra le norme maggiormente richiamate quali esempi di *ius cogens* si ritrovino proprio il divieto di uso della forza in contrasto con la Carta delle Nazioni Unite, il principio dell'egualianza sovrana degli Stati, il divieto di genocidio e il divieto di schiavitù e di tratta.

Il carattere fondamentale dei valori tutelati dalle norme cogenti è testimoniato non solo dalla loro inderogabilità, ma anche dal fatto che la grave violazione di tali norme da parte di uno Stato dia luogo ad una forma aggravata di responsabilità internazionale. In questo senso si è in particolare espressa la Commissione per il diritto internazionale delle Nazioni Unite (CDI) nel testo di articoli sulla responsabilità degli Stati adottato nel 2001. Ed è importante rilevare che, nel commentare tali articoli, la Commissione abbia ancora una volta individuato, come esempi di norme cogenti, per l'appunto il divieto di aggressione, la proibizione del genocidio, della schiavitù e della tortura, il divieto di discriminazione razziale, il principio di autodeterminazione dei popoli e le norme c.d. intrasgressibili del diritto umanitario dei conflitti armati ⁽⁵⁷⁾.

Un'ulteriore conferma dell'importanza fondamentale di determinati valori per l'insieme degli Stati viene dalla natura istitutiva di obblighi *erga omnes* propria delle norme che li proteggono. Con ciò si vuole intendere che le norme in questione pongono in capo ad ogni Stato obblighi nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme, obblighi cioè a cui non corrisponde (o non corrisponde soltanto) uno specifico diritto soggettivo di un altro Stato, ma alla

internazionale generale avente il medesimo carattere'. L'art. 64 afferma inoltre: 'in caso di sopravvenienza di una nuova norma imperativa di diritto internazionale generale, qualsiasi trattato esistente che sia in conflitto con tale norma diviene nullo e si estingue'.

⁽⁵⁷⁾ Si vedano gli articoli 40 e 41 del testo della CDI, nonché le pp. 283-285 del *Report* citato *supra* nota 35. Sulla responsabilità degli Stati per violazione grave di norme cogenti v. *infra* par. 13. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Tribunale penale per la ex Jugoslavia hanno avuto modo di affermare il carattere cogente di alcune di queste norme. Da parte sua, la Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 3 febbraio 2006 sul caso delle *Attività armate in territorio congolese* (Repubblica democratica del Congo c. Ruanda) ha finalmente superato la sua reticenza nei confronti della nozione di *ius cogens* e ha espressamente riconosciuto il carattere cogente del divieto di genocidio (si veda la sentenza riprodotta nella « Rivista di diritto internazionale », LXXXIX, 2006, pp. 453 ss.).

cui protezione hanno piuttosto un interesse giuridico tutti gli Stati, in ragione sia dell'importanza del loro contenuto, sia del carattere comune del bene oggetto di tutela ⁽⁵⁸⁾. La Corte internazionale di giustizia, che per prima ha ufficialmente riconosciuto l'esistenza di norme internazionali istitutive di obblighi *erga omnes* ⁽⁵⁹⁾, ha ricompreso tra queste il divieto di aggressione e di genocidio, la proibizione della schiavitù e della discriminazione razziale, e il principio di autodeterminazione dei popoli. *Grosso modo* il medesimo nucleo di norme è stato prescelto nel 2005 come esemplare di precetti istitutivi di obblighi *erga omnes* dall'autorevole *Institut de Droit International*, il quale vi ha inoltre ricompreso, in termini generali, le norme poste a tutela dei diritti fondamentali e quelle istitutive di obblighi « relating to the environment of common spaces » ⁽⁶⁰⁾.

È importante evidenziare che il carattere *erga omnes* degli obblighi posti a tutela di valori fondamentali — e quindi l'interesse giuridico di tutti gli Stati alla loro protezione — si manifesta, tra l'altro, nella legittimazione di tutti gli Stati a reagire nei confronti

⁽⁵⁸⁾ La letteratura sugli obblighi *erga omnes* è ancora più copiosa di quella sulle norme di *ius cogens*. Si vedano, tra gli altri, C. ANNACKER, *Die Durchsetzung von erga-omnes Verpflichtungen vor dem Internationalen Gerichtshof*, Hamburg, Kovac, 1994; A. DE HOOG, *Obligations Erga Omnes and International Crimes. A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law, 1996; M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Oxford University Press, 1997. Nella dottrina italiana il tema degli obblighi *erga omnes* è stato particolarmente approfondito ed elaborato da P. PICONE. Fra i molti scritti di questo autore dedicati al tema, segnaliamo: *Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, a cura di V. Starace, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 15 ss.; *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes*, in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, a cura di P. Picone, Padova, Cedam, pp. 517 ss.; *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, in « Rivista di diritto internazionale », LXXXVIII, 2005, pp. 893 ss.; *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, ivi, XCI, 2008, pp. 5 ss.

⁽⁵⁹⁾ Sentenza del 5 febbraio 1970, nel caso *Barcelona Traction, Light and Company, Limited* (Belgio c. Spagna), in « International Court of Justice Reports », 1970, pp. 4 ss., paragrafi 33-34.

⁽⁶⁰⁾ Ci riferiamo alla risoluzione su *Obligations Erga Omnes in International Law*, adottata dall'*Institut* nella sessione di Cracovia del 20-28 agosto 2005. La si veda riprodotta in « Rivista di diritto internazionale », LXXXVIII, 2005, pp. 1191-1192.

dello Stato responsabile della violazione di tali obblighi. Ciò comporterebbe non solo il diritto per ogni Stato di pretendere dallo Stato autore della violazione l'adempimento degli obblighi di responsabilità, in vista della protezione del valore comune tutelato dalla norma violata, ma anche — stando almeno alla posizione espressa dall'*Institut de Droit International* — la possibilità per ogni Stato di ricorrere a contromisure (pacifiche) nei confronti dello Stato responsabile, nel caso in cui si tratti di una violazione particolarmente grave ⁽⁶¹⁾.

Gli elementi fin qui richiamati rivelano dunque la sussistenza di un nucleo di valori che gli Stati nel loro insieme ritengono dover costituire i cardini della coesistenza interstatale: i principi su cui fondare la convivenza e garantire la sicurezza e il benessere comune indispensabili nell'ambiente sociale 'naturale' e necessario in cui si trovano a coesistere. Per riepilogare, tra questi valori rientrano certamente: la pace (intesa come rinuncia alla violenza e alla forza armata nelle relazioni tra Stati), l'eguaglianza sovrana degli Stati, l'autodeterminazione dei popoli, la dignità e l'eguaglianza dei diritti essenziali di ogni essere umano ⁽⁶²⁾.

Nella prospettiva d'indagine da noi prescelta, potrebbero pertanto dirsi nemici 'pubblici' degli Stati nel loro insieme — *hostes* — quelle entità (Stati, gruppi organizzati, o anche singoli individui) che, ripudiando in fatto siffatti valori, mettano gravemente in pericolo la convivenza interstatale e la sicurezza sociale della comunità internazionale. In tal senso assumerebbe ad esempio la fisionomia del nemico pubblico lo Stato che usasse la forza armata per aggredire un altro Stato, al fine (espansionistico o d'altro genere) di soggiogarlo o di violarne l'indipendenza politica o l'integrità territoriale; o anche lo Stato (o un gruppo organizzato) che program-

⁽⁶¹⁾ Su quest'ultimo punto v. però criticamente *infra* par. 13.

⁽⁶²⁾ Per una ricostruzione dei valori internazionali fondamentali in buona parte coincidente con quella qui accolta v., nella letteratura internazionalistica recente in lingua italiana, M. IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2000, pp. 41 ss. Quanto detto nel testo non esclude ovviamente che altri valori siano emersi o stiano emergendo come fondamentali nella convinzione condivisa dell'insieme degli Stati. Si potrebbe ad esempio fare riferimento alla salvaguardia dell'ecosistema planetario, alla cooperazione economica e sociale, e forse anche alla tutela del libero commercio.

masse e mettesse in atto un genocidio, una ‘pulizia etnica’, lo sterminio o la repressione brutale di gruppi politici o religiosi; o uno Stato che instaurasse un regime di segregazione razziale o di ghettizzazione etnica; o ancora lo Stato che imponesse o mantenesse contro la volontà del popolo interessato una dominazione coloniale o un determinato regime politico. E nemico pubblico andrebbe anche considerato lo Stato che, non eccezionalmente ma — per così dire — abitudinariamente, al fine di attuare proprie pretese o tutelare propri interessi o diritti (più o meno fondati), ricorresse alla forza armata nei confronti di altri Stati, in circostanze, a condizioni ed in misura non consentiti dal diritto internazionale, pregiudicando di conseguenza la pace e la sicurezza internazionale ⁽⁶³⁾.

Il fatto che siano questi i comportamenti ritenuti più pericolosi e antisociali nell’ambito della comunità internazionale — tali da rendere nemici ‘pubblici’ le entità (e in particolare gli Stati) che li pongano in essere — trova una conferma nella pur discontinua prassi del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Le occasioni, invero non molto numerose, in cui il Consiglio, convenendo per la sussistenza di una situazione di grave pericolo ai sensi dell’art. 39 della Carta ONU, ha adottato misure coercitive (implicanti o non

(63) Per chi ritiene che la tutela dell’ecosistema planetario rientri tra i valori fondamentali dell’insieme degli Stati, potrebbe anche aggiungersi, nel novero dei nemici ‘pubblici’, la figura dello Stato che realizzasse o mantenesse un sistema tecnologico-produttivo nei settori dell’energia, dell’industria, dei trasporti e dell’agricoltura tale da pregiudicare gravemente o addirittura compromettere l’ambiente globale.

Nel considerare la lista di esempi proposta nel testo, non dovrebbe sfuggire la sua marcata somiglianza con le varie fattispecie concrete che la Commissione per il Diritto Internazionale delle Nazioni Unite (CDI) aveva, nell’ormai lontano 1996, indicato quali esempi di ‘crimini internazionali’ nel testo di articoli sulla responsabilità degli Stati adottato in prima lettura. Su proposta del Relatore speciale Roberto Ago, la CDI aveva infatti inizialmente distinto dalla generalità dei possibili illeciti internazionali, la categoria delle violazioni più gravi degli Stati, denominandole appunto come crimini internazionali. Nel testo di articoli adottato in seconda lettura nel 2001, la CDI ha tuttavia messo da parte la nozione di crimini internazionali, per sostituirla con quella più asettica — e a nostro sommo avviso meno efficace — di ‘violazioni gravi di obblighi derivanti da norme imperative’. Sulla vicenda di codificazione che ha condotto a questo cambiamento, sia consentito rinviare al nostro *Cronaca di una morte annunciata: la responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, a cura di M. Spinedi, A. Gianelli, M.L. Alaimo, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 203 ss.

implicanti l'uso della forza armata) nei confronti degli Stati che col loro comportamento stessero determinando tale situazione hanno riguardato infatti (quasi) sempre episodi in cui si è realizzato o prospettato un uso aggressivo o terroristico della forza armata nelle relazioni internazionali (o in conflitti non interstatali di rilevanza internazionale), ovvero situazioni in cui si è determinata un'emergenza umanitaria a causa di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani, o anche casi in cui si è imposto un determinato regime politico (soprattutto se caratterizzato da discriminazione etnica) contro il volere della popolazione interessata ⁽⁶⁴⁾.

10. *Il contrasto e la repressione di individui nemici 'pubblici': le norme internazionali sui delicta iuris gentium; i tribunali penali internazionali; le sanzioni del Consiglio di sicurezza contro i terroristi globali.*

Individuato nel modo che s'è detto chi debba intendersi come nemico pubblico dell'insieme degli Stati (*communis hostis omnium*), si tratta ora di vedere quali elementi significativi emergano, nel diritto internazionale, in ordine al trattamento di tal genere di nemico, al modo cioè di contrastarlo e neutralizzarlo, nonché ai limiti di questa azione di contrasto e alle eventuali incongruenze della disciplina rilevante.

Un primo elemento da rimarcare è la presenza, nel diritto internazionale attuale, di norme concernenti espressamente la repressione di singoli *individui* — e non solo di Stati — che col loro comportamento si rendano nemici pubblici della comunità internazionale, e ciò a prescindere dal fatto che il comportamento individuale rientri o meno in una più composita attività statale, per la quale anche lo Stato dell'individuo-organo venga a configurare, quale persona internazionale, un nemico comune degli Stati nel loro insieme.

Ci riferiamo precisamente alle norme sui *delicta* (o *crimina*) *iuris*

⁽⁶⁴⁾ Per un'analisi attenta e una valutazione largamente condivisibile della prassi rilevante del Consiglio di sicurezza e della sua *ratio*, v. R. CADIN, *I presupposti dell'azione del Consiglio di sicurezza nell'art. 39 della Carta delle Nazioni Unite*, Milano, Giuffrè, 2008.

gentium. Queste norme si riferiscono in effetti alla maggior parte dei comportamenti di ripudio dei valori fondamentali e di pericolo sociale prima individuati come caratterizzanti i nemici pubblici dell'insieme degli Stati. Ciò vale in particolare per le tre categorie di crimini prese in considerazione ripetutamente a partire dall'Accordo di Londra dell'agosto 1945, istitutivo del Tribunale di Norimberga, sino allo Statuto della Corte penale internazionale, firmato a Roma nel luglio 1998. Si tratta, com'è noto: — dei crimini contro la pace (ossia in primo luogo la progettazione, preparazione, lo scatenamento e la continuazione di una guerra di aggressione); — dei crimini contro l'umanità (tra i quali, oltre al genocidio, rientrano lo sterminio, la deportazione, la riduzione in schiavitù, la tortura, lo stupro e la persecuzione per ragioni politiche, razziali o religiose, qualora s'inseriscano nel quadro di una pratica diffusa o sistematica contro la popolazione civile); — e dei crimini di guerra (ossia le più gravi violazioni delle norme del diritto dei conflitti armati poste a tutela di beni fondamentali, commesse in un conflitto non solo internazionale ma anche interno) ⁽⁶⁵⁾.

Il modo mediante il quale principalmente si realizza, nel diritto internazionale attuale, l'interesse comune degli Stati al contrasto e alla repressione dei nemici rappresentati da individui autori di *delicta iuris gentium* consiste, in estrema sintesi, nel potenziamento degli strumenti e delle procedure già operanti sul piano del *diritto penale* dei vari ordinamenti statali. In questo senso, le norme di diritto internazionale generale sui *delicta iuris gentium* (non diversamente da quelle contenute in molte convenzioni multilaterali, ampiamente ratificate) impongono ad ogni Stato di prevedere nel proprio ordinamento sia l'incriminazione dei comportamenti in questione, sia l'imprescrittibilità del reato, sia la comminazione di pene molto severe.

Al fine di una più effettiva repressione dei crimini stessi, tali norme consentono inoltre ad ogni Stato di esercitare la propria

⁽⁶⁵⁾ Sui *delicta iuris gentium* e sulle norme del diritto internazionale generale riguardanti la loro repressione, si vedano per tutti F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 351 ss., E. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2001, A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 47-132.

potestà punitiva in base al principio della c.d. universalità della giurisdizione, anche quando non sussista cioè un titolo di giurisdizione derivante da una qualche connessione specifica (territoriale, personale o d'altro genere) tra il crimine e lo Stato ⁽⁶⁶⁾. Ancora: le norme in questione pongono a tutti gli Stati l'obbligo di cooperare per impedire e reprimere la commissione di *delicta iuris gentium*, obbligo che comprende in primo luogo il principio aut *dedere aut iudicare*, in base al quale — come già abbiamo detto — lo Stato che non intenda esercitare l'azione penale è comunque tenuto ad estradare l'accusato verso lo Stato che ne faccia richiesta. Di fondamentale importanza è poi il fatto che per gli individui autori dei crimini in questione venga meno la c.d. immunità organica: tali individui devono cioè essere considerati personalmente e penalmente responsabili dei comportamenti commessi, anche se si tratta di organi di uno Stato che abbiano agito nel presunto o reale esercizio delle loro funzioni ⁽⁶⁷⁾.

L'interesse comune degli Stati a contrastare e reprimere efficacemente, mediante strumenti di diritto penale, i nemici pubblici consistenti in individui responsabili di *delicta iuris gentium* si manifesta infine nella istituzione di appositi *tribunali penali internazionali*. Gli esempi più importanti sono noti: i Tribunali di Norimberga e Tokyo, imposti dai vincitori per giudicare i vinti, alla fine del

⁽⁶⁶⁾ È bene ricordare che in alcune importanti convenzioni internazionali (ad es. le Convenzioni di Ginevra del 1949, o la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984), e secondo taluni autori anche nel diritto internazionale generale, il principio di universalità viene accolto in un'accezione condizionata. Esso consente cioè di radicare la giurisdizione penale di uno Stato soltanto se l'accusato si trovi nel territorio dello Stato stesso.

⁽⁶⁷⁾ Su quest'ultimo aspetto si veda, da ultimo, M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, Giappichelli, 2007. Va peraltro osservato che il venir meno dell'immunità organica non esclude l'operare dell'esenzione processuale 'personale' in favore di capi di Stato o di governo, ministri degli esteri e agenti diplomatici, per tutta la durata della loro carica. In senso favorevole all'operare di tale esenzione si è ad esempio pronunciata la Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 14 febbraio 2002 sul caso del *Mandato di arresto dell'11 aprile del 2000* (Congo c. Belgio) (in « International Court of Justice Reports », 2002, pp. 4 ss., par. 58). Una simile esenzione processuale personale è invece esclusa nei confronti della giurisdizione della Corte penale internazionale, ai sensi dell'art. 27, par. 2, dello Statuto della Corte.

secondo conflitto mondiale; i Tribunali penali *ad hoc* creati dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, con competenza sui crimini commessi nella ex Jugoslavia a partire dal 1991 e in Ruanda nel corso del 1994; e la Corte penale internazionale, istituita in virtù di un trattato multilaterale firmato nel 1998 ed entrato in vigore nel 2002, a cui partecipa ormai un numero consistente di Stati (anche se con assenze e riserve di non poco conto).

Per dire una parola su quest'ultimo meccanismo soltanto — frutto di una concezione più matura e meno viziata da parzialità (quanto meno di carattere storico-politico) della potestà punitiva e della giurisdizione penale —, basti ricordare che la ragion d'essere della Corte penale internazionale risiede nell'esigenza, condivisa dalla generalità degli Stati, di impedire o almeno limitare l'impunità per gli autori di crimini gravemente lesivi dei valori e dei beni più protetti dal diritto internazionale; impunità cui non riescono a far adeguatamente fronte — per motivi sin troppo noti e comprensibili — gli apparati giudiziari degli Stati (pur dotati degli strumenti normativi e procedurali potenziati, messi a loro disposizione dalle norme internazionali generali e pattizie sulla repressione dei *delicta iuris gentium*). In questo senso, l'istituzione della Corte penale internazionale costituisce in effetti una sorta di prolungamento internazionale dei sistemi giudiziari penali degli Stati (innanzitutto di quelli che sono parti dello Statuto della Corte, ma anche di tutti gli Stati del mondo, nel caso in cui fosse il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ad attivare la Corte, sulla base di una decisione assunta in virtù del Capitolo VII della Carta ONU). Tale 'prolungamento' sarebbe precisamente destinato a venire in rilievo e a funzionare, in base ad un criterio definito di complementarità, qualora i sistemi giudiziari penali statali che avessero giurisdizione su un caso concreto di crimine non fossero in grado di porre in essere le necessarie indagini e il processo, o non volessero svolgere le indagini e il processo in modo credibile ed efficace ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁸⁾ Sulla Corte penale internazionale si vedano, per tutti, W. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004², e E. DAVID, *La Cour pénale internationale*, in « Recueil des cours, Académie de droit international de la Haye », CCCXIII, 2005, pp. 325 ss.

Oltre alla possibilità che l'azione di contrasto e repressione di individui nemici pubblici dell'insieme degli Stati si sviluppi secondo i canali tipici del diritto internazionale penale, è anche giuridicamente possibile che tale azione assuma le forme di un *intervento coercitivo di carattere internazionale*, subito in primo luogo dagli individui in questione, ma eventualmente — e in via indiretta — anche da uno o più Stati ⁽⁶⁹⁾. Ciò può darsi ad esempio nel caso in cui il Consiglio di sicurezza dell'ONU, ritenendo che l'attività di determinati individui rappresenti un pericolo per la sicurezza internazionale e una minaccia alla pace, e che le misure di contrasto disponibili e messe in atto sul piano del diritto penale interno e internazionale e della cooperazione giudiziaria e di polizia non siano sufficienti al fine di salvaguardare la pace e la sicurezza internazionale, decidesse l'adozione da parte di tutti gli Stati di misure 'sanzionatorie' nei confronti degli individui in questione, o addirittura il ricorso ad operazioni armate necessarie a sconfiggere il nemico, a metterlo cioè in condizioni di non nuocere più.

Negli ultimi anni un'eventualità siffatta si è in effetti verificata, almeno in parte, con riguardo al contrasto di gruppi terroristici di rilevanza globale, considerati nella loro natura per così dire privata, a prescindere cioè dal loro eventuale legame organico con un determinato Stato. Ci riferiamo precisamente alle misure adottate dal Consiglio di sicurezza in seguito agli attentati terroristici del 1998 in Kenya e Tanzania contro sedi diplomatiche statunitensi (riguardanti componenti dell'organizzazione terroristica nota come *Al Qaeda*), nonché a quelle successive agli attentati dell'11 settembre 2001, riguardanti non solo presunti o reali componenti di tale organizzazione, ma chiunque venga fatto rientrare dal *Counter Terrorism Committee*, istituito dal Consiglio stesso, in una lista

(69) Ci riferiamo qui al caso in cui il comportamento degli individui non sia al contempo proprio di un determinato Stato, considerato quale persona internazionale, e il nemico sia pertanto configurato *esclusivamente* dagli individui in questione e non invece dallo Stato di cui gli individui stessi siano organi. In questa seconda ipotesi — che per la verità è quella più facile a verificarsi, e di cui ci occuperemo tra breve — è infatti evidente che il contrasto e la 'neutralizzazione' del nemico pubblico si traducano essenzialmente proprio in un'azione coercitiva internazionale nei confronti dello Stato nemico.

comprendente le persone o le organizzazioni sospettate di terrorismo, redatta sulla base di indicazioni fornite dagli Stati ⁽⁷⁰⁾.

Non è certo nostra intenzione soffermarci sui non pochi e non secondari problemi giuridici che le misure in questione sollevano, dal punto di vista vuoi della competenza del Consiglio ad adottare una sorta di 'legislazione' internazionale contro il terrorismo, vuoi del rispetto di una serie di diritti individuali messi in discussione dalla procedura seguita per compilare le c.d. *black lists* e dalle conseguenze che ne discendono ⁽⁷¹⁾. Intendiamo soltanto segnalare, più asetticamente, come esse evidenzino che anche individui, e gruppi 'privati' di individui, possano configurare ed essere percepiti quali nemici pubblici dell'insieme degli Stati, da contrastare e neutralizzare mediante le forme e i mezzi messi a disposizione dal sistema delle Nazioni Unite, o da altri sistemi organizzati regionali, al fine di mantenere e ripristinare la pace e la sicurezza internazionale ⁽⁷²⁾. Aggiungiamo peraltro che l'eventualità in questione non si

⁽⁷⁰⁾ Tra le risoluzioni del Consiglio di sicurezza più significative in proposito, ricordiamo la ris. 1267 (1999) del 15 ottobre 1999, la ris. 1566 (2004) dell'8 ottobre 2004, la ris. 1368 (2001) del 12 settembre 2001 e, soprattutto, la ris. 1373 (2001) del 28 settembre 2001.

⁽⁷¹⁾ Si vedano in proposito, tra gli altri, P.C. SZASZ, *The Security Council Starts Legislation*, in « American Journal of International Law », XCVI, 2002, pp. 901 ss.; M. HAPPOLD, *Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations*, in « Leiden Journal of International Law », XVI, 2003, pp. 593 ss.; N. KRISCH, *The Rise and Fall of Collective Security: Terrorism, US Hegemony, and the Plight of the Security Council*, in *Terrorism as a Challenge for National and International Security: Security versus Liberty?*, a cura di C. Walter, S. Vöney, V. Röben, F. Schorkopf, Berlin/Heidelberg, Springer, 2004, pp. 879 ss.; S. SZUREK, *La lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du Chapitre VII: un laboratoire normatif*, in « Revue générale de droit international public », CIX, 2005, pp. 5 ss. Per quanto riguarda la problematica compatibilità con alcuni diritti fondamentali del metodo di *black listing* adottato dal Consiglio di sicurezza nella sua attività antiterroristica, vale la pena di segnalare che recentemente la Corte di giustizia della CE, con la sentenza del 3 settembre 2008 nel caso *Kadi* (cause riunite C-402/05P e C-415/05P), ha annullato il regolamento n. 881(CE) del 27 maggio 2002, adottato in attuazione della ris. 1267(1999) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, in quanto in contrasto con i diritti alla difesa, ad una tutela giurisdizionale effettiva, e con il diritto di proprietà. Si veda la sentenza riprodotta in « Rivista di diritto internazionale », XCI, 2008, pp. 1156 ss., con i commenti di E. CANNIZZARO, A. GIANELLI e P. PALCHETTI, *ivi*, pp. 1075 ss.

⁽⁷²⁾ Su questa dimensione dell'azione di contrasto al terrorismo si vedano, tra gli altri, G. ZICCARDI CAPALDO, *Terrorismo internazionale e garanzie collettive*, Milano,

è ad oggi ancora mai concretizzata nel senso del ricorso, da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, a misure implicanti un uso coercitivo della forza internazionale contro il terrorismo.

A parte la possibilità di un intervento di carattere internazionale, deciso e attuato congiuntamente dagli Stati mediante organi da essi istituiti per il fine di mantenere la pace e la sicurezza internazionale (come il Consiglio di sicurezza), ci si potrebbe chiedere se l'interesse comune al contrasto e alla repressione di individui nemici 'pubblici' degli Stati possa trovare attuazione, secondo il diritto internazionale attuale, nell'azione coercitiva posta in essere unilateralmente da uno o più Stati che *uti universi*, ossia nell'interesse comune (e non in quanto necessario a difendersi da un nemico personale), intervenissero sul piano internazionale per reprimere e neutralizzare gli individui nemici pubblici. Poiché tuttavia il problema di interventi unilaterali di tal genere non riguarda soltanto l'ipotesi dell'azione di contrasto nei confronti di individui nemici pubblici, ma si pone piuttosto, nella prassi, per casi in cui il nemico pubblico coincida con l'apparato di governo di un determinato Stato — e quindi con lo Stato *tout court*, inteso quale persona internazionale — preferiamo prendere in considerazione tale problema non ora ma tra breve, nel contesto delle possibili azioni di contrasto e repressione di un 'nemico pubblico-Stato' ⁽⁷³⁾.

Giuffrè, 1990; *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, a cura di A. Bianchi, Oxford, Oxford University Press, 2004; *International Cooperation in Counter-Terrorism. The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism*, a cura di G. Nesi, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006.

⁽⁷³⁾ *Infra* par. 14. Per quanto riguarda in particolare i recenti interventi armati decisi e attuati *unilateralmente* da singoli Stati per far fronte a nemici-terroristi, essi hanno in effetti sempre riguardato, a nostro avviso, casi in cui i terroristi avevano assunto la fisionomia di nemico personale dello Stato autore dell'intervento (v. *supra* par. 8). Non si sono dati casi in cui l'intervento armato unilaterale sia invece avvenuto da parte di uno Stato che non abbia personalmente subito l'attacco dei terroristi (o che non sia sceso in campo — come il Regno Unito in Afghanistan — a titolo di legittima difesa collettiva dello Stato attaccato). Interventi armati decisi e attuati unilateralmente da singoli Stati o gruppi di Stati contro nemici 'pubblici' — e non personali di tali Stati — si sono al contrario recentemente verificati nei confronti di entità responsabili di violare gravemente e sistematicamente diritti umani fondamentali. Si pensi ad esempio al caso dell'intervento di alcuni Paesi membri della NATO in Kosovo nel 1999. In questi casi la figura del nemico pubblico è coincisa tuttavia, con piena evidenza, col regime al governo

11. *Gli elementi rilevanti del contesto giuridico generale in cui si pone il problema del contrasto degli Stati nemici 'pubblici': l'assenza di centri di potere, autorità o istituzioni sovraordinate agli Stati.*

Veniamo dunque a quest'ultima ipotesi, concernente appunto il caso in cui il nemico 'pubblico' della comunità internazionale consista in un determinato *Stato*.

Per inquadrare il problema ci sia consentito riprendere quella premessa di carattere generale da cui siamo partiti all'inizio del nostro discorso. Ci riferiamo precisamente alla premessa relativa all'ambiente sociale di riferimento del diritto internazionale, dato dalla coesistenza di distinti centri di potere indipendenti e sovrani. Tale ambiente, in cui pure è emersa la convinzione comune dell'importanza fondamentale di alcuni valori, si caratterizza — come s'è detto — per la strutturale refrattarietà dei membri che lo compongono ad ogni forma di organizzazione giuridica connotata da rapporti di sovra/sotto-ordinazione tra i membri stessi, o di soggezione comune a istituzioni superiori. Diremmo anzi che tale ambiente trova l'origine e la perdurante ragion d'essere del proprio assetto non organizzato proprio nel ripudio da parte dei suoi componenti di qualsiasi integrazione in un unico ordine che metta in discussione la loro natura di enti *superiorem non recognoscentes*, per sottoporli all'autorità di centri di potere 'esterni' o di istituzioni comuni.

Per quanto interessa il nostro tema, ciò non solo si manifesta nella cosiddetta autotutela, intesa come dimensione ordinaria assunta, nel diritto internazionale, dall'azione di contrasto ai nemici 'privati' di uno Stato, ma condiziona altresì le modalità di reazione e di repressione dei nemici 'pubblici' dell'insieme degli Stati. La sicurezza sociale di tale insieme e la tutela dei valori internazionali fondamentali trovano infatti realizzazione al di fuori — o, meglio, in assenza — di una sfera pubblica intesa in senso istituzionale: in assenza cioè di autorità o istituzioni di governo o polizia internazionale, poste in posizione sovraordinata rispetto agli Stati, nonché

negli Stati colpiti dagli interventi unilaterali, e quindi in definitiva con questi stessi Stati, intesi quali persone internazionali. Sul punto v. *infra* paragrafi 13 e 14.

legittimate e predisposte dagli Stati stessi ad usare autoritativamente la forza per contrastare e sconfiggere i nemici comuni.

Questo quadro generale di fondo registra peraltro, a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale — ossia in significativa concomitanza col consolidarsi del nucleo di valori fondamentali comuni, prima evidenziati — due non trascurabili elementi di novità, ai quali abbiamo già avuto modo di fare riferimento. La prima novità consiste nella rinuncia alla minaccia e all'uso della forza armata nelle relazioni internazionali, cui tutti gli Stati sono vincolati in ragione sia della partecipazione alle Nazioni Unite, sia della vigenza di un principio fondamentale di diritto internazionale generale. L'altra novità — connessa per molti versi alla prima — sta nella predisposizione a livello universale di un sistema organizzato di concertazione e intervento, destinato a fronteggiare le situazioni di maggior pericolo sociale per l'insieme degli Stati. Ci riferiamo evidentemente al sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, incentrato sui meccanismi decisionali del Consiglio di sicurezza, incardinato nel rispetto dei fini e dei principi delle Nazioni Unite, comprensivo degli strumenti e delle disponibilità offerti dalle organizzazioni internazionali c.d. regionali. È per l'appunto mediante tale sistema che tutti gli Stati del mondo (o quasi) si sono impegnati a far fronte alle più gravi situazioni di pericolosità sociale per la comunità internazionale, se del caso anche con l'uso della forza armata, nella misura in cui ciò risulti necessario per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale. Si tratta, com'è noto, di un sistema basato su un meccanismo di concertazione ineguale, in cui s'è concordato ed accettato di attribuire, nel processo decisionale e nell'operatività gestionale, un peso maggiore — ed anzi determinante (almeno in negativo) — ad un numero molto ristretto di Stati: quelli ritenuti, a torto o a ragione, più capaci ed affidabili in vista del soddisfacimento delle esigenze legate al mantenimento della pace e della sicurezza ⁽⁷⁴⁾.

(74) Ci riferiamo ovviamente al fatto che, in seno al Consiglio di sicurezza dell'ONU, organo composto di 15 Stati, esistano cinque Membri permanenti (USA, Russia, Cina, Regno Unito e Francia), e che a tali Stati sia attribuito un 'diritto di veto' sulle decisioni non meramente procedurali del Consiglio. Sui meccanismi decisionali del Consiglio di sicurezza si vedano, per tutti, S. MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni*

Non rientra ovviamente nell'ambito limitato di questo scritto l'esame del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, né dal punto di vista della sua originaria previsione nelle disposizioni della Carta di San Francisco, né da quello del modo, spesso deludente, in cui esso ha concretamente operato nella prassi delle relazioni internazionali dell'ultimo mezzo secolo, e neppure da quello dei punti critici e delle debolezze che continuano a segnare la storia, e delle proposte di riforma che ormai da anni vengono presentate e discusse, senza successo, in seno alle Nazioni Unite. Ci permettiamo di ricordare soltanto che un aspetto cruciale del sistema originariamente previsto — quello relativo alla costituzione di vere e proprie forze armate delle Nazioni Unite di cui il Consiglio di sicurezza potesse disporre a titolo permanente, sotto la direzione operativa di un Comitato di stato maggiore delle Nazioni Unite composto dai capi di stato maggiore dei Membri permanenti del Consiglio (artt. 43-47 della Carta) — non ha mai trovato attuazione e che, di conseguenza, il Consiglio non ha mai potuto agire per il mantenimento della pace facendo ricorso ad intervento armato coercitivo secondo i principi e le modalità stabilite nel Capitolo VII della Carta.

Pur deviando in modo sostanziale dal dettato della Carta, il sistema di sicurezza collettiva ha nondimeno funzionato in modo tale da porre in essere, talvolta, un uso coercitivo della forza in situazioni in cui si desse, a giudizio del Consiglio, una violazione della pace o una minaccia alla pace. Ciò è ad oggi avvenuto mediante due modalità principali. Una — implicante un limitato uso coercitivo della forza — si verifica nell'ambito delle operazioni c.d. di *peace-keeping*, allorquando il Consiglio decide di ricomprendere nel mandato dei contingenti militari da esso stesso inviati in un determinato territorio col consenso dello Stato o degli Stati territorialmente interessati (o delle altre entità 'sovrane' ivi presenti) la possibilità di azioni militari di *peace-enforcement*, destinate a garantire un determinato risultato specifico, e da condurre eventualmente anche contro forze armate — o comunque contro la volontà — del

Unite, Bologna, il Mulino, 2000, pp. 177 ss., e B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 2005⁷, pp. 63 ss.

sovrano territoriale ⁽⁷⁵⁾. L'altra modalità in cui il sistema ha reso possibile un uso su larga scala della forza armata nei confronti di uno Stato consiste nella prassi delle 'autorizzazioni'. Nell'ambito di questa seconda ipotesi rientrano i casi in cui il Consiglio si limita ad autorizzare gli Stati membri delle Nazioni Unite genericamente considerati, o determinate coalizioni di Stati, ad usare « tutti i mezzi necessari » (e quindi anche la forza armata) per il conseguimento di un certo obiettivo, ritenuto indispensabile al fine di ristabilire o mantenere la pace e la sicurezza internazionale ⁽⁷⁶⁾. A prescindere da qualsiasi valutazione critica sulla legittimità o sull'ortodossia statutaria del modo di procedere seguito dal Consiglio, soprattutto nell'ipotesi delle autorizzazioni, va osservato che i casi concreti in cui il sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite ha funzionato in modo da rendere possibile un uso coercitivo della forza armata (mediante le modalità ora indicate) sono stati, ad oggi, non molto numerosi ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁵⁾ Sulle operazioni di *peace-keeping* si vedano tra gli altri, nella letteratura giuridica più recente in lingua italiana, L. PINESCHI, *Le operazioni delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace. Parte I: Le competenze delle Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 1998, G. CELLAMARE, *Le operazioni di peace-keeping multifunzionali*, Torino, Giappichelli, 1999, P. GARGIULO, *Le Peace Keeping Operations delle Nazioni Unite*, Napoli, Editoriale scientifica, 2000.

⁽⁷⁶⁾ Sulle 'autorizzazioni' del Consiglio di sicurezza v. in particolare G. GAJA, *Use of force Made or Authorized by the United Nations*, in *The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective*, a cura di C. Tomuschat, The Hague/London/Boston, Kluwer, 1995, pp. 39 ss.; D. SAROOSHI, *The United Nations and the Development of Collective Security. The Delegation by the UN Security Council of its Charter VII Powers*, Oxford, Oxford University Press, 1999; N. BLOKKER, *Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by 'Coalitions of the Able and Willing'*, in « European Journal of International Law », XI, 2000, pp. 541 ss.; A.L. SICILIANOS, *L'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force: une tentative d'évaluation*, in « Revue générale de droit international public », CVI, 2002, pp. 5 ss.; P. PICONE, *Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale*, in « Rivista di diritto internazionale », LXXXVIII, 2005, pp. 5 ss.

⁽⁷⁷⁾ Casi di autorizzazione ad un uso coercitivo della forza si sono avuti con riferimento all'invasione del Kuwait nel 1990, alla crisi in Somalia nel 1992, al conflitto in Bosnia Erzegovina e in Croazia nel 1993, all'emergenza umanitaria in Ruanda nel 1994, alla crisi di Haiti nel 1994 e a quella di Timor est nel 1999. In Afghanistan nel 2001 e in Iraq a partire dal 2003 sono state inoltre autorizzate all'uso della forza coalizioni di Stati in realtà già militarmente presenti nel territorio a causa di un precedente intervento

12. *Il sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite come strumento di contrasto degli Stati nemici 'pubblici' finalizzato al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.*

È dunque alla luce del contesto generale ora sintetizzato, comprensivo degli elementi di novità ricordati da ultimo, che va imposta la questione del trattamento degli Stati nemici 'pubblici' della comunità internazionale: di quegli Stati che tengano cioè i comportamenti ritenuti più pericolosi e antisociali per l'insieme degli Stati e per la sicurezza comune dei suoi componenti (quali, ad esempio, l'uso aggressivo della forza armata contro altri Stati, la violazione sistematica e su larga scala di diritti umani fondamentali, l'imposizione di una dominazione coloniale o di un regime politico contro la volontà del popolo interessato) (78).

Nei confronti di tali Stati è innanzitutto possibile — e dovrebbe anzi essere probabile — che si attivi per l'appunto il sistema di sicurezza collettiva facente capo al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, almeno nelle ipotesi in cui il Consiglio stesso ritenga che il comportamento del nemico configuri una delle situazioni prese in considerazione nel Capitolo VII della Carta (atto di aggressione, violazione della pace, minaccia alla pace) (79). In questo caso il contrasto e la neutralizzazione dello Stato nemico pubblico si realizzerebbero pertanto mediante un sistema condiviso di concertazione istituzionalizzata che può arrivare a comportare — come s'è detto — il ricorso ad azioni militari nei confronti dello Stato in questione, qualora ciò risulti necessario per porre in condizione lo

unilaterale non autorizzato dal Consiglio. Quanto alle missioni di *peace-keeping*, il cui mandato è stato ampliato con funzioni di *peace-enforcement*, ne costituiscono esempi la missione dell'UNPROFOR nella ex Jugoslavia, decisa nel 1992, quella dell'UNOSOM II in Somalia, decisa nel 1993 e quella dell'UNAMIR in Ruanda, decisa nel 1992. In aggiunta, casi in cui il Consiglio di sicurezza ha autorizzato un certo uso della forza si sono dati nel contesto di amministrazioni di territori da parte delle Nazioni Unite (come nel caso dell'UNMIK in Kosovo), o di missioni di *peace-building* riguardanti Stati in cui fosse in atto un processo di riconciliazione nazionale (come in Costa d'Avorio e in Liberia nel 2003, e ad Haiti nel 2004).

(78) V. *supra* par. 9.

(79) Sulle misure e le azioni a disposizione del Consiglio di sicurezza in virtù e per le finalità del Capitolo VII della Carta ONU, si vedano per tutti S. MARCHISIO, *L'ONU*, cit., pp. 227-269, e B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, cit., pp. 186-222.

Stato stesso di non nuocere, di non mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionale. Azioni di tal genere potrebbero definirsi, con un'espressione presa in prestito dalla terminologia tipica degli ordinamenti statali, come operazioni di 'polizia internazionale', pur potendo avere come esito un uso massiccio della forza armata contro uno Stato (e in questo senso somigliare da vicino a vere e proprie guerre). Aggiungiamo soltanto che queste azioni militari coercitive devono anch'esse sottostare ai limiti e alle regole di comportamento e di trattamento del nemico imposte dal diritto umanitario dei conflitti armati.

Il contrasto e la neutralizzazione dello Stato nemico 'pubblico' perseguiti mediante il sistema di sicurezza collettiva possono peraltro concretizzarsi anche in misure *non* implicanti l'uso della forza armata (del tipo di quelle esemplificate nell'art. 41 della Carta ONU). Sempre sulla base di un meccanismo di concertazione istituzionalizzata, gli Stati possono dunque applicare nei confronti del nemico pubblico misure di carattere economico-commerciale, o politico-diplomatico, o riguardanti le comunicazioni di ogni genere. Tali misure possono ben implicare, dal punto di vista giuridico, la violazione di diritti soggettivi dello Stato in questione, persino di quelli derivanti dalle norme poste a tutela della sovranità statale, dal momento che è da ritenersi ammissibile, in questi casi, un'intrusione nel c.d. dominio riservato, nel rapporto cioè di governo tra lo Stato e la comunità territoriale sottostante ⁽⁸⁰⁾. Ciò può significare, ad esempio, l'imposizione di forme di controllo e limitazione di attività industriali nel campo degli armamenti o dell'energia, l'invalidazione di atti o provvedimenti amministrativi o di governo, o l'amministrazione internazionalizzata di parti del territorio e della popolazione ⁽⁸¹⁾.

⁽⁸⁰⁾ L'art. 2, par. 7, della Carta prevede infatti espressamente che il limite del 'dominio riservato' non operi in caso di 'applicazione di misure coercitive a norma del Capitolo VII'. Sul significato e la portata del limite del dominio riservato degli Stati, v. per tutti G. ARANGIO-RUIZ, *Le domaine réservé. L'Organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne*, in « Recueil des cours, Académie de droit international de la Haye », CCXXV, 1990-VI, p. 1 ss.

⁽⁸¹⁾ Su quest'ultimo genere di misura adottata dal Consiglio di sicurezza in virtù del Capitolo VII della Carta, si veda I. INGRAVALLO, *Il Consiglio di sicurezza e l'amministrazione diretta di territori*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008.

Oltre al rispetto degli obblighi posti dalle norme cogenti sui diritti umani fondamentali e sull'autodeterminazione dei popoli, vi è un limite sostanziale — o, per meglio dire, teleologico — che accomuna sia l'adozione delle misure in questione, sia le azioni coercitive militari di cui prima s'è detto. La loro finalità comune deve infatti essere quella di *mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale*, ossia di eliminare il grave pericolo sociale determinato dal comportamento dello Stato nemico: in altre parole, esse devono servire a 'neutralizzare' tale Stato, a riportarlo ad un atteggiamento non pericoloso e, finché ciò non si raggiunga, a metterlo in condizione di non nuocere ad altri Stati. Una volta ottenuto questo risultato, le misure e le azioni coercitive in questione non hanno più ragion d'essere: una loro prosecuzione o reiterazione sarebbe contraria allo spirito e alla lettera (per quanto generica) del sistema previsto nella Carta ONU, e porrebbe in contrasto col diritto internazionale sia il comportamento degli Stati che perseverassero nella loro attuazione, sia gli atti degli organi collegiali internazionali che disponessero la prosecuzione o la reiterazione. Ciò varrebbe anche per le decisioni del Consiglio di sicurezza. A prescindere dal complesso problema delle modalità per far valere una eventuale illegittimità giuridica di tali decisioni (da parte degli Stati o delle altre entità che ne fossero interessate) ⁽⁸²⁾, l'attività del Consiglio di sicurezza non è infatti *legibus soluta*, ma deve sottostare alle regole del diritto internazionale generale e pattizio che la riguardano.

L'operare del limite teleologico ora richiamato comporta come corollario la non ammissibilità, nel contesto del sistema di sicurezza collettiva, di misure o azioni che non abbiano una funzione protettiva della sicurezza sociale, ma che siano motivate *i*) vuoi da una finalità meramente punitivo-retributiva dello Stato nemico, *ii*) vuoi dallo scopo di ottenere il pieno adempimento da parte di tale Stato

⁽⁸²⁾ Su questo tema si vedano, tra gli altri, R. CADIN, *I presupposti dell'azione del Consiglio di sicurezza*, cit., pp. 411 ss. e G. ARANGIO-RUIZ, *The ICJ Statute, the Charter and Forms of Legality Review of Security Council Decisions*, in *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, a cura di L.C. Vohrah *et al.*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, pp. 41 ss.

dell'obbligo di riparare i danni causati dal suo comportamento pericoloso e illecito.

i) Quanto alla prima ipotesi, le misure o le azioni coercitive darebbero in effetti, al trattamento dello Stato nemico, una connotazione di tipo penalistico che, oltre a fuoriuscire dai limiti convenuti per il sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, implicherebbe una soggezione dello Stato stesso ad altri Stati o all'insieme degli Stati, in radicale e pericolosa contraddizione con una caratteristica strutturale e un valore fondamentale della cosiddetta comunità internazionale: la caratteristica e il valore dell'eguaglianza sovrana degli Stati ⁽⁸³⁾.

ii) Quanto all'eventualità di misure o azioni coercitive volte ad ottenere l'adempimento da parte dello Stato nemico degli obblighi internazionali di riparazione, esse — oltre a non rispondere di per sé alla finalità di sicurezza sociale e di ordine pubblico propria del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite — rischiano altresì di disconoscere l'essenza genuinamente giuridica delle varie questioni connesse all'obbligo di riparazione: questioni da risolvere per l'appunto alla luce del complesso diritto della responsabilità internazionale degli Stati. Un simile rischio si avrebbe nella misura in cui l'istanza politica (e di 'polizia internazionale') dell'insieme degli Stati — rappresentata dal Consiglio di sicurezza — pretendesse di determinare (in modo diretto o indiretto), e di imporre autoritativamente, l'*an* e il *quantum* di tale obbligo, attribuendosi una funzione di *giudice* internazionale che gli Stati non gli hanno assegnato

⁽⁸³⁾ L'eventualità di una siffatta soggezione potrebbe peraltro darsi come esito della dinamica assunta *in fatto* dalla contrapposizione violenta dello Stato nemico all'applicazione nei suoi confronti delle misure o delle azioni coercitive adottate in virtù del sistema di sicurezza collettiva. In tal caso non è da escludere che l'operazione di 'polizia internazionale' si trasformi in una vera e propria 'guerra pubblica' contro lo Stato nemico e che il conflitto si risolva in una sorta di *debellatio* di tale Stato, il quale potrebbe trovarsi non solo in una situazione di 'sovranità limitata', ma addirittura a perdere *in toto* la propria indipendenza politica. È però evidente che un'ipotesi del genere configurerebbe non già un effetto giuridico fisiologico — e in questo senso legittimo — del sistema di sicurezza collettiva convenuto dall'insieme degli Stati, ma piuttosto una conseguenza del fallimento di tale sistema (che dovrebbe al contrario servire ad assicurare la pace), nonché una situazione giuridicamente ammissibile nel diverso contesto, o quale esito, di un conflitto armato internazionale e dello *ius in bello*.

e per la quale non è, per sua ‘costituzione materiale’, predisposto⁽⁸⁴⁾. Le questioni attinenti all’obbligo di riparazione dello Stato nemico pubblico andranno pertanto poste e risolte secondo la dialettica e le modalità tipiche del diritto della responsabilità internazionale e dei meccanismi per la soluzione delle controversie tra Stati. Quel che potrebbe semmai verificarsi, nel contesto di un operare già in atto del meccanismo di sicurezza collettiva, è che l’istanza politica responsabile del mantenimento della pace e della sicurezza (il Consiglio di sicurezza) valuti l’eventuale, ostinato, rifiuto dello Stato nemico di adempiere ai propri obblighi di riparazione — previamente e debitamente accertati — come un elemento tale da rivelare la perdurante pericolosità sociale dello Stato stesso e da giustificare la conseguente adozione nei suoi confronti di misure coercitive.

Per chiudere queste brevi considerazioni sul sistema di sicurezza collettiva quale strumento di contrasto degli Stati nemici pubblici, ricorderemmo soltanto che in vista del suo funzionamento e della sua efficacia tutti gli Stati (membri delle Nazioni Unite) si sono giuridicamente impegnati sia ad accettare e ad eseguire le decisioni del Consiglio di sicurezza (art. 25 della Carta), sia a dare alle Nazioni Unite ogni assistenza in qualsiasi azione che queste intraprendano in conformità alla Carta, sia « ad astenersi dal dare assistenza a qualsiasi Stato contro cui le Nazioni Unite intraprendano un’azione preventiva o coercitiva » (art. 2, par. 5, della Carta).

13. *I rimedi consentiti contro Stati nemici ‘pubblici’ dal diritto della responsabilità internazionale per violazione grave di norme imperative: in particolare, il problema del ricorso a contromisure unilaterali da parte di Stati uti universi.*

Al di fuori del sistema di sicurezza collettiva — centrato sul ruolo del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, e potenzialmente coinvolgente i vari patti e organi internazionali riguardanti il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (la cui

⁽⁸⁴⁾ In questo senso si vedano l’approfondita analisi e le convincenti argomentazioni di G. ARANGIO-RUIZ, *On The Security Council’s ‘Law Making’*, in « Rivista di diritto internazionale », LXXXIII, 2000, pp. 609 ss., specie pp. 692-700.

attività « sia conforme ai fini e ai principi delle Nazioni Unite » e che si prestino ad un'azione regionale (ai sensi dell'art. 52 della Carta) —, norme internazionali rilevanti nella prospettiva del contrasto e del trattamento degli Stati nemici della comunità internazionale si rinvencono nella disciplina della responsabilità degli Stati da fatto illecito.

Come s'è detto, lo Stato nemico 'pubblico' sarebbe tale per il fatto di tenere un comportamento che, ripudiando alcuni valori fondamentali per l'insieme degli Stati, metta gravemente in pericolo la sicurezza sociale di tale insieme. Ciò significa che uno Stato nemico pubblico pone in essere, con ogni probabilità, la grave violazione di uno o più obblighi internazionali derivanti da norme imperative del diritto internazionale generale, norme di cui abbiamo avuto modo di dire in precedenza. Per quel che interessa la nostra indagine, la grave violazione di questi obblighi determina una speciale situazione giuridica in capo a tutti gli Stati diversi da quello autore della violazione.

Stando al testo di articoli sulla responsabilità degli Stati, adottato nel 2001 dalla Commissione per il Diritto Internazionale delle Nazioni Unite (CDI), tale situazione si sostanzierebbe innanzitutto nell'insorgere in capo ad ogni Stato di alcuni obblighi di cooperazione e solidarietà, volti a rafforzare l'effettività della norma violata. Precisamente, tutti gli Stati avrebbero l'obbligo sia di cooperare per porre fine con mezzi leciti alla violazione, sia di non riconoscere come legittimo lo 'stato di fatto' creato dall'illecito, sia di non prestare alcun aiuto o assistenza al mantenimento di tale 'stato di fatto' ⁽⁸⁵⁾.

La situazione giuridica peculiare che si determina per la generalità degli Stati sarebbe inoltre legata al fatto che gli obblighi violati dallo Stato nemico, essendo posti a tutela di interessi essenziali per l'intera comunità internazionale, sussistono in capo ad ogni Stato nei confronti di tutti gli altri, considerati nel loro insieme (obblighi *erga omnes*). Ne deriva che ciascuno Stato avrebbe titolo a pretenderne il pieno rispetto e a far valere la responsabilità per la loro violazione, in ragione di un interesse giuridicamente tutelato che non sarebbe dello Stato singolarmente considerato, ma comune a tutti gli Stati.

⁽⁸⁵⁾ Art. 41 del testo di articoli citato *supra* nota 35.

Ciascuno Stato potrà pertanto pretendere dallo Stato responsabile che questo cessi dal comportamento illecito (se ancora in corso), che provveda alla riparazione dei danni causati ad altri Stati o ad altre entità (e, comunque, nell'interesse dei beneficiari dell'obbligo violato) e che fornisca adeguate garanzie di non ripetizione della grave violazione commessa ⁽⁸⁶⁾.

Merita di essere evidenziato che il titolo giuridico per tutti gli Stati di pretendere dallo Stato autore di un illecito l'adempimento degli obblighi di responsabilità, non costituisce affatto, nel diritto internazionale, la regola. Per gli illeciti 'ordinari', la regola prevede piuttosto un rapporto reciproco (in genere bilaterale) tra lo Stato responsabile, da una parte, e lo Stato personalmente leso — o i più Stati personalmente lesi — nei propri diritti soggettivi, dall'altra; e pone in capo a questi ultimi soltanto, e non a tutti gli Stati, la titolarità del diritto di pretendere l'adempimento degli obblighi in questione. Nel caso invece dello Stato nemico 'pubblico', che violi gravemente norme poste a tutela di valori fondamentali, la titolarità di tale diritto spetterebbe per l'appunto alla generalità degli Stati, i quali potranno esercitarla bensì ciascuno singolarmente, ma pur sempre ed esclusivamente nell'interesse comune.

Aggiungiamo che nei confronti di uno Stato nemico 'pubblico' la pretesa all'adempimento degli obblighi di responsabilità potrebbe risultare anche molto intrusiva, dal momento che — a titolo di garanzie di non ripetizione — potrebbe legittimamente richiedersi a tale Stato l'adozione di misure riguardanti, ad esempio e a seconda dei casi, il disarmo, la smilitarizzazione di territori, modifiche nell'ordinamento giuridico-costituzionale o nella prassi amministrativa o di governo, il perseguimento e la punizione degli individui-organismi materialmente autori di determinate condotte gravemente lesive di valori fondamentali ⁽⁸⁷⁾.

Controverso è invece, sul piano della ricostruzione del vigente diritto internazionale generale, se qualsiasi Stato abbia titolo a

⁽⁸⁶⁾ Art. 48, par. 1 (b) del testo di articoli citato *supra* nota 35. Sugli obblighi *erga omnes* v. *supra* par. 9.

⁽⁸⁷⁾ Sulle garanzie di non ripetizione rinviamo al nostro *Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit: à propos de l'affaire LaGrand*, in « *Revue générale de droit international public* », CVI, 2002, pp. 753 ss.

ricorrere, unilateralmente e disgiuntamente dagli altri, a *contromisure* nei confronti dello Stato nemico 'pubblico', responsabile di una grave violazione di norme imperative. In proposito la prassi si presenta effettivamente discontinua e limitata, così come numerose e diffuse sono le resistenze che l'ipotesi riscontra nelle manifestazioni di *opinio iuris* degli Stati. Anche la dottrina è divisa⁽⁸⁸⁾; ed è sintomatico il fatto che la CDI, nel suo testo di articoli sulla responsabilità degli Stati, abbia assunto in proposito una posizione che si distingue per ambiguità e incompiutezza. Il diritto di ricorrere a contromisure non viene infatti espressamente riconosciuto a favore della generalità degli Stati, neppure se esercitato nell'interesse comune o a vantaggio dei beneficiari dell'obbligo violato. Tuttavia si afferma, nell'art. 54, che le disposizioni riguardanti le contromisure devono intendersi senza pregiudizio per il diritto di qualsiasi Stato di ricorrere a misure lecite (*lawful measures*) contro lo Stato responsabile della grave violazione di obblighi derivanti da norme cogenti, al fine di assicurare la cessazione dell'illecito e la riparazione dei danni, nell'interesse dello Stato personalmente leso o dei beneficiari dell'obbligo violato⁽⁸⁹⁾. A favore della possibilità di un ricorso a

(88) Sul punto si vedano ad esempio, con posizioni diverse, P.M. DUPUY, *Action publique et crime international de l'Etat*, in « *Annuaire Français de Droit International* », XXV, 1979, pp. 539 ss.; E. ZOLLER, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Publishers, 1984, specie pp. 112 ss.; J.A. FROWEIN, *Collective Enforcement of International Obligations*, in « *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* », XLVII, 1987, specie pp. 74-77; O.Y. ELAGAB, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1988, specie pp. 58 ss.; A.-L. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite: des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, LGDJ, 1990, pp. 110 ss. e 168 ss.; C. ANNACKER, *The Legal Régime of Erga Omnes Obligations in International Law*, in « *Austrian Journal of Public and International Law* », XLVI, 1994, specie pp. 160 ss.; C. FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1994, specie pp. 327 ss.; P. PICONE, *Obblighi erga omnes e codificazione*, cit., specie pp. 943 ss.

(89) Come abbiamo ricordato altrove, « nel suo commento, la CDI ha espressamente ammesso di non aver voluto prendere posizione su questo punto, vista l'incertezza e la pochezza dei dati offerti dalla prassi, e di aver lasciato la questione ai futuri sviluppi del diritto internazionale. La stessa scelta dell'espressione *lawful measures*, invece di *countermeasures*, si spiegherebbe con l'esigenza di non prendere posizione sulla natura delle misure in questione, che potrebbero dunque anche consistere — se e in quanto il diritto internazionale lo prevedesse — in vere e proprie contromisure » (*Cronaca di una morte annunciata*, cit., p. 239).

contromisure da parte della generalità degli Stati si è invece espressamente pronunciato l'*Institut de Droit International*, nella già ricordata risoluzione del 2005 sugli obblighi *erga omnes* ⁽⁹⁰⁾.

Il punto merita qualche riflessione, orientata ovviamente nella prospettiva specifica del contrasto e del trattamento di uno Stato nemico 'pubblico'.

Innanzitutto, bisogna distinguere dalla generalità degli Stati la posizione dell'eventuale Stato personalmente colpito dal comportamento del nemico pubblico. Si pensi ad esempio allo Stato vittima di un'aggressione armata o di una grave e sistematica violazione dei diritti umani che colpisca in modo discriminatorio i suoi cittadini o persone ad esso strettamente legate per motivi etnico-culturali. In questi casi, lo Stato responsabile si presenta evidentemente non solo quale nemico 'pubblico' degli Stati nel loro insieme, ma anche come nemico 'privato' dello Stato colpito in modo personale. Tale Stato avrà pertanto tutte le possibilità e il diritto di fronteggiare lo Stato responsabile nei modi, coi mezzi e nei limiti che si sono considerati in precedenza, con riferimento al trattamento del nemico privato. Ciò comprende senz'altro il ricorso sia alla forza armata a titolo di legittima difesa, sia a contromisure (non implicanti l'uso della forza armata) nel caso — scontato — in cui lo Stato nemico abbia commesso una violazione dei diritti dello Stato che reagisce.

Per quanto riguarda la posizione giuridica della generalità degli altri Stati (non colpiti personalmente dal nemico pubblico), premettiamo che i dati della prassi e le manifestazioni di *opinio iuris* degli Stati non sembrano effettivamente tali, a nostro sommo avviso, da dimostrare l'esistenza di una *communis opinio* affermativa del diritto di ciascuno Stato di ricorrere unilateralmente a contromisure, non solo per ottenere l'adempimento degli obblighi di responsabilità derivanti dalla violazione di propri diritti soggettivi, ma anche per garantire l'interesse comune al rispetto di obblighi dovuti nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme. Ciò detto,

⁽⁹⁰⁾ *Supra* nota 60. Precisamente, secondo l'art. 5 della risoluzione dell'*Institut*: « Should a widely acknowledged grave breach of an *erga omnes* obligation occur, all the States to which the obligation is owed [...] are entitled to take non-forcible countermeasures under conditions analogous to those applying to a State specially affected by the breach ».

aggiungiamo che contro la possibilità di ricostruire una simile *communis opinio* non pesa soltanto il dato della parzialità e della discontinuità della prassi rilevante e delle specifiche prese di posizione contrarie di molti Stati, ma v'è una ragione più di fondo — più strutturale, per così dire —, per la quale riteniamo poco probabile che i dati di prassi o le manifestazioni di *opinio iuris* a favore dell'ammissibilità di contromisure unilaterali nell'interesse comune diventino più consistenti e concludenti ⁽⁹¹⁾. La ragione riguarda precisamente la problematica coincidenza del ricorso unilaterale a contromisure con l'interesse comune dell'insieme degli Stati.

Tentiamo di chiarire il punto.

Una volta avvenuta la grave e pericolosa violazione di norme poste a tutela di valori fondamentali, è indubbiamente — e per definizione — interesse di tutti gli Stati che lo Stato responsabile metta fine al proprio comportamento illecito, rientrando nella 'legalità' e nella correttezza sociale consistenti nel rispetto di tali valori e nella riparazione dei danni causati. Corrisponde pertanto all'interesse comune di tutelare i valori in questione il fatto che qualsiasi Stato abbia titolo di *pretendere* dallo Stato responsabile il rientro nella 'legalità' e nella correttezza sociale ⁽⁹²⁾. Lo stesso non vale però necessariamente per il *ricorso a contromisure* poste in essere da singoli Stati unilateralmente. Non è affatto detto, in altre parole, che in generale il ricorso a contromisure e, in particolare, a determinate misure piuttosto che ad altre, sia una scelta congeniale al soddisfacimento dell'interesse comune degli Stati di dare una tutela al valore fondamentale pregiudicato nel caso concreto.

Il ricorso a contromisure non è infatti, nel sistema giuridico internazionale, né un aspetto necessario, né tanto meno una modalità obbligata dell'attuazione del diritto violato. Esso costituisce *una possibilità* — di solito l'estrema possibilità — a disposizione del

⁽⁹¹⁾ In senso favorevole all'ammissibilità di tali contromisure unilaterali v. invece P. PICONE, *Interventi delle Nazioni Unite*, cit., pp. 527 ss.

⁽⁹²⁾ Manifestazione di tale titolo (o interesse giuridico) può considerarsi il fatto che ogni Stato sia, in teoria, legittimato ad agire o ad intervenire di fronte alla Corte internazionale di giustizia per far valere la violazione di un obbligo *erga omnes*. Su questa possibilità e sulle difficoltà che incontra la sua realizzazione in concreto v. S. FORLATI, *Azioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violazioni di obblighi erga omnes*, in « Rivista di diritto internazionale », LXXXIV, 2001, pp. 69 ss.

soggetto leso nei propri diritti per ottenere l'adempimento degli obblighi di responsabilità da parte dello Stato autore dell'illecito.

Così come il ricorso a contromisure da parte di uno Stato leso nel proprio diritto è il risultato di una valutazione di tale Stato in ordine all'opportunità e all'efficacia delle contromisure prescelte quale metodo per soddisfare l'interesse alla tutela della propria situazione giuridica soggettiva, allo stesso modo, in caso di violazione di norme riguardanti valori fondamentali, comuni all'insieme degli Stati, *il ricorso a contromisure dovrebbe costituire il risultato di una valutazione o convinzione condivisa dagli Stati, in ordine all'opportunità e ai contenuti di tale ricorso quale metodo per soddisfare l'interesse comune alla tutela del valore fondamentale pregiudicato dalla violazione.*

Ciò non significa che, nel caso in questione, singoli Stati non possano ricorrere, *uti universi*, a contromisure contro lo Stato responsabile; significa piuttosto che tale ricorso unilaterale sarebbe a nostro avviso giuridicamente ammissibile, soltanto se 'abilitato' da una previa e attendibile manifestazione di favore in ordine al ricorso a contromisure, proveniente diffusamente dall'insieme degli Stati.

Stante peraltro l'assenza, nel campo della responsabilità degli Stati per violazione grave di obblighi derivanti da norme imperative, di un apposito meccanismo di concertazione istituzionalizzata, operante su un piano universale, l' 'abilitazione' alle contromisure andrebbe evidentemente stimolata e ricercata su iniziativa dello Stato o degli Stati che intendessero porre in essere le contromisure, attraverso istanze e canali 'pubblici' di consultazione bilaterale e multilaterale. E se la ricerca di un ampio consenso al ricorso a contromisure non dovesse sortire una consistente manifestazione di favore in tal senso, andrebbe escluso qualsiasi titolo giuridico, in capo agli Stati che si fossero attivati per ottenere l' 'abilitazione', ad agire *uti universi* mediante contromisure. Per gli Stati medesimi la possibilità di ricorrere a contromisure sussisterebbe pertanto, in tal caso, solo se ed in quanto il comportamento dello Stato nemico autore della grave violazione di obblighi posti a tutela di valori fondamentali avesse al contempo determinato un loro pregiudizio *personale*, la violazione cioè di loro diritti soggettivi. Se però così non fosse, le eventuali azioni poste in essere da parte degli Stati in questione sarebbero da considerare internazionalmente illecite, nella

misura in cui comportassero una violazione di diritti soggettivi dello Stato nemico 'pubblico' (o di altri Stati) ⁽⁹³⁾.

14. *La questione dell'ammissibilità di azioni coercitive unilateralmente poste in essere da Stati uti universi a fini di ordine pubblico internazionale.*

Quanto sin qui osservato con riferimento alla possibilità di contromisure unilaterali nei confronti di uno Stato nemico 'pubblico' vale, *mutatis mutandis*, per il ricorso a misure coercitive e ad azioni armate poste in essere unilateralmente da singoli Stati o gruppi di Stati, non già al fine di ottenere l'adempimento degli obblighi di responsabilità, bensì con una finalità di *ordine pubblico*,

⁽⁹³⁾ Le considerazioni proposte nel testo muovono ovviamente dalla convinzione che da norme istitutive di obblighi *erga omnes* non discenda la somma di tanti distinti diritti soggettivi individuali all'adempimento dell'obbligo, quanti sono gli Stati del pianeta. Tale costruzione, pure sostenuta da autorevole dottrina (ad esempio G. GAJA, *Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A Tentative Analysis of Three Related Concepts*, in *International Crimes of States. A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, a cura di J. Weiler, A. Cassese, M. Spinedi, Berlin, de Gruyter, 1989, pp. 151 ss., F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 124 ss., G. ARANGIO-RUIZ, *Fourth Report on State Responsibility*, paragrafi 127-151, in «Yearbook of the International Law Commission», 1992, vol. II, parte 1, pp. 43 ss.), non ci sembra cogliere il senso dell'emergere di norme internazionali poste a tutela di valori fondamentali comuni per gli Stati nel loro insieme, né interpretare correttamente i dati giuridico-normativi concernenti specificamente la tutela di tali valori. Le norme istitutive di obblighi *erga omnes* farebbero piuttosto sorgere, a nostro avviso, un interesse giuridico comune e solidale di tutti gli Stati alla protezione dell'obbligo posto dalle norme in questione (in questo senso condividiamo pertanto l'interpretazione proposta da P. PICONE negli scritti citati *supra* nota 58; v. tuttavia *infra* par. 15 per alcune differenze sostanziali tra la tesi accolta nel presente scritto e quella proposta da Picone).

È chiaro, peraltro, che nella misura in cui si dovesse accogliere la lettura qui non condivisa delle norme istitutive di obblighi *erga omnes*, il ricorso unilaterale e disordinato a contromisure da parte di singoli Stati, in risposta alla violazione di tali obblighi, non susciterebbe alcun particolare problema di ricostruzione teorica, venendo inquadrato come conseguenza 'classica' della violazione di un distinto diritto soggettivo dello Stato. Così come la scarsa frequenza del ricorso a contromisure unilaterali, riscontrabile nella prassi degli Stati a fronte della notevole frequenza di violazioni di obblighi *erga omnes*, si spiegherebbe agevolmente in ragione del debole interesse governativo, nella maggior parte degli Stati, alla tutela del diritto soggettivo derivante dalla norma fatta oggetto di violazione ad opera di un altro Stato.

di mantenimento cioè della pace e della sicurezza internazionale, nel caso in cui queste siano gravemente pregiudicate da uno Stato che vada contrastato nell'interesse comune dell'insieme degli Stati.

Come abbiamo visto, in questo ambito gli Stati hanno dato vita ad un meccanismo istituzionalizzato di sicurezza collettiva, incentrato sui poteri e sull'azione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Ci si può tuttavia chiedere se, al di fuori di tale meccanismo, esista uno spazio di ammissibilità giuridica per interventi coercitivi di ordine pubblico, posti in essere da singoli Stati o gruppi di Stati, agenti *uti universi*, nell'interesse della cosiddetta comunità internazionale. La questione si pone con una certa rilevanza e attualità in ragione sia delle difficoltà e degli insuccessi riscontrabili nel funzionamento del sistema 'organizzato' di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, sia di una nota prassi recente di ricorso unilaterale all'uso della forza armata da parte di alcune grandi Potenze e, in primo luogo, degli Stati Uniti d'America.

In proposito, i casi più significativi nella nostra prospettiva sono due: l'intervento armato di alcuni Paesi membri della NATO contro la Repubblica federale di Jugoslavia nel 1999 per la questione del Kosovo, e l'intervento di USA, Regno Unito e Australia contro l'Iraq nel 2003 ⁽⁹⁴⁾. In entrambi i casi lo Stato colpito dall'azione armata è stato infatti presentato dagli Stati che si sono assunti la responsabilità dell'intervento non già come loro nemico 'privato', bensì quale nemico 'pubblico' degli Stati nel loro insieme, per il fatto vuoi di aver messo in atto una grave, sistematica e violenta repressione dei diritti fondamentali delle persone appartenenti ad una determinata etnia, vuoi di perseverare in una politica aggressiva resa particolarmente pericolosa dal mancato adempimento degli obblighi di disarmo già imposti dal Consiglio di sicurezza, nonché dal sostegno all'attività di gruppi terroristici organizzati e operanti su un piano globale. In ambedue i casi, inoltre, un'azione di contrasto del nemico 'pubblico' implicante l'uso della forza armata non sarebbe risultata

⁽⁹⁴⁾ Sulla guerra del Kosovo sia consentito rinviare al nostro *L'ammissibilità del ricorso alla forza armata a fini umanitari e la guerra del Kosovo*, in «La Comunità internazionale», LVIII, 2003, pp. 17 ss. e alla bibliografia ivi citata. Sulla guerra contro l'Iraq del 2003, si vedano per tutti U. VILLANI, *L'ONU e la crisi del Golfo*, Bari, Cacucci, 2005³, pp. 121 ss. e P. PICONE, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in «Rivista di diritto internazionale», LXXXVI, 2003, pp. 329 ss.

possibile, nell'ambito del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, a causa della contrarietà di non pochi Paesi membri del Consiglio di sicurezza, alcuni dei quali dotati del c.d. diritto di veto.

Com'è noto, in entrambi i casi un gran numero di Stati, di tutte le aree geopolitiche, hanno avanzato chiare e forti proteste nei confronti degli Stati autori degli interventi armati, contestando tutte le argomentazioni *giuridiche* da questi addotte a giustificazione del loro comportamento. Per quanto riguarda tali argomentazioni, è poi importante sottolineare che esse, lungi dal fare riferimento a una qualche legittimazione degli interventi in quanto consentiti agli Stati, nella loro titolarità di un diritto di agire 'in nome e per conto' della comunità internazionale (o, se si preferisce, a tutela di un valore di interesse fondamentale comune), hanno perlopiù cercato di agganciare gli interventi in questione a presunte 'autorizzazioni' decise in precedenza dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, oppure di fare riferimento ad accezioni molto estensive della legittima difesa c.d. preventiva, o ancora — nel caso del Kosovo — alla nozione di intervento d'umanità. Infine, è importante rilevare come, in entrambi i casi, la gestione del rapporto con lo Stato nemico 'pubblico' e delle modalità del suo trattamento sia tornata presto, non appena terminata la fase eccezionale dell'uso coercitivo unilaterale della forza armata, nel contesto del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite e delle propaggini ramificate di tale sistema (consistenti nelle organizzazioni internazionali c.d. regionali), col consenso e il coinvolgimento degli stessi Stati che erano dapprima intervenuti unilateralmente con la forza armata ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ Quanto a quest'ultimo aspetto, testimoniano il 'ritorno' al sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite — pur caratterizzato da ambiguità e omertà, e da un notevole grado di subalternità politica nei confronti della Superpotenza americana e dei suoi alleati — la ris. 1244 (1999) del Consiglio di sicurezza, del 10 giugno 1999, per quanto riguarda il caso del Kosovo, nonché le risoluzioni del Consiglio 1483 (2003) del 22 maggio 2003, 1511 (2003) del 16 ottobre 2003, 1546 (2004) dell'8 giugno 2004, per quanto riguarda la guerra contro l'Iraq. *Mutatis mutandis*, analogo 'ritorno' al Consiglio di sicurezza s'è dato dopo l'intervento anglo-americano in Afghanistan del 2001 (su cui *supra* par. 8), come testimoniano, tra l'altro, le risoluzioni del Consiglio 1383 (2001) del 6 dicembre 2001, 1386(2001) del 20 dicembre 2001, e 1401 (2002) del 28 marzo 2002.

Gli elementi ora sinteticamente evidenziati nei casi presi in considerazione, aggiunti alla scarsità e alla parzialità della prassi nell'ambito della quale i medesimi possono ricondursi (a fronte dell'abbondanza di casi in cui si sarebbero potuti verificare interventi unilaterali contro Stati nemici 'pubblici', in ragione delle difficoltà di funzionamento e dell'inefficacia del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite), nonché alle manifestazioni numerose e ripetute di *opinio iuris* in senso contrario espresse in termini generali (ossia senza riferimento specifico a casi concreti) da molti Stati e organi internazionali, dimostrano a sufficienza come, nel diritto internazionale attuale, *non trovi alcuno spazio di ammissibilità* — al di fuori del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite — l'intervento armato contro uno Stato nemico 'pubblico' condotto unilateralmente da singoli Stati o gruppi di Stati intesi *uti universi*, quali agenti a tutela di un valore fondamentale per l'insieme degli Stati (o, per usare una figura giuridica diversa, nell'esercizio di un potere in nome e per conto della comunità internazionale) ⁽⁹⁶⁾.

Interventi di tal genere costituirebbero dunque, anche se condotti contro Stati effettivamente qualificabili come nemici della comunità internazionale, un comportamento vietato dal diritto internazionale. La loro contrarietà al diritto internazionale sarebbe anzi più certa e grave di quella riscontrabile nelle contromisure adottate unilateralmente da singoli Stati per ottenere l'adempimento degli obblighi di responsabilità conseguenti alla violazione da parte dello Stato nemico 'pubblico' di norme poste a tutela di valori fondamentali. E ciò per due motivi essenziali. Il primo è che gli interventi in questione — a meno che non costituiscano esercizio del diritto di legittima difesa da un attacco armato (o non rientrino nell'ambito di qualche altra causa di esclusione dell'illiceità eventualmente applicabile) — configurano la violazione di una norma cardine dell'attuale sistema giuridico internazionale: la norma che

⁽⁹⁶⁾ Ritiene invece esistente tale spazio di ammissibilità, riguardante anche interventi coercitivi armati unilaterali non abilitati (o 'puri'), P. PICONE, *Interventi delle Nazioni Unite*, cit. pp. 527 ss., nonché *La 'guerra del Kosovo' e il diritto internazionale generale*, in « Rivista di diritto internazionale », LXXXIII, 2000, pp. 326 ss., e *La guerra contro l'Iraq*, cit., pp. 362 ss. In proposito v. *infra* note 97 e 103.

obbliga gli Stati ad astenersi dalla minaccia e dall'uso della forza nelle relazioni internazionali. L'altro motivo è che, a differenza dell'ambito relativo alla responsabilità per violazione di obblighi *erga omnes*, in cui non esiste un apposito meccanismo di concertazione istituzionalizzata finalizzato a far emergere l'eventuale interesse comune di ricorrere a contromisure per ottenere l'adempimento degli obblighi di responsabilità dovuti nei confronti della comunità internazionale, nell'ambito dell'ordine pubblico internazionale (ossia del mantenimento urgente della pace e della sicurezza internazionale) un meccanismo apposito di cooperazione istituzionalizzata esiste, funziona e vincola tutti gli Stati del mondo (o quasi): si tratta giustappunto del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, costruito intorno ai poteri del Consiglio di sicurezza, il cui meccanismo decisionale è ancora ritenuto da tutti gli Stati del mondo (o quasi) idoneo e indispensabile a far emergere e ad attuare il loro interesse comune di far fronte, anche mediante l'uso della forza armata, ai più gravi ed urgenti pericoli per l'ordine pubblico internazionale.

Stando così le cose, margini di ammissibilità — a fini di ordine pubblico internazionale — di interventi coercitivi armati di singoli Stati agenti *uti universi* potrebbero dunque porsi, a nostro avviso, esclusivamente a causa e a seguito di un diffuso e condiviso abbandono da parte degli Stati del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, o di una sua continuata inoperatività, o ancora di una 'paralisi' del meccanismo (per cui questo, a causa di un *impasse* procedurale o di ostruzionismi politici più o meno consentiti, dimostrasse di non essere in grado di funzionare). Tuttavia, il fatto che nonostante i suoi mille difetti e i molti limiti tale meccanismo funzioni da oltre mezzo secolo; il fatto che tutti gli Stati del mondo (o quasi) accettino di parteciparvi; il fatto che gli Stati non lo ripudino o non lo abbiano abbandonato, ma continuino invece a farvi riferimento quando ritengono necessaria un'azione coercitiva (anche armata) nell'interesse comune al mantenimento dell'ordine pubblico internazionale; il fatto che sempre vi siano numerose proteste e contestazioni quando Stati unilateralmente, nel presunto interesse comune a tale mantenimento, intraprendono azioni coercitive non 'abilitate' dal meccanismo; tutti questi fatti, insomma, non solo confermano la perdurante centralità politica e giuridica internazionale del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, ma

impediscono altresì di evocare sue presunte ‘paralisi’ (più o meno temporanee) a possibile giustificazione di interventi armati di singoli Stati o gruppi di Stati intrapresi fuori — e quindi contro — il sistema stesso ⁽⁹⁷⁾.

15. *Breve riflessione conclusiva su concertazione interstatale e unilateralismo, nella prospettiva giuridica del contrasto e del trattamento degli Stati nemici della comunità internazionale.*

Il discorso sulle contromisure e le azioni coercitive poste in essere da singoli Stati o gruppi di Stati contro un altro Stato da considerarsi nemico ‘pubblico’ della comunità internazionale, ci porta ad un’ultima breve riflessione.

Le indicazioni provenienti sia dall’ambito della responsabilità internazionale da fatto illecito, sia da quello del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, vanno a nostro avviso nella medesima direzione. Esse evidenziano come, quando si tratti di contrastare con misure coercitive o altrimenti illecite uno Stato che metta in pericolo la sicurezza sociale della comunità internazionale (ripudiando valori fondamentali per la coesistenza e il benessere degli Stati nel loro insieme), la regolamentazione di tale contrasto si

⁽⁹⁷⁾ A quest’ultimo proposito ci sembra improprio presentare come manifestazioni di ‘paralisi’ o di ‘inoperatività’ del sistema (o della sua incapacità di rappresentare l’interesse della comunità internazionale) casi in cui il meccanismo decisionale del Consiglio di sicurezza non abbia come risultato di approvare determinati interventi sanzionatori implicanti o meno l’uso della forza (così li presenta invece P. PICONE; si veda ad es. *La guerra del Kosovo*, cit., pp. 335-336, o *Le autorizzazioni all’uso della forza*, cit., p. 32). In casi di tal genere il sistema funziona in realtà né peggio né meglio che in tutti gli altri casi in cui riesce invece ad arrivare all’adozione di misure implicanti l’uso della forza, o a decisioni istitutive di operazioni di *peace-enforcement*, o ad autorizzazioni all’uso di tutti i mezzi necessari’. E, al pari di questi ultimi casi, è ben possibile che il risultato negativo cui perviene spesso il meccanismo decisionale del Consiglio di sicurezza non rappresenti o non soddisfi adeguatamente l’ineffabile interesse comune degli Stati nel loro insieme. Detto ciò, non è chiaro quale possa essere il criterio — non del tutto soggettivo e, quindi, arbitrario — per distinguere i casi in cui il sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite sarebbe ‘paralizzato’ (o non darebbe corpo all’interesse comune al mantenimento dell’ordine pubblico), da quelli in cui il sistema starebbe invece funzionando regolarmente e interpretando adeguatamente l’interesse comune degli Stati considerati nel loro insieme.

configuri, sul piano del diritto internazionale, nel senso di accantonare o vietare iniziative del tutto unilaterali poste in essere da singoli Stati, e di richiedere invece un'ampia concertazione interstatale, idonea a far emergere la dimensione dell'interesse comune nella messa in atto e nella connotazione dell'azione di contrasto del nemico, che è al contempo azione di salvaguardia dell'ordine pubblico internazionale e di tutela dei valori fondamentali pregiudicati.

Per quanto riguarda in particolare le esigenze di ordine pubblico — ossia di urgente mantenimento della pace e della sicurezza internazionale —, tale concertazione avrebbe assunto sino ad oggi la fisionomia del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, incentrato sul meccanismo decisionale del Consiglio di sicurezza e comprensivo del ruolo assegnato alle organizzazioni internazionali regionali collegate con le Nazioni Unite. Quanto all'attuazione degli obblighi di responsabilità gravanti sullo Stato nemico 'pubblico' per la violazione di norme poste a tutela di valori fondamentali, l'esigenza della concertazione sarebbe invece legata al carattere *erga omnes* degli obblighi derivanti da tali norme e, sul piano del diritto internazionale generale, si manifesterebbe — in negativo — nel mancato riconoscimento del diritto degli Stati di ricorrere unilateralmente a contromisure nel presunto interesse comune di garantire la protezione e l'attuazione degli obblighi in questione, e — in positivo — nel dovere di cooperazione che sorgerebbe in capo a tutti gli Stati in caso di grave violazione di norme riguardanti valori fondamentali (98).

In definitiva, questa della concertazione interstatale costituirebbe a nostro avviso una forma di 'istituzione' — nel senso di fenomeno di produzione giuridica a carattere originario (99) —

(98) Per l'indicazione di una varietà di altri elementi a conferma della tendenza giuridica alla concertazione interstatale finalizzata all'attuazione degli obblighi di responsabilità derivanti dalla violazione grave di norme poste a tutela di diritti fondamentali, si veda la convincente ricostruzione di A. GIANELLI, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 730 ss.

(99) Ci riferiamo evidentemente alla 'teoria dell'istituzione', sviluppata in Italia soprattutto da Santi Romano, e basata sulla convinzione — per parte nostra condivisa — che il diritto sia un fenomeno di derivazione sociale concomitante (ma secondo noi non coincidente) con l'organizzazione fattuale di qualsiasi società (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1951², specie pp. 46 ss.). Precisiamo tuttavia che, in adesione

espressa dall'insieme degli Stati come alternativa all'accettazione e alla creazione di vere e proprie autorità istituzionali sopranazionali cui affidare il potere/dovere di garantire, in modo autoritativo e in posizione sovraordinata, l'ordine pubblico internazionale e l'attuazione dei precetti posti a tutela dei valori fondamentali comuni. L'effetto giuridico essenziale di tale elementare istituzione consisterebbe, per quanto riguarda l'aspetto del contrasto e del trattamento dello Stato nemico pubblico, nel rendere ammissibile il ricorso nei confronti di tale Stato a misure ed azioni coercitive (anche armate), altrimenti vietate, soltanto in virtù — e, possibilmente, nei modi e nella misura — di una previa 'abilitazione' proveniente dalla generalità degli Stati, mediante meccanismi e forme esplicitamente accettati da tale generalità o, comunque, in modo manifesto e chiaro ⁽¹⁰⁰⁾.

Da siffatto principio istituzionale di concertazione interstatale non risulterebbe, a ben vedere, giuridicamente esclusa né *i*) la possibilità di misure o interventi posti in essere da singoli Stati, né *ii*) la possibilità che a certi Stati sia attribuito un peso decisionale e operativo prevalente (e persino determinante) nell'azione di contrasto del nemico pubblico e di tutela dei valori comuni.

i) Quanto alla prima possibilità, in presenza di un' 'abilitazione' risultante da forme di concertazione interstatale, l'adozione di contromisure o la realizzazione di interventi coercitivi da parte di singoli Stati costituirebbe in effetti la modalità operativa ordinaria di contrasto e neutralizzazione del nemico pubblico, salvo ovviamente i limiti che la concertazione ponesse a quest'azione unilaterale, o la sostituzione di tale modalità operativa con azioni multilaterali coor-

al concetto kelseniano del diritto come fenomeno normativo (o, se si preferisce, deontico), consistente in un sistema di proposizioni scritte o non scritte esprimenti 'dover essere', intendiamo l' 'istituzione' identificandola non già — alla Santi Romano — con l' 'essere' (o il mero fatto) di una determinata struttura sociale messa in atto dai membri dominanti o dalla generalità dei consociati, bensì con il 'dover essere' che i componenti della società nel loro insieme (grande o piccolo che sia) riescano ad esprimere in ordine ad una determinata esigenza della vita sociale. Per una spiegazione meno inadeguata del concetto di 'istituzione' da noi accolto, può utilmente farsi riferimento alle pagine di G. ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti*, cit., pp. 102-115.

⁽¹⁰⁰⁾ Per una valutazione giuridica vicina a quella qui accolta della concertazione interstatale, si veda in particolare, nella dottrina italiana recente, M. IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali*, cit., pp. 382-387.

dinate, o poste in essere congiuntamente nell'ambito di meccanismi istituzionalizzati. Resterebbe peraltro fermo che l'intervento unilaterale 'abilitato', al pari di quello multilaterale coordinato o congiunto, sarebbe comunque sottoposto ai limiti derivanti dal diritto internazionale in ordine sia all'uso della forza armata contro uno Stato (e che attualmente consentono tale uso, come s'è detto, nella sola misura in cui sia giustificato a titolo di legittima difesa, ovvero deciso o autorizzato dal Consiglio di sicurezza dell'ONU), sia al ricorso a contromisure (riguardanti, oltre al divieto di minaccia e uso della forza armata, il divieto di violare obblighi posti a tutela dei diritti umani fondamentali o derivanti da altre norme imperative).

ii) Quanto al secondo aspetto, e in connessione con la possibilità di cui al punto precedente, è senz'altro possibile che la concertazione interstatale assegni — nell'ambito di meccanismi proceduralizzati permanenti (quale quello del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite), o di volta in volta, a seconda delle caratteristiche e della gravità del caso in questione — a certi Stati soltanto, in ragione della loro importanza politica e strategica, o della potenza economica e militare, un ruolo prioritario e persino decisivo nella determinazione e nella messa in atto delle misure di contrasto dello Stato nemico pubblico (consista ciò vuoi in azioni coercitive urgenti a tutela dell'ordine pubblico internazionale, vuoi in contromisure finalizzate ad ottenere l'adempimento degli obblighi di responsabilità). Il punto fondamentale è però che questa assegnazione *ratione personarum* da parte della generalità degli Stati risulti espressamente accettata in virtù di strumenti pattizi tendenzialmente universali (come la Carta ONU) o, comunque, manifestata mediante preventive espressioni di consenso chiaramente accertabili. L'assegnazione a determinati Stati di un ruolo speciale o esclusivo nel contrasto al nemico, nell'interesse comune, non potrebbe invece presumersi, né desumersi implicitamente.

Incompatibile coll'«istituzione» della concertazione interstatale sarebbe invece qualsiasi forma di unilateralismo assoluto, di intervento cioè contro il nemico pubblico non 'abilitato' dalla generalità degli Stati, ma deciso e condotto unilateralmente da singoli Stati o gruppi di Stati *uti universi*, intesi quali detentori di un titolo (potere/dovere) di intervenire in nome e per conto della comunità

internazionale, a tutela dell'ordine pubblico internazionale o di valori fondamentali comuni.

In particolare, tale unilateralismo assoluto, oltre a non risultare attualmente consentito alla luce della prassi giuridicamente rilevante e delle manifestazioni di *opinio iuris* della maggioranza degli Stati, presenterebbe, a nostro avviso, due seri problemi che rendono improbabile una sua affermazione quale 'istituzione' di diritto internazionale, finalizzata al contrasto di Stati nemici 'pubblici' (e, più in generale, al mantenimento dell'ordine pubblico internazionale e alla tutela di valori internazionali fondamentali).

Il primo problema riguarda la difficile compatibilità — che forse è contraddizione intrinseca — dell'unilateralismo assoluto sia con l'interesse comune dell'insieme degli Stati al contrasto del nemico 'pubblico' e alla protezione dei valori internazionali fondamentali, sia col carattere *erga omnes* degli obblighi giuridici derivanti dalle norme poste a tutela di tali valori (obblighi che sarebbero dovuti nei confronti per l'appunto della comunità internazionale *nel suo insieme*) ⁽¹⁰¹⁾.

Il secondo problema, non meno rilevante, riguarda il rischio non già di abusi o di eccessi dell'unilateralismo assoluto nella sua concreta messa in atto ⁽¹⁰²⁾, bensì quello più strutturale che esso comporta per l'assetto paritario — di eguaglianza sovrana — dell'ambiente sociale dell'insieme degli Stati: rischio di cui gli Stati sono ben consapevoli e da cui sommamente — per loro natura ed istinto di sopravvivenza e conservazione — tendono a tutelarsi. Il rischio è precisamente che la prassi dell'unilateralismo assoluto — posta in essere inevitabilmente da pochissimi Stati, quelli più

⁽¹⁰¹⁾ V. *supra* par. 13. Si ricordi in proposito l'opinione di R. AGO, secondo il quale 'the whole idea of obligations *erga omnes* is bound up not only with the fact of recognition of the existence of that community [: the international community] as such, but also with the fact of more advanced institutionalisation of that community' (*Obligations Erga Omnes and the International Community*, in *International Crimes of State*, cit., p. 238).

⁽¹⁰²⁾ Tali abusi o eccessi sono in realtà non di molto superiori rispetto a quelli che possono determinarsi, e in fatto si determinano, nella realizzazione concreta della concertazione multilaterale e dell'unilateralismo 'abilitato', e possono inoltre considerarsi compensati dall'efficacia decisamente maggiore che l'unilateralismo assoluto senz'altro comporta, in molti casi, nell'azione di contrasto del nemico pubblico e di tutela dei valori fondamentali.

potenti (o che si presumono tali) —, consolidandosi in ‘istituzione’, determini una sorta di sovraordinazione giuridica degli Stati medesimi, i quali acquisirebbero la fisionomia di ‘autorità’ riconosciute come idonee ad esercitare poteri coercitivi sugli altri Stati. Il rischio di una simile alterazione strutturale nell’assetto della società paritaria degli Stati rende poco probabile, a nostro avviso, che la legittima *aspirazione politica* degli Stati in genere e, in ispecie di quelli *pro tempore* più potenti (o addirittura egemoni), a porsi quali interpreti autentici e garanti superiori delle esigenze di ordine pubblico internazionale e di tutela di valori fondamentali comuni, si traduca — stanti le attuali caratteristiche del sistema giuridico internazionale — in un’*istituzione giuridica* della comunità internazionale ⁽¹⁰³⁾.

Certo, la via dell’ampia concertazione interstatale (col suo corollario operativo della possibile abilitazione di interventi coercitivi unilaterali), desumibile quale opzione giuridicamente adottata ai fini

⁽¹⁰³⁾ Quanto detto nel testo implica la non condivisione della posizione teorica espressa negli studi più volte citati di P. PICONE, il quale agli effetti dell’attuazione degli obblighi *erga omnes* e della tutela di valori fondamentali oggetto di norme imperative, concepisce gli Stati quali titolari di un potere giuridico conferito dalla Comunità internazionale di esercitare siffatta funzione di attuazione e tutela per conto appunto della Comunità stessa (l’iniziale maiuscola è dell’autore). Senza alcuna pretesa di valutazione critica della teoria di Picone — teoria complessa, articolata e costruita in modo che le sue varie parti si tengono bene le une con le altre — diremmo soltanto che alla base della differenza tra la posizione di questo autore e quella accolta nel presente scritto sta probabilmente il diverso valore giuridico attribuito all’organizzazione assunta in fatto da una determinata cerchia sociale (v. *supra* nota 99). Per parte nostra, non dubitiamo che nel caso in questione tale organizzazione si realizzi talvolta (e anche ripetutamente nel tempo) in modo da dar luogo ad interventi unilaterali ‘puri’ di singoli Stati o gruppi di Stati, volti all’attuazione di (reali o presunti) interessi comuni dell’insieme degli Stati. Non riteniamo però che il fatto di questa struttura o dinamica sociale abbia di per sé un valore normativo: riteniamo anzi che il ‘dover essere’ espresso dagli Stati nel loro insieme vada nella direzione opposta di eliminare o limitare le tendenze all’unilateralismo statale nella gestione ‘pubblicistica’ dell’attuazione di norme istitutive di obblighi *erga omnes* poste a tutela di valori fondamentali comuni. A questa differenza (e, in fondo, collegata ad essa) si aggiunge poi la nostra difficoltà ad intendere la ‘comunità internazionale’ non già quale mero ambiente sociale dell’insieme degli Stati (come saremmo propensi a fare), bensì — secondo l’idea di Picone — come ‘ente sociale’ sovraordinato in fatto alla generalità degli Stati e, quindi, dotato di una propria autorità normativa, esprimentesi tra l’altro nell’organizzare la funzione di attuazione delle norme in questione mediante l’attribuzione di poteri agli Stati.

del contrasto di Stati-nemici pubblici, per quanto risulti aderente alle caratteristiche strutturali della 'società degli Stati', rappresenta una soluzione piena di incognite e di aspetti critici. Il rischio maggiore deriva in particolare dalle difficoltà nel realizzare (anche nell'ambito di sistemi pattizi di cooperazione istituzionalizzata) forme efficaci e concludenti di concertazione, idonee a far emergere tempestivamente e in modo adeguato l'interesse comune dell'insieme degli Stati. Tali difficoltà possono in effetti determinare spesso fallimenti o risultati deludenti nell'azione di contrasto del nemico pubblico.

L'essenza della sfida implicita nell'opzione della concertazione sta in fondo proprio qui: nel superare le difficoltà e le inefficienze del multilateralismo. E l'esito di tale sfida costituisce, a ben vedere, un banco di prova cruciale sia per la presunta fede comune degli Stati in certi valori fondamentali, sia per la qualifica di nemici 'pubblici' in capo a quegli Stati che, di volta in volta, tali valori pericolosamente ripudino.

I nemici come criminali

MASSIMO DONINI

IL TERRORISTA-STRANIERO
COME NEMICO E LE CONTRADDIZIONI DI UNA
GIURISDIZIONE PENALE DI LOTTA

1. Guerra e giurisdizione come ‘armi’ di lotta al terrorismo. — 2. La soluzione americana, o la giurisdizione come ostacolo. — 3. La soluzione europea di una lotta mediante il diritto penale. — 4. La probabile complementarità pratica di due soluzioni incompatibili tra loro nello Stato di diritto. — 5. Cosa si intende per diritto penale del nemico. — 6. La sua origine da una radicalizzazione della ‘lotta’ giuridica. — 7. Sue espressioni recenti nel diritto penale italiano. — 8. Peculiarità del fenomeno del terrorismo internazionale oggi. — 9. Il ruolo delle giurisdizioni nella declinazione dei principi e delle regole di eccezione.

1. *Guerra e giurisdizione come ‘armi’ di lotta al terrorismo.*

L’inizio del nuovo millennio ha significato una svolta rispetto alle speranze di un uso liberale che albergavano in molti scritti della cultura penalistica e anche pubblicistica della seconda metà del XX secolo, che sognavano ormai come dispiegato un diritto penale del fatto e il successo generalizzato del garantismo giuridico. Dopo l’11 settembre 2001, infatti, l’Occidente ha iniziato una complessa attività di lotta contro il terrorismo internazionale, che ha seguito *due direttrici principali: una di guerra e una di giurisdizione.*

La giurisdizione, in questa azione concertata, è stata vista (anche se non sempre praticata, per fortuna) come *una diversa forma di lotta* rispetto alla guerra.

Anche se tecnicamente non è stato fino a oggi riconosciuto come ‘crimine internazionale’ agli effetti, per es., dello Statuto di Roma ⁽¹⁾,

(1) Cfr. sul tema L. QUADRELLA, *Il nuovo terrorismo internazionale come crimine contro l’umanità*, Napoli, Esi, 2006, pp. 119 ss., pp. 160 ss., e qui gli opportuni richiami.

e pur venendo spesso qualificato come crimine contro l'umanità, il terrorismo è pacificamente una forma di criminalità, salvo definire quando cominciano i '*fatti*' di terrorismo e quando ci si trovi ancora e soltanto di fronte a '*tipi d'autore*'.

Proprio il nesso fatto-autore è apparso di nuovo esplosivo. Non siamo, in queste materie, di fronte a fatti passati ed esauriti, ma a fenomeni in atto, dove la normale imparzialità del giudice e la funzione di obiettivo accertamento del processo subiscono modifiche, come da sempre accade, per es., rispetto alla criminalità organizzata. La stessa teoria del reato, oltre a quella del processo, deve essere significativamente ripensata a fronte dell'esistenza di queste tipologie di incriminazioni e di sfide giurisdizionali come quelle dei reati permanenti (per es. i reati associativi) dove la tipologia d'autore non è estranea alla stessa identità del fatto tipico, che viene a cessare di esistere con la neutralizzazione degli autori stessi (2).

La giurisdizione è posta dunque in tensione dall'applicazione del diritto a fenomeni di aggressione in corso al tempo del giudizio: deve applicare regole di garanzia, ma queste regole vengono spesso costruite per scopi di contrasto, e non di garanzia. Se le norme sono armi, è immanente il rischio di un'antinomia di principi e funzioni, e di concreto corto circuito istituzionale. Il fenomeno del terrorismo internazionale rappresenta un caso esemplare di tale problematica.

2. *La soluzione americana, o la giurisdizione come ostacolo.*

Chi ha compreso molto bene questo dato sono stati gli americani. La lotta al terrorismo ha toccato anche qui varie norme penali, però l'azione effettiva dello Stato non è stata affidata principalmente al diritto penale (3), ma a misure di polizia, a norme di eccezione solo

(2) Lo si era già evidenziato in M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Torino, Utet, 1999, p. 296, nell'ambito di considerazioni attinenti anche ai nessi della teoria del reato con il processo penale. Per ulteriori riflessioni recenti sul tema dei rapporti fra teoria del reato e processo penale v. i contributi di D. PULITANO, *Sui rapporti tra diritto penale e processo*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2005, pp. 968 ss.; S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, Esi, 2007; V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale 'senza prova'*, Reggio Calabria, Iirit Editore, 2008, spec. pp. 121 ss. sui reati associativi.

(3) Non principalmente, benché le norme penali o processuali penali siano

in parte sostanzialmente penali (in quanto privative o limitative della libertà o di altri beni fondamentali), ma formalmente amministrative, ad azioni di guerra, ai servizi segreti e all'esercito. Quando si è ritenuto di fare un 'lavoro sporco', di superare i confini dei diritti fondamentali, lo si è fatto fare a terzi o in forme *extra ordinem*: o utilizzando luoghi di detenzione 'extraterritoriali', ma affidati a militari americani operanti in basi ritenute non soggette alla giurisdizione nazionale; oppure consegnando presunti terroristi a Stati stranieri che ne verificassero, con gli strumenti legali e non legali ad essi propri, la condizione o meno di terroristi, neutralizzandone comunque l'attività in occidente. Sono questi i due meccanismi tipici che hanno portato a *Guantánamo* e altri simili luoghi segreti di detenzione in Europa e fuori d'Europa, e alle c.d. *extraordinary renditions*, cioè alle consegne di presunti terroristi, situati negli Stati Uniti o in Europa, ai servizi dell'intelligence (CIA), consegne spesso avvenute con la collaborazione dei governi occidentali, in vista del loro trasporto coatto mediante voli segreti, in luoghi di destinazione

numerose, limitative di diritti fondamentali, e spesso abbiano avuto un effetto trainante come 'modello' per le nostre discussioni e in parte legislazioni. Che la 'guerra' americana sia avvenuta anche attraverso il diritto e il diritto penale, è dunque innegabile e perciò si è parlato giustamente — da parte di Giuliano Vassalli — di un diritto penale del nemico di matrice americana. Diritto penale del nemico in senso stretto, e non traslato. Alla relazione di Vassalli al Convegno "I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza", 6 dicembre 2007, nel quaderno omonimo di « Critica del diritto », a cura di S. MOCCIA, Esi, Napoli, 2009, p. 13 ss. e spec. 25 ss. faccio debitamente rinvio per un'analisi al riguardo, oltre che a R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 67 ss., a J. VERVAELE, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: un diritto penale del nemico?*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, Padova, Cedam, 2007, pp. 237 ss.; L. SALAS, *Diritto penale, diritto politico e "diritto penale del nemico"*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, pp. 304 ss.; V. FANCHIOTTI, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto*, in « *Questione Giust.* », 2006, pp. 699 ss.; e ancora agli scritti di FANCHIOTTI, MIRAGLIA e MAGLIARO nel numero monografico di « *Questione Giust.* », 2-3/2004, dedicato a "La libertà delle persone", spec. la parte II, pp. 281-330. Per la tematizzazione del rapporto tra soluzione americana e soluzione europea v. anche VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in « *Riv. it. dir. proc. pen.* », 2006, spec. pp. 655-660, che peraltro rifiuta la categoria del diritto penale del nemico (ivi, pp. 669 ss., p. 679 in nota), e sul punto v. quando già osservato criticamente da DONINI-PAPA, *Prefazione a Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, XI e nota 9.

dove fossero detenuti e sottoposti alle necessarie pressioni utili a verificare i loro piani, obiettivi, collegamenti etc. ⁽⁴⁾.

Secondo questa impostazione il terrorista è un nemico, prima di essere un criminale, e come tale, prima di venire punito, deve essere innanzitutto neutralizzato. Il sospetto terrorista, parimenti, deve essere neutralizzato secondo una logica di guerra, anche al prezzo di fare alcune ‘vittime’ innocenti, ma al fine di salvare il bene comune. Essendo inopportuno, per tali azioni, il ricorso principale allo strumento penalistico — che non può mettere deliberatamente in conto di fare vittime innocenti, che contrastano con il suo fine di giustizia —, si è evitato accuratamente il ricorso alla giurisdizione (a parte quella militare, e salvo risposte tardive del sistema, dopo anni di ricorsi): il controllo giurisdizionale è apparso costituire un ostacolo a questo tipo di risposta.

La filosofia che sorregge tale piano di azione è stata la seguente: si è in presenza, oggi — si è detto — di un nuovo tipo di guerra, nella quale non sono coinvolti i Paesi o le parti firmatarie delle Convenzioni di Ginevra o del Patto internazionale sui diritti civili o della Convenzione Europea sui Diritti umani; non ci sono eserciti in divisa, bandiere o territori riconosciuti. Si tratta, invece, di gruppi che non riconoscono i diritti fondamentali, che agiscono con l’aiuto temporaneo e cangiante di diversi Stati che ospitano e favoriscono formazioni ideologico-religiose di ispirazione islamica fondamentalista antioccidentale.

Questo tipo di attacco costituirebbe una forma di guerra che consente un tipo di difesa contro ‘un attacco armato’ come quello previsto dagli artt. 3 e 5 del Trattato Nato. Accanto alle risposte relative a singoli soggetti come quelle menzionate fin qui, si è quindi anche utilizzato lo strumento classico internazionale della guerra come risposta punitiva contro Stati ritenuti corresponsabili degli atti criminali e di guerra di aggressione al territorio americano. Di qui,

⁽⁴⁾ Rinvio per tutti, sul fenomeno delle *extraordinary renditions*, e della complicità dei governi europei, a C. FAVA, *Quei bravi ragazzi*, Milano, Sperling & Kupfer, 2007, e alla documentazione presentata al Parlamento Europeo, ivi citata, e per l’analisi normativa della legislazione americana in merito, a A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Milano, Giuffrè, 2007, in partic. il cap. IV (“Il procedimento statunitense di *rendition*”), pp. 113 ss.

per es., la reazione americana contro l'Afghanistan dopo gli attentati dell'11 settembre.

3. *La soluzione europea di una lotta mediante il diritto penale.*

La risposta dell'Europa al terrorismo internazionale è stata condotta secondo le direttrici del diritto penale classico e del diritto internazionale ⁽⁵⁾. A parte la solidarietà condivisa alla guerra in Afghanistan (e gli appoggi collaterali a quella in Iraq), si è considerato il terrorismo non già una realtà da combattere con una guerra o con strumenti extralegali, ma con le armi del diritto. Essendo il terrorismo un fenomeno criminale, lo si è inteso quindi combattere con il diritto penale. Certo, anche la politica, l'intelligence, gli appoggi militari diretti o indiretti agli Stati Uniti hanno svolto un ruolo importante, e pensiamo più importante. Però, la differenza qualificante rispetto alla risposta americana è che il terrorismo è stato inquadrato *principalmente* come l'espressione criminale di un movimento politicamente estremista. Ciò ha consentito anche di cercare il dialogo politico e culturale al livello di attacchi di tipo non criminale, di non 'criminalizzare' un intero movimento fondamentalista, dunque, e di isolare solo alcuni soggetti o fenomeni ritenuti di rilevanza penale. In questo modo, peraltro, il diritto penale è anche diventato un'arma contro il terrorismo, uno strumento esso stesso di lotta, se non di guerra, conoscendo via via l'introduzione di norme sostanziali e processuali nuove e spesso di tipo 'eccezionale'. Queste norme di eccezione e di lotta esigono che ad applicarle siano i giudici, sia la giurisdizione. Ciò comporta, di conseguenza, che lo Stato chieda ai giudici di attuare le finalità di lotta che ispirano le regole da applicare. E se i giudici lottano anch'essi, va da sé che rischino di perdere la terzietà richiesta alla funzione giurisdizionale: quanto più lottano, tanto più saranno dalla parte dell'accusa, anziché applicare le stesse regole del gioco a tutte le parti e ai contendenti. Se il diritto è visto come un arma, il criminale si appresta a

⁽⁵⁾ Cfr. per uno schizzo efficace di varie risposte 'europee' all'11 settembre, A. GAMBERINI, *La categoria del diritto penale del nemico di fronte all'emergere di fenomeni di terrorismo internazionale. Relazione introduttiva*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 25 ss.

diventare un nemico da neutralizzare, combattere e sconfiggere mediante il diritto, che da forma di giustizia degrada a strumento di contrasto ⁽⁶⁾. Mentre quindi la soluzione ‘americana’ preserva di più la giurisdizione da queste derive, sia pur ‘imbavagliandola’ o cercando di eluderla, e con costi altissimi di svuotamento dei diritti fondamentali dei terroristi a favore di quelli maggioritari della popolazione, la soluzione ‘europea’ sottopone sì l’azione dello Stato a controlli di legalità, ma potrebbe condurre (tanto più di fronte ad attacchi *in action*) a espressioni di un vero e proprio ‘diritto penale’ del nemico, a una tensione o a una rottura di altri principi fondamentali dello Stato di diritto, con conseguenze indirette su tutto lo stato della giurisdizione e del diritto penali.

Non è dunque un caso che l’espressione ‘diritto penale del nemico’ sia sorta in Europa e non negli Stati Uniti ⁽⁷⁾: non è sorta negli *States* anche perché lì non si è usato principalmente il diritto penale contro i terroristi. Quasi nessuno dei detenuti di *Guantánamo*, per es., è stato condannato per aver commesso reati, ma ha subito un trattamento di tipo sicuramente penalistico quanto ad afflittività delle misure applicate. Noi, invece, abbiamo ormai una cospicua giurisprudenza per delitti di associazione con finalità di terrorismo internazionale (art. 270-*bis* c.p.) e ci siamo dotati, negli ultimi anni, di un armamentario penalistico e processualpenalistico che, aggiunto alle incriminazioni già esistenti nel codice Rocco in materia di delitti contro lo Stato, costituisce uno strumento giuridico importante di contrasto, anche se assolutamente insufficiente per pensare di vincere una guerra che resta politica, ideologica, religiosa

⁽⁶⁾ Sui pericoli che tale visione del diritto comporta per la cultura della giurisdizione sia consentito il rinvio a M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a neutralizzare*, in « Studi sulla questione crim. », n. 2/2007, 55 ss., pp. 74 ss., pp. 80 ss.; Id., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di E. Kostoris e R. Orlandi, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 19 ss., pp. 43 ss.

⁽⁷⁾ Riferimenti opportuni nelle raccolte antologiche sul tema: *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Milano, Giuffrè, 2007; *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, a cura di Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coordin.), vol. I e II, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, Edisofer S.L., Euros Editores, B de F Ltda., 2006.

e in parte di civiltà⁽⁸⁾. Esattamente per questo motivo, dato che queste armi non sono decisive per sconfiggere il terrorismo in ordine al retroterra non criminale delle sue radici e delle sue colleganze, viene da chiedersi se non possano invece ritorcersi contro chi le usa.

4. *La probabile complementarità pratica di due soluzioni incompatibili tra loro nello Stato di diritto.*

La risposta al quesito sulla compatibilità delle due soluzioni può essere politica o giuridica.

La prima è probabilmente più convincente sul piano della realtà. In termini politici, infatti, non c'è dubbio che sia possibile individuare una *complementarità pratica (o funzionale)* in una strategia complessiva di lotta o di risposta dell'Occidente contro il terrorismo di matrice islamica, ravvisando nella soluzione americana e in quella europea sinergie orientate di fatto al medesimo risultato

(8) Cfr., tra le monografie o i lavori collettanei più recenti, le analisi contenute in R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., pp. 98 ss.; *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, cit.; *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. Kostoris e R. Orlandi, cit.; *Commento al D.L. 27.7.2005*, n. 144, conv., con modif., in l. 31.7.2005, n. 155, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, in « *Legislazione penale* », 2005, pp. 419 ss.; L. BAUCCIO, *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici*, Milano, Giuffrè, 2005; nonché, tra i numerosi contributi degli ultimi anni, E. ROSI, *Terrorismo internazionale: le recenti soluzioni della giurisprudenza di legittimità alla ricerca di un bilanciamento tra esigenze di anticipazione della tutela penale e garanzie giurisdizionali*, in « *Diritto penale e processo* », 2008, pp. 455 ss.; S. REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in « *Riv. it. dir. proc. pen.* », 2007, pp. 217 ss.; A. SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, cit., pp. 163 ss.; L. D. CERQUA, *La nozione di "condotte con finalità di terrorismo" secondo le fonti internazionali e la normativa interna*, ivi, pp. 55 ss.; G. FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in « *Riv. it. dir. proc. pen.* », 2008, pp. 62 ss.; G. INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in « *Dir. penale e proc.* », 2006, pp. 895 ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit.; F. STELLA, *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, in « *Riv. it. dir. proc. pen.* », 2005, pp. 938 ss.; A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in « *Riv. it. dir. proc. pen.* », 2004, pp. 1127 ss.; A. GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in « *Riv. dir. intern.* », 2004, pp. 5 ss.

finale, secondo distinti ‘giochi delle parti’: anche perché, come ormai noto, vari governi europei hanno occultamente collaborato con gli USA nella realizzazione delle *extraordinary renditions* e dei c.d. voli segreti della CIA. Questo tipo di lettura, peraltro, non corrisponde certamente al modo con il quale la maggior parte dei Paesi europei intende differenziare la propria risposta rispetto a quella americana. Le due soluzioni, infatti, sono sicuramente *incompatibili in linea di principio*: puntare alla neutralizzazione fisica dei singoli terroristi come nemici, al di fuori di un controllo giurisdizionale, o trattarli con le forme del diritto penale all’interno di tutte le garanzie della giurisdizione, sono due prospettive alternative in linea di principio.

La *prima* si palesa come *soluzione segreta*, da tenere occulta, in quanto verità dagli aspetti inconfessabili, incompatibili con i processi di legittimazione della ragione pubblica. La *seconda*, al contrario, è l’unica soluzione compatibile con i principi dello Stato di diritto e con i criteri di legittimazione della ragione pubblica.

Pertanto, solo una lettura *esterna* a quelle impostazioni, che osservi il risultato finale e la convergenza concreta di questi interventi, può sottolinearne la complementarità. Viceversa, limitarsi a constatare l’incompatibilità delle soluzioni rischia di mantenere l’analisi ancorata o all’aspetto formale giuridico o a quello sostanziale politico. Non sarà dunque facile optare per una risposta unica e soddisfacente, superando la contraddizione o acquietandosi di un punto di vista parziale.

5. Cosa si intende per diritto penale del nemico.

Per *diritto penale del nemico* ⁽⁹⁾ possiamo intendere quella forma

(9) M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 53 ss.; ID., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in « Cass. Pen. », 2006, spec. p. 735 ss., pp. 741 ss.; ID., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, cit., 19 ss., 63 ss.; ID., *Diritto penale di lotta*, cit., e qui anche una rielaborazione e una sintesi politico-criminale dei risultati dei precedenti scritti sul tema del “nemico”; nonché F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in « Questione Giustizia », 2006, pp. 666 ss., spec. pp. 675 s. e, con ulteriori distinguo, R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., pp. 13 ss., pp. 25 ss. Più in generale si rinvia alle seguenti opere antologiche o collettanee: *Diritto penale del nemico*.

radicale di diritto penale ‘*di lotta*’ – concetto più ‘generale’ relativo a ipotesi legislative, anche europee, in parte legittime o a prassi ermeneutiche di lotta sempre di dubbia legittimazione⁽¹⁰⁾ — caratterizzata dall’impiego di norme o condotte giuridicamente *illegittime* (per contrasto con principi o norme costituzionali o fonti superiori alla legge ordinaria) così caratterizzato: cessa il diritto penale della colpevolezza per essere sostituito dal diritto penale della pericolosità, si infrange il diritto penale del fatto, soppiantato da quello d’autore (punibilità di atti preparatori che sotto la punizione di un fatto dissimulano la pena per la pericolosità degli autori), si perde la finalità della pena di recupero e risocializzazione, sostituita da sanzioni escludenti, di pura neutralizzazione, o di marcata gravità affittiva che celano scopi di eliminazione sociale. Rigore sanzionatorio sproporzionato, dunque (per es. terzo *strike*, pena di morte, sanzioni indeterminate, regime penitenziario duro), oppure tortura, segregazioni di fatto, trasformazione della pena in misura di sicurezza, o anche esclusioni dal contesto sociale (come le politiche di espulsione quale scopo primario della stessa minaccia della pena). Sotto il profilo processuale, si chiede al giudice di farsi carico delle tesi dell’accusa: chi le contrasta si schiera dall’altra parte. Vietato il garantismo, che vale solo per i cittadini che riconoscono il sistema e appare altrimenti come solidarietà col nemico, va così perduta la terzietà della giurisdizione. Là dove, viceversa, quest’ultima ancora si conserva, il ‘diritto penale’ del nemico viene praticato in modo da non giungere mai davanti a un giudice, eludendo o riducendo i controlli giurisdizionali: si abusa di strumenti parapenali di prevenzione e controllo, di detenzioni amministrative, di un impiego insolito di giurisdizioni straniere o di misure adottate in forme tali da eludere la verifica giurisdizionale. La nozione da noi ricostruita

Un dibattito internazionale, a cura di M. Donini e M. Papa, cit.; *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, a cura di M. CANCIO MELIÀ/J. GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordin.), vol. I e II, cit., nonché *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, cit.; *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, Giuffrè, 2008, spec. pp. 107 ss., pp. 149 ss., pp. 161 ss., e i numeri monografici di « *Questione Giustizia* », n. 4/2006; « *Studi sulla Questione criminale* », n. 1/2006 e n. 2/2007. Al tema del diritto penale del nemico è dedicato il n. 1/2009 della « *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* ».

(10) M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., pp. 55 ss., pp. 74 ss.

(non dissimile da quelle, per es., contenuta negli scritti di F. Palazzo o di Cancio Meliá), si origina da un dibattito europeo e sudamericano, ma molto deve, per i ‘materiali normativi’ e politico-criminali di riferimento, anche al ‘modello forte’ della legislazione e delle prassi antiterroristiche americane, e all’indissolubile nesso tra disciplina degli immigrati e lotta agli stranieri pericolosi ⁽¹¹⁾).

6. *La sua origine da una radicalizzazione della ‘lotta’ giuridica.*

Se per *diritto penale del nemico* si intendesse semplicemente l’uso del diritto come arma contro un fenomeno criminale, do-

(11) V. in merito J. VERVAELE, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: un diritto penale del nemico?*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, cit., pp. 237 ss.; L. SALAS, *Diritto penale, diritto politico e “diritto penale del nemico”*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 304 ss.; V. FANCHIOTTI, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto*, in « *Questione Giust.* », 2006, pp. 699 ss.; D. COLE, *Enemy Aliens*, in « *Stanford Law Review* », 2001-2002, 953 ss., tr. it. *Enemy Aliens*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 241 ss., spec. la sez. V del saggio, 282 ss.; sul coinvolgimento dell’Europa nelle *extraordinary renditions*, per tutti C. FAVA, *Quei bravi ragazzi*, cit.. È frequente ormai l’inquadramento del diritto penale dell’immigrazione nella categoria del diritto penale del nemico: per es. A. CAPUTO, *Irregolari, criminali, nemici: note sul “diritto speciale” dei migranti*, in « *Studi sulla questione crim.* », n. 1/2007, pp. 45 ss.; ID., *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, cit., pp. 349 ss.; F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in « *Indice pen.* », 2006, pp. 181 ss., spec. pp. 214 ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale e a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in « *Questione giustizia* », 2009, pp. 101 ss.; ID., *Diritto penale di lotta*, cit., pp. 70 ss.; M. BELLINA, *La detenzione amministrativa dello straniero nel “paradigma del nemico”*, in *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo, Atti del Workshop, Ferrara, 26 settembre 2007*, a cura di S. Lorenzon, G. Vaccari, V. Zanetti, Aracne, 2008, pp. 125 ss.; J. WACQUANT, “*Suitable Enemies*”: *Foreigners and Immigrants in the Prisons of Europe*, in « *Punishment and Society* », n. 2/1999, pp. 215 ss.; M. CANCIO MELIÁ, M. MARAVER GÓMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*, in S. BACIGALUPO, M. CANCIO MELIÁ (coords.) *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 343 ss., spec. pp. 400 ss., con specifica sussunzione dell’art. 318-bis del codice penale spagnolo sotto la categoria in oggetto; E.M. SOUTO GARCÍA, *Algunas notas sobre la función del derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión*, in P. FARALDO CABANA (dir.), L.M. PUENTE ABA, E.M. SOUTO GARCÍA (coords.), *Derecho penal de excepción*, Valencia, Tirant lo blanch, 2007, pp. 289 ss., spec. pp. 314 ss.

vremmo dire che la risposta circa la sua esistenza giuridica sarebbe sicuramente positiva, perché un diritto penale del nemico così inteso, in Europa, c'è. Anzi. Tutto il diritto penale dell'Unione europea (di 'matrice' comunitaria) si autoqualifica, oggi, come diritto penale 'di lotta'. Non solo contro il terrorismo, dunque, ma anche contro la criminalità economica, il riciclaggio, la pedopornografia, le frodi CE e la pirateria informatica, la tratta di esseri umani e la discriminazione razziale.

Benché alcuni abbiano realmente identificato il diritto penale di lotta col diritto penale del nemico ⁽¹²⁾, annacquando e confondendo così entrambi i concetti, a me pare che si tratti di una conclusione ideologica e sviante.

Il diritto penale può legittimamente essere usato non solo nelle *forme* del diritto di giustizia di fronte a ogni *singolo* che ne subirà l'intervento, ma anche come *strumento* per contrastare fenomeni *generali*, unitamente, si intende, ad altri strumenti di difesa e neutralizzazione. Sono le due dimensioni della pena minacciata: *a*) come contenuto tipico del diritto penale e *b*) come strumento intimidatorio di politica criminale (*uno* fra i tanti strumenti della politica criminale, e dunque non solo orientata a fatti singoli, per neutralizzare o contrastare un fenomeno criminoso, di cui lo Stato dispone).

È peraltro fondamentale che l'uso politico del diritto penale per finalità anche generali di lotta (non solo per 'dare a ciascuno il suo': sarebbe ingenuo pensarlo), resti confinato all'attività preventiva, a quella di informazione-educazione giuridica, a quella di polizia, dei mass-media, e in parte delle misure preprocessuali che consentono la gestione congiunta (attraverso il pubblico ministero) di momenti di contrasto e di accertamento dei reati. Nell'istante in cui, invece, si passa all'aggressione di diritti dei singoli che prevedono e anzi

⁽¹²⁾ Per es. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 6 ss.; ID., *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo*, cit., 3 ss., in Germania, per legittimare entrambi; e in Italia, per es., A. CAVALIERE, *Diritto penale "de nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 265 ss., pp. 280 ss., e M. PAVARINI, *La giustizia penale ostile: un'introduzione*, in «Studi sulla questione criminale», n. 2/2007, 7 ss., spec. 14 ss. per delegittimare entrambi.

esigono l'intervento o il controllo di un giudice, la logica dell'ordinamento non può più tollerare un uso bellico del diritto penale. Il *giudice è il garante delle regole, non colui che le usa per combattere contro qualcuno o per risolvere un problema sociale*. Egli deve restare terzo tra accusa e difesa e preservare la tutela dei diritti fondamentali come garanzia e limite della politica criminale. La 'lotta' contro un fenomeno non può essere quindi lo scopo della giurisdizione⁽¹³⁾. È qui che comincia a individuarsi il confine col diritto del nemico.

Orbene, così intesa la categoria del diritto penale del nemico⁽¹⁴⁾, è preferibile riservare le rispettive esemplificazioni e applicazioni a fenomeni *illegittimi* (costituzionalmente, si capisce, non solo 'politicamente'), perché l'esistenza di fenomeni ancora legittimabili ma contrassegnati da alcune delle tendenze sopra descritte, è ancora espressione di politiche criminali o penali lecite, per quanto 'odiose' o invise, e ondeggia tra il concetto di diritto penale del nemico e quello di lotta. È così possibile, fatta questa doverosa premessa definitoria, discutere se nella legislazione europea siano penetrate alcune forme di diritto penale del nemico, sotto la forma di violazioni di diritti fondamentali. Poiché non intendiamo svolgere ora un'analisi comparata, ma solo fissare alcuni punti per poi individuare esempi problematici del diritto penale italiano, approfondiamo il quesito. Prima di tutto, occorre osservare il fenomeno nella sua 'sostanza', anziché nella sola forma. Poco importa, per es., se lo Stato realizza intercettazioni, perquisizioni o detenzioni prive della 'forma' di quelle classiche, se nella sostanza si tratta di misure del tutto equivalenti a quelle del processo penale; poco importa se una detenzione ha la forma amministrativa: se la sua sostanza è di

(13) Non si tratta di un'idea originale, ma scontata e imprescindibile, che scolpisce un dato intrinseco alla cultura della giurisdizione in uno Stato di diritto. Tanto è ovvio il principio, quanto insidiosa e quotidiana la sua messa in crisi. V. sul punto, anche per le opportune esemplificazioni, A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, e in numerosi altri contributi, oltre che nell'esempio concreto della presidenza della Corte Suprema di Israele; F. STELLA, *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2005, pp. 938 ss. V. anche sul punto i miei lavori cit. *retro* a nota 6.

(14) Prescindiamo dunque dal problema del trattamento umanitario del nemico in senso stretto, nel corso di azioni di guerra vera, cioè dal *ius in bello*. V. sul punto, diffusamente, BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., 1 ss., 53 ss., 112 ss., 208 ss.

neutralizzazione, essa si colloca tra la misura di sicurezza e la pena, e coinvolge comunque la 'materia penale'.

Il diritto che qualifica e consente tali azioni dei pubblici poteri può dunque benissimo essere qualificato come diritto penale del nemico anche se non è formalmente penale, ma certamente non è un diritto legittimo. Possiamo anzi dire che il diritto penale del nemico, a differenza del diritto 'di lotta', che è per vari aspetti legittimabile e conforme ai parametri dello Stato di diritto, si caratterizza per essere o diritto illegittimo, o non diritto, cioè mero comportamento di fatto, violenza di Stato, che punisce e incapacita, anche se si esplica al di fuori di ogni controllo giurisdizionale.

Categoria patologica dunque, che è idonea a descrivere sia le aberrazioni del diritto formalmente penale, e sia le disumanità del non diritto o del diritto formalmente non penale. Così inteso, il diritto penale del nemico ha la possibilità di estendere la sua portata definitoria per abbracciare fenomeni extraeuropei, purché mediati da regole o parvenze giuridiche, dagli Stati Uniti alla Colombia, dall'Iraq al Medio Oriente, al Sudan, al Centrafrica al Congo, dalle violazioni dei diritti umani attuati con forme giuridiche dagli Stati in contesto internazionale a quelle perpetrate sotto il manto di una legittimazione giurisdizionale apparente. Il diritto penale del nemico (pena di morte, terzo strike, tortura, detenzioni amministrative segrete, regime carcerario duro e differenziato in funzione di neutralizzazione, assenza di proporzione retributiva in vista di sanzioni di mera neutralizzazione, mancanza o elusione dei controlli giurisdizionali etc.) è la categoria che attiene ai fenomeni di prevaricazione della ragion di Stato quando la sua valenza punitiva snatura il contenuto di giustizia del diritto o elude il controllo giurisdizionale per meglio celare e assicurare la violazione dei diritti fondamentali.

7. *Sue espressioni recenti nel diritto penale italiano.*

Siamo giunti così alla questione diretta della penetrazione del diritto penale del nemico nei nostri sistemi giuridici. Mi limito ad alcune esemplificazioni tratte dal diritto penale italiano più recente, per sottoporle all'attenzione.

L'art. 270-*quinquies* c.p. ha introdotto nel nostro ordinamento

nel 2005 (negli USA e in Australia c'era già dall'anno precedente ⁽¹⁵⁾ e solo dal 2007-2008 si è pensato a livello di politica dell'UE ad una estensione generalizzata in Europa di tale incriminazione), il delitto di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale. Benché la norma sia incentrata sulla descrizione della condotta di chi addestra « con finalità di terrorismo », non sono i 'trainers' che il legislatore ha avuto in mente, cioè gli esperti di bombe, sabotaggi e attentati che si trovano nei campi di addestramento in Pakistan, in Afghanistan e altrove nel mondo islamico. Il legislatore italiano sa che la nostra magistratura potrà invece individuare meglio gli addestrati. La norma, infatti, termina con l'inciso: « La stessa pena [da cinque a dieci anni di reclusione] si applica nei confronti della persona addestrata ».

Che cosa significa ciò? Che basta *essere* terroristi e avere ricevuto un addestramento. Un terrorista non addestrato, del resto, non è ancora, verosimilmente, un terrorista, ma un aspirante tale. La norma, pertanto, è destinata non a incriminare attività di terrorismo, di preparazione di atti *specifici* di terrorismo, ma l'attività di preparazione di terroristi, anche il sottoporsi alla 'formazione'. Più semplicemente, però, si può dire che sia punito *l'essere* veramente un *terrorista* e che tale punizione della mera pericolosità soggettiva viene spacciata per diritto penale del fatto in quanto si dice che l'offesa è di pericolo ed è insita non nel soggetto, ma nell'addestramento che ha ricevuto. Se poi consideriamo la permanente vigenza del delitto di cospirazione politica mediante accordo (art. 304 c.p.), che si estende al nuovo delitto di addestramento, è oggi sufficiente l'accordo fra addestratore e addestrato in vista di un futuro *training* con finalità di terrorismo, per rispondere di un delitto che prevede (per il mero accordo) la pena da 1 a 5 anni di reclusione.

Non solo dunque l'essere terroristi, ma anche il solo progetto concreto (cristallizzato in un accordo) di diventarlo, è delitto ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr. le Sezioni 6601-6604 dell'IRPTA (Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act) del 2004 americana, nonché la Sezione 102.5 del Criminal Code Act 1995 australiano, modificato dall'Anti-terrorism Act, n. 104 del 2004.

⁽¹⁶⁾ Noto con qualche sorpresa che i primi commentatori della disposizione, o coloro che sono intervenuti fino a oggi su queste riforme del 2005, non hanno avvertito questo grave *vulnus* ai principi fondamentali del diritto penale del fatto. Il d.l. n. 144/2005 ha invero introdotto anche il reato di addestramento alla preparazione e all'uso

Altri esempi.

Per entrare meglio nella pericolosità soggettiva sono opportuni strumenti di indagine rapidi, sottratti al controllo giurisdizionale. L'art. 226 disp. att. c.p.p., in relazione alla prevenzione di vari reati, in materia non solo di terrorismo, ma anche di criminalità mafiosa, di stupefacenti, armi da guerra e non, sequestro di persona a scopo di estorsione, riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani, etc. (v. i reati di cui agli artt. 407, co. 2, lett. a) n. 4 e 51, co. 3-*bis* c.p.p.), consente al Ministro dell'interno, al Questore, al comandante provinciale dei CC o della Guardia di Finanza, e l'art. 4 d.l. 27 luglio 2005, n. 144 conv. nella l. 31 luglio 2005, n. 155, in materia di contrasto al terrorismo, estende tale facoltà al Presidente del Consiglio e ai direttori dei Servizi informativi di sicurezza da lui delegati, di chiedere a un procuratore della Repubblica o a un Procuratore generale presso la C. d'App., di effettuare intercettazioni preventive, anche ambientali, che nessun giudice vedrà mai per autorizzarle, essendo slegate dalla avvenuta commissione di un reato, ma solo ancorate all'esigenza di prevenirli. L'art. 15, co. 2, Cost. (autorizzazione dell'autorità 'giudiziaria') è così affievolito con l'estensione al pubblico ministero del potere di autorizzazione.

Il reato di *ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore* (art. 14, co. 5-*ter* d.lgs. n. 25 luglio 1998, n. 286 e succ. modifiche), definito anche come reato di permanenza illegale, è un tipico delitto di inosservanza di provvedimenti dell'autorità⁽¹⁷⁾. Esso, anzi, pur costituendo *delitto*, è previsto da una *norma speciale* rispetto alla *contravvenzione dell'art. 650 c.p.*, nella quale potrebbe rientrare perfettamente. Non ci sono accertamenti del caso concreto, o sulla pericolosità del soggetto, diversi dall'illegalità della permanenza e dalla legittima emissione del decreto di espulsione del prefetto o del giudice (art. 13), e del successivo ordine di allontanamento del questore (art. 14), che non ha come fondamento una

di armi da guerra, aggressivi chimici, sostanze batteriologiche etc., senza finalità di terrorismo, con l'inserimento di un art. 2-*bis* nella l. 2 ottobre 1967, n. 895 in materia di disposizioni per il controllo delle armi. La novella, però, non ha inserito, in questa disciplina ordinaria, un reato di addestramento passivo.

⁽¹⁷⁾ Cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., pp. 209 ss. con gli opportuni richiami della giurisprudenza conforme.

valutazione concretizzata 'di ordine pubblico', ma la mera clandestinità dell'extracomunitario, salvo ipotesi eccezionali di rinvio o divieto dell'espulsione (casi rilevanti *ex art. 18 ss. del T.U., regolazioni in corso et similia*). Il *pericolo* è quindi assolutamente presunto nella qualità soggettiva di clandestino extracomunitario che non abbia osservato l'ordine (legittimo) e così facendo perpetui la clandestinità.

Uno *straniero comunitario* non potrebbe commetterlo, soggiacendo ai *fatti diversi* previsti, oggi, dall'art. 20 d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, nelle modifiche apportate dal d.lgs. 28 febbraio 2008, n. 32⁽¹⁸⁾, che prevedono condotte connesse a « *specifici motivi di sicurezza dello Stato, motivi imperativi di pubblica sicurezza; altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza* » (art. 20, co. 1 d. lgs. 30/2007, per come sostituito dal d.lgs. n. 32/2008), tutti relativi a *comportamenti specifici del soggetto* quali presupposti dell'ordine di « *allontanamento* »⁽¹⁹⁾.

Che la clandestinità non sia condizione sintomatica di pericolosità sociale, fra l'altro, è quanto ha determinato la Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78, a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 ordin. penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), per contrasto con gli artt. 2 e 27 co. 3, Cost., là dove precludevano le misure alternative alla detenzione agli stranieri extracomunitari irregolari⁽²⁰⁾.

Siamo qui in presenza di *un diritto penale d'autore, discriminato per mera provenienza geopolitica*⁽²¹⁾: non si tratta di terroristi, di

(18) Cfr. A. CAPUTO, *La nuova disciplina del diritto di circolazione e soggiorno del cittadino comunitario*, in « Dir. pen. e proc. », 2008, pp. 784 ss.; L. CORDÌ, *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario ecc.*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di L. Degli Innocenti, cit., pp. 229 ss.

(19) Ciò dicasi a prescindere dalla nuova misura di sicurezza dell'espulsione od allontanamento dello straniero dallo Stato di cui al novellato art. 235 c.p. per effetto del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. nella l. 24 luglio 2008, n. 125. L'esigenza che il cittadino comunitario possa venire espulso o limitato nel suo diritto di ingresso e soggiorno « per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica » *esclusivamente* in relazione « al comportamento personale della persona » discende dalla direttiva 2004/38/CE, che viene attuata dal d.lgs. n. 30/2007. Riferimenti puntuali in L. CORDÌ, *La disciplina penale*, cit., pp. 228 ss.

(20) Cfr. « Cass. Pen. », 2007, pp. 3278 ss.

(21) *Amplius*, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore*, cit., pp. 113 ss., pp. 117 ss.

negri, di ebrei di delinquenti-nati o di eretici: basta la differenza geopolitica, tutti gli extracomunitari da un lato, e i cittadini dell'Unione dall'altro.

I tre caratteri peculiari di questo diritto penale d'autore sono i seguenti: 1) c'è un trattamento profondamente differenziato fra cittadini comunitari ed extracomunitari che non è fondato su presunzioni ragionevoli riguardanti la *singola inosservanza*: tuttavia la sanzione applicabile è da commisurare alla *singola inosservanza*, che svela qui un modello di colpevolezza del tutto 'formale' (pura disobbedienza) inadatta alle ipotesi delittuose e alle sanzioni concretamente irrogabili; 2) si accolla al singolo extracomunitario una responsabilità incomparabilmente maggiore per un rischio che discende da comportamenti di molti altri soggetti terzi, cioè dal fatto altrui (ciò accade invero in tutti i reati cumulativi o con pericolo seriale), ma soprattutto lo si fa a prescindere da qualsiasi valutazione del caso concreto, basando la presunzione sulla tipologia nazionale e geopolitica degli autori, senza nessun distinguo fra tutti i Paesi del mondo extracomunitario, che pur presentano rischi profondamente diversificati di immigrazione; 3) da questa situazione normativa discende la conseguenza che il giudizio sul fatto di inosservanza non si fonda su una valutazione razionale e proporzionata del rapporto tra illecito, colpevolezza e tipologia sanzionatoria, che 'sconta' *un eccesso di prevenzione generale* sulle ragioni penalistiche della proporzione retributiva: situazione di per sé esiziale alle possibilità che la pena conservi una qualche funzione rieducativa. La non rieducatività e la non necessità della pena è del resto ammessa *expressis verbis* dalla legge, là dove quest'ultima opta per la *priorità dell'espulsione* rispetto alla applicazione della pena della reclusione (art. 13, co. 3-bis, 3-ter, 3-quer, 3-quinquies, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Prova provata che c'è un ordine inverso tra espulsione e pena come *extrema ratio*: la sanzione dell'espulsione resta la finalità primaria, e dunque la previsione del delitto per l'inosservanza dell'espulsione, continuando a privilegiare l'espulsione come sanzione da applicarsi, ammette che la reclusione non è necessaria. Mera prevenzione generale senza contenuto sanzionatorio proporzionato al rapporto fatto-colpevolezza-autore.

Con tutte queste considerazioni abbiamo preso ormai commiato dal diritto penale del fatto e ci siamo avviati verso un diritto penale

dell'esclusione, che è uno dei segni rivelatori del *diritto penale del nemico*. Il tipo di diritto penale che abbiamo di fronte, invero, riconosce l'inadeguatezza della pena di fronte all'espulsione, e tuttavia punisce quando non può espellere, ed espelle dopo la pena eseguita. È dunque è *un diritto penale dell'esclusione puro*, perché si ammette che *la pena non può tendere alla 'risocializzazione' o alla 'rieducazione', ma già in partenza è la premessa di una successiva espulsione*.

Sul versante amministrativo, ma parapenale, infine, non si può dimenticare l'art. 3 del c.d. decreto Pisanu, cioè il d.l. 27 luglio 2006, n. 144, conv. nella l. n. 155/2005, che prevede un decreto del Ministero dell'interno o prefettizio di espulsione degli stranieri sospetti di terrorismo — se non detenuti — la cui esecuzione non è sospendibile dal TAR o in sede giurisdizionale (art. 3, co. 4 e 4-bis l. cit.). Evidente l'impiego di poteri coercitivi sulla libertà personale sottratti di fatto a un controllo giurisdizionale effettivo, in probabile violazione dell'art. 13 CEDU che prevede il 'diritto a un ricorso effettivo' avanti a una magistratura nazionale, in caso di violazione dei diritti di libertà, nonché dell'art. 13 Cost., che prevede che qualsiasi forma di 'restrizione' della libertà personale sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge ⁽²²⁾.

Il più recente *ddl governativo 3 giugno 2008, n. 733* e succ. modifiche approvato definitivamente il 2 luglio 2009, ha introdotto (art. 1, co. 22, lett. l) una modifica all'art. 14, co. 5, d.lgs. n. 286/1998, prevedendo una detenzione amministrativa per gli extracomunitari in centri di identificazione ed espulsione fino a 6 mesi, ma nel progetto era previsto il termine di 18 mesi (art. 18, co. 1, lett. b). Una sorta di progetto-lager 'made in Italy', nelle intenzioni del governo.

Parallelamente, l'art. 1, lett. f), d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. nella l. 24 luglio 2008, n. 125 (il c.d. decreto-sicurezza dell'estate 2008), ha introdotto nel codice penale una norma 'generale', l'art. 61, co. 1, n. 11-bis c.p., che contempla *l'aggravante comune* del fatto

(22) Cfr. al riguardo i rilievi di A. SACCUCCI, *Lotta al terrorismo e rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani*, in *Contrasto al terrorismo*, cit., pp. 385 ss. Sul divieto di espulsione verso territori e Stati dove sia praticata la tortura o vi sia il rischio di trattamenti inumani, ai sensi del divieto di cui all'art. 3 Conv. Europea dir. dell'uomo, v. la decisione della Corte Europea di Strasburgo del 28.2.2008, nel commento di E. ROSI, *La lotta al terrorismo non ammette deroghe alla tutela dei diritti umani*, in « Amministrazione civile », 2008, pp. 100 ss.

commesso mentre il colpevole « *si trova illegalmente sul territorio nazionale* ». Una norma che colpisce tutti gli stranieri illegalmente presenti in Italia, ora circoscritta agli extra-comunitari dal testo definitivo del ddl 733 approvato il 2 luglio 2009 se commettono un qualche reato che nulla abbia a che vedere con la loro clandestinità: pura responsabilità oggettiva e d'autore, che completa così il quadro del 'volto costituzionale' (!) del diritto penale italiano verso gli stranieri. L'aggravante, infatti, non presenta nessun nesso specifico con la clandestinità: non esige che la clandestinità abbia 'favorito' il reato, bastando che questo sia commesso durante la stessa, senza nessuna 'colpa specifica' o generica, come se si trattasse di una aggravante esistenziale, per il tipo di vita illegale. Era responsabilità oggettiva, e non diritto penale del fatto, l'art. 688 cpv. c.p., che almeno accollava un aggravamento al solo reato di ubriachezza in luogo pubblico per certi tipi d'autore. La ben peggiore situazione dell'art. 61, co. 1, n. 11-*bis* c.p., valida per qualsiasi reato, dovrebbe conoscere una declaratoria di illegittimità costituzionale corrispondente a quella pronunciata verso l'art. 688 cpv. c.p., che aggravava la pena dell'ubriachezza in luogo pubblico per il fatto commesso da chi avesse riportato precedenti condanne per delitti non colposi contro la vita o l'incolumità individuale della persona (art. 688 cpv. c.p.): *norma dichiarata illegittima da Corte cost., 10 luglio 2002, n. 354* per violazione dei principi di offensività e dei valori correlati alla dignità umana, e per essere espressione di un diritto penale d'autore e non del fatto. *Norma, peraltro, meno generica di questa*, come detto, perché fondava l'aggravamento solo rispetto alla contravvenzione di ubriachezza, mentre qui esso vale per ogni reato. L'illegittimità, a questo punto, ci pare che sia da ravvisarsi *a fortiori*.

Pare evidente che siamo in presenza di discipline rispondenti a una logica di eccezione. Esse non nascono, tuttavia (salvo che in alcune disposizioni), come norme temporanee. Sono entrate a far parte delle 'costanti' del sistema, così come si ritengono parte integrante della realtà politica contemporanea il terrorismo e la criminalità organizzata.

È difficile celare un disagio. Il diritto penale del fatto e la differenza tra *Stato di diritto* e *Stato di polizia*, o meglio ancora fra *Stato di diritto* e *Stato di prevenzione*, cominciano a vacillare. Oltre

le soglie di queste incriminazioni di accordi per diventare terroristi e le intercettazioni 'di polizia' in vista della mera prevenzione di futuri reati, oltre gli aumenti di pena per il fatto di 'essere clandestini', c'è solo l'indagine interiore, e infine la colpa di 'essere' o di 'desiderare' qualcosa, c'è lo scenario orwelliano del grande fratello. Se la volontà dello Stato fosse quella di impedire ogni omicidio, che cosa dovrebbe fare, se non altrettanto e di più, per controllare le intenzioni di commetterlo?

È vero che il penale dovrebbe offrire più 'garanzie' rispetto ad altri strumenti giuridici: ma se perverte le sue funzioni, che 'diritto' è? La garanzia di essere mero controllo sociale e mezzo di contrasto? Non chiediamo al penale di intervenire perché garantirebbe di più: infatti, che il penale sia garantista, è sempre tutto da dimostrare.

C'è poi il lato perverso dell'inquinamento della cultura della giurisdizione. L'uso del diritto penale per punire gli accordi in vista di addestramenti futuri, per punire gli stranieri provatamente non pericolosi, ma extracomunitari, l'uso degli strumenti preprozessuali di acquisizione della prova (anche se poi non utilizzabili in giudizio) in funzione meramente preventiva, *modifica l'oggetto della tutela e la funzione degli organi giurisdizionali*: i giudici applicano norme d'autore, i pubblici ministeri fanno i giudici autorizzando le intercettazioni preventive, gli atti disposizione dei corpi degli stranieri sono sottratti alla giurisdizione, con una declinazione evidente della prevalenza delle ragioni politiche di difesa su quelle giuridiche di tutela dei diritti individuali. La logica non pare quella della vita ordinaria, ma dello stato di guerra.

8. *Peculiarità del fenomeno del terrorismo internazionale oggi.*

George Fletcher ha definito il terrorismo una sorta di super reato, che deve incorporare alcune caratteristiche della guerra⁽²³⁾, così legittimando ad un tempo la qualifica del suo autore come criminale e nemico nello stesso tempo.

In verità, c'è una ragione più precisa per riconoscere un nucleo di verità in questo assunto, ed è costituita dalla specificità del

(23) G. FLETCHER, *I fondamenti filosofico-giuridici della repressione del terrorismo*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 371.

terrorismo di matrice islamica, non certo dal terrorismo in quanto tale. Si tratta del fatto che proprio un terrorismo senza stato e senza territorio 'di riferimento', senza una base associativa definita, ma con una 'base' (al-Qaeda) soprattutto di addestramento, e tuttavia di estensione lesiva globale, *sembra costringere gli ordinamenti e i Paesi destinatari e potenziali vittime delle sue azioni a una guerra contro singoli criminali, anziché contro un movimento, un gruppo, uno Stato*. Un'agenzia internazionale del terrore che agisce senza rispettare le limitazioni (di diritto internazionale, dopo la pace di Westfalia) della sovranità degli Stati, rende « confusi i confini tra azione bellica ed azione criminale » (24).

Contro gli individui, in effetti, non ci può essere una guerra, ma solo un'azione giurisdizionale.

È quindi la *specificità* di questo tipo di terrorismo, refrattario a essere inquadrato nei canoni classici degli stessi reati associativi (25), a supportare la tendenza alla *confusione dei ruoli del diritto penale e dell'azione militare degli Stati*. Il terrorismo di matrice islamica ha costretto, o comunque indotto, a ridefinire o a discutere le possibilità di una guerra che non sia né contro Stati, né ovviamente contro individui. Per tali motivi ci pare un servizio alla verità dei fatti registrare la complementarità tra la risposta americana e quella europea (*retro*, § 4), senza ripararci in un atto di fede nella *purezza della tutela* dei diritti fondamentali mediante la sola giurisdizione, e dunque mediante il solo diritto penale.

C'è ipocrisia nel negare il dato di fatto dell'insufficienza tecnica di una risposta giurisdizionale, ma c'è ipocrisia anche in ogni tentativo di difendere come necessaria nella sua clandestinità un'azione di mera neutralizzazione *extra legem*. Se talora la clandestinità (polizia, intelligence) appare inevitabile, altrettanto inevitabile è il successivo controllo pubblico e giurisdizionale quando è in gioco l'azione degli Stati sugli individui.

(24) In questi termini, VIET D. DINH, *Il nazionalismo nell'età del terrore*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 317 s., nel quadro di una difesa 'di destra' della politica americana di Bush.

(25) Istruttivo A. SPATARO, *Le forme di manifestazione del terrorismo*, cit., spec. pp. 172 ss.

La strada della tutela giurisdizionale, in effetti, appare l'unica capace di conservare il maggior numero di diritti e capace altresì di soggiacere all'onere delle procedure di una democrazia discorsiva, dove la ragione pubblica sia in grado di spiegare l'azione dello Stato in modo palese e non occulto. La strada della guerra occulta, invece, non riesce a convincere, perché rimane una guerra contro individui, portatori di diritti fondamentali, anziché contro Stati o entità superindividuali corrispondenti e definite. Chi (per es. vari Stati europei, per parlar chiaro) adotta soluzioni fondate sulla delega a terzi del lavoro sporco di eliminazione dei nemici, contravviene a un principio che deve sorreggere la condotta degli Stati quando sono in gioco i diritti fondamentali (e nel diritto penale sono in gioco sempre): « *Tutte le azioni relative al diritto di altri uomini, la cui massima non è compatibile con la pubblicità, sono ingiuste* »⁽²⁶⁾.

In materia di lotta 'giuridica' e non al terrorismo internazionale la pubblicità delle azioni dei pubblici poteri è stata violata sia in America e sia in Europa, è vero, ma ciò è avvenuto *perché* si stavano calpestando i diritti fondamentali. Quando si dice che sono stati altri, in altri Stati o territori, a fare ciò che non vogliamo che sia portato davanti a un giudice, stiamo ammettendo di non poter giustificare pubblicamente una condotta che ci coinvolge. Ancora peggio sarebbe fare cose simili a casa nostra con leggi dall'applicazione non controllabile da una magistratura. Solo la possibilità di ricorsi diretti alle giurisdizioni superiori consente di superare le violazioni dei diritti fondamentali altrimenti non giustiziabili. In ogni caso, la giurisdizione non può giustificare l'uso bellico del diritto: ne costituisce, anzi, il limite naturale, lo *ius in bello*. Perché tale limite sia operativo, la giurisdizione deve conservare un'indipendenza effettiva dal potere politico (e da quello militare). Non si tratta, come sappiamo, di un problema che riguardi le sole emergenze. È un tema classico della democrazia che opera in ogni suo momento.

⁽²⁶⁾ I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (Königsberg, 1795), tr. it. *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, in I. KANT, *Stato di diritto e società civile*, a cura di N. Merker, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 210.

9. *Il ruolo delle giurisdizioni nella declinazione dei principi e delle regole di eccezione.*

Ognuno può immaginare facilmente che cosa potrebbe diventare il sistema se gli esempi commentati si moltiplicassero o approfondissero. La domanda è: sono norme di eccezione alle regole ordinarie o anche a principi costituzionali o sovralegislativi? Se nella prova di una associazione con finalità di terrorismo il giudice si sentisse di combattere il fenomeno generale mediante il sacrificio di qualche imputato e fosse tentato di leggere le ‘finalità di terrorismo’ in modo estensivo come solidarietà alla lotta, sarebbe poi un fatto così inusitato in un sistema che esigesse il raggiungimento di un risultato di vittoria politica attraverso il diritto penale? Non è chiaro a ognuno che questi discorsi ci possono apparire lontani da seri pericoli per la democrazia solo perché in questo momento non ci sentiamo sotto attacco diretto, ma se accadessero un paio di stragi le cose muterebbero immediatamente?

Ecco, di fronte alle norme di eccezione in funzione armata non ci sentiamo di accogliere nessuna delle tre posizioni principali che negano la stessa possibilità dell’eccezione⁽²⁷⁾: quella dei *puristi del garantismo*, che sostengono che ogni eccezione sarebbe eccezione ai principi inderogabili, quando ciò è sconfessato dallo stesso principio di uguaglianza che impone il trattamento differenziato di situazioni distinte; quella degli *equilibrati del chiaroscuro*, che bilanciano così bene ogni principio, da ammettere sempre possibili deroghe allo stesso ‘nucleo’ dei principi, così inevitabilmente annacquati da vedere svanire la loro forza superiore cogente; quella infine dei *sacerdoti del Leviatano*, dei seguaci di Carl Schmitt, che vedono un primato assoluto della politica sul diritto e sulla giurisdizione, e come tali sostengono che sovrano è chi decide lo stato di eccezione, al punto che il diritto dovrebbe sempre cedere al potere politico che lo sovrasta e lo piega a ogni scopo contingente.

Rifutate tutte e tre queste posizioni, rimane l’unica soluzione corretta⁽²⁸⁾, quella prevista dall’art. 15 della Convenzione Europea

(27) Riprendo in sintesi una tripartizione tratteggiata in M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., pp. 80 s. e qui alcuni rinvii.

(28) Esattamente F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., p. 674.

dei diritti dell'uomo (CEDU), che in tempi di emergenza prevede deroghe — peraltro *temporanee* — ad alcuni principi della Convenzione, ma non al nucleo di alcuni divieti o valori, come la vita umana, il divieto di tortura, il principio di legalità penale e il divieto di retroattività.

Nella gestione delle deroghe ammissibili, però, la giurisprudenza è esposta a compiti difficili. Quando il potere politico introduce norme d'eccezione chiede implicitamente ai giudici di dire che sono compatibili coi principi superiori, e in tal modo condiziona la lettura di questi ultimi, affinché siano 'adattati' alle nuove regole. Però, mentre le *regole* si possono derogare, i *principi* non altrettanto: se essi si adattano a regole che ne assottigliano il nucleo vincolante, questa loro riduzione acquisirà un valore 'generale' (!) e in tal modo essi risulteranno più facilmente annacquati in modo generalizzato. A tale proposito la giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, è sottoposta a tensioni e deve preservare la propria vocazione alla tutela dei diritti fondamentali: in particolare, conservando un nucleo adeguato del contenuto delle norme superiori, senza 'depotenziarle' al ribasso per finalità di un migliore adattamento a singole regole eccezionali. Piuttosto che depotenziare uniformemente un principio è meglio *differenziarlo al proprio interno* e distinguerlo in principi distinti, da declinare secondo un bilanciamento possibile con altri principi o interessi. Una operazione, questa, che deve essere compiuta per conservare comunque un nucleo insuperabile di illegittimità sempre e comunque individuata. Se una qualche logica d'eccezione è possibile, non pare vi sia altra soluzione percorribile.

Legittimato il concetto di eccezione, restano però le inammissibili violazioni delle garanzie non contrattabili. Riassumiamo pertanto le valutazioni di illegittimità segnalate.

Con riferimento alle intercettazioni preventive, a me pare che l'art. 15, co. 2, Cost. consenta un'interpretazione della nozione di autorità giudiziaria tale da ricomprendere possibili autorizzazioni da parte del PM, ma esse dovrebbero essere *provvisorie e successivamente sottoposte a un controllo giurisdizionale*. E non è ciò che accade con l'art. 226 delle disp. att. c.p.p.

Ci pare, invece, che il diritto penale del fatto (art. 25 cpv. Cost.), che esige che si punisca per quello che si è compiuto, e non per ciò che si è, sia ormai stato abbandonato dal reato di accordo per

commettere delitti, non solo per il fine di essere addestrato a tecniche terroristiche (art. 304 c.p. ‘classico’ e aggiornato), e da quello di apprendimento di tecniche terroristiche (art. 270 *quinquies* c.p.): a differenza della condotta di chi addestra, il quale produce in terzi una potenzialità lesiva prima inesistente, la medesima valutazione non può essere compiuta rispetto a chi apprende quelle tecniche o all’accordo per ‘diventare’ istruiti. Un simile pericolo ancora remoto che si consolida in una capacità personale, rischia di vedere sanzionato un orientamento della persona che precede inusitatamente i *fatti* per i quali esso è stato costruito. L’intervento penale sulla capacità a delinquere del soggetto può essere legittimato solo di fronte a programmi concreti e sufficientemente determinati di terrorismo (art. 270-*sexies* c.p.), che riportino la pericolosità della persona alla dimensione del fatto. Di qui l’esigenza di una interpretazione restrittiva e costituzionalizzante della fattispecie di addestramento passivo, ovvero la sua espunzione per violazione del diritto penale del fatto (art. 25 cpv. Cost.).

Il discorso è del tutto analogo per la trasformazione del cittadino extracomunitario in un tipo d’autore differenziato per ragioni geopolitiche, a prescindere da valutazioni più congrue e concrete di pericolosità individuale: l’art. 14, co. 5-*ter* d. lgs. n. 286/1988 viola l’art. 25 cpv. Cost. nei suoi presupposti di garanzia di fattualità e offensività del reato, insieme agli artt. 27, co. 1, Cost. e all’art. 3, co. 1, Cost. per il diverso trattamento degli extracomunitari ⁽²⁹⁾.

L’aggravante dell’art. 61, n. 11-*bis* c.p., come già detto, introduce una forma di *responsabilità oggettiva*, illegittima ex art. 27, co. 1 e 3, Cost., come già *l’aggravamento* della pena per il fatto commesso in condizioni di *ubriachezza* da chi avesse riportato precedenti condanne per delitti non colposi contro la vita o l’incolumità individuale della persona (art. 688 cpv. c.p.). La nuova aggravante, infatti, non postula nessun collegamento specifico tra il trovarsi clandestinamente in Italia e il fatto nuovo ora posto in essere, nessun ‘nesso di rischio’, nessuna colpa, né un dolo che si innestino sulla permanenza illegale secondo un nesso quanto meno o di tipo teleologico oppure di tipo eziologico e colposo. La sua unica giu-

⁽²⁹⁾ *Amplius*, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale e a tipo d’autore*, cit., pp. 119-125, con altri rinvii.

stificazione è quella del diritto penale d'autore: ma si tratta, all'evidenza, di una giustificazione inammissibile ⁽³⁰⁾. Delle espulsioni di fatto non garantite da controlli giurisdizionali e dell'assenza di *habeas corpus* sulla 'nuda vita' dei corpi degli stranieri coinvolti in tale meccanismo, abbiamo già detto.

Se si chiede dunque alla giurisdizione di adempiere il suo compito, esso è quello di fare da garante delle regole, e dei principi ai quali le regole si conformano, non di rendersi strumento per scopi di lotta attraverso regole snaturate della sostanza del diritto. Questa sfida, peraltro, non riguarda solo i problemi del terrorismo o dell'immigrazione ai quali la legge penale faccia da contrasto, ma tutti i temi dove il diritto penale è visto come strumento di lotta. Si tratta, perciò, di una questione di valenza ormai (se non da sempre) del tutto 'generale'.

⁽³⁰⁾ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., pp. 127-129. V. anche, per ulteriori profili (violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza), G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61, n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Forum di « Quaderni Costituzionali »*, 2009, pp. 1 ss. (estratto); A. DI MARTINO, *I pretesti del lupo alla fonte*, in « Belfagor », 2009, p. 102 ss.

ROBERTO BARTOLI

IL TERRORISTA INTERNAZIONALE: CRIMINALE, NEMICO O NEMICO ASSOLUTO?

1. Considerazioni introduttive. Il terrorismo internazionale come banco di prova del 'tradizionale' equilibrio tra forza e diritti fondamentali. — 2. I caratteri del terrorismo internazionale. — 3. Le strategie di contrasto al terrorismo internazionale. — 3.1. La strategia della 'guerra al terrore'. — 3.2. La strategia 'tradizionale'. — 3.2.1. Gli strumenti 'inediti' della strategia 'tradizionale': il diritto penale del nemico e lo *jus in bello* del criminale. — 3.2.1.1. I problemi di legittimità del diritto penale del nemico e dello *jus in bello* del criminale. — 4. Diritto penale del nemico, stati d'eccezione, Costituzione. — 5. Considerazioni conclusive. La 'tenuta' degli ordinamenti costituzionali e la fragilità di quello internazionale alla prova del terrorismo.

1. *Considerazioni introduttive. Il terrorismo internazionale come banco di prova del 'tradizionale' equilibrio tra forza e diritti fondamentali.*

L'attuale fenomeno del terrorismo internazionale suscita nel giurista un interesse davvero particolare per due ragioni fondamentali. Anzitutto, perché ha riaperto in termini — per così dire — radicali il problema della perenne tensione tra esigenze di difesa sociale e nazionale, mediante l'impiego di strumenti di contrasto realmente efficaci, ed esigenze di garanzia del soggetto destinatario di tali strumenti repressivi ⁽¹⁾. Non solo: andando più a fondo, si può dire che tale fenomeno ha riproposto in chiave 'moderna' la questione ancor più cruciale del rapporto ambivalente che intercorre tra forza e diritti fondamentali ⁽²⁾: se, da un lato, soltanto la forza concentrata nelle mani di uno Stato o di organismi internazionali

⁽¹⁾ In argomento v. per tutti F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in « Quest. giust. », 2006, pp. 666 ss.; F. VIGANO, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2006, pp. 680 ss.

⁽²⁾ Sulla tensione tra forza e diritti, in termini generali e in una prospettiva storica,

può essere in grado di proteggere i diritti dell'uomo; dall'altro lato, questi ultimi non possono non costituire un argine anche a quella stessa forza che gli Stati e gli organismi internazionali utilizzano proprio al fine di tutelare tali diritti.

In secondo luogo, il terrorismo internazionale desta particolare interesse perché ha rivelato come il rischio di un processo degenerativo del diritto possa riguardare non soltanto gli ordinamenti autoritari, ma anche quelli democratici e lo stesso ordinamento internazionale, i quali fanno del limite alla forza la loro ragion d'essere fondamentale. E se per un verso questa deriva degenerativa, quando si verifica all'interno di sistemi nel complesso garantistici, può avere una sua plausibilità e legittimazione non essendo orientata alla tutela del potere in quanto tale, ma alla salvaguardia della stessa democrazia contro i suoi nemici; tuttavia, per altro verso, è senza dubbio molto più problematica non potendo giungere all'impiego di mezzi che porterebbero a negare l'essenza dei valori difesi su cui si fonda la stessa democrazia: se ciò accadesse l'ordinamento democratico si autodistruggerebbe e il terrorismo avrebbe raggiunto gran parte del suo scopo.

In particolare, prima degli attacchi terroristici realizzati in alcuni paesi occidentali tra il 2001 e il 2005, nei sistemi democratici e nell'ordinamento internazionale le tensioni tra tutela e garanzia, tra forza e diritti, si agitavano all'interno di uno spettro tutto sommato ben definito, dove si era raggiunto un sapiente equilibrio attraverso la predisposizione di limiti ritenuti pacificamente invalicabili. Così, ad esempio, per quanto riguarda il diritto penale in tempo di pace, le esigenze repressivo-punitive potevano essere soddisfatte soltanto nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e dei principi di garanzia costituzionalizzati: quindi, non solo era assolutamente vietato al legislatore reprimere l'esercizio di tali diritti, come ad esempio quelli di manifestazione del pensiero o di associazione, ma la scelta di criminalizzazione doveva avvenire in conformità a tutta una serie di principi di garanzia sostanziali e formali concernenti la pena e il reato (personalità della responsabilità penale, legalità, irretroattività, etc.), nonché relativi al processo (divieto di privazione arbitraria

si v. P. COSTA, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo II, Milano, 2009, pp. 365 ss.

della libertà penale, giusto processo). Con riferimento al tempo di guerra, si era poi venuto formando un diritto internazionale dei conflitti armati che, per quanto riguarda lo *jus ad bellum*, prevedeva l'illiceità della guerra d'aggressione e, entro determinati limiti, la legittima difesa come eccezione al principio del divieto dell'uso della forza. Con riferimento allo *jus in bello*, basandosi sulla autonomia di quest'ultimo diritto rispetto allo *jus ad bellum* e quindi sul fondamentale principio della parità di trattamento dei legittimi combattenti al di là della causa del conflitto, il diritto umanitario stabiliva che tali combattenti non potevano essere puniti per la mera partecipazione al conflitto anche se appartenevano allo Stato autore dell'aggressione. Con la conseguenza finale che il conflitto non poteva essere legittimato in nome dei diritti umani (di cause giuste) e che questi ultimi dovevano essere sempre tutelati nel corso di un conflitto armato, anche se si trattava di combattenti legittimi appartenenti allo Stato che aveva dato luogo al conflitto.

Tuttavia, proprio a seguito degli attacchi terroristici avvenuti all'inizio di questo millennio, il campo di tensione tra esigenze di prevenzione ed esigenze di garanzia, ha subito delle trasformazioni davvero significative, e per certi aspetti epocali: da un lato, esso si è ampliato nel momento in cui, proprio al fine di contrastare fenomeni terroristici, sono stati messi in discussione alcuni di quei diritti e principi ritenuti in precedenza insuperabili sia a livello nazionale che internazionale; dall'altro lato, sempre per lo stesso fine, si è tentato addirittura di demolire il pilastro davvero centrale sul quale si fonda da sempre la disciplina del diritto basato sulla forza, vale a dire la distinzione tra diritto in tempo pace e diritto in tempo di guerra.

In particolare, sotto il primo profilo, si è registrata l'affermazione di alcune tipologie di diritto apparentemente inedite (la storia, purtroppo, già le conosceva bene), orientate a mettere in discussione o principi di garanzia costituzionali, quando è venuta in gioco la necessità di una difesa interna, oppure internazionali, quando si è trattato di realizzare una difesa esterna. Così, nella prospettiva interna si è iniziato a parlare di *diritto penale del nemico*, vale a dire di un diritto penale incentrato più sull'autore e sulla sua visione soggettiva e psicologica a carattere nemicale, che sul disvalore

oggettivo dei fatti realizzati ⁽³⁾, con la conseguenza che la reazione punitiva non si è limitata ad entrare in tensione con alcuni principi di garanzia, ma ha travolto lo stesso argine del divieto di perseguire l'esercizio di diritti e di derogare a principi. In sostanza, si è affermata la tendenza ad applicare strumenti repressivi nei confronti di persone che possono limitarsi ad esprimere un'opinione oppure aderiscono a una mera associazione o frequentano determinati luoghi, con conseguente reazione punitiva, incidente sulla libertà personale, a seguito di comportamenti che consistono nel mero esercizio di un diritto. Nel nostro ordinamento, come vedremo (*infra*, § 3.2.1), un esempio di diritto penale del nemico è stato — e per certi aspetti lo è tuttora — l'istituto della c.d. espulsione preventiva, applicabile da parte del Ministro dell'Interno o, su sua delega, dal Prefetto, quando vi siano fondati motivi di ritenere che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato possa *'in qualsiasi modo agevolare* organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali' (art. 3, d.l. n. 144 del 2005, conv. in legge n. 155 del 2005).

Nella prospettiva esterna, ha preso invece campo lo *jus in bello* del criminale, vale a dire un diritto volto a degradare il combattente legittimo, e cioè colui che durante la partecipazione diretta al conflitto armato è legittimato ad uccidere, a mero criminale, vale a dire a soggetto che invece può essere punito proprio in virtù della sua partecipazione al conflitto ⁽⁴⁾. Detto in altri termini, facendo leva proprio sul concetto di terrorismo, lo *jus in bello* ha iniziato ad essere contaminato da profili discriminatori, distinguendosi all'interno della stessa categoria dei combattenti legittimi tra quelli che hanno il diritto di uccidere, e se catturati devono essere trattati come

⁽³⁾ Sui rapporti tra terrorismo e diritto penale del nemico si v. ampiamente G. JAKOBS, *Terroristen als Personen im Recht?*, in « Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft », 2005, pp. 839 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., pp. 675 ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., 662 ss.; G. INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 895 ss.; M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in « Studi sulla questione criminale », 2007, pp. 68 ss.

⁽⁴⁾ Sul punto sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, pp. 33 ss., pp. 112 ss.

prigionieri di guerra, e quelli che invece devono essere puniti in qualità di terroristi a seguito della loro partecipazione diretta al conflitto pur avendo il diritto di essere trattati come prigionieri di guerra. E come vedremo (*infra*, § 3.2.1), anche di questo diritto si sono avuti chiari segnali nel nostro ordinamento, soprattutto da parte della giurisprudenza, la quale, dopo qualche incertezza iniziale, ha accolto un concetto di terrorismo internazionale dove senza dubbio possono rientrare anche alcune azioni militari condotte dal nemico combattente legittimo.

Ma è soprattutto sotto il secondo profilo della distinzione tra diritto in tempo di pace e diritto in tempo di guerra che si è assistito al tentativo di un vero e proprio stravolgimento delle categorie tradizionali: avanzando l'idea che si possa intraprendere un conflitto armato direttamente nei confronti di una mera organizzazione criminale, si è creato un vero e proprio *monstrum*, che non si può neppure definire giuridico, consistente nell'impiego della forza armata senza limiti di spazio e di destinatari, finendo così per incidere profondamente sulla configurazione dello *jus ad bellum* e dello *jus in bello* e per disconoscere qualsiasi garanzia nazionale o internazionale in una prospettiva di totale annientamento dei soggetti che subiscono tale forza ⁽⁵⁾.

2. *I caratteri del terrorismo internazionale.*

Prima di vedere nel dettaglio come tutto ciò sia accaduto, mi pare opportuno soffermare l'attenzione su alcune particolarità che caratterizzano l'attuale fenomeno del terrorismo internazionale. Sottolineare queste caratteristiche è utile per un duplice scopo. Da un

(5) In argomento v. per tutti J. PEJIC, *Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?*, in « British Year Book of International Law », 2004, pp. 71 ss.; M. SASSOLI, *Use and Abuse of the Laws of War in the "War on Terrorism"*, in « Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice », 2004, pp. 195 ss.; ID., *Terrorism and War*, in « Journal of International Criminal Justice », 2006, pp. 959 ss.; N. QUÉNIVET, *The Applicability of International Humanitarian Law to Situations of a (Counter-)Terrorist Nature*, in AA.VV., *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts, Changes and Challenges*, a cura di R. Arnold e P.A. Hildbrand, Lausanne-Berne-Lugano, 2005, 25 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Il paradigma della Guerra contro il crimine: legittimare l'inumano?*, in « Studi sulla questione criminale », 2007, pp. 21 ss.

lato, consente di comprendere, senza tuttavia con questo legittimare o giustificare, le ragioni sostanziali per cui si è scivolati verso queste nuove 'forme' di diritto; dall'altro lato, e conseguentemente, permette di mettere in evidenza come nel fronteggiare il terrorismo internazionale gli strumenti tradizionali possano rivelarsi del tutto inefficaci. Detto in altri termini, sarebbe un gravissimo errore credere che il terrorismo internazionale non costituisca un fenomeno del tutto particolare, rispetto al quale le categorie tradizionali di contrasto sono immuni da possibili crisi, e ciò in quanto è proprio tale credenza che può portare a pericolosi stravolgimenti e forzature, mentre a me pare che la consapevolezza della pericolosità ed anomalia del fenomeno terroristico possa agevolare l'individuazione di strumenti capaci di ottenere reali risultati di contrasto, nel rispetto comunque di alcuni limiti di garanzia fondamentali.

I caratteri che contraddistinguono il terrorismo internazionale sono fondamentalmente cinque e possono essere raccolti in tre diverse componenti ⁽⁶⁾: il primo carattere è quello dell'inimicizia, riconducibile a una componente soggettiva; poi vi sono i caratteri della strumentalizzazione di soggetti innocenti e del grado dell'offesa, che formano la componente oggettiva; infine, il terrorismo è contraddistinto dal carattere associativo e dalla sua internazionalità, che danno luogo alla componente — per così dire — modale. Mentre il primo carattere ha un'intensità per certi aspetti immutabile, sempre identica a se stessa, gli altri si contraddistinguono invece per una intensità variabile e come vedremo, proprio questa intensità mutevole costituisce la cifra ultima del fenomeno del terrorismo internazionale.

In particolare, sotto il profilo soggettivo il terrorismo internazionale si caratterizza per una prospettiva radicalmente nemicale dei

(6) Sul tema si v. tra i molti E. ROSI, voce *Terrorismo internazionale*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento III, tomo II, Torino, 2005, pp. 1628 ss.; D. FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, *ivi*, pp. 1604 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, *cit.*, pp. 669 ss. Si v. inoltre le interessanti considerazioni di A. SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. de Maglie e S. Seminara, Padova, 2007, pp. 163 ss.; *Id.*, *Why Do People Become Terrorists?: A Prosecutor's Experiences*, in «Journal of International Criminal Justice», 2008, pp. 507 ss.

suoi autori (7). Il terrorista si basa infatti su una visione politico-ideologica e valoriale che porta ad assumere un atteggiamento di fondo fortemente ostile, nella sostanza identico a quello che contraddistingue un nemico durante un conflitto armato. Rispetto all'ordinamento preso di mira, quello propugnato dal terrorista rappresenta infatti una alternativa totale, con la conseguenza molto particolare che la prospettiva nemicale del terrorista internazionale finisce per essere sempre la medesima e attestata al massimo livello d'intensità, anche se poi, come vedremo, da un punto di vista oggettivo a questa inimicizia non è detto che corrisponda una reale pericolosità od offensività dei fatti realizzati. In buona sostanza, quello ingaggiato dal terrorista internazionale è sempre un conflitto assoluto, insanabile e inconciliabile, di tipo politico-valoriale. Ed infatti questa assolutizzazione del conflitto trova il proprio fondamento in un modo di pensare, in una prospettiva, in una visione basata sui valori, i quali, quando si vogliono concretizzati direttamente e immediatamente, hanno in sé una tendenza tirannica e totalitaria, inducendo così all'uso di qualsiasi mezzo (8). Sul piano soggettivo il terrorista non si presenta pertanto come un mero criminale, che anche là dove giunge a contraddire valori significativi si limita — per così dire — a contestarli in termini negativi, mantenendo pur sempre un rapporto dialogico con la società in cui è inserito, ma come un soggetto portatore in termini positivi di valori fondamentali nella sostanza alternativi. In definitiva, egli non vuole contestare alcuni valori o principi, ma vuole dissolvere un patto sociale per instaurarne un altro.

Per quanto riguarda la componente oggettiva, come accennato, occorre distinguere due caratteri: la strumentalizzazione di soggetti innocenti e un grado di offesa a intensità variabile. Sotto il primo profilo, il terrorista non colpisce direttamente l'antagonista, ma

(7) A. GARAPON, *È possibile una lotta democratica contro il terrorismo?*, in « Crit. dir. », 2004, pp. 363 s.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., pp. 669 s.; L. QUADARELLA, *Il nuovo terrorismo internazionale come crimine contro l'umanità. Da crimine a rilevanza internazionale a crimine internazionale dell'individuo*, Napoli, 2006, pp. 39 ss.; A. SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo*, cit., pp. 175 ss.

(8) Sulla tendenza 'totalitaria' dei valori v. C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, pp. 60 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 207.

soggetti che si presentano estranei alla logica del conflitto da lui stesso elaborata ⁽⁹⁾. Tramontata infatti l'idea che la peculiarità del terrorismo potesse consistere nel sentimento di paura che esso è in grado di generare e spargere all'interno di un determinato gruppo di consociati (qualsiasi atto violento proveniente da organizzazioni può produrre un tale effetto; la paura altro non è che un fine immediato rispetto alla scopo ultimo di tipo politico-valoriale), la cifra degli atti terroristici deve essere individuata nella sua capacità di offendere persone che sono del tutto estranee al conflitto, risiedendo così il disvalore nella strumentalizzazione di soggetti 'innocenti' a certi fini. Nella logica dell'atto terroristico la vittima è resa responsabile di cose per le quali è del tutto irresponsabile, è una sorta di capro espiatorio, perdendo così il proprio valore di persona umana dotata di unicità e irripetibilità. E nell'offesa del capro espiatorio terzo innocente si concretizza in sostanza una indifferenza nei confronti dell'identità personale della vittima, che finisce per mettere in gioco lo stesso concetto di dignità umana. D'altra parte, i termini della strumentalizzazione mutano a seconda che si sia in presenza di una situazione di pace oppure di guerra. Nella prima ipotesi, proprio perché sussistono condizioni di pace, non è necessario compiere alcuna distinzione tra tipologie di vittime: la strumentalizzazione sorge nel momento in cui l'autore dell'attacco persegue determinate finalità politico-valoriali, quale che sia la vittima. È la finalità soggettiva che determina una reificazione della vittima. Quando invece si è in una situazione di conflitto armato, l'atteggiamento psicologico nemicale tende ad oggettivizzarsi nel conflitto stesso, assumendo così particolare rilievo la tipologia della vittima: ed infatti in tempo di guerra il terrorismo è concepibile soltanto nei confronti del

(9) M. DELMAS-MARTY, *Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs?*, in AA.VV., *Crimes internationaux et juridictions internationales*, a cura di A. Cassese e M. Delmas-Marty, Paris, 2002, p. 67; A. CASSESE, *Terrorism as an International Crime*, in AA.VV., *Enforcing International Law Norms Against International Terrorism*, a cura di A. Bianchi, Oxford, 2004, p. 219; V. DIMITRIJEVIĆ, *Terrorism and human rights after 2001*, in AA.VV., *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Ashbjørn Eide*, a cura di M. Bergsmo, Leiden-Boston, 2003 pp. 604 s.; F. PALAZZO, *Feindstrafrecht, Strafrecht und Verfassung*, in *Festschrift für K. Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln-München, 2008, p. 25.

soggetto che non partecipa direttamente al conflitto, vale a dire al civile. È la qualifica di civile che pertanto pone di per sé fuori dal conflitto.

Sempre da un punto di vista oggettivo, il terrorismo internazionale si caratterizza poi per la capacità di recare offese del tutto mutevoli e cangianti sotto il profilo della loro gravità. Se dalla prospettiva soggettiva il terrorismo presenta un atteggiamento psicologico nemicale ed ostile che esprime sempre il massimo livello di intensità, al contrario sul piano oggettivo il terrorismo muta di carica offensiva, all'interno di una scala vastissima, per certi aspetti la più vasta che si possa immaginare: si può andare infatti dalla possibilità per il terrorista di dar luogo a un 'semplice' episodio criminoso del tutto isolato, meramente simbolico e dimostrativo, fino alla eventualità, di per sé rarissima, ma pur sempre possibile, di ingaggiare, in presenza di tutta una serie di presupposti, un vero e proprio conflitto armato internazionale (si pensi alle ipotesi di terrorismo c.d. di Stato).

Infine, anche la componente modale si ripartisce in due caratteri: da un lato, il fenomeno terroristico non è mai un fenomeno individuale, ma necessariamente plurisoggettivo-associativo; dall'altro lato, l'organizzazione deve avere un legame del tutto particolare con il territorio. Per quanto riguarda il carattere associativo, esso è strettamente legato alla prospettiva nemicale: soltanto in presenza di una compartecipazione collettiva, sinergica e organizzata la prospettiva nemicale è capace di esprimere la sua reale portata di ostilità. Gli episodi di terrorismo internazionale sono in sostanza il frutto di una 'comunità' che decide di realizzare un vero e proprio attacco collettivo ad un'altra comunità presa di mira. Ciò consente di distinguere il fenomeno terroristico da altri fenomeni criminosi, che pur essendo caratterizzati da una forte prospettiva valoriale, tuttavia mancano, tra l'altro, dell'elemento della plurisoggettività organizzata: così, ad esempio, non c'è dubbio che se i reati culturalmente determinati si presentano come reati che affermano valori alternativi rispetto a quelli offesi, tuttavia tali reati sono pur sempre riconducibili ad un unico individuo, ancorché appartenente a una comunità (si pensi alle mutilazioni genitali femminili).

Con riferimento al particolare legame con il territorio, esso deve riguardare uno Stato diverso da quello nel quale viene posto in essere l'attacco. Di solito si afferma che il fenomeno terroristico è

transnazionale e che l'organizzazione è deterritorializzata, non avendo alcun preciso legame 'tellurico'. Si tratta tuttavia di espressioni che necessitano di qualche chiarimento. La transnazionalità, che indica un coinvolgimento di più Stati, è senza dubbio una particolarità modale di grande rilievo, ma che, sul piano del giudizio di disvalore sostanziale sembra destinata a passare in secondo piano o addirittura ad essere fagocitata dalla localizzazione dell'organizzazione in un altro Stato. Ed infatti un legame forte in realtà manca con il territorio dello Stato che subisce l'attacco, ma è presente con il territorio di uno Stato diverso: da qui il carattere della internazionalità. Non solo, ma questo legame può assumere ancora una volta connotati diversi: può essere molto stretto, nel senso che l'organizzazione criminale finisce per costituire uno strumento nelle mani dello Stato ospitante; ma può essere anche assai più lasco, allorché l'organizzazione è del tutto autonoma dallo Stato, il quale si limita a tollerare nel proprio territorio la presenza dei vertici dell'organizzazione terroristica o addirittura le sue basi. E come si può immaginare queste differenze assumono una notevole rilevanza, perché mentre nella prima ipotesi l'attacco terroristico è sì realizzato da una organizzazione, ma essendo riconducibile a uno Stato, quest'ultimo diviene il punto di riferimento di un'eventuale risposta difensiva; diversamente, nella seconda ipotesi l'attacco terroristico appartiene all'organizzazione criminale e soltanto ad essa, con la conseguenza che lo Stato ospitante, sulla base dei canoni tradizionali, dovrebbe essere del tutto estraneo alla risposta difensiva.

Alla luce di quanto detto, emerge allora un profilo davvero interessante. Il terrorismo internazionale è un fenomeno che si pone di per sé, nelle sue componenti strutturali, tra la prospettiva bellica, internazionale, e quella criminale, 'domestica'. Se, infatti, si fa leva sulla componente soggettiva, esso si rivela *necessariamente* bellico, nel senso che l'organizzazione criminale assume i tratti di un vero e proprio nemico da abbattere, al pari di uno Stato parte di un conflitto: dal punto di vista soggettivo quest'ultimo e l'organizzazione terroristica non differiscono. Se invece si fa leva sulla componente oggettiva, esso risulta — per così dire — *eventualmente* bellico. Se infatti, il disvalore oggettivo assume una consistenza tale da mettere in discussione l'integrità territoriale di uno Stato, così come l'internazionalità dell'organizzazione assume i caratteri di uno

legame reale ed effettivo con uno Stato, ci si orienterà verso la prospettiva bellica. Se invece il disvalore oggettivo assume una consistenza tale da non compromettere l'integrità territoriale e/o il rapporto con lo Stato non è di strumentalità, il terrorismo apparirà come un fenomeno nella sostanza criminale. D'altra parte, anche quando si presenta come un fenomeno criminale, il terrorismo internazionale si rivela particolarmente insidioso e temibile ⁽¹⁰⁾. Sul piano oggettivo infatti esso può ancora una volta assumere vari gradi di intensità, per cui si può andare dall'attentato del tutto episodico privo di vittime, fino a una reiterazione di attacchi di massa ravvicinati nel tempo. Inoltre, a causa della indeterminatezza delle vittime e della sua imprevedibilità, esso risulta particolarmente capace di suscitare un forte sentimento di paura e insicurezza destinato a creare un diffuso allarme sociale che alla lunga si può rivelare destabilizzante. Infine, soprattutto nella sua configurazione moderna, l'assetto e gli obiettivi finali dell'organizzazione criminale risultano molto difficili da ricostruire e decifrare: si tratta infatti spesso di strutture a rete, composte da cellule sparse in tutto il mondo, in contatto tra di loro, ma dotate di autonomia, che agiscono 'al buio' rispetto alla strategia complessiva elaborata di regola da soggetti che si trovano in Paesi dove si svolgono conflitti armati. E ciò crea enormi difficoltà soprattutto sul piano investigativo.

3. *Le strategie di contrasto al terrorismo internazionale.*

È proprio alla luce di queste considerazioni che si comprende come davanti a un fenomeno così complesso e soprattutto mutevole, capace di assumere livelli di gravità offensiva così diversificati, siano state elaborate strategie di contrasto decisamente differenti, che possono essere distinte in due tipologie: la strategia della 'guerra al terrore', facente leva sulla componente soggettiva, e quella che potremmo definire 'tradizionale', basata invece sulla valorizzazione delle componenti oggettive e modali.

In particolare, nella prospettiva soggettivista, incentrandosi il disvalore sull'atteggiamento nemico dell'organizzazione criminale, e quindi su un atteggiamento che si assesta sempre al massimo livello

(10) D. FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, cit., pp. 615 ss.

di ostilità valoriale, la risposta tende ad assumere una sorta di rigidità e immutabilità costantemente orientata alla massima efficacia, con la conseguenza che di qualsiasi attacco terroristico si percepisce e si valorizza la sua 'portata' bellica. La seconda strategia, proprio perché si basa sul disvalore oggettivo e le peculiarità modali, e quindi sulla loro variabilità, risulta fondata sulla distinzione tra tempo di pace e tempo di guerra e quindi sulle categorie tradizionali, presentandosi così come una risposta duttile e flessibile, capace di adeguarsi plasticamente alle diverse esigenze di tutela nascenti dal diverso livello di disvalore e gravità dei fatti realizzati.

3.1. *La strategia della 'guerra al terrore'.*

Per quanto riguarda la strategia della guerra al terrore, se è vero che l'attrazione bellica si fa particolarmente forte in quanto si esalta la prospettiva nemicale e valoriale sottesa all'attacco, è anche vero che la valutazione di tale dimensione soggettiva assume addirittura il carattere di un giudizio di disvalore assoluto: proprio perché l'attacco ha ad oggetto terzi innocenti ed è più simbolico che orientato alla effettiva realizzazione degli scopi, esso viene considerato di elevatissima gravità, e quindi più grave di un semplice episodio criminale, che non si pone in alternativa valoriale, ma anche più grave di un atto bellico, che quanto meno tende a perseguire realmente uno scopo di indebolimento della sovranità statale avversa rivolgendosi ai reali antagonisti. In sostanza, nella prospettiva soggettiva l'attacco terroristico è visto come un qualcosa di gratuito, come un male fine a se stesso, assoluto, come una mera crudeltà inumana, rispetto alla quale, a ben vedere, non esistono mezzi sufficientemente idonei a contrastarlo. Non solo, ma tanto più la risposta difensiva è — per così dire — solitaria, unilaterale, si potrebbe dire relativa, nel senso di non universale, non condivisa, tanto più la tendenza è ad inasprire la reazione ⁽¹¹⁾.

Ecco allora che chi fa leva sul disvalore soggettivo tende a

⁽¹¹⁾ Sulle conseguenze derivanti dal 'relativismo' delle risposte agli attacchi terroristici si v. M. DELMAS-MARTY, *Violenza e massacri, verso un diritto penale dell'inumano?*, relazione tenuta al Convegno *La dismisura del male. Il diritto di fronte ai crimini di massa*, Firenze, 3 marzo 2008, in « Riv. it. dir. proc. pen. », in corso di pubblicazione, 5 ss. (del dattiloscritto).

elaborare una strategia che va al di là della fondamentale distinzione tra tempo di pace e tempo di guerra, perché sul piano giuridico questa assolutizzazione del conflitto si traduce in una sorta di assolutizzazione, astrazione e unificazione dei concetti, con conseguente dissoluzione dei limiti e quindi previsione di discipline orientate verso l'annientamento.

Più in dettaglio, con riferimento al concetto di terrorismo, la nozione diviene unitaria in un duplice senso: da un lato si annulla la distinzione tra terrorismo in tempo di pace e terrorismo in tempo di guerra; dall'altro lato, e soprattutto, tale fenomeno diviene esso stesso una sorta di terza possibilità ulteriore rispetto alla pace e alla guerra, che, lungi dal situarsi in una posizione intermedia (il terrorismo finisce per essere più grave della guerra), assume le forme di un 'tempo' del tutto peculiare: il tempo del terrorismo. Detto diversamente, secondo questa strategia, si dovrebbe compiere una triplice distinzione tra: diritto in tempo di pace, privo dell'impiego della violenza armata perché il conflitto non attiene a questioni di integrità territoriale; diritto in tempo di guerra, dove invece si impiega la forza armata proprio perché si tratta di un conflitto concernente l'integrità territoriale; ed infine diritto in tempo di terrorismo, dove, nonostante non si pongano reali problemi di integrità territoriale, tuttavia si ammette comunque l'utilizzo della forza armata, la quale avrà come destinatario direttamente l'organizzazione criminale.

Da questa visione di fondo, discendono alcune conseguenze di estrema importanza rispetto allo *jus ad bellum* e allo *jus in bello*. In ordine al primo, si afferma che un'organizzazione criminale in quanto tale può essere destinataria di una risposta armata⁽¹²⁾. La strategia della guerra al terrore riconosce all'organizzazione criminale una totale autonomia rispetto agli Stati, ritenendo che nei suoi confronti si possa reagire mediante lo strumento della forza bellica. Così, se a un attacco di un'organizzazione terroristica si reagirà mediante la forza armata che andrà a coinvolgere inevitabilmente anche un altro Stato si verranno a realizzare due conflitti armati

(12) In argomento v. per tutti N. RONZITTI, voce *Forza (uso della, nelle relazioni internazionali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, pp. 2609 e 2612 ss.

diversi e autonomi: uno contro lo Stato dove l'organizzazione criminale ha le proprie basi ed uno contro la stessa organizzazione criminale. Il primo conflitto darà luogo a un conflitto armato internazionale (diritto in tempo di guerra); il secondo conflitto sarà riconducibile al paradigma della guerra al terrore (diritto in tempo di terrorismo). E a questa ipotesi è riconducibile l'intervento armato degli Stati Uniti d'America contro l'Afghanistan avvenuto nel 2001 a seguito dell'attacco terroristico di Al Qaeda ⁽¹³⁾. Ma potrà anche accadere che, senza dar luogo a un conflitto nei confronti di uno Stato, senza cioè attaccare gli organi e le infrastrutture dello Stato dove i terroristi hanno le basi, si vadano a realizzare risposte armate contro i sospetti terroristi che si trovano nel territorio di un altro Stato. E a questa ipotesi si avvicina l'uccisione di sei sospetti membri di Al Qaeda realizzata dall'esercito degli Stati Uniti d'America nel deserto dello Yemen nel novembre del 2002 e l'intervento armato compiuto da Israele in Libano nell'estate del 2006 al fine di colpire milizie di Hezbollah presenti in territorio libanese ⁽¹⁴⁾.

In virtù del legame che intercorre tra regole internazionali di uso della forza e diritto internazionale umanitario, si pone poi il problema dello *jus in bello*, vale a dire del trattamento da riservare ai soggetti parte di un conflitto armato contro un'organizzazione criminale. È qui si assiste alla elaborazione di una nuova categoria che si va ad affiancare alle figure tradizionali del combattente legittimo

⁽¹³⁾ Su questa vicenda, all'interno di una bibliografia pressoché sterminata, v. per tutti L. CONDORELLI, *Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?*, in « Revue Générale de Droit International Public », 2001, pp. 828 ss.; A. CASSESE, *Terrorism Is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, in « European Journal of International Law », 2001, pp. 993 ss.; G. GAJA, *Combating Terrorism: Issue of Jus ad Bellum and Jus in Bello - The Case of Afghanistan*, in AA.VV., *Anti-terrorist measures and human rights*, a cura di W. Benedek e A. Yotopoulos-Marangopoulos, Leiden-Boston, 2004, pp. 161 ss.

⁽¹⁴⁾ Sulla prima vicenda, anche per ulteriori dettagli e considerazioni, si v. J. PEJIC, *Terrorist Acts*, cit., pp. 90 ss.; N. QUÉNIVET, *The Applicability of International Humanitarian Law*, cit., pp. 46 ss.; M. SASSOLI, *Use and Abuse*, cit., pp. 211 ss. Sulla seconda vicenda si v. A. ZIMMERMANN, *The Second Lebanon War: Jus ad Bellum, Jus in bello and the Issue of Proportionality*, in « Max Planck Yearbook of United Nations Law », 2007, pp. 99 ss.; A. TANCREDI, *Il problema della legittima difesa nei confronti di milizie non statali alla luce dell'ultima crisi tra Israele e Libano*, in « Riv. dir. internaz. », 2007, pp. 969 ss.

e delle persone c.d. protette (tra le quali rientrano soprattutto i civili): quella del combattente nemico illegittimo⁽¹⁵⁾. Rispetto a questo soggetto avviene qualcosa di particolare perché se da un lato può essere, al pari dei combattenti legittimi, ucciso in qualsiasi momento, dall'altro lato, però, se catturato, non solo, a differenza dei combattenti legittimi che subiscono un 'internamento' finalizzato soltanto ad impedire che tornino a combattere, è sottoposto a un trattamento punitivo per il solo fatto di aver partecipato attivamente al conflitto (detenzione c.d. amministrativa); ma, a differenza dei civili combattenti o combattenti c.d. non privilegiati, tale trattamento non passa attraverso la via giurisdizionale (quando invece le garanzie processuali dovrebbero essere diritti inderogabili), consistendo piuttosto in un internamento destinato a durare per l'intero conflitto, del quale, però, non è possibile determinare a priori la fine. Detto diversamente, al combattente nemico illegittimo non si applica né la III, né la IV Convenzione di Ginevra, ma nemmeno le garanzie derivanti dalla disciplina penale 'domestica'. Si viene a creare piuttosto una disciplina *ad hoc* che sfugge a qualsiasi controllo e limitazione: la vicenda di Guantánamo ne è la visibile concretizzazione.

Com'è agevole notare, il superamento del principio secondo il quale *inter pacem et bellum nihil est medium* ha in sé come conse-

(15) Su questa figura, cfr. G.H. ALDRICH, *The Taliban, Al Qaeda and Determination of Illegal Combatants*, in « American Journal of International Law », 2002, pp. 891 ss.; L. VIERUCCI, *Prisoners of War or Protected Persons qua Unlawful Combatants? The Judicial Safeguards to which Guantánamo Bay Detainees are Entitled*, in « Journal of International Criminal Justice », 2003, pp. 284 ss.; S. BORELLI, *The Treatment of Terrorist Suspects Captured Abroad: Human Rights and Humanitarian Law*, in AA.VV., *Enforcing International Law Norms*, cit., pp. 39 ss.; ID., *Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the "war on terror"*, in « International Review of the Red Cross », 2005, pp. 39 ss.; M. SASSOLI, *Use and Abuse*, cit., 195 ss.; ID., *The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law*, in « Journal of International Criminal Justice », 2004, pp. 96 ss.; ID., *Terrorism and War*, *ivi*, 2006, pp. 959 ss.; J.G. STEWART, *Rethinking Guantánamo. Unlawful Confinement as Applied in International Criminal Law*, *ivi*, 2006, pp. 12 ss.; R. ARNOLD, *Human Rights in Times of Terrorism*, in « Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht », 2006, pp. 297 ss.; L. CONDORELLI-Y. NAQVI, *The War against Terrorism and Jus in Bello: Are the Geneva Conventions out of Date?*, in AA.VV., *Enforcing International Law Norms*, cit., p. 25.

guenza formidabile quella di dissolvere qualsiasi delimitazione della reazione basata sulla forza. Tutte le chiare distinzioni tra guerra e pace, militare e civile, nemico e cittadino, prigioniero e criminale, sono destinate a dissolversi in concetti unici e assoluti: terrorismo, combattente nemico illegittimo, nemico assoluto, rispetto ai quali la forza armata e la violenza fisica vengono esercitate senza limite.

Verso questa nuova configurazione del diritto internazionale umanitario, si sono avuti due atteggiamenti differenti. Da un lato, v'è stato chi ha opposto un netto rifiuto, nel nome delle categorie tradizionali e soprattutto nel nome della loro capacità di porre limiti certi alla forza ⁽¹⁶⁾. Dall'altro lato, v'è stato chi ha assunto un atteggiamento meno radicale, nel tentativo di individuare comunque dei limiti e delle garanzie ⁽¹⁷⁾.

In particolare, muovendo da questo secondo orientamento, il ragionamento che si è compiuto è nella sostanza il seguente: se può avere una certa plausibilità una reazione armata diretta contro le organizzazioni terroristiche, tuttavia rispetto al conflitto che si viene a creare deve trovare applicazione sempre e comunque l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, il quale sancisce che nei confronti delle persone che non sono combattenti rimangono comunque vietate: *a*) le violenze contro la vita e l'integrità corporea, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi; *b*) la cattura di ostaggi; *c*) gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti; *d*) le condanne pronunciate e le esecuzioni compiute senza previo giudizio di un tribunale regolarmente costituito, che offra le garanzie giudiziarie riconosciute indispensabili dai

⁽¹⁶⁾ Si v. P. KOOJIMANS, *Is There a Change in the Jus ad Bellum and, if so, What does it Mean for the Jus in Bello?*, in AA.VV., *Making the Voice of Humanity Heard*, a cura di L. Lijnzaad, J. Van Sambeek, B. Tahzib-Lie, Leiden-Boston, 2004, p. 236; N. QUENIVET, *The Applicability of International Humanitarian Law*, cit., pp. 47 ss.

⁽¹⁷⁾ D. JINKS, *September 11 and the Laws of War*, in *Yale Journal of International Law*, 2003, pp. 1 ss.; M. SASSOLI, *Use and Abuse*, cit., pp. 199 ss.; P. PALCHETTI, *La qualificazione dei conflitti armati contro gruppi non statali tra "Guerra al terrorismo" e (pretese) modifiche delle regole internazionali in materia di uso della forza*, relazione tenuta al Convegno *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Teramo, 29 e 30 novembre 2007, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno, 10 ss. (del dattiloscritto).

popoli civili'. In sostanza, al fine di contenere le istanze di chi afferma che rispetto a questi conflitti non si può applicare alcuna Convenzione internazionale e garanzia, si è ritenuto che ad essi si debbano estendere le garanzie minime dei conflitti armati non internazionali.

Questa soluzione, pur essendo guidata da più che condivisibili intenti limitanti, suscita tuttavia non poche perplessità. Per quanto riguarda lo *jus ad bellum*, ammettere la possibilità di utilizzare la forza armata direttamente contro un'organizzazione criminale, significa ammettere la possibilità di realizzare un conflitto armato nei confronti di un numero indeterminato di Stati, e cioè rispetto a ogni Stato che abbia in qualsiasi modo tollerato sul proprio territorio la presenza di basi terroristiche. In sostanza, se l'idea di portare avanti un conflitto nei confronti di un'organizzazione è accompagnata dalla volontà di dirigere la risposta anche contro gli organi e le infrastrutture dello Stato ospitante, si finisce per consentire un conflitto a danno di più Stati non identificabili a priori, ma soprattutto privi di quel legame con l'organizzazione criminale che tradizionalmente si reputa indispensabile per impiegare la forza armata. Inoltre, tale possibilità verrebbe ad incidere sul concetto di legittima difesa, il quale sarebbe esteso fino a ricomprendervi anche il concetto di guerra preventiva: nel momento in cui si ammette una guerra contro un'organizzazione, poiché il legame che deve intercorrere tra le organizzazioni e lo Stato è praticamente inesistente, il risultato è che uno Stato può subire un attacco armato a prescindere dalla attualità dell'attacco o dall'imminenza di un suo pericolo.

Per quanto riguarda lo *jus in bello*, poi, non ci si deve far ingannare dal fatto che si ritengono applicabili le garanzie previste dall'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra. Il diritto umanitario soddisfa infatti due diverse esigenze di garanzia: quelle poste dai soggetti che vengono catturati da una delle parti in conflitto, e quelle relative all'uso della forza 'in combattimento'. Ebbene, se l'estensione delle garanzie previste dall'art. 3 finisce effettivamente per soddisfare il primo tipo di esigenze, tuttavia il fatto che si possa uccidere in qualsiasi momento l'appartenente a un'organizzazione criminale frustra e compromette totalmente la seconda tipologia di esigenze, la quale può essere soddisfatta soltanto da una disciplina come quella prevista dal diritto umanitario

tradizionale, secondo cui il civile può essere ucciso soltanto se partecipa direttamente al conflitto e per la durata di tale partecipazione. In buona sostanza, delle due l'una: o al terrorista si applica l'intero art. 3 comune alla quattro Convenzioni di Ginevra, ma allora non può essere ucciso quando non partecipa direttamente ai combattimenti; oppure gli si applica solo una parte dell'art. 3, quella relativa al trattamento quando viene catturato, ma così facendo si stravolgono le garanzie tradizionali, ammettendo la possibilità che possa essere ucciso in qualsiasi momento. Non solo, ma quando l'uccisione del sospetto terrorista si verifica in uno Stato estero in assenza di un conflitto armato, si concretizza una deliberata uccisione in tempo di pace di un cittadino straniero in territorio straniero, con conseguente violazione del diritto alla vita sancito da tutte le Convenzioni generali e regionali relative alla tutela dei diritti dell'uomo.

3.2. *La strategia 'tradizionale'.*

Il grande pregio della strategia tradizionale è quello di basarsi sulla fondamentale distinzione tra tempo di pace e tempo di guerra, la quale a sua volta si basa su due distinzioni ulteriori: da un lato tra attacchi attribuibili o meno a uno Stato; dall'altro tra attacchi capaci o meno di compromettere l'integrità territoriale. Detto diversamente, la strategia tradizionale si basa sulla netta e chiara separazione tra i seguenti concetti: attacco all'integrità territoriale/attacco che non compromette l'integrità territoriale; forza armata/forza punitiva; conflitto armato/crimine; nemico/criminale. E questo esito è garantito dalla circostanza che tale strategia fa leva in ultima analisi sul disvalore oggettivo del fatto e sulle componenti modali, e conseguentemente sulla loro diversa intensità, permettendo così di porre limiti alla forza di volta in volta diversi.

Per quanto riguarda il tempo di guerra, si distingue tra *jus ad bellum* e *jus in bello*. Perché l'attacco terroristico posto in essere da un'organizzazione possa scatenare una reazione difensiva armata è necessario che esista un legame tra l'organizzazione e uno Stato (più precisamente l'organizzazione deve avere agito sotto il controllo e la direzione di uno Stato) e che l'attacco sia di una intensità tale da porre in pericolo l'integrità territoriale dello Stato aggredito. Se

manca uno solo di questi requisiti non si potrà parlare di conflitto armato.

È interessante notare come in questa prospettiva un ruolo significativo sia giocato dai concetti di sovranità e di integrità territoriale, che se da una prospettiva interna, nazionale, possono essere guardati con grande diffidenza e forse essere considerati in parte superati, all'interno del contesto internazionale non punitivo (e vedremo alla fine il senso di questa precisazione) costituiscono il principale strumento di garanzia. La sovranità segna infatti il discrimine tra tempo di pace e tempo di guerra, e quindi pone limiti allo *jus belli* e al sistema penale, assumendo rilevanza sotto un duplice profilo: da un lato, autore deve essere un soggetto che esercita una certa sovranità su un determinato territorio (soggetto consistente in uno Stato, conflitto bellico internazionale; soggetto diverso da uno Stato, conflitto bellico non internazionale); dall'altro lato, oggetto dell'attacco deve essere l'integrità territoriale di uno Stato.

Una volta sorto il conflitto armato, in ordine al concetto di terrorismo in tempo di guerra è fondamentale osservare che esistono due diverse ipotesi ⁽¹⁸⁾: quella avente ad oggetto soltanto civili e quella avente ad oggetto anche combattenti legittimi. Nell'ipotesi di attacco sferrato soltanto nei confronti dei civili, l'elemento oggettivo si caratterizza per la presenza di un'offesa al civile, che il soggetto agente si deve rappresentare e volere anche in forma meramente eventuale. Quando invece si tratta di attacco sferrato contro militari ma che colpisce anche civili, quest'ultima offesa deve essere sproporzionata rispetto al vantaggio militare concreto perseguito, con la conseguenza che il dolo può consistere soltanto nell'intenzione

(18) Sul concetto di terrorismo in tempo di guerra, v. per tutti M. SASSOLI, *International Humanitarian Law and Terrorism*, in AA.VV., *Contemporary Research on Terrorism*, a cura di P. Wilkinson e A.M. Stewart, Aberdeen, 1987, pp. 466 ss.; ID., *Terrorism and War*, cit., pp. 967 ss.; A. CASSESE, *Terrorism as an International Crime*, in AA.VV., in AA.VV., *Enforcing International Law Norms*, cit., pp. 213 ss.; ID., *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism*, in «Journal of International Criminal Justice», 2006, pp. 933 ss.; H.P. GASSER, *Acts of Terror, "Terrorism" and International Humanitarian Law*, in «International Review of the Red Cross», 2002, pp. 547 ss.; A. GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in «Riv. dir. internaz.», 2004, pp. 6 ss.; R. ARNOLD, *Terrorism and IHL: A Common Denominator*, in AA.VV., *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts*, cit., pp. 5 ss.

oppure in quello diretto, non anche nel dolo eventuale. In entrambe le ipotesi è necessario poi che sul piano soggettivo si agisca con la finalità di terrorizzare la popolazione, requisito questo che a dire il vero finisce per perdere di significatività nel momento in cui si decide di valorizzare il profilo della innocenza della vittima.

In ordine allo *jus in bello*, si va ad applicare la disciplina che scaturisce dal diritto umanitario internazionale tradizionale, così brevissimamente riassumibile. Se si tratta di combattente legittimo, si applica la III Convenzione di Ginevra, relativa al trattamento dei prigionieri di guerra, e il I Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra, sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, per cui tale soggetto non è punibile per il fatto di aver partecipato alla guerra trattandosi di fatto lecito; se catturato prigioniero, la sua reclusione non costituisce una detenzione a seguito di una 'punizione', ma soltanto un 'internamento' finalizzato a impedire che il soggetto torni a combattere. Proprio perché si tratta di un internamento, rispetto a tale stato detentivo non è necessario prendere alcuna decisione 'giurisdizionale'. D'altra parte il prigioniero di guerra può essere processato e condannato, ma soltanto per fatti diversi da quelli consistenti nella mera partecipazione al conflitto, commessi durante la partecipazione al conflitto (crimini di guerra e crimini contro l'umanità) oppure durante la prigionia.

Se si tratta di persone c.d. protette, che cioè non rientrano tra i legittimi combattenti (o perché sono civili che non partecipano alle ostilità, oppure perché, pur partecipando alle ostilità, non sono legittimi combattenti, oppure perché, pur essendo legittimi combattenti, non si distinguono sufficientemente dalla popolazione civile: c.d. non privilegiati), si applica la IV Convenzione di Ginevra, con la conseguenza che questi soggetti sono perseguibili e punibili anche per la mera partecipazione diretta alle ostilità. E mentre i civili possono essere uccisi solo se partecipano al conflitto e durante tale partecipazione, al contrario i combattenti non privilegiati (essendo pur sempre combattenti) possono essere uccisi in qualsiasi momento.

Là dove l'attacco terroristico non sia legato ad uno Stato oppure non raggiunga un livello tale da porre in pericolo l'integrità dello Stato che subisce l'aggressione, nella strategia tradizionale lo strumento che viene in gioco non può che essere il diritto penale. E in

questa prospettiva la stessa definizione di terrorismo internazionale muta ⁽¹⁹⁾, perché non si basa più sulla tipologia di vittima, assumendo invece particolare rilievo il dolo specifico, la finalità per cui si agisce (costringere i poteri pubblici a fare o non fare qualcosa, destabilizzare o distruggere le strutture fondamentali di uno Stato), la quale colora la fattispecie di un disvalore politico-valoriale.

3.2.1. *Gli strumenti 'inediti' della strategia 'tradizionale': il diritto penale del nemico e lo jus in bello del criminale.*

Davanti al fenomeno del terrorismo internazionale, com'è noto, gli Stati occidentali hanno reagito in termini decisamente diversi: gli Stati Uniti d'America, come accennato, hanno infatti non solo adottato, ma addirittura elaborato, la strategia della guerra al terrore; al contrario gli Stati europei hanno previsto strumenti di tutela che si ponevano nel solco della strategia tradizionale. D'altra parte, proprio in quei paesi in cui si è deciso di restare nei limiti tracciati dalle categorie tradizionali si è assistito anche alla creazione di particolari tipologie di diritto che hanno ben poco a che fare con il rispetto delle garanzie proprie dei paradigmi tradizionali. Così, come accennato all'inizio, per quanto riguarda il tempo di pace si è avuta la tendenza ad affiancare al diritto penale pienamente rispettoso delle garanzie costituzionalizzate, un diritto penale definito del nemico, la cui disciplina si pone in netto contrasto con alcuni principi di garanzia; per quanto riguarda il tempo di guerra, lo *jus in bello* è stato spesso configurato e interpretato in forma discriminatoria, tendendo cioè a incriminare e punire soggetti qualificabili come combattenti legittimi appartenenti alle forze nemiche.

Più in dettaglio, per quanto riguarda il diritto penale del nemico, si deve immediatamente precisare che con tale espressione non s'intende fare riferimento né ad un diritto penale caratterizzato da pene sproporzionate e da una consistente anticipazione della soglia della tutela, vale a dire a un diritto penale fortemente orien-

(19) Sul concetto di terrorismo in tempo di pace, con riferimento all'Italia, si v. ampiamente A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2004, pp. 1127 ss.; ID., *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.*, *ivi*, 2006, pp. 1103 ss.; L.D. CERQUA, *Sulla nozione di terrorismo internazionale*, in « Cass. pen. », 2007, pp. 1580 ss.

tato sul piano quantitativo alla prevenzione generale; né ad una disciplina repressiva volta al completo e totale annientamento del suo destinatario, riconducibile al paradigma della guerra al terrore, che si pone totalmente fuori dal quadro di riferimento delle moderne Costituzioni occidentali ⁽²⁰⁾.

Per diritto penale del nemico s'intende qui un diritto qualitativamente diverso sia dal diritto penale tradizionale, perché non più orientato alla prevenzione, ma alla neutralizzazione, sia dalla mera repressione annientatrice, perché pur sempre sottoposto a ben precisi limiti di garanzia assolutamente inderogabili. In particolare, i caratteri identificativi di un tale diritto possono essere così sintetizzati. Anzitutto, l'autore è ricondotto non solo, e non tanto, a una ben determinata categoria di soggetti, ma anche, e soprattutto, viene individuato sulla base della sua logica per l'appunto nemicale, di conflitto radicale, di vera e propria ostilità valoriale. Perché ciò accada, occorre pertanto che il soggetto faccia parte di un'organizzazione e che l'organizzazione si ponga in antitesi rispetto ai fondamenti di una determinata comunità.

Il secondo carattere attiene alla trasformazione della risposta sanzionatoria. Nel momento in cui si ha come punto di riferimento un soggetto che si pone in rotta di collisione con l'ordinamento, risulta difficile pensare a trattamenti che si ispirano alla stessa prevenzione generale e speciale: rispetto a tale soggetto nulla può la pena al momento della minaccia, come nulla può la sua irrogazione ed esecuzione. Con la conseguenza che il trattamento sanzionatorio si orienterà verso la mera neutralizzazione ed esclusione del suo destinatario.

Infine, il terzo ed ultimo carattere del diritto penale del nemico attiene alla struttura del reato. Se, una volta individuato il nemico, la

⁽²⁰⁾ In generale, sul concetto di diritto penale del nemico, si v. i contributi raccolti nei due volumi collettanei AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Milano, 2007; AA.VV., *Diritto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, 2007. Si v. inoltre F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., pp. 675 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2007, pp. 479 ss.; M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., pp. 55 ss.; F. VIGANO, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore e A. Pugiotto, Milano, 2008, pp. 107 ss.; L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, ivi, pp. 161 ss.

reazione punitiva si giustifica in virtù della appartenenza del soggetto alla categoria nemicale, è evidente che si tenderà a punire fatti che non solo si collocano prima della fase esecutiva, ma anche a prescindere dalla effettiva partecipazione del soggetto ad un singolo atto. Conseguentemente, sono la stessa materialità e personalità della responsabilità penale che vengono messe in discussione, aprendosi così la strada per un'eventuale repressione del mero esercizio di alcuni diritti.

Ebbene, se quanto affermato è vero si può dire che mentre il diritto penale tradizionale si caratterizza per il pieno rispetto delle garanzie costituzionali ordinarie, al contrario il diritto penale del nemico sembra caratterizzarsi proprio per il fatto che deroga a determinati diritti e a determinati principi. Detto in altri termini, mentre il diritto penale tradizionale è un diritto necessariamente dialogico e includente, nel senso che rispetto al suo destinatario l'ordinamento nel suo complesso intesse costantemente un dialogo; al contrario, il diritto penale del nemico prende forma proprio quando vengono sospese alcune garanzie che non si ritengono fondamentali, con la conseguenza che lo stesso sistema penale finisce per assumere scopi decisamente diversi, di reale neutralizzazione ed esclusione.

E nella lotta al terrorismo internazionale non si è mancato di avere concrete manifestazioni di questo diritto penale del nemico. Così, ad esempio, in Italia è prevista un'ipotesi di espulsione come misura di prevenzione suscettibile di essere applicata a sospetti terroristi la cui pericolosità può esprimersi attraverso la sola manifestazione del pensiero o la frequentazione di determinati luoghi e quindi mediante l'esercizio di diritti, misura che per un certo periodo di tempo è stata addirittura applicabile in totale mancanza di un controllo giurisdizionale ⁽²¹⁾.

Per quanto riguarda lo *jus in bello* del criminale, esso tende ad affermarsi quando si prevede un trattamento differenziato a seconda della tipologia di combattente legittimo che viene in gioco, se appartenente al proprio Stato (o a uno Stato alleato) oppure allo Stato nemico parte del conflitto. Così, ad esempio, si può delineare

(21) Sul punto sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., pp. 108 ss.

una situazione in cui la diretta partecipazione al conflitto di alcuni combattenti legittimi non costituisce un crimine, ma anzi un comportamento lecito, mentre la stessa condotta posta in essere da altri integra gli estremi di un fatto punibile, venendosi così a violare il principio di parità di trattamento dei combattenti, che costituisce il principio essenziale, non derogabile, su cui si fonda l'intera ragion d'essere dello *jus in bello*.

E questa tendenza a incriminare i combattenti legittimi si è affermata anche all'interno del nostro ordinamento ad opera della giurisprudenza, la quale ha accolto una nozione di terrorismo internazionale dove rientrano per l'appunto anche eventuali comportamenti di combattenti legittimi nemici. Così, in una recentissima sentenza della Corte di Cassazione, si è affermato che « devono essere considerati atti terroristici o con finalità di terrorismo non solo gli atti diretti contro la popolazione civile, ma anche quelli contro un obiettivo militare quando le peculiari e concrete situazioni fattuali facciano apparire certe ed inevitabili le gravi conseguenze in danno della vita e dell'incolumità fisica della popolazione civile, contribuendo a diffondere nella collettività paura e panico. Non può dubitarsi, perciò, della natura terroristica degli attentati dinamitardi e delle azioni dei c.d. 'kamikaze' compiuti in luoghi affollati dalla popolazione civile pur se indirizzati contro obiettivi militari nel corso del conflitto armato. Per tali ragioni deve essere disattesa la distinzione, di forte impatto storico-sociologico, fra terrorismo e guerriglia, estranea alla normativa vigente. Essa si fonda sul metodo di azione e di lotta, laddove l'elemento discrezionale, in un contesto bellico e di occupazione militare, non è tanto lo strumento adoperato, quanto l'obiettivo avuto di mira. L'atto terroristico, infatti, è quello che, sia in tempo di pace, sia in un conflitto armato si dirige contro un civile o contro una persona che non partecipa (o non partecipa più) attivamente alle ostilità. Donde la compatibilità tra terrorismo e conflitto armato, dovendosi escludere dalla prima categoria gli atti di violenza, da chiunque compiuti nel corso di un conflitto armato, contro militari attivamente impegnati in operazioni » (22).

(22) Cfr. Cass. pen., Sez. V, 18 luglio 2008-7 gennaio 2009, n. 75, Trabelsi in C.E.D.

Ciò che risalta di questa sentenza è proprio il fatto che, rispetto a un contesto di conflitto armato, essa non compie alcuna distinzione tra combattenti legittimi e soggetti diversi dai combattenti legittimi, quando invece l'intero *jus in bello* tradizionale è imperniato su questa fondamentale ripartizione. Detto in altri termini, la sentenza, invece di procedere alla preliminare verifica se i soggetti che compiono l'attacco siano o meno combattenti legittimi, si concentra sull'obiettivo avuto di mira, distinguendo a seconda che sia soltanto civile, oppure militare ma offensivo anche di civili, oppure soltanto militare e non offensivo di civili, giungendo alla conclusione che non rientrano nel concetto di terrorismo esclusivamente gli atti di violenza compiuti contro combattenti legittimi attivamente impegnati in operazioni nel corso di un conflitto armato, quale che sia la qualifica soggettiva del loro autore, e purché non offensivi di civili.

Ebbene, a rigore, gli esiti finali a cui dovrebbe approdare questa sentenza sono decisamente stravolgenti: anzitutto, non sarebbe punibile la condotta di chi non essendo combattente legittimo uccide combattenti legittimi, quando invece tali condotte sono pacificamente punibili per il diritto internazionale umanitario tradizionale; inoltre, si dovrebbe qualificare come terroristica l'azione posta in essere da combattenti legittimi contro altri combattenti legittimi che vada a colpire anche civili, quando invece, sempre sulla base della disciplina tradizionale, in questa particolare ipotesi si ha terrorismo là dove sussiste una sproporzione tra l'obiettivo militare che si perseguiva e le vittime civili.

Ecco allora che per non giungere a queste conclusioni, sottesa all'intero ragionamento della sentenza v'è la distinzione tra combattenti legittimi appartenenti al nostro Stato (o comunque a forze alleate) e combattenti legittimi appartenenti al nemico per cui: da un lato, i combattenti legittimi che appartengono al nostro Stato possono realizzare anche attacchi contro combattenti legittimi che eventualmente colpiscono anche civili, senza incorrere in alcuna conseguenza (a meno che, a rigore, non vi sia sproporzione); dall'altro lato, i soggetti che appartengono allo Stato nemico (anche se combattenti legittimi) devono essere puniti per il solo fatto di porre in essere un attacco contro combattenti legittimi il quale offende anche civili, anche se l'offesa di questi ultimi è proporzionata all'obiettivo militare perseguito.

3.2.1.1. *I problemi di legittimità del diritto penale del nemico e dello jus in bello del criminale.*

Tutto ciò posto, è opportuno precisare immediatamente che di queste due tipologie di diritto quella che suscita maggiori perplessità non è tanto il diritto penale del nemico, quanto piuttosto lo *jus in bello* del criminale.

Ed infatti, quest'ultimo non può essere accolto perché va ad incidere su un profilo fondamentale del diritto internazionale, su una sorta di principio che deve essere considerato assolutamente inderogabile: quello della parità di trattamento tra combattenti legittimi ⁽²³⁾. Anche perché inserire una discriminazione tra combattenti legittimi, e quindi criminalizzare il combattente legittimo di una sola parte significa non solo impedire ai combattenti legittimi di uno Stato di combattere (e quando si tratta di conflitto tra forze asimmetriche di difendersi), ma anche e soprattutto significa creare i presupposti perché il conflitto sia destinato a non avere più limiti: soltanto se il combattente legittimo sa che può essere punito nella sola ipotesi in cui combatte violando le regole concernenti le modalità di conduzione del conflitto, e non per il mero fatto di combattere, è indotto a rispettare tali regole. Se invece il combattente sa che non v'è alcuna differenza tra il combattere nel rispetto delle regole (ipotesi che dovrebbe dar luogo alla non punibilità) e il combattere violando le regole (ipotesi che comporta la punibilità), finisce per essere indotto a combattere violando tali regole. In altre parole il principio della parità di trattamento è lo strumento giuridico che consente davvero di spingere i soggetti a limitare la guerra.

Decisamente diverso il discorso per quanto riguarda il diritto penale del nemico. Se da un lato infatti è vero che non è possibile ricorrere allo strumento della forza armata in mancanza dei presupposti per ingaggiare un conflitto bellico in senso tradizionale; dall'altro lato, però è anche vero che gli strumenti ordinari del diritto penale possono rivelarsi inefficaci soprattutto alla luce delle considerazioni che abbiamo fatto all'inizio in ordine alle caratteristiche

(23) Sul principio di parità di trattamento nello *jus in bello* v. per tutti F. BUGNION, *Just Wars, wars of aggression and International humanitarian law*, in « International Review of the Red Cross », 2002, pp. 523 ss.; G.P. FLETCHER, *La giustizia è importante per il diritto di guerra?*, in « Criminalia », 2008, pp. 9 ss.

del fenomeno terroristico. Si pensi infatti all'ipotesi, verificatasi in altri paesi europei, in cui gli attacchi iniziano a presentarsi in modo diffuso ed allarmante, tale quindi da rendere lo Stato particolarmente vulnerabile.

Ebbene, davanti a questa realtà, a me pare che sia proprio il diritto penale del nemico, come qui concepito, lo strumento capace di adattare la risposta difensiva alla variabilità delle esigenze, anche perché, e questo è il punto davvero centrale, esso è comunque tenuto al rispetto di alcune garanzie fondamentali, assolutamente inderogabili. Detto in altri termini ammettere l'impiego del diritto penale del nemico significa offrire all'ordinamento uno strumento in più rispetto al diritto penale tradizionale, da utilizzare quando quest'ultimo rischia di rivelarsi inefficace, e comunque sempre nel rispetto di determinati limiti.

Ecco allora che in questa prospettiva le questioni fondamentali divengono altre, e cioè: l'individuazione dei presupposti del diritto penale nemico (che poi altro non sono che i presupposti di un ipotetico stato d'eccezione o emergenza), la determinazione dei limiti assolutamente inderogabili, nonché l'attribuzione ad un determinato organo del potere di realizzare un controllo effettivo. E com'è agevole intuire, l'intera problematica si posta da quella meramente penalistica a quella costituzionale, dovendosi osservare come se da un lato sentir parlare di stati di eccezione può destare ancora una certa diffidenza e perplessità, dall'altro lato, proprio la dimensione costituzionale consente di affrontare questo discorso in termini decisamente nuovi e diversi, sgomberandolo da eventuali pregiudizi.

4. *Diritto penale del nemico, stati d'eccezione, Costituzione.*

Com'è noto, nella nostra Costituzione non è prevista una clausola espressa di eccezione e soltanto una parte minoritaria della dottrina ritiene esistente una clausola implicita (24). Posto che non è

(24) Sull'argomento si v. ampiamente P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1988; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004; B. ACKERMAN, *La Costituzione di emergenza*, Roma, 2005; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006.

possibile in questa sede affrontare compiutamente l'intera problematica, tuttavia mi pare opportuno compiere sul tema alcune considerazioni di fondo.

In particolare, il primo profilo che mi interessa mettere in evidenza è come la tendenza a prevedere deroghe rispetto a determinati diritti o principi in presenza di situazioni particolari è — per così dire — connaturata al diritto: essa esiste ed esisterà sempre ⁽²⁵⁾. Con la conseguenza che rispetto a questa realtà si possono adottare due atteggiamenti diversi: quello di far finta che non esista, con il rischio però di avallare il primato della politica sul diritto, oppure quello di assumersi la responsabilità di disciplinare anche ciò che si presenta intrinsecamente pericoloso, ribadendo così il primato del diritto sulla politica.

In secondo luogo, muovendomi in quest'ultima prospettiva e nella chiara premessa che nell'attuale momento storico non esistono le condizioni nemmeno per aprire un dibattito su una eventuale riforma costituzionale sugli stati di eccezione, mi preme sottolineare come le esigenze di garanzia sarebbero meglio soddisfatte dalla previsione di una clausola espressa, la quale consentirebbe un

(25) In argomento si v. Corte cost., sentenza 1° febbraio 1982, n. 15, la quale ha dichiarato la legittimità costituzionale delle legge che aumentava fino a undici anni la durata della custodia cautelare, motivando che « di fronte ad una situazione di emergenza, quale risulta quella in argomento (terrorismo) [...]. Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza. Conseguentemente, non può non riconoscersi che i limiti massimi della carcerazione preventiva [...] non possono considerarsi irragionevoli, risultando disposti in ragione delle "obiettive difficoltà che esistono per gli accertamenti istruttori e dibattimentali" nei procedimenti che hanno ad oggetto "i delitti commessi per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico" ».

Aggiungendosi come "unico" limite quello della temporaneità della vigenza della normativa: « se si deve ammettere che un ordinamento, nel quale il terrorismo semina morte — anche mediante lo spietato assassinio di "ostaggi" innocenti — e distruzioni, determinando insicurezza e, quindi, l'esigenza di affidare la salvezza della vita e dei beni a scorte armate ed a polizia privata, versa in uno stato di emergenza, si deve tuttavia convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono di legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo ».

controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale molto più penetrante ed efficace.

Ed infatti, andando a quello che mi pare il cuore dell'intero problema, occorre partire dal dato di fatto che le situazioni nelle quali si pone un'esigenza di dichiarare lo stato d'emergenza sono particolarmente convulse e concitate, dove la tensione politica, istituzionale e sociale è destinata a salire, con la conseguenza che lo scontro finisce per spostarsi interamente sul piano politico a totale discapito delle ragioni del diritto, e quindi con il rischio finale che si possano venire a creare conflitti tra poteri dello Stato o addirittura crisi costituzionali. Ecco allora che al fine di prevenire pericolose tensioni, si deve fare in modo che la Corte costituzionale possa esercitare controlli in cui i margini di apprezzamento e di discrezionalità sono decisamente ridotti, e ciò non tanto perché si diffidi della Corte, quanto piuttosto perché si diffida proprio del potere politico. In sostanza, nei casi di emergenza il problema non è quello di prevedere un controllo, che non può che essere giurisdizionale da parte della Corte costituzionale, ma di creare meccanismi di controllo che evitino qualsiasi strumentalizzazione politica, sia da parte delle forze di maggioranza, sia da parte di quelle di minoranza. E a me pare che proprio una clausola d'eccezione espressa sia la soluzione che meglio si presterebbe a soddisfare questa esigenza.

Ed infatti, in questa prospettiva si potrebbe pensare anzitutto che l'atto finale che instaura lo stato di eccezione, data per scontata la competenza del Parlamento (e già una disciplina espressa su questo punto potrebbe risolvere molti problemi), necessiti di maggioranze qualificate, non solo al fine di coinvolgere necessariamente le forze di minoranza, ma anche per permettere alla Corte di verificare 'matematicamente' tale coinvolgimento. Inoltre, allo scopo di evitare che una disciplina che dovrebbe essere temporanea diventi definitiva, si potrebbe prevedere non tanto che la disciplina derogatoria sia necessariamente a termine, ma addirittura stabilire espressamente in Costituzione un termine di vigenza della disciplina derogatoria. Combinando poi gli aspetti della maggioranza qualificata con quelli del limite temporale sarebbe auspicabile una sequenza di maggioranze qualificate, ragion per cui se ad esempio lo stato d'eccezione può essere dichiarato la prima volta con una certa maggioranza qualificata e per una breve durata, tale stato può essere

dichiarato le volte successive per un lasso di tempo leggermente più lungo, ma con una maggioranza ancora più ampia.

Un discorso particolare deve essere fatto per i limiti. Posto che lo stato d'emergenza non potrebbe incidere sull'assetto dei poteri, ma soltanto su alcuni principi e libertà, a tal proposito diviene fondamentale la distinzione tra diritti inderogabili e diritti che invece possono essere derogati, ovvero, in altri termini, l'individuazione del limite alla flessibilizzazione delle garanzie. Anche perché questo limite è quello che segna la differenza tra un diritto penale del nemico relativo allo stato d'eccezione e una disciplina autenticamente orientata verso l'annientamento, che, come accennato, si pone totalmente al di fuori dell'assetto costituzionale.

Ebbene, a mio avviso, tra i diritti inviolabili, oltre al diritto alla vita, al divieto di tortura e di qualsiasi trattamento o punizione inumani e degradanti, e al divieto di irretroattività della legge punitiva, dovrebbero rientrare anche il divieto di privazione arbitraria della libertà personale, consistente quanto meno nella intangibilità della possibilità di un ricorso giudiziario sulla legalità della detenzione, e quello del giusto processo, nella sua articolazione più importante della imparzialità e indipendenza del giudice. E ciò per due ragioni: perché soltanto il diritto alla tutela giudiziaria consente di salvaguardare anche gli altri diritti inderogabili e perché è grazie alla indipendenza e imparzialità del giudice che questa tutela risulta davvero effettiva.

Al fine poi, ancora una volta, di agevolare il controllo della Corte costituzionale si potrebbero indicare espressamente oltre ai diritti inderogabili anche quelli derogabili, prevedendo magari rispetto a questi ultimi una disciplina dettagliata valida solo per il periodo dell'eccezione, sulla falsa riga di quanto avviene con riferimento alla situazione di normalità per alcuni diritti all'interno delle Convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo, nel senso che si potrebbe precisare più in dettaglio quanto e come derogare ad alcuni profili. Inoltre, si potrebbe pensare alla possibilità di presentare alla Corte in veste di organo di prima istanza, petizioni individuali per la protezione dei diritti e una procedura accelerata che obbliga la Corte a decidere immediatamente.

Ecco allora che sulla base di questa particolare prospettiva costituzionale, il risultato a cui si perviene finisce per essere davvero

interessante sul piano sistematico nel suo complesso. Ed infatti, i principi processuali ed in particolare quello di giurisdizionalità finiscono per costituire il discrimine tra il diritto penale del nemico e quello del 'diritto' orientato verso il mero annientamento del destinatario. Inoltre, la risposta sanzionatoria — se di sanzioni ancora si tratta — tipica del diritto penale del nemico sembra divenire il sistema delle misure di prevenzione, le quali, pur essendo considerate parte legittima dell'ordinamento tradizionale, tuttavia si pongono a ben vedere in violazione degli artt. 25 e 27 Cost. ⁽²⁶⁾, potendo trovare pertanto un loro spazio in presenza di situazioni eccezionali e per la durata di queste.

5. *Considerazioni conclusive. La 'tenuta' degli ordinamenti costituzionali e la fragilità di quello internazionale alla prova del terrorismo.*

Alla luce di quanto detto fin qui, appare evidente come il fenomeno del terrorismo internazionale costituisca un formidabile banco di prova della capacità di tenuta in termini di garanzia di un determinato sistema rispetto alle pressioni della forza. Affrontare il tema del terrorismo diviene quindi particolarmente interessante non solo in ordine al problema di individuare mezzi efficaci per contrastarlo, ma anche, e forse soprattutto, rispetto alla questione della necessità di porre limiti effettivi alla forza impiegata per il suo contrasto. Al terrorismo, infatti, si tende a reagire mediante una forza priva di limiti, totale, assoluta. E a questa tendenza sono in grado di reagire soltanto quei sistemi che si rivelano particolarmente solidi.

Se pertanto si vuole fare un bilancio complessivo in ordine a questa capacità di tenuta dei sistemi, si deve osservare come mentre quelli nazionali hanno alla fin fine retto alle pressioni della forza, al contrario il sistema internazionale si è rivelato fragile, vulnerabile, inefficace. Ed infatti, se si getta lo sguardo sulla giurisprudenza

⁽²⁶⁾ In argomento v. per tutti D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, 169 ss.; V. SCORDAMAGLIA, *Il "diritto penale del nemico" e le misure di prevenzione in Italia: a sessant'anni dalla Costituzione*, in « Giust. pen. », 2008, II, pp. 193 ss.

costituzionale di alcuni Stati occidentali concernente la legislazione nei momenti di emergenza, ci si rende conto che gli ordinamenti interni hanno reagito ponendo argini invalicabili agli scopi di sicurezza perseguiti dai legislatori. Così, all'interno degli Stati Uniti d'America si è assistito a un progressivo smantellamento da parte della Corte Suprema dei presupposti sui quali si poggiava il sistema che ha dato vita a una realtà come quella di Guantánamo ⁽²⁷⁾. Un'azione di contenimento degli eccessi repressivi si è avuta poi — tra l'altro — in paesi come il Regno Unito ⁽²⁸⁾, la Germania ⁽²⁹⁾ e

⁽²⁷⁾ Si v. in particolare le sentenze *Rasul v. Bush*, *Hamdi v. Rumsfeld* e *Rumsfeld v. Padilla* del 28 giugno 2004; la sentenza *Hamdan v. Rumsfeld* del 29 giugno 2006; ed infine la sentenza *Boumediene v. Bush* del 12 giugno 2008. Rispetto alle prime quattro sentenze sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., pp. 88 ss.; con riferimento all'ultima sentenza si v. N. NAPOLETANO, *Il ripristino dell'Habeas corpus a favore dei nemici combattenti detenuti a Guantanamo*, in «Dir. umani e dir. internaz.», 2008, pp. 648 ss.

⁽²⁸⁾ House of Lords, *Opinions of the Lords of Appeal for Judgement in the Cause A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department, X and another v. Secretary of State for the Home Department*, 16 dicembre 2004, n. 56, la quale ha dichiarato illegittima la legislazione britannica antiterrorismo nella parte in cui consente la detenzione di stranieri sospettati di terrorismo, senza che venga a essi garantito un processo legale come previsto dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, ed ha altresì annullato l'ordinanza 'di copertura' rispetto alle eventuali deroghe, emanata avvalendosi della facoltà di deroga riconosciuta agli Stati parte dall'art. 15 della stessa Convenzione; ID., *Opinions of the Lords of Appeal for Judgement in the Cause A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department, A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, 8 dicembre 2005, n. 71, la quale ha dichiarato che le dichiarazioni ottenute attraverso la tortura non possono mai essere ammesse come prova in nessuna Corte. Rispetto alla prima sentenza si v. C. BARRU, *I Law Lords ritengono illegittime le misure antiterroristiche del Governo Blair*, in «Dir. pubbl. comp. ed europeo», 2005, pp. 121 ss.; con riferimento alla seconda sentenza si v. T. THIENEL, *Foreign Act of Torture and the Admissibility of Evidence. The Judgment of the House of Lords in A and Others v. Secretary of State for the Home Department (No 2)*, in «Journal of International Criminal Justice», 2006, pp. 401 ss.

⁽²⁹⁾ BVerf G, 1 BvR 357/2005, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il § 14, comma 3, del *Luftsicherheitsgesetz*, nella parte in cui autorizzava l'utilizzo della forza da parte dell'Aviazione militare contro l'aereo civile c.d. *Renegade*, che avesse a bordo persone « estranee al fatto ». Su questa sentenza si v. C. PANARA, *I dilemmi del dopo 11 settembre: l'abbattimento 'preventivo' degli aerei usati per attacchi suicidi è compatibile con la tutela costituzionale del diritto alla vita? Una risposta parzialmente negativa viene dal Bundesverfassungsgericht*, in «Giur. cost.», 2006, pp. 1793 ss. Sul

Israele ⁽³⁰⁾. Se invece si osserva ciò che è avvenuto a livello internazionale, non solo ci si rende conto che il sistema internazionale non è stato in grado di porre limiti, ma, aprendo lo spettro delle nostre riflessioni, si deve constatare come in alcuni casi tale sistema abbia addirittura contribuito ad avallare direttamente o indirettamente soluzioni che senza dubbio si ponevano in forte tensione, se non addirittura in contrasto, con il sistema tradizionale autenticamente orientato alla tutela dei diritti umani. Si pensi così al sostegno che il Consiglio di sicurezza ha offerto all'idea di poter realizzare un conflitto bellico direttamente contro le mere organizzazioni criminali attraverso le due risoluzioni 1368/2001 e 1373/2001 ⁽³¹⁾. Ma si pensi anche alla recente istituzione del Tribunale speciale per il Libano c.d. misto ('internazionalizzato'), specificamente competente anche per il crimine di terrorismo, tribunale che rischia di essere espressione di una giustizia dei vincitori sui vinti ⁽³²⁾. Come pure si pensi infine al Tribunale speciale iracheno, che se da un lato non ha nulla a che vedere con i Tribunali penali internazionali o internazionalizzati, tuttavia, indirettamente, è il frutto di un ordine internazionale in cui il principio fondamentale del giusto processo inteso quanto meno come indipendenza e imparzialità del giudice finisce per essere totalmente compromesso ⁽³³⁾.

tema, v. anche D. SICILIANO, "Non si possono fare con una scavatrice tenere carezze". Sulla giustificazione dell'uso della forza militare contro aerei civili, in *Pol. dir.*, 2008, 353 ss., il quale si sofferma sulla inquietantissima e del tutto ignorata normativa italiana che disciplina l'abbattimento dell'aereo civile c.d. *Renegade* a livello sublegislativo con un d.p.c.m. del 2 aprile 2004, il cui contenuto è stato oltretutto secretato.

⁽³⁰⁾ HCJ 769/02, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, 13 dicembre 2006, la quale ha deciso che non si può stabilire in anticipo che ogni omicidio mirato (*targeted killing*) è proibito secondo il diritto internazionale, così come non si può stabilire in anticipo che ogni omicidio mirato è permesso secondo il diritto internazionale. La legge sugli omicidi mirati è stabilita nel diritto internazionale e la legalità di ogni singolo atto deve essere stabilita alla luce di esso. Su tale sentenza v. G. BARTOLINI, *Le eliminazioni mirate di appartenenti a gruppi terroristici al vaglio della Corte suprema di Israele*, in «Dir. umani e dir. internaz.», 2007, pp. 624 ss.

⁽³¹⁾ Su tali risoluzioni v. L. CONDORELLI, *Les attentats du 11 septembre*, cit., pp. 828 ss.; G. GAJA, *Combating Terrorism*, cit., pp. 161 ss.; N. RONZITTI, voce *Forza (uso della, nelle relazioni internazionali)*, cit., pp. 2612 s.

⁽³²⁾ In argomento v. G. SERRA, *Il Tribunale speciale per il Libano: fondamento e competenza*, in «Riv. dir. internaz.», 2008, pp. 98 ss.

⁽³³⁾ Sul tema v. P. MORI, *Il Tribunale speciale iracheno per i crimini contro*

In termini ancora più generali, che vanno al di là del terrorismo, ma che in qualche modo vi sono connessi, non si può fare a meno di osservare come il sistema della giustizia penale internazionale nel suo complesso si riveli sempre più in mano alle grandi potenze, e quindi suscettibile, anche là dove si sia in presenza di una giurisdizione formalmente imparziale, di orientarsi verso il paradigma di una giustizia dei vincitori sui vinti, e ciò in una duplice senso. Da un lato, il rischio di una giustizia dei vincitori e a senso unico si può concretizzare — per così dire — in negativo, sottraendo nei fatti, ma anche di diritto, alla giurisdizione gravi crimini commessi da una delle parti: soltanto una parte, anche se trattata con terzietà, siederà al banco degli imputati per essere condannata. E a questo proposito è sufficiente rammentare come anche la Corte penale internazionale avente carattere permanente, e come tale tendente a una maggiore autonomia e terzietà, sia comunque soggetta a un controllo politico, come emerge dal fatto che il Consiglio di Sicurezza possa sospendere la giurisdizione della Corte per un periodo di dodici mesi rinnovabili più volte (art. 16 dello Statuto). Dall'altro lato, si deve osservare come le istituzioni della giustizia penale internazionale siano nate senza il supporto di una forza propria, svincolata dai singoli Stati ⁽³⁴⁾: ma com'è stato notato, « la perdurante sovranità degli Stati, come criterio di organizzazione della comunità internazionale e, soprattutto, la presenza di sovranità, per così dire, più sovrane di altre, minerebbe la possibilità stessa di concepire una giurisdizione penale che effettivamente, non solo teoricamente, sieda imparzialmente al di sopra delle parti. La 'sovranità giurisdizionale' si vorrebbe collocata in una posizione sovraordinata e sganciata dalla sovranità politica che, per ora risiede negli Stati e controlla la forza coercitiva di cui qualunque giudice necessita perché i suoi poteri non sia puramente nominali. Ma, può esserci vera giurisdizione,

l'umanità: quale giustizia?, in « Riv. dir. internaz. », 2004, pp. 458 ss.; D. ZOLO, *The Iraqi Special Tribunal. Back to the Nuremberg Paradigm?*, in « Journal of International Criminal Justice », 2004, pp. 313 ss.; V. EBOLI, *Caratteri e fondamento giuridico del Tribunale Speciale per la giustizia in Iraq*, in « Comunità internaz. », 2006, pp. 93 ss.; C. PONTI, *Il processo e la condanna a morte di Saddam Hussein alla luce del diritto internazionale*, in « Dir. pen. proc. », 2007, pp. 542 ss.

⁽³⁴⁾ Su questo punto insiste molto D. PULITANO, *Significato e funzioni della pena nella giustizia penale internazionale*, in « Quest. giust. », 2007, pp. 67 s., pp. 79 s.

giurisdizione senza aggettivi, nel quadro di questa dissociazione? »⁽³⁵⁾.

Ma se così stanno le cose, se cioè è vero che dall'intera vicenda del terrorismo internazionale emerge come il potere politico sia stato limitato e responsabilizzato soprattutto dai singoli ordini costituzionali, mentre al contrario l'ordine internazionale ha dimostrato addirittura di avallare un uso della forza senza limiti, a questo punto occorre aprire una seria riflessione sulla missione dell'ordine internazionale e chiedersi quale sia il suo senso, posto che invece di limitare la forza la estende, invece di rendere giustizia, rende immuni alcuni Stati e colpevolizza il nemico o peggio ancora lo sconfitto. Detto diversamente, la comparazione tra strumenti di contenimento interni-costituzionali ed esterni-internazionali ci spinge ad affermare che se gli Stati non si fossero rivelati capaci di arginare la forza, non c'è dubbio che sarebbe stato indispensabile continuare ad affermare la necessità di un ordine internazionale. Tuttavia, non solo l'ordine internazionale ha finito per essere strumentalizzato unilateralmente dalle grandi potenze, ma l'esperienza ci dice che se un limite c'è stato esso è giunto dagli Stati stessi. Senza considerare poi che una tutela dei diritti umani in assenza di un'effettiva giustizia finisce per non avere molto senso, visto che alla lunga genera risentimento, alimentando così ulteriore violenza. In sostanza, è davvero possibile una tutela dei diritti umani senza soddisfare anche esigenze di giustizia?

D'altra parte rinunciare alla prospettiva c.d. monista non sembra ormai possibile, e quindi tornare alla prospettiva pluriversale e all'idea dei grandi spazi⁽³⁶⁾ mi pare semplicemente impossibile, non solo per come sono andate le cose nella storia, ma anche perché, a ben vedere, contrariamente a quanto si possa credere, qualificare la guerra di aggressione come illecita sembra essere proprio lo strumento per impedire che la guerra diventi una sanzione per correggere le ingiustizie e quindi per rendere davvero indipendente sul

(35) G. ZAGREBELSKY, *Crimini di massa e responsabilità individuale*, relazione tenuta al Convegno *La dismisura del male. Il diritto di fronte ai crimini di massa*, Firenze, 3 marzo 2008, in « Riv. it. dir. proc. pen. », in corso di pubblicazione, 7 (del dattiloscritto).

(36) Per una rivalutazione di tale prospettiva cfr. A. DE BENOIST, *Terrorismo e 'guerre giuste'*, Napoli, 2007, 99 ss.; S. PIETROPAOLI, *Abolire o limitare la guerra? Una ricerca filosofica del diritto internazionale*, Firenze, 2008.

piano strutturale lo *jus in bello* dallo *jus ad bellum*, e ciò perché tale qualificazione permette di spostare le ‘questioni di giustizia’ fuori dal contesto bellico. Parimenti rischierebbe di essere antistorica anche la soluzione di restringere la prospettiva monista alla sola produzione delle fonti internazionali, escludendo l’attività di organi istituzionali: se da un lato si attribuisce agli Stati il ruolo primario per ‘realizzare’ le istanze internazionali, tuttavia si finirebbe per perdere la vocazione autenticamente universale della tutela dei diritti fondamentali.

Vero tutto ciò, una cosa però è altrettanto certa: perché il sistema funzioni, e quindi perché le questioni di giustizia siano trattate davvero come tali e in termini universali, è fondamentale che tale sistema si configuri in termini di reale imparzialità, risultando così ormai improcrastinabile un ripensamento dell’attuale assetto istituzionale dell’ordine internazionale. E sul punto a me non pare sufficiente chiedere più imparzialità attraverso una maggiore rinuncia da parte delle grandi potenze alla loro sovranità, essendo invece necessario ottenere — per così dire — una maggiore partecipazione degli Stati che non sono grandi potenze alle decisioni politiche internazionali. E ciò per due ragioni. Anzitutto perché in una prospettiva monista una rinuncia alla sovranità da parte di qualcuno passa necessariamente attraverso una maggiore partecipazione di coloro che sono esclusi dalle decisioni: il potere non si autolimita, potendo essere ridotto e contenuto soltanto da un altri poteri pluralisticamente concorrenti. Inoltre, a me pare che la stessa terzietà giurisdizionale sia legata alla democraticizzazione del potere. Detto diversamente l’imparzialità sembra essere un attributo della giurisdizione che in ultima analisi dipende dalla democraticizzazione dei procedimenti decisionali. In una prospettiva monista infatti è solo in presenza di una reale partecipazione democratica di tutte le forze esistenti e della paura di perdere tale diritto a partecipare a causa dei sopprusi posti in essere dalle altre forze che si pone l’esigenza, a quel punto da tutti condivisa, di un limite giurisdizionale autenticamente imparziale.

FEDERICA RESTA

NEMICI O CRIMINALI?
PAURA E LIBERTÀ DOPO L'11 SETTEMBRE

« Il nemico è la messa in questione di Noi come figure. Si situa sul mio stesso piano. Per questa ragione devo contendere con lui nel corso di uno scontro, per conquistare la misura di me stesso, il mio proprio limite, la mia figura ».

(C. SCHMITT, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum begriff des Politischen*, Berlin, 1963; trad. it. Milano, 1981, 68).

1. Con una mano dietro la schiena. — 2. Patti suicidi. — 3. Codici e kamikaze. — 4. L'ideologia del guscio e il diritto diseguale. — 5. Nemici, criminali e non-persone. — 6. Chi dice "nemico"....

1. *Con una mano dietro la schiena.*

La tensione tra libertà, paura e sicurezza rappresenta oggi uno dei temi centrali del dibattito giuridico e politico, in Italia come all'estero. Il diritto penale — disciplina dei limiti all'esercizio statale della potestà punitiva, in difesa di un ordine capace di garantire libertà dalla paura e dalla violenza — è segnato inevitabilmente da questa tensione, molto più di ogni altro settore degli ordinamenti giuridici; in particolare dopo l'11 settembre, in ragione della correlazione instauratasi tra la deformalizzazione del diritto penale, il terrore e le sue strategie. Analizzare le profonde modifiche intervenute dal 2001 ad oggi nei sistemi penali contemporanei significa quindi tracciare il punto di equilibrio tra difesa della società e della sicurezza di tutti, rispetto ai rischi della criminalità, in ogni sua forma, e intangibilità dei diritti e delle garanzie assunti, nel costituzionalismo moderno, a fondamento della democrazia e dello Stato di

diritto. Sono infatti proprio questi i principi democratici oggi maggiormente esposti al rischio di una sostanziale elusione, in nome della difesa della società da un 'nemico' identificato di volta in volta con l'autore di reati di particolare allarme sociale (il terrorista, il mafioso) o semplicemente con chi (il migrante, l'outsider sociale, il dissidente) percepito diverso, è ritenuto socialmente pericoloso e quindi temuto.

Il terrorismo è stato certamente, almeno dagli anni Settanta, e continua oggi ad essere, il terreno di elezione per la costruzione di figure di 'nemici' opportuni, e per la sperimentazione di misure (sostanziali, processuali, penitenziarie) derogatorie dei principi fondativi del diritto penale delle democrazie liberali. Le stragi terroristiche dell'11 settembre hanno poi contribuito ad accentuare i caratteri illiberali di questa normativa, in nome dell'esigenza della sicurezza interna e internazionale, rispetto a un nemico (quale Al Qaeda) onnipresente, organizzato in una struttura reticolare e acfala, e come tale più difficile da colpire con strategie mirate e puntuali. Il jihad ha dimostrato inoltre la difficoltà di contrastare il terrorismo suicida con norme penali che facciano leva sulla razionalità della deterrenza e della prevenzione, che non possono minimamente influire, com'è ovvio, su chi è disposto a sacrificare persino la propria vita e il proprio corpo per farne strumento di offesa e violenza. Gli Stati hanno così acquisito la consapevolezza di aver perso il monopolio dell'esercizio della violenza legittima, di fronte a un pericolo legato a singoli e reti che agiscono nell'ombra, con il ricorso a metodi, logiche e risorse che sfuggono al controllo statale, favorendo una tendenza all'inasprimento generalizzato delle pene e all'estensione dei poteri di polizia, a scapito di quelli degli organi giurisdizionali e del principio di legalità. Di più. La stessa sovrapposizione tra terrorismo e conflitti internazionali ha trasposto sempre più nella legge penale logiche di guerra e istituti del diritto bellico, fino alla creazione della figura del 'nemico combattente illegale', sottratta alla tutela penale come alle garanzie del diritto umanitario. Le normative antiterrorismo degli ultimi anni hanno quindi accentuato le caratteristiche repressive e derogatorie dei principi liberali, già proprie della legislazione introdotta ad esempio, in Italia, negli anni di piombo. Perfino in un ordinamento, quale quello statunitense, che della difesa della democrazia ha fatto la

propria bandiera ideologica e politica, si sono legittimate misure d'eccezione che hanno compromesso garanzie sinora ritenute intangibili (dal corretto processo alla libertà personale), restringendo progressivamente gli spazi di libertà dei cittadini e soprattutto degli 'enemy aliens', vittime di quello che è stato definito 'habeas stripping'. E con questa qualificazione giuridica, gli stranieri sospettati di terrorismo, sono stati confinati 'hors la loi et l'humanité', ridotti a non-persone cui sono state negate non solo le prerogative della cittadinanza ma anche i diritti fondamentali. Si è infatti prevista la possibilità della detenzione amministrativa (come tale priva della convalida da parte di un giudice terzo) in luoghi come Guantanamo o Abu Ghraib, sottratti persino alla giurisdizione statunitense, ove si sono perpetrati abusi, violenze, e perfino torture, violando anche l'intangibilità del corpo, proprio in un'età che ha visto la pena farsi, da inflizione di sensazioni insopportabili, economia di diritti sospesi.

E se tali misure hanno ricevuto l'avallo di una legislazione emergenziale violativa delle garanzie fondamentali sancite dal diritto internazionale, non meno dirompenti sono stati, nella prassi, gli effetti dell'assunzione del paradigma del nemico a criterio di regolazione del bilanciamento tra libertà e sicurezza. Il rilievo che l'appartenenza identitaria a una categoria di 'nemici designati od opportuni', svolge nei sistemi di controllo sociale attuali è ad esempio significativamente espresso dal crescente ricorso, da parte della polizia statunitense, dopo Ground Zero, al *racial profiling*. Questo metodo d'indagine, in violazione del principio della 'cecità al colore' (*color-blindness*) della legge e della sua applicazione, assume la razza a indicatore di pericolosità, criterio identificativo di possibili autori di delitti, o comunque fondativo di misure 'preventive' o del fermo e della perquisizione di persone, in base ad un profilo che comprende, quale parametro primario, il dato etnico-razziale. Tornano così le spiegazioni deterministiche e predittive del crimine, e l'intensificazione delle forme del controllo sociale si lega all'emersione di una giustizia attuariale, fondata su calcoli statistici della predisposizione (sociale, culturale, ambientale) a delinquere. La spiegazione biologica, genetica, ed oggi anche bioelettronica del crimine è come è sempre stata, la via più comoda (e la più ingenua) per identificare, con precisione scientifica e incontrovertibilità tecnica, insieme al reo anche il capro espiatorio di turno, il nemico

contro cui indire crociate. L'identificazione del nemico da escludere, del resto, rafforza l'identità di chi esclude; segna i confini di una realtà inclusiva, che relega all'esterno del suo perimetro di sicurezza l'altro-da-sé, da segregare e controllare con occhio attento. La proiezione sull'altro delle ragioni di una paura avvertita, sia pur indistintamente, dai cittadini dei Paesi occidentali, è quindi ad un tempo causa ed effetto della percezione del progressivo sgretolamento dei presupposti su cui si era costruita l'identità pluralista delle democrazie costituzionali dalla seconda metà del secolo scorso. Muta profondamente la stessa natura dell'identità collettiva, che da volontarista, elettivista, universalista, assimilazionista, diviene sempre di più naturalista, nativista, particolarista e differenzialista ⁽¹⁾. Il localismo diviene quindi funzionale alla rivendicazione polemica di differenze in chiave identitaria, nonché di potestà punitive autonome e sganciate dall'istanza statuale (si pensi al ricorso, da parte degli enti locali, alle ronde e alla videosorveglianza, oppure alle ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana).

Non meno significativo è il dibattito sviluppatosi, persino nella cultura *liberal* statunitense, intorno alla legittimazione della tortura, definita con un ossimoro 'umanitaria' o 'democratica'. Lo stesso Dershowitz ha sostenuto l'opportunità di introdurre dei 'mandati di tortura' che legittimino cioè, con l'autorizzazione del giudice, la pratica della tortura quando possa servire a ottenere informazioni utili a prevenire gravi reati. È avvenuto così che « the unthinkable is not only being thought but openly discussed » ⁽²⁾. E persino la sentenza più importante della Corte Suprema sul caso Guantanamo (Boumediene v. Bush), con cui il 12 giugno 2008 si è riconosciuto anche agli stranieri sospettati di terrorismo il diritto all'*habeas corpus*, è stata definita dal *Wall Street Journal* come il tentativo di rendere la Costituzione « un patto suicida ». Certamente negli USA, colpiti direttamente dalle azioni terroristiche e dal senso di insicurezza e vulnerabilità che hanno indotto nella società, queste ten-

⁽¹⁾ E. W. Böckenförde, *La nazione. Identità nella differenza*, in ID., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 137 ss.

⁽²⁾ E. JESSBERGER, *Bad Torture-Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany*, in « Journal of International Criminal Justice », 2005, 3, p. 1060.

denze illiberali si sono manifestate con maggiore incisività. Tuttavia, l'Europa non ne è stata esente (si pensi alle *renditions*, al generale inasprimento delle normative antiterrorismo, alla legge tedesca sulla sicurezza aerea), e neppure l'Italia.

Dal 2001 al 2006 in particolare, le riforme introdotte anche in settori diversi da quelli del contrasto al terrorismo (dall'immigrazione agli stupefacenti, dal crimine organizzato alla recidiva), hanno delineato progressivamente, all'interno del sistema penale, una profonda frattura tra il tradizionale diritto delle garanzie (riservato principalmente alla criminalità dei colletti bianchi: si pensi alla riforma del falso in bilancio) e una giustizia penale 'ostile', modulata cioè sull'eccezione alle garanzie e ai principi fondativi dello Stato di diritto, e sulla qualificazione del criminale come nemico pubblico da temere. Questa assimilazione del *reus* all'*hostis* segna un'inversione radicale nella simmetria dei rapporti tra diritto e politica, su cui si è costruita la storia del costituzionalismo europeo, che dall'Illuminismo in poi ha sancito una distinzione netta tra il trasgressore della legge e il nemico dello Stato. Oggi più che mai, quindi, le democrazie devono dimostrare di essere in grado di proteggersi dal terrorismo e dagli attentati alle libertà, senza violare i principi su cui esse stesse si fondano, ribadendo che esistono principi e valori su cui neppure la maggioranza può decidere, neppure in uno stato d'eccezione, ove la paura rappresenti il sentimento collettivo prevalente.

E se il terrorista — contrapponendosi allo Stato e ai valori su cui si basa l'ordinamento, anche internazionale — rappresenta la figura paradigmatica del nemico, su cui la giustizia penale, sin dagli anni di piombo, ha costruito la sua strategia di ostilità, ciò che caratterizza l'involuzione illiberale di oggi si manifesta proprio nella progressiva estensione della categoria dei 'nemici'. Destinatari di misure d'eccezione sono infatti oggi non solo i mafiosi o gli appartenenti alla criminalità organizzata, ma anche gli *outsiders* sociali o comunque coloro che sono percepiti come 'diversi': il migrante in quanto tale, il recidivo, qualificato come delinquente abituale per tendenza, natura o cultura. Come infatti la semplice condizione di immigrato determina l'applicabilità di una serie di misure speciali (dalla detenzione amministrativa all'espulsione in alcuni casi anche senza convalida giurisdizionale, con sospensione dell'*habeas corpus*), così il solo fatto di non essere incensurato produce un generale inasprimento

mento delle pene, l'impossibilità di accedere ai benefici penitenziari e il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena (in carcere, prevalentemente con il regime del carcere duro del 41-*bis*) che assolve quindi a una funzione segregativa e di neutralizzazione. Il diritto speciale destinato agli 'indesiderabili', alle figure di 'nemici' temuti che la politica mira ad escludere, con il carcere o l'espulsione, dalla sfera della cittadinanza, non si limita del resto solo alla pena e alle sue modalità esecutive, o all'estensione dell'area del penalmente rilevante, giungendo a incriminare persino condotte prive di offensività a terzi. Al contrario, si riflette anche sulle indagini, sul processo e sulle misure limitative della libertà *ante-delictum*; quelle misure preventive di polizia che prescindono dalla commissione di reati e che mirano alla sorveglianza e al controllo disciplinare e bio-politico di coloro che vengono percepiti come pericolosi per la sicurezza pubblica.

Non a caso, in questi anni le misure di prevenzione — nate nell'Ottocento per legittimare il controllo sociale di dissidenti, ubriachi, prostitute, avversari politici — si sono progressivamente estese, dai mafiosi agli *hooligans*, dagli stranieri ai *writers*, in nome della difesa della società da coloro che si presume possano commettere crimini o siano meramente sospettati di averne commessi, in assenza tuttavia di prove sufficienti a sostenere un'accusa in giudizio. Così, l'area del penalmente rilevante si è estesa anche a quei comportamenti privi di offensività a terzi, e tuttavia percepiti come terreno di coltura della criminalità (imbrattare i muri, urinare in pubblico, etc.) secondo l'assunto della *broken windows theory*, per cui solo la 'tolleranza zero' rispetto a fenomeni, pur non gravi, di illegalità diffusa, sarebbe un deterrente efficace contro la devianza. Parallelamente, le misure di sorveglianza si sono estese sensibilmente, legittimando deroghe prima impensabili ai principi dello Stato di diritto e sensibili limitazioni ai diritti fondamentali: si pensi all'estensione delle intercettazioni preventive di polizia, all'automatismo della custodia cautelare, agli agenti infiltrati e alle attività sotto copertura della polizia, che giungono sino a provocare al reato cittadini innocenti, per acquisire prove da portare in giudizio. Come già negli anni di piombo, nei giudizi per fatti di terrorismo, criminalità organizzata o per reati in materia di immigrazione, il processo si è innervato di logiche tanto premiali quanto inquisitorie, che

promettono sconti di pena quando non l'impunità all'imputato che, dissociandosi, collabori con gli inquirenti, di modo che il giudice commisura la colpevolezza non alla responsabilità per il fatto ma al contegno processuale del reo e alla sua disponibilità a schierarsi con lo Stato, contro le organizzazioni cui prima apparteneva. Con il rischio di rendere il processo tecnica di inquisizione sulla persona, sulla sua soggettività sostanzialmente nemica o amica, quale si esprime non tanto nei reati commessi quanto nella delazione e nel contegno tenuto al processo; spazio simbolico di un giudizio non su fatti ma su intenzioni e condotte di vita, con esiti ovviamente paradossali. Come infatti si può non punire per un recupero della fedeltà, così si può punire per una semplice manifestazione di infedeltà, pur non espressiva di un fatto lesivo. Il legame tra la confessione e il merito accusatorio anziché difensivo dell'imputato, scardina la struttura triadica del processo, trasformando l'interrogatorio in strumento inquisitorio di acquisizione 'coartata' di prove, degradando il rapporto processuale a forma e rito della *hostis iudicatio*. Di più: l'esigenza, da più parti avvertita, di una maggiore prossimità e quindi di una moltiplicazione delle agenzie di controllo sociale formalizzato (a fronte della marginalizzazione delle agenzie di controllo informale) determina non solo un inedito successo delle 'industrie della sicurezza' e della vigilanza privata, ma anche la tendenza ad attribuire ai privati funzioni di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici, ausiliari in certo modo alle pubbliche autorità. Si pensi alla istituzionalizzazione delle 'ronde': l'art. 3, co. 40, l. 94/2009, alla cui stregua gli enti locali possono avvalersi "della collaborazione di associazioni tra cittadini" al fine, tra l'altro, di « cooperare nello svolgimento dell'attività di presidio del territorio»; finalità, questa, prevalente, tanto da comparire nel "titolo" della norma. E si pensi ancora alla nuova disciplina della legittima difesa prevista dalla l. 59/2006, che introducendo la finalità di tutela di interessi patrimoniali nell'ambito del bilanciamento con beni 'personalissimi' quali quelli della vita e dell'incolumità fisica, ha scardinato il principio del divieto per il cittadino di farsi giustizia da sé, legittimando quasi il privato all'esercizio di funzioni pubblicistiche, con un'evidente deformalizzazione del diritto penale e del suo rapporto tra sicurezza individuale e pubblica e istanza statale.

Questa deformalizzazione del diritto, in particolare penale, è spesso giustificata, nel discorso pubblico, con l'esigenza di garantire ai cittadini una sicurezza assunta quale diritto *individuale* fondamentale, e in costante tensione con le libertà e i diritti di coloro che vengono identificati come nemici pubblici, non meritevoli come tali di essere trattati quali persone. Sono quindi loro a pagare il prezzo della sicurezza, imposto da leggi che non tutelano diritti, ma al contrario ne circoscrivono l'ambito, giustificandone la sospensione. Le stesse vittime della criminalità sono strumentalizzate nel discorso politico, per legittimare una sempre maggiore richiesta di penalità e di una protezione delle democrazie, che passi necessariamente dalla negazione dei principi su cui esse stesse si fondano, con l'argomento secondo cui il costituzionalismo democratico non può essere 'un patto suicida'.

Nella società del rischio e della complessità, del resto, accanto alle *chances* e alle opportunità si moltiplicano le fonti di pericolo. Ne deriva una diffusa percezione di insicurezza, rafforzata dalla rappresentazione delle vittime come figura in cui ciascuno può identificarsi. La dialettica tra vittima e reo è così costruita come gioco a somma zero, in cui la difesa della prima implica necessariamente la negazione dei diritti, della dignità, finanche dello *status* di 'persona' del secondo. In questa dinamica ha influito indubbiamente la percezione di vulnerabilità, intensificatasi dopo *Ground Zero*, attraverso una rappresentazione del crimine come pericolo costante, tanto più grave quanto più 'fungibili' ne sono le vittime, che in particolare nella logica del terrore sono obiettivi sensibili per il semplice fatto di essere membri della società. Eppure, questa declinazione del rapporto tra libertà e sicurezza in termini necessariamente conflittuali e oppositivi, ha radici più antiche dell'11 settembre, e non fa che mettere a nudo paradossi e contraddizioni coesenziali a quel 'terribile diritto' che è il penale. Così, dietro al *racial profiling* riaffiorano le spiegazioni deterministiche del crimine proprie già del positivismo criminologico; le misure preventive di polizia richiamano il controllo disciplinare delle *Poor Laws* inglesi di cui parlava Foucault; la detenzione *incommunicado* degli *enemy aliens* rievoca la reclusione indeterminata e senza giudizio dell'*Alien Enemies Act* del 1798. La stessa enfasi sulla paura diffusa quale motivo per un'estensione del penale, benché espressiva di una crisi dei sistemi di controllo

informale e del legame solidaristico che sinora aveva arginato la solitudine degli individui, attenuandone la percezione di vulnerabilità, rappresenta in realtà un aspetto strutturale del rapporto tra paura, ordine e potere, che nelle epoche di crisi e grandi trasformazioni (della società, della politica, delle istituzioni, delle culture, del comune sentire) si manifesta come bisogno di sicurezza e di ricostruzione di legami identitari, sempre più concepiti non in forma solidaristica, come condivisione di un progetto comune ma in chiave oppositiva e difensiva rispetto all' 'altro', a colui che viene percepito come estraneo all'auto-identificazione collettiva, così da ridefinire i confini della moralità e da produrre un nuovo ordine. Al centro di questo percorso vi è come sempre il sistema penale, principale strumento di coercizione di cui dispone il potere per garantire ordine e sicurezza, come già rilevavano Hobbes e Feuerbach, e che sebbene in forme nuove riproduce oggi la tensione tra ragion di Stato e Stato di diritto, libertà e sicurezza, che ha percorso tutta la storia della modernità.

Ma fino a che punto una democrazia, che dovrebbe lottare sempre 'con una mano dietro la schiena', può cedere alla logica della ragion di Stato, ammettendo che la sospensione dei diritti umani sia una mera *matter of policy*? Si può davvero considerare oggi il trasgressore della legge come nemico pubblico, *hors la loi et l'humanité*? E qual è il grado di 'ingiustizia legale' che fa del diritto il suo opposto, non espressione di un potere legittimo, ma dell'abuso del diritto? Sono solo alcuni dei temi che tratta questo contributo, confrontando il diritto di oggi con quello di ieri, la realtà italiana con quella internazionale, il presente con l'evoluzione storica, la democrazia con i suoi nemici, reali o presunti.

2. *Patti suicidi.*

I confini delle figure di 'reus', 'inimicus' e 'hostis', disegnano il possibile spazio dell'autonomia del diritto penale; spazio possibile, necessario ma sempre complesso. La neutralizzazione dell'inimicizia è il codice segreto del diritto penale, ma è anche il terreno di sfide e investimenti razionali che non si vincono una volta per tutte: in gioco sono, quotidianamente, la progressiva autonomia dei sistemi giuridico penali, ma anche l'incorporazione del problema della

devianza esclusivamente nel contesto del diritto. La tappa fondamentale sta nella conquista di autonomia della sovranità nella figura del politico e nella sua legge. Il monopolio della violenza legittima e la differenziazione tra la figura del nemico esterno e del criminale ne individuano l'origine. Con lo Stato moderno la criminalità diventa oggetto di attenzione e di controllo da parte della 'legalità' che si accompagna all'instaurazione della sovranità grazie a un contratto che definisce i comportamenti collettivi dei 'cittadini' sudditi tra loro e tra loro, come singoli, e il sovrano. Da quel momento in poi il nemico interno si trasforma in neutro trasgressore di una legge giurata da tutti e garantita dal sovrano. Si dovrà aspettare che nasca l'idea del soggetto astratto e del cittadino perché il criminale diventi soltanto un imputato e poi un reo che viola la legge, ma la linea è già tracciata. L'illuminismo scaverà in questo solco una differenza importante tra il diritto e l'arbitrio punitivo, tra il nemico e il trasgressore. Nonostante questa distinzione tuttavia, la figura del *reus* tornerà a sovrapporsi a quella dell'*hostis* — e non dell'*inimicus*, in quanto nemico necessariamente pubblico — tutte le volte in cui il diritto, da procedura di neutralizzazione del conflitto, tornerà ad essere il 'mimo della guerra e della festa' (Nietzsche).

Il rischio che il diritto perda così la sua differenza rispetto alla violenza si manifesta oggi nei sistemi penali, con intensità variabili, prefigurando tratti del c.d. diritto penale del nemico, evidenti in particolare nella deformalizzazione delle garanzie sostanziali e processuali, nel riemergere del cognitivismo etico, della colpa d'autore e di logiche sostanzialiste. Ciò si verifica spesso rispetto ai reati di particolare 'allarme sociale' (termine assunto addirittura nel titolo di alcuni recenti disegni di legge) ed alle figure soggettive che ne rappresentano gli autori (dai terroristi ai mafiosi agli *outsiders* sociali ai migranti). In questo senso il paradigma del 'diritto penale del nemico', di cui oggi sempre più si discute, può quindi essere un utile parametro di valutazione di questa desecolarizzazione e deformalizzazione del diritto penale, che da tecnica di tutela di beni giuridici, torna ad essere strumento di esclusione e lotta contro nemici opportuni, suppletivo di ogni altra forma di controllo sociale e tale da contrapporre alla colpevolezza per il fatto la colpa d'autore e per la condotta di vita, all'offensività la prevenzione, alla responsabilità la pericolosità individuale e sociale, alla rieducazione finalizzata al

reinserimento sociale, la neutralizzazione e lo stigma come forma di esclusione dalla sfera della cittadinanza. Il concetto di ‘diritto penale del nemico’ – cui si vorrebbe ricondurre la disciplina attuale dei reati di maggior allarme sociale — è per sua natura suscettibile di molteplici implicazioni. Individua un codice binario, *nemico/cittadino*, che riproduce e trasforma, ribadisce e revoca ad un tempo, il codice politico dell’*amico/nemico*. Più degli altri, il sistema penale ‘custodisce metamorfosi’ e conserva strati di senso densi di significato. Quel codice segna l’ultima fase di uno scivolamento semantico che ha visto i sistemi politici lavorare con differenziazioni ‘paradossali’: amico/nemico, *inimicus/hostis* (nemico interno/nemico esterno), nemici/criminali. In questa complessa semantica storica il criminale segna l’incorporazione e la ‘paradossale’ neutralizzazione della figura del nemico all’interno del sistema penale. Ne conserva paradossalmente l’origine e ne sancisce la differenza. Ma rimane gioco ‘paradossale’, che mostra un volto doppio: revoca e conferma, ribadisce e smentisce ad un tempo. Inseguirlo in queste oscillazioni significa riattraversare dimensioni inattese della questione della penalità, oltre che gli aspetti più profondi della sua *communitas*. Se la formula del diritto penale del nemico ci riporta alla coppia oppositiva classica, che compare già con Antigone e Socrate, la sua cornice teorica è certamente più complessa, facendo riferimento da un lato al funzionalismo sistemico luhmanniano e dall’altro riproducendo il recente dibattito sulla questione criminale nella società del rischio e della legittimazione del diritto penale nello Stato di diritto, dopo *Ground Zero*, in un contesto sociale e politico chiamato ad affrontare la sfida della globalizzazione e della stessa crescente assunzione, da parte del crimine, di dimensioni transnazionali. Profilo non secondario, questo, nella misura in cui la perdita di distinzione tra spazio interno e proiezione esterna della sovranità travolge anche la differenza categoriale tra criminale e nemico, su cui si fonda la modernità.

È tuttavia significativo che il dibattito sul diritto penale del nemico si intensifica proprio dopo l’11 settembre e coinvolge in primo luogo (sebbene non essenzialmente) il tema della legittimità della normativa antiterrorismo, adottata dai Paesi occidentali in seguito alle stragi di *Ground Zero* e alla percezione di vulnerabilità che esse hanno prodotto, finanche nella potenza maggiore del

pianeta, ritenuta tradizionalmente baluardo della democrazia: gli Stati Uniti. Questo per varie ragioni. Innanzitutto per il carattere intrinsecamente politico dei delitti di terrorismo se considerati come crimini commessi nel contesto di stati democratici, qualificati quindi come fatti eversivi non semplicemente dell'ordine pubblico ma dell'ordinamento costituzionale e democratico. La Corte costituzionale francese, ad esempio, ha motivato le deroghe ad alcuni diritti fondamentali, disposte dalla legislazione antiterrorismo, proprio sulla base della natura politica di tali delitti. Ed anche da noi, di recente, ci si è domandati se davvero si possa fermare un kamikaze con il codice penale, suggerendo l'introduzione, anche nel nostro ordinamento, di misure di prevenzione del terrorismo, che marginalizzino (come avviene negli USA) il ruolo della giurisdizione e della legge penale, conferendo più ampi spazi di intervento all'esecutivo (il cui operato dovrebbe soggiacere in primo luogo a criteri di responsabilità politica) e soprattutto ai servizi di *intelligence*, la cui azione si muove in quella zona grigia tra legalità e illegalità, per difendere la società da coloro che non rappresentano soltanto dei criminali, ma dei veri e propri nemici per la sicurezza dello Stato (si vedano i numerosi articoli di A. Panebianco sul « Corriere della Sera »⁽³⁾). Di fronte ai rischi del terrorismo quindi, qualsiasi deroga ai principi e alle garanzie previsti dal nostro sistema penale sarebbe in questa prospettiva legittima purché efficace, ritenendosi che « i principi servono solo se si resta vivi », e che sarebbe questo il male minore da scegliere, di fronte ai pericoli cui il terrorismo espone la democrazia.

Se il terrorismo ha quindi rappresentato da sempre il presupposto per la costruzione di un diritto penale speciale e derogatorio di principi e garanzie fondamentali, è soprattutto perché esso di per sé ha come obiettivo primario quello di diffondere — con l'uso, a fini intimidatori, della violenza nei confronti di vittime casuali e fungibili, scelte solo in quanto membri della società civile — sfiducia nella capacità degli organi statali di assicurare l'incolumità pubblica e la sicurezza collettiva, con lo scopo di favorire così il sovvertimento

⁽³⁾ In particolare, A. PANEBIANCO, *La nuova guerra (negata). Perché l'Italia senza poteri d'emergenza non può affrontare il terrore globale*, in « Il corriere della sera », 3.9.2006, p. 1.

delle strutture istituzionali costituite. Questo obiettivo essenziale ha caratterizzato le azioni dei vari gruppi terroristi anche nel secolo scorso, inducendo così gli Stati ad adottare legislazioni speciali, accomunate, pur nelle peculiarità proprie di ciascuna, dall'estensione dell'area del penalmente rilevante a comportamenti anche privi di offensività a terzi; dall'estensione dei reati di sospetto, di opinione e di pericolo indiretto; dall'ampliamento delle misure preventive di polizia; dal rafforzamento dei poteri di controllo e di indagine delle autorità di pubblica sicurezza, anche a scapito di quelli dell'autorità giudiziaria (di cui spesso si è cercato di circoscrivere la discrezionalità); da un generalizzato (e a volte indiscriminato) aumento delle pene in funzione deterrente; dall'adozione, nei confronti dei cittadini (ma anche e soprattutto degli stranieri) di misure limitative delle libertà personale, di domicilio, di associazione, di circolazione e di soggiorno, della *privacy* e della segretezza delle comunicazioni; dalla sospensione dell'*habeas corpus*; dalla deroga alle garanzie dell'equo processo e a volte anche del principio di legalità. Ed è significativo che diverse costituzioni, anche europee, prevedano espressamente l'esigenza di contrasto del terrorismo quale requisito di legittimità di deroghe significative a diritti e libertà fondamentali.

Ovviamente, non tutti i diritti e le libertà sono derogabili, sulla base della mera esigenza di contrasto al terrorismo, non solo perché le misure speciali devono essere e adeguate e proporzionali rispetto al fine perseguito, ma anche perché esiste un 'nocciolo duro' dello *jus cogens*, rappresentato da garanzie e diritti assoluti, non suscettibili di negazione, almeno nel loro nucleo essenziale, per ragioni di bilanciamento con interessi diversi. Ed anzi, il grado di tenuta effettiva delle democrazie si misura proprio, oggi come ieri, sulla capacità del sistema giuridico e politico di delineare un bilanciamento — il più possibile equo — tra norme ed eccezioni, diritti individuali e difesa sociale, libertà del singolo e sicurezza della collettività. In uno Stato di diritto democratico, infatti, l'imperativo '*salus Rei publicae* (o, nella versione ciceroniana, *salus populi*) *suprema lex esto*' può valere soltanto entro certi limiti ed esclusivamente in determinate condizioni. Di più. La stessa idea di sicurezza assunta a fondamento di politiche penali repressive o comunque derogatorie di diritti e libertà fondamentali, rappresenta un parametro espressivo della tenuta del sistema democratico e degli equi-

libri costituzionali, pur nell'ambito di ordinamenti che prevedono espressamente la sicurezza come diritto costituzionalmente tutelato (cfr. ad es., artt. 27 Cost. portoghese e 17 Cost. spagnola; ma v. anche art. 5, comma 1, CEDU e già l' art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789). E infatti — pur considerandola come diritto soggettivo e non quale limite all'esercizio dei diritti fondamentali, per la tutela di interessi individuali e collettivi — la sicurezza è nozione ambivalente, che può essere declinata come protezione dell'incolumità individuale e dei beni (il fine del *pactum unionis et subiectionis*; il requisito di legittimazione dello Stato nel contrattualismo classico) o come sicurezza dei diritti (civili, politici, sociali) e delle libertà garantiti dallo Stato; come tutela dell'ordine pubblico o come garanzia dell'*habeas corpus*, inteso nelle sue diverse accezioni; presupposto per l'esercizio di ogni altro diritto e per il superamento delle disuguaglianze (in tal senso, cfr. art. 1 della legge francese del 15 novembre 2001). Il rischio però è quello di una sovrapposizione della *sécurité* alla *sûreté*. Nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 la *sécurité* costituiva il diritto del cittadino alla garanzia, da parte dello Stato, della sicurezza: sicurezza, quindi, *nel* (e mediante lo) Stato; la *sûreté* indicava il diritto 'naturale ed imprescrittibile dell'uomo: sicurezza (quale sfera di intangibilità) *dallo* Stato. Le politiche attuali rischiano di ridurre questa dicotomia ad un'equazione, come se la *sûreté* non potesse che realizzarsi nella *sécurité* (4).

Insomma, ogni idea di sicurezza esprime una specifica antropologia politica: dal bisogno primordiale per la cui soddisfazione ogni mezzo è lecito, alla costruzione complessa della modernità giuridica e politica, che nasce proprio dall'aver regolamentato quel bisogno primordiale entro limiti determinati, secondo un bilanciamento tra valori contrapposti ed egualmente meritevoli di tutela, primo fra tutti la libertà, nelle sue molteplici declinazioni (5). Al punto che la democrazia — che non può certo essere un 'patto suicida' — appare oggi come ieri quale il risultato, inevitabilmente approssimativo, di una

(4) M. PALMA, *Ristretti e detenuti: la situazione europea*, in « Questione Giustizia », 2004, pp. 437 ss. Per una riflessione sull'ampiezza del concetto di "sicurezza" sotteso alla legge 94/2009, v. la lettera inviata ai Ministri dell'interno e della Giustizia contestualmente alla promulgazione del provvedimento.

(5) S. RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in *Quale libertà*, a cura di M. Bovero, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 56 ss.

tensione costante tra libertà e sicurezza, e la capacità di tenuta del suo ordinamento ben si esprime nel “grado di libertà che si può lasciare ai cittadini senza mettere in pericolo quella libertà la cui protezione è compito dello Stato” (6). E se il terrorismo rappresenta oggi una delle più gravi minacce alla sicurezza dei singoli e della collettività, è evidente come nel bilanciamento tra garanzie individuali e difesa sociale — sotteso alle legislazioni di contrasto a questa particolare forma di criminalità — si possa rinvenire una delle espressioni più significative del carattere democratico o meno di un ordinamento.

La ‘*resilience*’, la resistenza delle democrazie di fronte alla sfida terrorista si è quindi misurata proprio sulla capacità di ciascun sistema giuridico e politico di non violare — in nome della difesa sociale — i principi stessi su cui si basa lo Stato di diritto e il nocciolo duro dello *jus cogens* e in generale del diritto internazionale. Le democrazie hanno quindi dovuto dimostrare di saper lottare contro il terrorismo « con una mano dietro la schiena » (7), nella consapevolezza che rinnegare i propri principi costitutivi avrebbe significato cedere alla sfida terrorista, fare il gioco dei ‘nemici’. E l’equilibrio, proprio delle democrazie costituzionali, tra difesa sociale e rispetto di principi, garanzie, libertà e diritti fondamentali, è oggi sempre più fragile in ragione dell’esigenza di contrastare le nuove forme con cui il terrorismo (internazionale, islamista, jihadista) si manifesta. Il rischio di violare i principi fondamentali dello Stato di diritto, proprio in nome della difesa della democrazia dai suoi ‘nemici’, è insomma una delle sfide più difficili che la strategia del terrore pone al costituzionalismo moderno. Al punto che, proprio nel contesto della guerra preventiva al terrorismo — combattuta dagli Stati Uniti per difendere la democrazia non solo in patria, ma in tutto il mondo — i giudici della Corte Suprema, nel sindacare la legittimità delle norme antiterrorismo derogatorie persino dell’*habeas corpus* e di alcuni principi fondativi della Costituzione, hanno affermato che, proprio nei momenti di emergenza, i diritti fondamentali devono essere garantiti anche attraverso riti e

(6) K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, Armando Editore, 1993, I, p. 160.

(7) A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l’amministrazione della giustizia*, in « *Politica del diritto* », 2003, 1, p. 11.

procedure che ne assicurino l'effettività, « al fine di preservare la fiducia in patria per i valori per cui stiamo combattendo all'estero ». Non è un caso che tale affermazione, significativa e importante nella sua assertività, sia stata resa proprio in relazione ad un giudizio di legittimità costituzionale dei *Patriot Acts*, che hanno inteso giustificare limitazioni prima impensabili alle libertà e ai diritti dei cittadini statunitensi, ma soprattutto degli stranieri, in nome della difesa della società dalla minaccia terroristica.

La qualificazione identitaria del criminale come nemico pubblico trova del resto nel terrorista una delle sue espressioni paradigmatiche, in quanto simbolo di una contrapposizione frontale all'ordinamento giuridico-politico costituito, al punto che ci si chiede addirittura se il terrorista possa essere considerato dal diritto come persona, e non invece come mera fonte di pericolo, da neutralizzare in nome della sicurezza collettiva, attraverso misure d'eccezione (G. Jakobs). In questa rappresentazione del terrorista come *iniustus hostis*, torna la logica sostanzialista e cognitivista di cui parlava Carl Schmitt a proposito del nemico assoluto: « Armi extraconvenzionali richiedono uomini extraconvenzionali. Esse li presuppongono, non certo come postulato di un lontano futuro, anzi suggeriscono che essi in realtà sono già fra noi. L'estremo pericolo non risiede perciò neppure nella presenza di mezzi distruttivi totali o in una intenzionale malvagità umana. Esso risiede nella *ineluttabilità di un obbligo morale*. Quegli uomini che usano simili mezzi contro altri uomini si vedono costretti ad annientare questi altri uomini, cioè le loro vittime, anche moralmente. Essi devono bollare la parte avversa come criminale e disumana, come un *non-valore assoluto*, *altrimenti sarebbero essi stessi dei criminali e dei mostri*. La logica di valore e disvalore dispiega tutta la sua devastatrice consequenzialità e obbliga a creare sempre nuove e più profonde discriminazioni, criminalizzazioni e svalorizzazioni, *fino all'annientamento di ogni vita indegna di esistere* [...]. Il nemico è la messa in questione di Noi come figure. Si situa sul mio stesso piano. Per questa ragione devo contendere con lui nel corso di uno scontro, per conquistare la misura di me stesso, il mio proprio limite, la mia figura » (8).

(8) C. SCHMITT, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Berlin, 1963; trad. it. Milano, Adelphi, 1981, p. 68.

In questa sovrapposizione tra nemico e criminale risiede il carattere fondativo delle politiche penali adottate in particolare dopo l'11 settembre 2001, fondate sulla prevalenza assoluta della difesa sociale rispetto alle garanzie e ai principi dello Stato di diritto, e sull'appartenenza identitaria del trasgressore a categorie soggettive qualificate come pericolose per l'intera collettività e come tali non meritevoli di inclusione nella sfera della cittadinanza e del diritto penale delle garanzie. Le stragi dell'11 settembre hanno infatti contribuito ad accentuare i caratteri illiberali e autoritari della normativa antiterrorismo, in nome dell'esigenza della sicurezza interna e internazionale, rispetto a un nemico (quale Al Qaeda) onnipresente, organizzato in una struttura reticolare e acefala, e come tale più difficile da colpire con strategie mirate e puntuali. Il *jihad* ha dimostrato inoltre la difficoltà di contrastare il terrorismo suicida con norme penali che facciano leva sulla razionalità della deterrenza e della prevenzione, che non possono minimamente influire, com'è ovvio, su chi è disposto a sacrificare persino la propria vita e il proprio corpo per farne strumento di offesa e violenza. Gli Stati hanno così acquisito la consapevolezza di aver perso il monopolio dell'esercizio della violenza legittima, di fronte a un pericolo legato a singoli e reti che agiscono nell'ombra, con il ricorso a metodi, logiche e risorse che sfuggono al controllo statale, favorendo una tendenza all'inasprimento generalizzato delle pene e all'estensione dei poteri di polizia, a scapito di quelli degli organi giurisdizionali e del principio di legalità.

Il sistema penale quindi si è progressivamente modellato — almeno nei settori relativi ai reati di maggiore allarme sociale — sul paradigma della *war on crime*; significativamente, *'war'* e non *'fight'*, dunque guerra e non lotta né contrasto, in quanto presuppone l'assunzione di una posizione in un certo senso 'partigiana', non equidistante. Non si tratta dunque del mero accertamento — *sine ira ac studio* — e della sanzione di 'semplici' violazioni di legge o della repressione di fenomeni che ne costituiscono l'espressione, ma dell'assunzione di una logica di scontro frontale, di conflitto e di difesa dello Stato rispetto a soggetti — più che fatti — rappresentati o comunque ritenuti ostili alla *salus rei publicae* e perciò temibili e temuti. Questo approccio pragmatico al contrasto del crimine, che associa fino a confonderle sicurezza nazionale e difesa sociale,

basandosi su di un concetto sfumato di pericolosità presunta dalla mera appartenenza del singolo a una categoria definita come ‘nemica’, determina ovviamente una deformalizzazione profonda del sistema penale nelle sue diverse componenti: il fatto di reato (che sfuma sempre di più verso atti meramente sintomatici di un’intenzione), la colpevolezza (costruita più come colpa d’autore, per l’intenzione o la condotta di vita che non come colpa per il fatto) e la pena (in cui sulla finalità di reinserimento sociale prevale la componente preventiva e di neutralizzazione). Si pensi che nell’ordinamento statunitense, in virtù delle norme dei *Patriot Acts* e dei decreti presidenziali attuativi o integrativi di tali norme, si è creata una categoria soggettiva — quella degli *unlawful enemy combatants* — sottratta tanto alle garanzie del processo penale, quanto alle regole ordinarie della giustizia militare. La sovrapposizione del diritto alla logica di guerra e alla semantica bellica, in questo senso, è servita più che altro all’esercizio dei poteri straordinari riconosciuti al Presidente in caso di guerra e alla giustificazione delle deroghe previste al diritto comune. E tuttavia, la natura ‘criminale’ prima che bellica del fenomeno normato — il terrorismo — ha comportato inevitabilmente l’inapplicabilità almeno in una parte significativa della legge marziale, determinando così l’assunzione di un paradigma del tutto peculiare — quello della ‘*war on crime*’ o del diritto penale del nemico — al crocevia tra diritto e guerra.

Se quindi questo diverso paradigma di giustizia penale ostile innerva fino a trasformarle profondamente, le regole, i riti e le categorie tradizionali del sistema penale, esso determina un significativo mutamento di equilibrio anche nel rapporto tra i suoi attori istituzionali, spesso dovuto alla rappresentazione come emergenziali dei fenomeni normati. La tematizzazione come emergenziali di fenomeni spesso strutturali o comunque non temporanei determina quindi in primo luogo una prevalenza, anche nell’attività nomotetica, del ruolo dell’esecutivo a scapito del Parlamento. Ciò avviene o in virtù del ricorso alle procedure previste per lo stato d’emergenza (quando non di eccezione) che vedono ovviamente una netta prevalenza dell’azione del Governo e una contestuale marginalizzazione del ruolo parlamentare ovvero, in ordinamenti come il nostro che non tipizzano l’emergenza né l’eccezione quale fonte del diritto, con il ricorso a provvedimenti d’iniziativa governativa: dalla decreta-

zione d'urgenza alle ordinanze contingibili e urgenti. Basti pensare ad esempio che la risposta italiana all'11 settembre è passata essenzialmente dall'introduzione di norme penali mediante decreto-legge – concepito quale strumento principale di espressione della politica criminale governativa — e decreti emergenziali, emanati sulla base della legge 225/1992 e dunque idonei anche a derogare a norme di legge (ad es., il decreto che il 28 marzo 2003 ha dichiarato lo stato di emergenza in relazione alla tutela della pubblica incolumità dovuta alla situazione di crisi internazionale e l'ordinanza n. 3275 dello stesso giorno, contenente disposizioni urgenti per fronteggiare la medesima crisi internazionale). Nel nostro ordinamento peraltro — che pur non disciplina lo stato d'emergenza — la rappresentazione come emergenziali di fenomeni criminali cui la politica ha risposto con l'adozione di norme limitative dei diritti, ha avuto un peso determinante nello scrutinio di ragionevolezza operato dalla Corte costituzionale, che ha talora condotto anche all'adozione di sentenze di incostituzionalità differita, che se da un lato hanno lanciato un monito al legislatore circa l'eccezionalità delle limitazioni dei diritti previste, dall'altro hanno le hanno giustificate proprio in ragione del carattere temporaneo della misura, volta dichiaratamente ad affrontare un'emergenza; come tale non permanente (cfr., ad es., Corte cost., sentt. 15/1982; 29/1979; 87 e 88/1976), contestualmente invitando i giudici a un'interpretazione appunto costituzionalmente orientata delle norme di riferimento. L'emergenza ha quindi assunto da noi le forme di parametro interpretativo adottato dalla Consulta, in relazione a situazioni di crisi di varia natura, suscettibili di orientare il *balancing test* e lo scrutinio di ragionevolezza secondo una lettura meno rigorosa, più flessibile, dei principi costituzionali.

L'emergenza dunque come una sorta di argomento a favore della presunzione di legittimità delle norme impugnate, tale da comportare una flessibilizzazione del sindacato di ragionevolezza, introducendo al suo interno un'esigenza di valutazione in concreto del contesto, anche diacronico, di riferimento della legge. Non si tratta peraltro di una tendenza limitata alla nostra Corte costituzionale, essendo stata adottata anche dalla Corte suprema statunitense in relazione a tutti i c.d. *Guantanamo cases* (vds., ad es., le decisioni Hamdi, Rumsfeld e Padilla, decise il 28.6.2004; la sentenza Hamdan

del 29.6.2006 e il caso Boumediene, deciso il 12.6.2008), ma anche dalla Corte EDU e non da ora, in sede di valutazione della proporzionalità delle deroghe ai diritti fondamentali, sancite dalla legislazione nazionale, soprattutto in materia di contrasto al terrorismo (cfr il caso *Gitonas c. Grecia*, 1997).

Non vanno comunque sottovalutati gli effetti connessi al sempre più frequente ricorso a normative eccezionali o derogatorie, soprattutto in materia penale, giustificate in nome dell'esigenza di difendere la società da emergenze di volta in volta individuate in forme di criminalità (per tutte: il terrorismo, la mafia) ritenute di pericolosità tale da richiedere l'adozione di misure straordinarie. Questa tendenza alla normalizzazione dell'eccezione, attuata anche attraverso l'elusione delle procedure costituzionalmente previste per la normalizzazione d'emergenza (si pensi alla legge tedesca sulla sicurezza aerea: *Luftsicherheitsgesetz* 2004) produce infatti una sovrapposizione tra le due principali concezioni storiche dell'emergenza: quella schmittiana e quella affermata più recentemente, in seguito al secondo conflitto mondiale. Se la prima, considerando l'emergenza quale "Epifania", momento privilegiato di manifestazione del politico, attribuisce all'esecutivo un ruolo centrale (sovrano è chi decide sullo stato di eccezione) con la conseguente netta marginalizzazione del Parlamento, la seconda — pur limitando la portata eversiva dell'emergenza, ricondotta nell'ambito della dialettica tra autorità e libertà — ammette pur sempre la possibilità che la ragion di Stato prevalga, in condizioni di necessità, sulle logiche dello Stato di diritto, in virtù di quello che Ipsen, nel 1936, definiva 'accordo non giustiziabile' tra l'autorità del governo e i diritti di libertà dei cittadini. Resta il fatto che l'emergenza — oggi, in un contesto di *Weltinnenpolitik*, non più interna ma se mai internazionale — continua a rappresentare il momento e l'occasione per la concentrazione del potere e la limitazione dei diritti, da parte di una politica incline a far prevalere la governamentalità sulla sovranità, nell'accezione foucaultiana richiamata, proprio a proposito del post-11 settembre, da Judith Butler ⁽⁹⁾. La vicenda americana e Guantanamo in particolare sembrano infatti indicare una prevalenza sulla sovra-

⁽⁹⁾ J. BUTLER, *Precarious Life: The Power of Mourning and Violence*, London-New York, Verso, 2004, pp. 21 ss.

nità — esercizio legittimo del potere — della governamentalità — il controllo della mobilità dei soggetti da parte del potere politico, a prescindere dalla sovranità. In questo equilibrio, l'emergenza sembra favorire la progressiva penetrazione dell'esercizio governamentale del potere nella sfera tradizionalmente propria della sovranità. Di più. La frequente tendenza a tematizzare come emergenziali fenomeni spesso strutturali, anche eludendo le procedure costituzionalmente previste per lo stato d'emergenza, rischia di favorire una sorta di normalizzazione dell'eccezione attraverso la legge. Quella « *normalisierende Vergesetzlichung* » di cui già nel 1978 parlava Böckenförde, che valorizzando la distinzione schmittiana tra *Gesetz* e *Massnahme*, tra 'legge' e 'provvedimento', osservava come la tendenza sempre più frequente ad una « legalizzazione normalizzante », invece di rafforzare lo Stato di diritto come governo della legge, rischi di ridurre la legge a provvedimento situazionale, separando così legge e forza di legge: « nel diritto della normalità si infiltreranno delle generalizzate disposizioni di difesa contro lo stato di eccezione (*Ausnahmeabwehrregelungen*) che pezzo per pezzo trasformeranno il diritto della situazione normale a danno dell'ordine di libertà in esso contenuto ». Emblematica in tal senso è la legge tedesca sull'isolamento dei prigionieri del 30 settembre 1977, emanata nel quadro del contrasto alla RAF (*Rote-Armee-Fraktion*), che con una mera modifica alla legge sull'ordinamento giudiziario e senza ricorrere alle procedure previste per le disposizioni di emergenza, ha legittimato un trattamento penitenziario speciale nei confronti di detenuti per delitti di terrorismo. A dimostrazione di come « il decisionismo dell'assioma hobbesiano e schmittiano, ovvero *auctoritas, non veritas facit legem*, sia oggi la tentazione ed allo stesso tempo la responsabilità del legislatore democratico » ⁽¹⁰⁾.

3. *Codici e kamikaze.*

Non va sottovalutato come questo mutamento in atto del paradigma emergenziale sia strettamente correlato alla declinazione in

⁽¹⁰⁾ E. DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim, Beltz Athenäum 1994, 52 e *passim*.

forme nuove di categorie quali *sicurezza* e *prevenzione*, le quali sembrano sfuggire ai parametri di temporaneità e proporzionalità allo scopo, cui tradizionalmente ricorrono le Corti in sede di scrutinio sulla ragionevolezza e la legittimità delle misure emergenziali. Parametri, questi, che difficilmente possono applicarsi a concetti sfumati come quelli di un astratto diritto alla sicurezza e di esigenze di prevenzione di pericoli e paure diffuse di cui non è sempre agevole individuare le fonti. E se questo aspetto si lega alla tematizzazione di un astratto diritto alla sicurezza, in funzione vicaria rispetto alla sicurezza dei diritti garantiti dallo Stato sociale nella loro concretezza e pluralità, esso riflette il passaggio dall'affermazione — con il costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra — dei bisogni reali come diritti, in funzione inclusiva, ad una sicurezza declinata in termini difensivi ed escludenti, di mera conservazione di beni e prevenzione di rischi. Al punto che in Germania si è guardato con preoccupazione al passaggio dallo Stato di diritto allo Stato di prevenzione (*Prävention-Staat*), attribuito a una legislazione fondata prevalentemente sull'estensione dei poteri di polizia e degli stessi servizi di intelligence, ma anche e soprattutto sull'incriminazione di condotte meramente sintomatiche di un indice di pericolosità, prive dei requisiti minimi richiesti in genere per la punibilità. Gli eventi dell'11 settembre hanno ovviamente avuto un ruolo determinante nel rafforzare il legame tra sicurezza e prevenzione da un lato ed emergenza dall'altro, ma lungi dal segnare una inversione di tendenza nella politica — soprattutto penale — degli Stati occidentali, si sono più che altro limitati ad accelerare questo processo, iniziato già a partire dalla fine dell'equilibrio bipolare e della guerra fredda. La scomparsa della divisione del mondo in due blocchi contrapposti, ciascuno con il proprio 'nemico pubblico', ha fatto saltare l'equilibrio retto sulla distinzione di confine, aprendo a quella che Habermas definisce 'politica interna del mondo', in cui persino le fonti di rischio appaiono delocalizzate e di difficile individuazione e inducono spesso a vedere semplicemente nell'altro una minaccia. In questo processo certamente ha avuto un peso decisivo la dimensione transnazionale del crimine e in particolare del terrorismo; non più volto all'eversione di un singolo ordinamento, ma alla contrapposizione radicale a un sistema di valori e percepito quindi come

pericoloso per la 'sicurezza pubblica mondiale'. Ne è derivata una declinazione in forme nuove dello stesso concetto di ordine pubblico, inteso in un'accezione non più statica, di difesa legittima e sussidiaria delle comunità e delle persone, ma dinamica e *preventiva* (la '*Preemptive Strike*' evocata dall'amministrazione Bush), al punto che lo stesso Consiglio di sicurezza dell'ONU, nelle Risoluzioni n. 1368 e 133 del 12 e 28 settembre 2001, ha autorizzato l'intervento statunitense in Afghanistan e Iraq sulla base del 'diritto naturale' all'*anticipatory self-defence*.

La prevalenza attribuita — anche in materia penale — al momento preventivo su quello repressivo determina inoltre un accrescimento dei poteri e delle funzioni attribuiti all'esecutivo, alle autorità di pubblica sicurezza e finanche ai servizi di intelligence nel contrasto (anche mediante le attività sotto copertura degli agenti provocatori) a fenomeni che lo Stato intende prevenire più che giudicare. Ne deriva una significativa marginalizzazione della funzione giurisdizionale — limitata finanche nella conoscenza di fonti di prova spesso segretate per ragioni di sicurezza — sempre di più percepita come interferenza indebita nell'operato dell'esecutivo. Si pensi ad esempio alle procedure di riesame della qualificazione come 'nemico combattente' e della conseguente detenzione amministrativa a tempo indeterminato del soggetto così classificato, istituite negli Stati Uniti ai sensi del *Detainee Treatment Act of 2005* e del *Military Commissions Act of 2006*, ove né al ricorrente né al suo difensore è concesso di prendere visione degli elementi di prova adottati dal Governo a sostegno della qualificazione e della legittimità della detenzione, qualora essi siano secretati e la relativa *disclosure* possa pregiudicare la sicurezza nazionale. Ove si consideri come la maggior parte, se non la totalità dei ricorsi di questo tipo si fondano su elementi di prova secretati, si comprende come l'esercizio del diritto alla difesa, proprio in materia *de libertate*, sia sostanzialmente precluso; ragione che ha indotto la Corte Suprema a ritenere questo tipo di ricorsi '*unfair*' e come tali inidonei, secondo gli standards della *due process clause*, a costituire un valido sostituto dell'*habeas corpus proceedings*, costituzionalmente sancito proprio a tutela della libertà rispetto a detenzioni arbitrarie (cfr., ad es. *U.S. Supreme Court*, in re *Boumediene et al. vs. Bush*, 12 giugno 2008). Del resto,

pur senza giungere a questi estremi, quasi tutti gli ordinamenti europei e non, hanno previsto delle procedure particolari per l'acquisizione in giudizio delle prove secrete per ragioni di sicurezza nazionale, proprio in relazione ai processi in materia di terrorismo internazionale, dopo l'11 settembre 2001, a dimostrazione di come questo tema comporti la commistione di istituti e logiche del diritto e del processo penale con politiche di sicurezza e attività o fonti di *intelligence*.

Quello della tendenziale sottrazione alle garanzie del processo penale e del controllo giurisdizionale rappresenta del resto un dato comune alle normative volte al contrasto del terrorismo o di altri reati di grave allarme sociale. Vanno ricondotte a questa tendenza ad esempio anche le misure — introdotte con sempre maggiore frequenza dal legislatore — che, nonostante la loro qualificazione come amministrative, comportano significative limitazioni alla libertà personale (si pensi, da noi, all'espulsione coattiva applicata a titolo di misura amministrativa o di prevenzione dal prefetto o dal Ministro dell'Interno — qualificate come limitative della libertà personale dalla Consulta, con sentenze quali ad esempio la n. 223/2004), all'allontanamento immediato e forzoso dei cittadini comunitari da parte dell'autorità amministrativa, alla detenzione amministrativa degli *enemy combatants* negli USA o ai *derogation orders* dell'Anti Terrorism Act inglese del 2001). Lo stesso ruolo di garanzia delle Corti costituzionali o delle giurisdizioni di 'amparo', deputate alla salvaguardia dei diritti fondamentali, viene rappresentato come un ostacolo al perseguimento, da parte delle autorità amministrative, delle finalità di prevenzione loro attribuite da norme che sanciscono sempre più spesso deroghe a principi costituzionali o allo *jus cogens*. Particolarmente significative in proposito le parole del Justice Scalia, nella *dissenting opinion* resa il 12 giugno 2008 in re *Boumediene vs. Bush* (553 U.S. Supreme Court, 06-1196), laddove si definisce sostanzialmente un abuso di potere e un'interferenza indebita nelle decisioni militari l'intervento della Corte volto a riconoscere anche ai 'nemici combattenti' stranieri il diritto ad essere giudicati dalle corti federali in materie attinenti la libertà personale e la protezione da detenzioni illegittime: "the Court's intervention in this military matter is entirely *ultra vires*", ritenendo che le garanzie giurisdizionali affermate dalla Corte

attribuiscono all'esecutivo e in particolare alle forze militari "l'impossibile compito, insostenibile onere, di provare dinanzi a una corte civile, alla stregua di chissà quali standard la Corte Suprema fisserà in futuro, le prove a sostegno della legittimità della detenzione ordinata nei confronti di tutti e di ciascuno dei nemici prigionieri", ammonendo la Corte che la "Nazione rinfaccerà a vita tale decisione". Non dissimile la posizione del giudice Thomas nella *dissenting opinion* sul caso Hamdi v. Rumsfeld del 28.6.2004, ove afferma che l'ordine giudiziario non dovrebbe sottoporre a un controllo, sia pur di legittimità, le prerogative dell'esecutivo e che la sicurezza nazionale non dovrebbe essere sottoposta ad una 'valutazione giudiziaria a posteriori'.

Tuttavia, nonostante questo tentativo di delegittimazione e marginalizzazione del ruolo delle giurisdizioni superiori, esse, come dimostra la giurisprudenza della Corte statunitense sui Guantanamo cases, non hanno declinato la propria funzione di garanzia dei diritti e di limite alle scelte politico-criminali dei legislatori nazionali. Si pensi in proposito, solo a titolo esemplificativo, alle sentenze interpretative di rigetto rese dalla Consulta al fine di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina penitenziaria speciale di cui all'art. 41-*bis* l. 354/1975, o alle pronunce del Tribunale Costituzionale federale tedesco, che al fine di limitare la sfera di applicazione delle intercettazioni ambientali ha richiamato, con la decisione del 3 marzo 2004, l'esigenza di un'interpretazione pregnante del diritto alla riservatezza e alla dignità. Ancora, il valore della dignità, sancito all'art. 1 della Costituzione tedesca, è stato determinante nella declaratoria di incostituzionalità della *Luftsicherheitsgesetz* del 2004, secondo cui il Ministro della difesa avrebbe potuto autorizzare l'uso delle forze armate, anche aprendo il fuoco, contro aerei civili dirottati e suscettibili di essere scagliati contro persone o zone abitate. La stessa Corte suprema di Israele, pur riconoscendo la possibilità di derogare a taluni principi anche costituzionali in ragione della minaccia terroristica, ha censurato l'istituzione di una categoria di soggetti '*beyond the law*' come quella dei nemici combattenti, i quali non possono essere sottratti alle garanzie previste dal diritto umanitario: « costoro non sono al di là della legge, né fuori legge. Dio ha creato anch'essi a sua immagine e somiglianza, la loro dignità va onorata e pertanto ad essi

devono essere riconosciute le garanzie previste dal diritto internazionale » ⁽¹¹⁾.

Né va sottovalutato il ruolo essenziale svolto dalle giurisdizioni sopranazionali quali la CEDU, che — in maniera ben più pregnante della Corte interamericana dei diritti umani — ha rappresentato un presidio fondamentale per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. Si pensi ad esempio alla giurisprudenza relativa all'elusione del principio di *non refoulement* — ritenuto inderogabile anche a fronte di emergenze straordinarie quali il terrorismo — operata dalla prassi delle *diplomatic assurances* che spesso hanno di fatto legittimato vere e proprie *extra-ordinary renditions*, avendo la Corte ribadito l'illegittimità di espulsioni che avrebbero esposto la persona al rischio di tortura, nonostante le contrarie assicurazioni fornite dalle autorità del Paese di destinazione (cfr., ad es., *Naseem Saadi vs. Italia*, appl. N. 37201/2006, in relazione alle espulsioni di soggetti sospettati di terrorismo adottate ai sensi dell'art. 3 dl. 144/2005). Nella sua giurisprudenza sulle normative derogatrici dei diritti sanciti dalla CEDU, la Corte di Strasburgo ha anche delineato taluni parametri fondamentali ai fini della valutazione della legittimità delle misure speciali adottate, quali in particolare la loro proporzionalità e necessità; la non derogabilità di taluni diritti e principi assoluti e come tali sottratti ad ogni limitazione — come il divieto di tortura —; la garanzia del diritto alla difesa e di idonei controlli giurisdizionali sulle misure adottate, soprattutto su quelle limitative della libertà personale, pur riconoscendo — proprio in ragione delle esigenze di difesa sociale connesse in particolare al contrasto di crimini gravi come il terrorismo e la mafia — in capo al legislatore nazionale un margine di apprezzamento in ordine alla valutazione delle condizioni di emergenza che legittimino deroghe, sia pur

⁽¹¹⁾ Corte Suprema d'Israele, 13.12.2006, in dec. N. 69/02, *The Public Committee against Torture in Israel v. Gov't of Israel et al.* Ritiene invece che la categoria sui generis dei 'nemici combattenti' nel contesto delle strategie antiterrorismo manifesti l'opportunità di adottare un paradigma giuridico particolare di tipo dinamico, che sappia adeguare il bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco alle caratteristiche del caso concreto, mutevoli come in ogni « time of stress » M. A. ROSENFELD, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror*, in « Cardozo Law Review », 2006, 27, pp. 209 ss.

proporzionate e limitate, ai principi sanciti dal diritto internazionale o sopranazionale ⁽¹²⁾.

In questo margine la discrezionalità politica del legislatore deve sapersi muovere con equilibrio, nella consapevolezza dei rischi legati a una strumentalizzazione politica del diritto e della giustizia. In questo senso, il paradigma del diritto penale del nemico e della *'war on crime'* dimostra meglio di ogni altro come la flessibilizzazione delle categorie giuridiche a fini di opportunità politica possa determinare una curvatura autoritaria dell'ordinamento e un'elusione delle garanzie sancite proprio per limitare il potere e salvaguardare le libertà di tutti. Così ad esempio un'interpretazione ambivalente del concetto di *'confitto armato'* è servita all'amministrazione USA in un caso per negare agli stranieri sospettati di terrorismo i diritti riconosciuti dal diritto umanitario ai prigionieri di guerra, e nell'altro per sottrarli alle garanzie del processo ordinario, celebrato dinanzi alle corti federali. Ancora, la particolare disciplina introdotta dai *Patriot Acts* e dai decreti presidenziali ad essi collegati, ha giocato sulla polivalenza semantica del termine *'cittadino'* richiamato dalle norme costituzionali sull'*habeas corpus*, per negare agli stranieri sospettati o accusati di terrorismo, le garanzie del corretto processo, del diritto alla difesa e finanche della libertà da detenzioni arbitrarie. Infine, attribuendo al Presidente USA il potere di dettare l'interpretazione *'autentica'* delle norme del diritto internazionale e umanitario e persino dello *jus cogens*, si è di fatto eluso, in molti casi, il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, nonché il principio di inutilizzabilità delle prove acquisite mediante queste procedure. Nel Regno Unito, attraverso un'interpretazione restrittiva delle norme di *common law* sul divieto di tortura, si è sostenuta l'utilizzabilità a fini probatori — poi negata dalla *House of Lords* — di dichiarazioni rese sotto tortura, qualora all'attività coercitiva non abbiano partecipato funzionari inglesi. E comunque la stessa *House of Lords* ha ritenuto possibile per le autorità di pubblica sicurezza avvalersi, sia pur ai soli fini investigativi, di informazioni ottenute

(12) Secondo un bilanciamento sotteso anche all'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 6 dicembre 1966, che consente deroghe ai diritti ivi sanciti « in caso di pericolo pubblico eccezionale ».

mediante tortura (*House of Lords*, 8 dicembre 2005, *A and others vs. Secretary of State for the Home Department*). E giocando sulla labilità dei confini della sfera di libertà sottratte a limitazioni di ordine meramente amministrativo e non giurisdizionale, la giurisprudenza delle corti di merito inglesi ha di fatto legittimato misure di prevenzione fortemente limitative della libertà personale, anche in assenza di convalida del giudice, nonostante le perplessità avanzate sul punto dalla House of Lords (cfr., ad es., *Court of Appeal, Secretary of State for the Home Department vs. E & Anor*, 17 maggio 2007).

Una questione non dissimile ha interessato anche il nostro ordinamento, essendosi introdotta, con l'art. 3 d.l. 144/2005, convertito, con modificazioni, dalla legge 155/2005, una forma di espulsione coattiva e immediata (dunque in assenza di convalida giurisdizionale) a titolo di misura di prevenzione, nei confronti degli stranieri la cui presenza in Italia sia ritenuta suscettibile di agevolare attività terroristiche, e che è eseguita anche qualora non siano immediatamente ostensibili, per motivi di riservatezza (processuale o informativa), le informazioni poste alla base del provvedimento. Si è in particolare giustificata tale deroga alla disciplina ordinaria sulla base della temporaneità della misura, dichiaratamente volta a contrastare l'emergenza terroristica, che è stata adottata dal Governo anche a sostegno delle ulteriori misure derogatorie introdotte dal decreto-legge e in particolare dell'introduzione di norme incriminatrici prive della necessaria determinatezza, affermandosi espressamente «l'ammissibilità di norme indeterminate allorché si verte su situazioni preliminari alla commissione di reati di terrorismo o di eversione»; la prevalenza del «preciso ed indeclinabile dovere» dell'ordinamento alla tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica contro il terrorismo e l'eversione, anche rispetto ad altri principi costituzionali; l'ammissibilità di «misure insolite» purché siano «limitate nel tempo» (Relazione introduttiva del disegno di legge di conversione del d.l. 144/2005, di cui all'AS 3571, XIV legislatura). Inoltre, un indirizzo giurisprudenziale — in seguito smentito — ha ritenuto possibile desumere la natura terroristica di un'associazione dal suo inserimento nelle *blacklists*, redatte dal Consiglio dell'Unione Europea, sulla base delle analoghe liste predisposte dal Consiglio di sicu-

rezza delle Nazioni Unite, giocando sulla distinzione, spesso sfumata, tra fonti di *intelligence* e prove utilizzabili processualmente, anche e soprattutto ai fini della prova in ordine alla colpevolezza dell'imputato ⁽¹³⁾.

L'esigenza di contrasto al terrorismo internazionale ha quindi rappresentato l'occasione per l'introduzione, negli USA, di un sotto-sistema giuridico (il sistema Guantanamo) del tutto peculiare, privo delle garanzie del diritto e del processo penale e ad un tempo di quelle previste dalla legge marziale e dal diritto umanitario. L'adozione di questo nuovo paradigma — definito del '*war on crime*' o del '*war on terror*' — ha condizionato in misura significativa anche le modifiche legislative apportate, dopo l'11 settembre 2001, alla disciplina penale dei reati di terrorismo e di quelli ad essi connessi o comunque percepiti di grave allarme sociale, delineando una progressiva riduzione delle garanzie e dei diritti di libertà in favore della sicurezza, nonché una tendenza alla degiurisdizionalizzazione o comunque alla limitazione del controllo giurisdizionale in ordine a misure pur limitative della libertà personale. Pur senza gli eccessi della legislazione statunitense dei *Patriot Acts* e degli ordini presidenziali che ne costituiscono l'attuazione o l'integrazione, anche in Europa si è manifestata una tendenza all'adozione di un analogo paradigma politico-criminale — definito da Jakobs 'diritto penale del nemico' — che, a partire dai delitti di terrorismo, si estende spesso anche a fenomeni criminali diversi, comunque rappresentati come di grave allarme sociale, attribuiti a soggetti per i quali l'astratta qualificazione come 'imputati' sembra non bastare più, essendo essi ritenuti — più per l'appartenenza a una categoria designata come 'ostile' che per la natura del fatto commesso — veri e propri nemici pubblici, fonte di paura dunque per la cittadinanza. Il rilievo che l'appartenenza identitaria a una categoria di 'nemici designati od opportuni', svolge nei sistemi di controllo sociale attuali è ad esempio significativamente espresso dal crescente ricorso, da parte della

⁽¹³⁾ Cfr. Gip di Brescia, ord. 31 gennaio 2005, in *Foro it.*, 2005, II, c. 218 ss.e Cass. pen., sez. I, 21 giugno 2005, est. Fazzioli, imp. Drissi, in *Foro it.* 2006, II, c. 342 ss.; *contra*: Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2005, est. Pepino, imp. Tartag, in « Guida al diritto », 2006, 40, pp. 60 ss.

polizia statunitense, dopo *Ground Zero*, al *racial profiling* ⁽¹⁴⁾. Questo metodo d'indagine, in violazione della *color-blindness* della legge e della sua applicazione, assume la razza a indicatore di pericolosità, criterio identificativo di possibili autori di delitti, o comunque fondativo di misure 'preventive' o del fermo e della perquisizione di persone, in base ad un profilo che comprende, quale parametro primario, il dato etnico-razziale. Non meno significativo è il dibattito sviluppatosi, persino nella cultura *liberal* statunitense, intorno alla legittimazione della tortura, definita con un ossimoro 'umanitaria' o 'democratica'. Lo stesso Dershowitz ha sostenuto l'opportunità di introdurre dei 'mandati di tortura' che legittimo cioè, con l'autorizzazione del giudice, la pratica della tortura quando possa servire a ottenere informazioni utili a prevenire gravi reati.

Ma perché questa tendenza particolare della politica criminale e della stessa cultura giuridica si è manifestata proprio a partire dal terrorismo *qaidista*? Ora, è bene chiarire che l'11 settembre, lungi dal rappresentare un'inversione di rotta, ha se mai accelerato un processo già in atto nei diversi ordinamenti acuendo quella tensione di fondo tra libertà e sicurezza che è alla base stessa del sistema penale e che già in altre occasioni (in particolare durante gli anni di piombo, in relazione alle varie forme di eversione, terrorismo interno, separatista, politico, etc.) aveva portato all'adozione di discipline illiberali. E tuttavia, non vanno sottovalutate le peculiarità che caratterizzano il contrasto a un fenomeno quale il terrorismo *jihadista* o *qaidista*, e che ci costringono a fare i conti con la forza delle motivazioni religiose e dell'affiliazione all'Islam, che prevale sul *muslim* anche sul rispetto delle regole giuridiche. Si pensi anche soltanto alla *figura* del kamikaze. La sua azione, pur essendo individuale e autoreferenziale, ha un fortissimo valore sociale, basato sul sacrificio finanche della propria persona, del proprio corpo, in nome della comunità cui si appartiene. E ha un valore « tragicamente antinomico: il suicidio politico, cioè il potere di portare la morte fuori dalla propria comunità di appartenenza con la propria vita, ha

⁽¹⁴⁾ Metodo d'indagine che si richiama alla *critical race theory*, volta ad assumere la razza a indicatore di pericolosità, criterio di identificazione di possibili autori di delitti da parte di vittime o testi, o comunque fondativo di misure 'preventive'.

un *valore altruistico* » ⁽¹⁵⁾: costruisce cioè un legame di appartenenza a una comunità a partire dalla distruzione dell'altro, individuato come nemico ⁽¹⁶⁾. Il terrorismo assume in tal senso un'inedita *dinamica biopolitica*: l'atto individuale di distruzione della vita, propria e altrui, è *sacro*. « La vita del suicida viene così trasformata in una potenza distruttiva totale che spinge la guerra a diventare *totale e senza limiti*, al di là quindi delle stesse leggi di guerra. La morte sacrificale è un'arma di distruzione di massa motivata dal desiderio di vendetta individuale che non ha solo un obiettivo politico o militare, ma l'*annichilimento dell'Altro*, del suo futuro » ⁽¹⁷⁾. Ne deriva anche una diversa concezione del *valore della vita*: nella cultura occidentale, osteggiata dallo jihadismo, è sacra la sua conservazione e la vita eterna presuppone il rispetto del proprio corpo (e dell'anima); per il kamikaze invece il sacro risiede nell'estremo sacrificio della vita e solo il sacrificio del suo corpo apre all'eternità. La forza del kamikaze (e la sua resistenza a ogni forma di premialità o incentivazione) risiede nel considerarsi *un corpo misto* con il proprio nemico, un'unità antinomica che si raggiunge appunto con il sacrificio di sé in nome della comunità cui sente di appartenere. È chiaro che a questa logica sacrificale non potranno mai applicarsi con successo istituti — come quelli della dissociazione, della collaborazione con l'autorità giudiziaria e della delazione — che hanno invece contribuito in misura rilevante a sconfiggere il terrorismo interno di matrice politica, e non solo in Italia. Basti pensare che nelle comunità islamiche la 'denuncia' di un « fratello terrorista alle autorità di uno Stato laico equivale [...] all'accettazione di una presenza militare organizzata di infedeli sul territorio islamico » ⁽¹⁸⁾. La difficoltà di applicare a questa forma di terrorismo le categorie e gli istituti giuridici ordinari è stata proprio la ragione addotta spesso dai Governi — e talora condivisa dall'opinione pubblica — a sostegno dell'istituzione in questa

⁽¹⁵⁾ R. CICCARELLI, voce *Terrorismo*, in *Lessico di Biopolitica*, Roma, Carocci, 2006, p. 21.

⁽¹⁶⁾ E. DURKHEIM, *Il suicidio. Studio di sociologia*, Milano, Il Saggiatore, 1987, pp. 32 ss.

⁽¹⁷⁾ R. CICCARELLI, voce *Terrorismo*, cit., p. 23.

⁽¹⁸⁾ S. ANDÒ, *Terrorismo e fondamentalismo islamico*, in « Quaderni costituzionali », 2002, 1, p. 73.

materia di sistemi disciplinari differenziali, oscillanti tra guerra e diritto, ribadendo che non si può pensare di « fermare un kamikaze con il codice penale di pace » (19).

Ma anche prescindendo da ciò, vi sono alcuni dati caratteristici di questa espressione del terrorismo che la rendono del tutto diversa dalle varie forme di eversione, lotta armata o comunque di terrorismo interno che gli ordinamenti — in particolare quelli europei — hanno fronteggiato negli anni Settanta e Ottanta, tutto sommato con equilibrio, delineando cioè un bilanciamento ponderato tra libertà e sicurezza. L'azione della rete *Al Qaeda* o comunque il *Jihad* (lett. 'lotta', 'sforzo' compiuto 'sulla via di Dio') ha perso la componente 'tellurica' del terrorismo interno: non mira semplicemente ad attaccare uno Stato o la sua struttura politica, il suo obiettivo non ha riferimenti spaziali precisi ma mira piuttosto a contrastare un sistema di valori, quale quello occidentale, riconducibile non tanto e non solo a un preciso ordinamento, quanto piuttosto a una forma di concepire e organizzare la vita associata. Il *jihad* coniuga quindi il fondamentalismo religioso con l'etno-nazionalismo che estende la faida locale ad uno 'scontro di civiltà' globale, organizzandosi a livello *transnazionale* e ricorrendo agli strumenti finanziari delle economie illegali. Ma soprattutto, ciò che non può sottovalutarsi nella considerazione di questo fenomeno è il dato identitario, ovvero la domanda di riconoscimento istituzionale che viene dall'Islam, altrimenti unito nel sentirsi 'altro' rispetto all'Occidente. Circo- stanze, queste, che in nome del contrasto al terrorismo internazionale rischiano di indurre l'Occidente a rinnegare i principi fondativi della propria civiltà giuridica, a partire dalla stessa distinzione tra nemico e criminale.

In tale contesto, per capire le peculiarità delle scelte di politica criminale effettuate nei principali Paesi dell'Occidente dopo l'11 settembre, non va sottovalutato il legame tra queste forme giuridiche di contrasto ad atti che sono e restano criminali (proprio come l'attentato alle *Twin Towers*) e le azioni belliche o di polizia internazionale che sono seguite all'11 settembre, quale 'difesa legittima preventiva' della comunità internazionale, rispetto al pericolo terrorista (cfr. le Risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU

(19) A. PANEBIANCO, *La nuova guerra*, cit., p. 1.

nn. 1368 e 1373 del 2001). È, questo, un legame che permea la stessa semantica normativa: basti pensare al rilievo che nella disciplina statunitense assume il legame di un delitto con un contesto di conflitto armato, nel radicare la giurisdizione speciale delle *Military Commissions*, in deroga sia alla legge marziale che al diritto penale e umanitario, o alla qualificazione come *war against terrorism* delle strategie (anche legislative o politico-criminali) di contrasto al terrorismo. E si pensi anche alla distinzione, operata dai *Patriot Acts*, tra imputati qualificati o meno come *unlawful enemy combatants*, che rileva ai fini della giurisdizione, delle norme processuali, finanche del trattamento sanzionatorio di una medesima fattispecie *penale*. Più che disciplina di fattispecie astratte, il diritto in questa materia sembra quindi ridursi a regolazione di un conflitto tra uno Stato difensore della sicurezza nazionale e un nemico pubblico da neutralizzare più che reinserire nella società. Lo stesso processo sembra perdere le caratteristiche di accertamento imparziale di responsabilità per un fatto commesso dinanzi a un '*neutral decision-maker*', per ridursi ad *hostis judicatio*, retta da regole diverse da quelle *dell'adversarial proceeding*.

In questo modo di intendere il contrasto al terrorismo, il legame tra guerra e diritto (o la sua 'militarizzazione') è quindi un qualcosa di più profondo della mera rappresentazione politica di un crimine come « *creation of a state of armed conflict* »⁽²⁰⁾: è un dato che innerva le stesse categorie giuridiche e che è dovuto anche a un approccio culturale, politico e giuridico alla guerra, molto diverso dal passato. Dalla fine dell'equilibrio bipolare, diverse sono state le occasioni in cui coalizioni di Stati occidentali sono intervenute in varie zone del mondo in nome della 'legalità internazionale' (Kuwait, 1991), dell' 'umanità' o dei 'diritti umani' (Somalia, 1993, Bosnia, 1995, Kosovo, 1999), della libertà 'duratura' (Afghanistan, 2001), della lotta al terrorismo e dell'esportazione della democrazia (Iraq, 2003), con operazioni a volte definite di *peace-enforcement* o di *peace-keeping*, nonostante comportassero l'uso della forza, così dimostrando la labilità del confine tra pace e guerra nello scenario di

(20) Military Order of November 13, 2001 - Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, Presidenza G.W. Bush.

una politica globale e globalizzata. Nel contesto della lotta al terrorismo in particolare e dell'operazione *'Infinite Justice'* si è addotta la legittimità di una difesa preventiva della comunità internazionale, ammettendosi sia pur implicitamente che lo stato di belligeranza possa aversi anche nei confronti di entità non statuali, quali appunto una 'rete' terroristica come Al Qaeda.

Dalla stessa Risoluzione parlamentare congiunta con cui il Congresso USA ha autorizzato il Presidente all'uso della forza militare, traspare chiaramente una nuova soggettività del nemico; « entità impersonale, denominata terrorismo, che occasionalmente assumeva il volto di una persona considerata l'ispiratore dell'atto aggressivo e cioè il capo della rete terroristica Al Qaeda » (21). Di più. Con questo atto parlamentare, si è conferito al Presidente quel potere di designazione del nemico, che ha rappresentato in altre epoche la prerogativa essenziale della sovranità. La forza anche normativa di questo potere è tale da sottrarre il nemico finanche alle norme di diritto umanitario sancite dalla Convenzione di Ginevra del 1949 (che si applica infatti alle sole Parti contraenti e quindi a Stati) e da superare i principi dello *jus in bello*, già considerati « *as a matter of national policy* » dalle stesse regole di ingaggio del Joint Chiefs of Staff del 1994. Di fronte all'indeterminatezza del nemico e della sua stessa localizzazione, saltano quindi le coordinate e le categorie del diritto dei conflitti tradizionale; sfugge persino uno dei termini essenziali del rapporto bellico, ovvero l'individuazione della controparte avversaria in uno Stato.

Questa guerra asimmetrica — che svincola le relazioni di ostilità dai rapporti tra Stati prescindendo dalla stessa soggettività internazionale come requisito per l'instaurazione di un conflitto — modifica dunque profondamente la stessa figura del nemico: non più *justus hostis* ma criminale e nemico insieme, e come tale soggetto a una disciplina del tutto peculiare, che oscilla tra guerra e diritto. Laddove poi, come nel caso di Al Qaeda, il nemico è costantemente ridefinito nell'identità e nell'ideologia, ne deriva simmetricamente una profonda rimodulazione dei criteri (già clausewitiziani) dello *jus in bello*. La guerra, da reazione eccezionale, rischia così di ridursi a

(21) G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, in « Quaderni costituzionali », 2002, 1, p. 24.

stato continuo di emergenza, in un contesto in cui cade la distinzione fra sicurezza interna ed esterna, fra militare e civile, fra pace e guerra, e la logica della belligeranza finisce per assomigliare sempre di più a quella di polizia; di controllo e gestione del ‘disordine’ secondo le modalità biopolitiche del governo della sicurezza e della vita delle popolazioni (22). La stessa marginalizzazione del ruolo dei Parlamenti rispetto a quello assunto dai Governi nella gestione di questi conflitti internazionali denota il progressivo assottigliarsi del confine tra guerra e azioni militari di polizia internazionale anche a fini ‘sanzionatori’, che sposta il baricentro dell’equilibrio tra poteri dello Stato a livello interno, declinando in forme nuove e diverse i confini della sovranità a livello globale. La difesa preventiva della sovranità nazionale rispetto a minacce indeterminate come quelle del terrorismo, non imputabili alla soggettività di uno Stato, rende inapplicabile il principio consuetudinario secondo cui le parti di una controversia internazionale sono tenute a ricercare soluzioni consensuali a situazioni rischiose per la pace e la sicurezza. Venendo meno questo principio, su cui si fonda il ripudio della guerra come strumento di risoluzione delle controversie internazionali, si rischia così di accettare che il conflitto, la « guerra diffusa e privata » (M. Kaldor) divenga un regime compatibile con la normalità dei rapporti internazionali.

Ne deriva anche una ridefinizione del ‘politico’, che non riducendosi all’esercizio della sovranità, si esprime nella gestione della sicurezza contro la ‘minaccia’ indeterminata di un nemico non-statale, identificato su base etnico-religiosa, da contrastare non con provvedimenti di mero ordine pubblico *interno*, ma con politiche militari e di polizia comuni (le *pratiche di contro-insorgenza*) spesso violative dei diritti fondamentali di coloro che sono designati come nemici. Con una profonda contraddizione rispetto all’universalismo dei diritti umani su cui si fonda lo stesso diritto internazionale, la guerra preventiva si ridefinisce come *difesa proiettiva*, una difesa che cerca di garantire all’estero la sicurezza e l’interesse nazionale attaccando altri popoli — ed è qui la fondamentale differenza con la

(22) M. FOUCAULT, *Sécurité, Territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004, p. 22.

teoria della difesa e dell'attacco di Clausewitz (23) — riducendo il 'nemico' a 'criminale', sottratto alle garanzie sia del diritto penale che del diritto umanitario e negando alcuni dei pilastri del moderno *jus contra bellum*: la definizione concordata degli atti di aggressione, gli stessi criteri di necessità e proporzionalità, rispetto all'aggressione, dell'intervento in legittima difesa (24). Non essendo il nemico un'entità statale di cui sono note le intenzioni belligeranti e prescindendo la guerra da dichiarazioni formali, lo stesso accertamento dell'aggressione diventa un'azione affidata interamente al potere esecutivo, secondo categorie, norme e procedure dettate da un nuovo *jus in bello* e il trattamento giuridico del nemico, ridotto a criminale, assume forme diverse tanto dal diritto penale quanto dalla legge di guerra.

Il sotto-sistema giuridico che ne deriva — ben espresso dalla disciplina statunitense degli *'enemy combatants'* introdotta dopo l'11 settembre, che sotto questo profilo non ha pari in Europa — ha il suo tratto distintivo proprio nel coniugare forme giuridiche e logiche di guerra attorno alla figura del nemico-criminale, dando vita a una disciplina davvero *sui generis* che si distingue anche da quella — pur speciale e derogatoria — adottata per contrastare gli altri fenomeni (criminali) di allarme sociale. Benché infatti anche quest'ultima venga influenzata da tendenze politico-criminali di segno fortemente preventivo e illiberale (anticipazione dell'intervento penale anche al di là dell'incriminazione degli atti preparatori; soggettivizzazione della fattispecie, incentrata più sulla pericolosità dell'autore che sulla colpevolezza per il fatto commesso; inasprimento delle pene e del trattamento penitenziario, volto più alla neutralizzazione che al reinserimento sociale; riduzione delle garanzie processuali), il 'sistema-Guantanamo' resta unico nel suo genere, proprio in virtù degli effetti determinati dall'assunzione della logica della guerra a paradigma di politica penale. In tale contesto, ad esempio, la stessa distinzione del diritto bellico tra nemici e alleati, *aliens and citizens*, e il ruolo assunto dalla cittadinanza (anziché della personalità) quale parametro di riconoscimento dei diritti fondamentali, determina una

(23) K. VON CLAUSEWITZ, *Della Guerra*, Milano, Mondadori, 1999, p. 443.

(24) N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1997, 43; L. BONANATE, *La guerra*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 54 ss.

rinazionalizzazione dei diritti umani, in contraddizione con l'universalismo che ha rappresentato la vera evoluzione del pensiero giuridico-politico a partire dal secondo dopoguerra, dimostrando ancora una volta come « la perdita dei diritti di cittadinanza porti sempre con sé la perdita dei diritti umani » (25). Secondo la disciplina derivante dai decreti presidenziali emanati dopo l'11 settembre, attuativi e integrativi dei Patriot Acts, infatti, gli *'enemy aliens'* — poi ridefiniti, con una sottile distinzione, *'unlawful enemy combatants'* — possono essere detenuti per un tempo non determinato ('fino alla fine ostilità') e privati del *'Great Writ of Liberty'*, ovvero del diritto all'*habeas corpus*, che ha da sempre rappresentato uno dei pilastri del costituzionalismo americano; diritto fondamentale riconosciuto alla persona per il solo fatto di essere tale, a prescindere dalla cittadinanza. Gli *enemy aliens* sono soggetti a un potere disciplinare dell'esecutivo pressoché illimitato perché privo di un reale controllo giurisdizionale, capace di ridurre a *'matter of policy'* — da decidere quindi discrezionalmente — persino il riconoscimento dei diritti fondamentali e il rispetto dello *jus cogens*. Non a caso, l'attribuzione al Presidente USA (nella persona allora di G.W. Bush) del potere di dettare l'interpretazione autentica persino delle Convenzioni di Ginevra e del divieto di tortura, rispetto agli stranieri sospettati di terrorismo, gli è valsa la designazione (ironica, ma non del tutto fuori luogo) di *Torturer in Chief* anziché di *Commander in Chief* (26). Il riconoscimento dei diritti fondamentali torna ad essere quindi subordinato al requisito della cittadinanza, dell'appartenenza a una comunità definita dai confini della sovranità statale, come dimostra peraltro un indirizzo della stessa Suprema Corte statunitense — ad es., in *Hamdi vs. Rumsfeld*, 28 giugno 2004, solo di recente avversato in *re Boumediene vs. Bush*, 12 giugno 2008 — teso a limitare ai soli cittadini il diritto all'*habeas corpus*, in virtù di una lettura restrittiva (e smentita da un consolidato orientamento giurisprudenziale) dell'*Anti Detention Statute* (§ 4001, Title 18, U.S. Code).

(25) H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano, Edizioni di Comunità, 1967, p. 42 ss.

(26) H. KOH, *Can the President be Torturer in Chief?*, in « *Indiana Law Journal* », 2006, 81, pp. 1145 ss. L'attribuzione del potere in questione è prevista dalle sections 1003 ss. US Code, come modificate dal Detainee Treatment Act of 2005.

La ricomparsa della semantica dell'ostilità nelle leggi (non marziali), a sua volta legata alla paura per le trasformazioni sociali prodotte dai flussi migratori e dalla compresenza sullo stesso suolo di etnie diverse, non può del resto non avere riflessi sul sistema giuridico nel suo complesso e sullo stesso discorso pubblico, attorno ai temi della sicurezza dello Stato rispetto a chi si ritiene (spesso pregiudizialmente) la minacci, più per la diversità attribuita all'altro-da-sé che per ragioni obiettive. Ne deriva quindi una duplice sovrapposizione tra figure che il diritto ha sempre cercato di distinguere: il nemico è ridotto a criminale; il criminale è designato come nemico. In entrambi i casi, questa ambivalenza di senso si traduce in negazione dei diritti e riduzione delle garanzie che il costituzionalismo aveva sancito come limiti alla politica criminale e all'arbitrio dei governi. Evidente quindi come quella che la stessa amministrazione Bush ha definito '*war on terror*' rischi di legittimare una vera e propria '*war on human rights* (27)' e la paura del nemico rischi di divenire paura delle libertà, secondo quella circolarità tra violenza dello Stato e violenza contro lo Stato, ben espressa dalla teoria gramsciana dello Stato come apparato egemonico corazzato di coercizione. Ancora una volta dunque, « nel cerchio infernale del terrore e delle misure antiterroristiche, sovente la caccia al partigiano diviene l'immagine speculare della lotta partigiana » (28), condotta da un nemico che opera in seno allo stesso sistema che si propone di sovvertire.

4. *L'ideologia del guscio e il diritto diseguale.*

La profonda involuzione che ha caratterizzato l'ordinamento statunitense in seguito all'11 settembre, almeno durante la presidenza Bush, è stata attribuita da Garapon alla rigidità del sistema di garanzie e al rigore che caratterizza lì il rispetto dei diritti e delle

(27) J. YOO, *War by Other Means: An Insider's Account of the War on Terror*, Washington, Atlantic Monthly Press, 2006, p. 143; R. DWORKIN, *Terror and the Attack on Civil Liberties*, in « The New York Review », 6.11.2003, p. 15; R. C. LEONE - J.X. DEMPSEY, *The war on Our Freedom. Civil Liberties in Age of Terrorism*, Washington, Prometheus Books, 2003, p. 34.

(28) SCHMITT, *Theorie des Partisanen*, cit., 83.

libertà in America. La democrazia americana sarebbe stata quindi paradossalmente vittima « *of its own protections* » e la legalizzazione della tortura sarebbe la conseguenza dell'inderogabilità attribuita dal sistema statunitense ai diritti e alle libertà fondamentali (29). In realtà tale processo è dovuto a una molteplicità di fattori, non ultimi il coinvolgimento diretto degli USA negli attacchi dell'11 settembre e la struttura presidenzialista della democrazia statunitense e quindi il rilevante potere attribuito a un Presidente quale G.W. Bush — peraltro di ideologia repubblicana — che ha interpretato in funzione decisionista l'autorizzazione parlamentare al ricorso ai poteri straordinari previsti dalla *War Powers Resolution* del 1973. Né va sottovalutata l'assenza di organi internazionali dotati di reali poteri di controllo sulle misure introdotte, a tutela dei diritti umani. Le censure mosse dalla Corte interamericana dei diritti umani e dalla stessa ONU (30) alle scelte legislative del Governo Bush sono infatti rimaste lettera morta e non hanno avuto — né avrebbero potuto avere — l'effetto riconducibile invece, anche indirettamente, a importanti decisioni della Corte EDU, rispetto a normative nazionali ingiustificatamente derogatrici dei diritti fondamentali. Il ruolo svolto dagli organi di garanzia, dalle Corti costituzionali o dalle giurisdizioni sopranazionali ha dunque consentito all'Europa di mantenere la repressione dei fenomeni terroristici nell'ambito del diritto penale, sottraendola tanto alla giustizia militare quanto a quel sistema disciplinare speciale, oscillante tra diritto e guerra, istituito dagli USA per i 'nemici' designati come tali dal Governo. Senza cedere alla 'tentazione' di assimilare il criminale (o supposto tale) al nemico, l'Europa ha dunque manifestato una forse sottovalutata capacità di resistenza a spinte illiberali e una decisa fermezza nel respingere gli attacchi alla democrazia senza per questo contraddire radicalmente i principi su cui essa stessa si fonda. Ma ferma questa differenza fondamentale con l'ordinamento statunitense, anche in

(29) A. GARAPON, *The Oak and the Reed: Counter-Terrorism Mechanism in France and the United States of America*, in « *Cardozo Law Review* », 2006, 27, pp. 2041 ss.

(30) Cfr., rispettivamente ad es., la Risoluzione della Commissione interamericana per i diritti umani del 12.12.2001: *Report on Terrorism and Human Rights*, che censura l'attribuzione alle Military Commissions della giurisdizione su civili e la Risoluzione n. 14/2005 del Comitato ONU per la promozione e la tutela dei diritti umani ('*Human Rights and Unilateral Coercive Measures*').

Europa si sono manifestate tendenze alla deformalizzazione del diritto (in particolare penale), alla differenziazione — formale e sostanziale — della disciplina del terrorismo e dei crimini di grave allarme sociale, e all'attenuazione di alcune garanzie, in particolare processuali, nei confronti degli autori di tali reati, percepiti e descritti anche nel discorso pubblico come nemici da temere, con uno slittamento semantico importante. Non vanno quindi sottovalutati i riflessi che, sia pur indirettamente, la semantica del nemico ha avuto in Europa (si pensi all'elusione del principio di *non refoulement*, al generale inasprimento delle normative antiterrorismo, alla tendenza alla degiurisdizionalizzazione delle misure limitative della libertà personale, alla riduzione delle garanzie processuali e alla penetrazione delle fonti di *intelligence* nel giudizio penale) e anche in Italia.

Dal 2001 al 2008, infatti, le riforme introdotte anche in settori diversi da quelli del contrasto al terrorismo (dall'immigrazione agli stupefacenti, dallo sfruttamento sessuale del minore alla recidiva), hanno delineato progressivamente, all'interno del sistema penale, una profonda frattura tra il tradizionale diritto delle garanzie (riservato principalmente alla criminalità dei colletti bianchi: si pensi alla riforma del falso in bilancio) e una giustizia penale 'ostile', modulata cioè sull'eccezione alle garanzie e ai principi fondativi dello Stato di diritto, e sulla qualificazione del criminale come nemico pubblico. Questa assimilazione del *reus* all'*hostis* segna un'inversione radicale nella simmetria dei rapporti tra diritto e politica, su cui si è costruita la storia del costituzionalismo europeo, che dall'Illuminismo in poi ha sancito una distinzione netta tra il trasgressore della legge e il nemico dello Stato. Oggi più che mai, quindi, le democrazie devono dimostrare di essere in grado di proteggersi dal terrorismo e dagli attentati alle libertà, senza violare i principi su cui esse stesse si fondano, ribadendo che esistono principi e valori su cui neppure la maggioranza può decidere, neppure in uno stato d'eccezione.

E se il terrorismo ha rappresentato il terreno d'elezione per la costruzione di una 'giustizia penale ostile'; l'emergenza tipica che ha indotto i vari ordinamenti ad adottare norme derogatorie dei principi fondativi dello Stato di diritto, la caratteristica della realtà contemporanea risiede nella progressiva estensione — sia pur con modi e intensità diversi — di questo tipo di legislazione emergen-

ziale ad altri settori dell'ordinamento, con la correlativa assunzione di nuove forme di criminalità ad obiettivi da combattere con ogni mezzo, pur al prezzo di violare alcuni caratteri fondativi della democrazia costituzionale. Si pensi in questo senso alle normative recenti sul contrasto alla criminalità organizzata, alla disciplina dell'immigrazione, nonché alla repressione della delinquenza a sfondo sessuale, nelle sue implicazioni con il contrasto allo sfruttamento sessuale del minore. Tali settori della legislazione penale sono caratterizzati non soltanto da una sensibile anticipazione della soglia di rilevanza penale che favorisce, in nome dell'esigenza di tutela collettiva rispetto a reati percepiti come di grave 'allarme sociale' — la prevalenza di fattispecie di pericolo indiretto e presunto, determinando spesso l'autonoma incriminazione sinanche di condotte prive di offensività a terzi. Questa tendenza all'anticipazione dell'intervento penale si combina poi con una sensibile attenuazione delle garanzie individuali, in primo luogo in riferimento al trattamento sanzionatorio, ove prevale il ricorso al carcere, caratterizzato da un lato da un notevole inasprimento dei livelli di pena e, dall'altro, da un assoluto rigore repressivo sul piano delle modalità dell'esecuzione, con la preclusione pressoché totale delle misure alternative e della sospensione dell'esecuzione della pena in attesa della decisione della magistratura di sorveglianza. Il rigore repressivo si riflette del resto sulla dinamica processuale, ove in violazione della presunzione di innocenza, alcuni sistemi penali — e in particolare quello spagnolo, nel settore della repressione della criminalità organizzata e delle associazioni sovversive a finalità terroristica, di cui alla *Ley Organica 5/2003* — prevedono numerose ipotesi di inversione dell'onere della prova a carico dell'imputato, legittimando la detenzione *incommunicado* e rendendo pressoché automatica la custodia cautelare.

Ed è importante rilevare come l'attenuazione delle garanzie processuali nei confronti degli imputati per i delitti ritenuti di maggior 'allarme sociale' si traduca — secondo una tendenza tipica della giustizia penale 'ostile' — nella sensibile riduzione, fin quasi alla negazione, della discrezionalità del giudice chiamato a valutare la necessità di adottare alcuni provvedimenti limitativi della libertà personale. La disciplina delle misure cautelari, in particolare custodiali, è in tal senso particolarmente significativa. Non a caso, la maggior parte delle misure emergenziali proposte o annunciate, in

sede politica (spesso in seguito a fatti di cronaca di una certa gravità), di fronte alla richiesta di sempre maggiore penalità e 'tolleranza zero' rispetto a reati identificati come fonti di insicurezza sociale, si basano principalmente su una disciplina speciale delle misure cautelari. Questo perché l'idea di una risposta forte e decisa al crimine passa essenzialmente, nell'immaginario collettivo e nella rappresentazione mediatica, dall'adozione di misure restrittive della libertà personale anche prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, e dunque nei confronti di imputati, come tali presunti innocenti ai sensi dell'art. 27 cpv. Cost. La disciplina di riferimento in questo settore è ovviamente quella prevista in relazione ai delitti di mafia, in particolare dall'art. 275, comma 3, c.p.p., che introduce una presunzione *juris tantum* di adeguatezza della custodia cautelare. E stupisce che l'art. 2 del disegno di legge sulla sicurezza (AS 733) estenda a tutti i reati distrettuali (comprensivi oggi anche non solo del terrorismo, del contrabbando, del traffico di stupefacenti, ma anche della pedopornografia, anche solo virtuale, e finanche dei reati informatici!) tale sistema presuntivo, che la Consulta (ordinanza 450/1995) e la Corte di Strasburgo (sent. Pantano del 2003) hanno 'salvato' solo in quanto limitato a delitti di particolare efferatezza e pervasività come quelli di mafia.

La deroga ai principi classici (tassatività, determinatezza, materialità, offensività, colpevolezza per il fatto e non d'autore o per la condotta di vita) si riflette poi anche sulla stessa struttura delle fattispecie incriminatrici, spesso costruite in chiave soggettivamente pregnante, con l'assorbimento del disvalore penale nel fine perseguito dall'autore. Ne deriva una soggettivizzazione dell'illecito, nelle forme del diritto penale d'autore o dell'intenzione, con il rischio di violare a volte persino il principio di materialità (*cogitationis poenam nemo patitur*). Questa tendenza del diritto penale è poi strettamente legata (come causa e ad un tempo conseguenza) alla percezione di insicurezza e paura che sembra caratterizzare l'opinione pubblica nelle società contemporanee, percezione tanto più paradossale quanto più si manifesti in epoche e contesti segnati invece, da una netta flessione della percentuale dei reati commessi. Ed è significativo che, nonostante la sensibile riduzione del tasso dei reati commessi nel nostro Paese, il legislatore assegni priorità assoluta all'adozione di provvedimenti espressamente intitolati alla tutela della sicurezza pubblica (si pensi al

d.l. 92/2008, convertito, con modificazioni, dalla legge 125/2008, nonché alla legge 94/2009) spesso declinata in termini di restrizione dei diritti e delle libertà nei confronti di alcuni autori di reato, anche attraverso l'adozione di discipline (di diritto sostanziale, processuale, penitenziario) differenziate, da applicarsi unicamente a costoro. Significativa, in proposito, la categoria di reati per i quali l'art. 2-*bis* del d.l. 92/2008 sancisce l'« assoluta priorità » nella trattazione dei relativi processi, in nome della quale si legittima persino il rinvio, sino a diciotto mesi, delle udienze relative ai reati esclusi dall'elencazione e ritenuti evidentemente di minor allarme sociale, nonostante riguardino in alcuni casi fattispecie anche gravi. La tendenza del legislatore ad introdurre nel sistema penale discipline differenziate a seconda del tipo d'autore (molto più che del 'reato' in sé considerato) è poi particolarmente evidente nel settore dell'immigrazione, cui sembra sottesa talora l'equazione straniero-criminale-nemico.

Basti pensare che l'art. 1, comma 1, lett. *f*) del citato decreto-legge n. 92/2008 ha introdotto nel codice penale un'aggravante comune — e come tale applicabile ad ogni reato, a prescindere da ogni legame con il bene giuridico tutelato o con la natura della condotta e della fattispecie-base cui la circostanza accede — fondata sull'aver il colpevole “commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale”. Oltre che per un generale inasprimento delle pene e delle misure di sicurezza (espulsione) previste in materia di immigrazione e circolazione dei cittadini comunitari, per l'introduzione dell'aggravante comune di 'clandestinità' (art. 1, comma 1, lett. *f*) d.l. 92/2008), per il divieto di sospensione della pena per qualsiasi reato commesso dal migrante irregolare (art. 656, comma 9, c.p.p., come modificato dal d.l. 92/2008); per l'estensione da 2 a 6 mesi della durata della detenzione amministrativa nei CIE, per l'introduzione del delitto di cessione d'immobile a straniero irregolare e dell'obbligo dei gestori di servizi di *money transfer* di segnalare all'autorità di p.s. la condizione di irregolarità dello straniero (disarmonico rispetto al principio di tendenziale facoltatività della denuncia di reati da parte di privati), il 'pacchetto sicurezza' si segnala anche per avere elevato da illecito amministrativo a delitto l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato, da parte dello straniero (art. 1, co. 16, lett. *a*) l. 94/2009). Tale norma, in particolare, rappresenta un'innovazione significativa nella disciplina dell'immi-

grazione, soprattutto se letta alla luce del monito rivolto dalla Consulta al legislatore, circa « l'opportunità di un sollecito intervento, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie » rilevate nella disciplina dell'immigrazione, ritenuta, quanto alle norme penali, come sproporzionata, squilibrata, disarmonica, violativa dei principi di eguaglianza, proporzionalità della pena e dello stesso finalismo rieducativo di cui all'art. 27 Cost. (sent. 22/2007). Né meno grave appare la definitiva formulazione del reato (ora contravvenzionale) di ingresso e permanenza illegali nel territorio dello Stato (art. 16, co. 1, lett. a) l. 94/2009), che attribuendo all'espulsione non già natura di sanzione sostitutiva della pena (come previsto dall'art. 16 del testo unico immigrazione, di cui al d.lgs. 286/1998) ma valore di condizione di improcedibilità ha l'effetto di sottrarre il migrante alla possibilità di provare in giudizio la propria innocenza, in violazione degli artt. 24 e 111 Cost., instaurando al contempo un'equiparazione culturalmente pericolosa tra condizione di migrante e devianza.

Alla diffusa percezione di insicurezza, la politica finisce così per rispondere con l'estensione e l'intensificazione del controllo sociale, nella convinzione che per sconfiggere anche le forme più gravi e radicate di criminalità, lo Stato debba mostrarsi inflessibile anche verso reati di minore disvalore (ad es., i *quality-of life crimes*). È questo, in particolare, l'argomento invocato da teorie più o meno recenti, sintetizzate dagli slogan *Law and Order*, *Zero tolerance*, *Broken Windows*. Riguardo a quest'ultima (di particolare interesse se non altro perché spesso richiamata nel dibattito giuridico-politico attuale, anche in Italia, come si dirà), è importante ricordare che fu introdotta da un saggio di James Q. Wilson e George L. Kelling, pubblicato nel 1982 in *The Atlantic Monthly*. Dall'argomento secondo cui, laddove le finestre rotte non si riparano e le cabine divelte restano tali, si incentiva la commissione di più gravi delitti, si deduce che la tolleranza di contravvenzioni minori e di assoluta visibilità favorisca la realizzazione di sempre maggiori e più pericolosi reati, in quanto dimostrerebbe l'ineffettività della risposta punitiva al crimine. La teoria propone pertanto *zero tolerance* nei confronti dei *c.d. quality-of-life-crimes* (*littering, loitering, public drinking, panhandling, public urination, vandalism, prostitution*) che cioè influiscono sullo standard di vita dei cittadini, in funzione deterrente e

preventiva rispetto a delitti più gravi. Analogamente, le politiche riconducibili allo slogan della 'tolleranza zero' (adottate in particolare a New York da Bill Bratton) si fondano su un contrasto di assoluto rigore alla marginalità e al disordine sociali, ritenuti prodromici allo sviluppo della criminalità; sulla repressione poliziesca di comportamenti socialmente inopportuni sebbene non criminali in senso stretto (mendicità, *wall-writing*, etc.); estensione dei poteri e del personale di polizia; controllo capillare del territorio attraverso sistemi di sorveglianza e video-sorveglianza, nonché con una maggiore presenza delle forze dell'ordine, soprattutto nei territori ritenuti 'a rischio'. Si ispirava a queste direttive politico-criminali, in particolare, la '*quality-of-life-campaign*' realizzata da Rudolph Giuliani negli anni novanta a New York, fortemente contestata dall'*American Civil Liberties Union*, che ha più volte sottolineato come queste politiche, criminalizzando il dissenso e la marginalità sociale, rischino di ridurre la questione sociale a questione criminale, imponendo la riduzione di diritti e garanzie, in nome di un astratto diritto alla sicurezza asseritamente sottratto ad ogni bilanciamento e capace di legittimare la deroga a principi fondativi dello Stato di diritto.

In particolare, la teoria delle *Broken Windows* è stata richiamata in relazione alla nota ordinanza sui lavavetri emanata il 25.8.2007 dall'amministrazione comunale di Firenze, seguita da numerose ordinanze analoghe sulla mendicità e sulla marginalità sociale. A prescindere dalla dubbia legittimità di tali misure, esse « evocano in misura intensamente simbolica la questione ineludibile della intangibilità di chi dispone esclusivamente della propria 'nuda vita'. Una società che mortifica, o anche solo cancella chi è privo di tutto e di tutto ha subito la spoliazione, sembra volere annullare una parte tenacemente costitutiva di sé: quella più tragicamente inerme, perché ridotta a un'esistenza randagia e periferica, promiscua e sottoumana, eppure irriducibilmente umana. Negare quella intangibilità equivale a rigettare quella componente propria di ogni società, ma anche di ogni individuo che la abita, fatta — simbolicamente e materialmente — di scarti, residui, rifiuti (malsani, infetti, consunti e sradicati) di ciò che è o è stato salute benessere prosperità della vita sociale ordinata e regolata. Ancora una volta: non si chiede, non si

deve chiedere, solidarietà con quei ‘rifiuti della società’; se ne chiede l’immunità » ⁽³¹⁾.

Del resto, proprio l’enfasi con cui si affronta oggi, soprattutto ma non solo in Italia il tema dell’allarme sociale connesso alla percezione della criminalità produce una tendenza, che non andrebbe sottovalutata, alla regionalizzazione delle politiche della sicurezza e all’attribuzione alle autorità locali di poteri anche nomotetici rilevanti in materia di controllo del territorio. Tendenza, questa, manifestata dalla legalizzazione delle ronde, dalla previsione della possibilità per gli enti locali di disporre di sistemi di video-sorveglianza (d.l. 11/2009, convertito con modificazioni dalla l. 38/2009) o dalle richieste sempre più frequenti dei sindaci a vedersi riconosciute potestà più incisive in materia di sicurezza ‘urbana’ e controllo del territorio e sancita anche a livello positivo dall’art. 6 d.l. 92/2008, convertito con modificazioni dalla l. 125/2008, nella parte in cui attribuisce al sindaco il potere di adottare « con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana » (comma 4). La tenuta del sistema dipende ovviamente dall’uso che di tali poteri faranno le autorità e in particolare dalla loro capacità di evitare forme di criminalizzazione ingiustificata dei soggetti percepiti come ‘indesiderabili’, in ossequio a una concezione di giustizia sostanziale che rischia di produrre fratture sociali, quando non addirittura discriminazioni, accentuando il rischio — proprio di una idea della sicurezza come disgiunta dalla libertà e dalla garanzia dei diritti di tutti — di un diritto sanzionatorio altamente selettivo, asimmetrico, quando non addirittura costruito per tipi d’autore.

È importante infatti rilevare che se la diffusione del senso di insicurezza e della percezione del rischio di vittimizzazione legittima, nella rappresentazione politica, una crescente riduzione degli spazi di libertà, estendendo e intensificando le forme del controllo sociale, la flessibilizzazione dei diritti e delle garanzie individuali non è uniforme dal punto di vista dei settori sociali e delle categorie

⁽³¹⁾ L. MANCONI, *Un’anima democratica*, Nutrimenti, Roma, 2009, p. 43.

soggettive che ne vengono incisi. Al contrario, il conflitto tra libertà e sicurezza impone, in nome della difesa sociale, una riduzione delle garanzie unicamente rispetto alle categorie soggettive identificate come pericolose per la collettività.

Tutto questo dipende dalla sinergia di fattori plurimi ed eterogenei, comunque legati alla percezione e alla costruzione dell'identità collettiva in società, quali quelle attuali, caratterizzate da elevata complessità e differenziazione interna. La circolazione delle culture, la presenza su di uno stesso suolo di gruppi portatori di tradizioni, religioni, culture, idee diverse, le trasformazioni crescenti dei sistemi produttivi e delle relazioni lavorative, l'interrelazione degli ordinamenti, scompaginano inevitabilmente il sistema assiologico su cui si sono fondate molte società, manifestando l'esigenza di costruzione di nuove identità sempre più concepite in funzione oppositiva e polemica rispetto agli 'altri', radicate sulle piccole patrie, sulle etnie, sulle religioni, sul localismo culturale, sulla condivisione di stili o abitudini di vita e di relazioni. Le costituzioni 'del pluralismo' e gli ordinamenti nati nel secondo dopoguerra sulla base della condivisione di valori comuni e di una comune tensione alla convivenza pacifica, anche tra gruppi portatori di istanze diverse, sono percepiti oggi come sempre più inadeguati a gestire la complessità della realtà attuale.

Le dottrine « formatesi sul ceppo del costituzionalismo moderno erano state costruite sulla polarizzazione fra il potere, il governo degli uomini, con la sua naturale attitudine a trasmodare e a comprimere la libertà dell'individuo, e le risorse 'garantistiche' dispiegate dalle costituzioni. Se il garantismo liberale aveva poi declinato il primato del governo delle leggi sul governo degli uomini secondo il metro di uno Stato neutrale ed agnostico rispetto alla differenziazione della società, le costituzioni del pluralismo hanno preferito imboccare la strada di una densità di contenuti assiologici che si lasciata alle spalle l'epoca delle neutralizzazioni'. Ma oggi dinanzi alle sfide della differenziazione sociale, questa densità di contenuti assiologici si rivela essa stessa intrinsecamente problematica »⁽³²⁾. La difficoltà di riconoscimento, da parte dei cittadini, nei valori sottesi alle costituzioni del 'pluralismo' ben esprime la pro-

⁽³²⁾ P. RIDOLA, *Prefazione*, in *Paura dell'altro. Identità occidentale e cittadinanza*, Roma, Carocci, 2008, p. XIII.

fonda frattura sociale che caratterizza le società attuali, ove con sempre maggiore forza si manifesta l'esigenza di ricostruire legami identitari che prescindano dalla condivisione di un progetto comune di inclusione e integrazione delle differenze, reali o percepite. Il senso di appartenenza si radica quindi sulla reazione alla necessità di autodifesa dai pericoli determinati dal contatto con l'altro, ovvero con chi è escluso dall'auto-identificazione collettiva; estraneo, straniero, nemico pubblico ⁽³³⁾. Si consolida così la tendenza a declinare i diritti in forma oppositiva e a costruire il "*We the people*", l'identità del 'noi' semplicemente e semplicisticamente in contrapposizione a 'loro' e per sottrazione da un altro, visto come corpo estraneo e fonte di pericolo. Un'identità costruita dunque in chiave difensiva e polemica, dunque, di protezione e chiusura delle collettività e delle radici originarie rispetto ai rischi — reali o presunti — ritenuti suscettibili di derivare dall'incontro con l'altro.

Si è osservato a ragione come le epoche di veloce e profonda trasformazione inducano a proiettare l'angoscia per la perdita di controllo sul proprio destino sul piano del timore per la propria sicurezza. Questo accade sia al singolo che alle collettività, che finiscono così per difendersi dall'altro, percepito come diverso, erigendo barriere e trincerandosi dietro un guscio, anche simbolico, di discriminazione, intolleranza, controllo sociale selettivo. È quella che Aldo Schiavone ha ben definito l'ideologia del guscio, i cui riflessi sul piano normativo sono ben espressi dalla tendenza alla criminalizzazione di coloro che vengono percepiti come indesiderabili, *outsiders* sociali, nelle forme del 'diritto penale del nemico' ⁽³⁴⁾.

In questo senso, il diritto penale dimostra davvero il suo carattere selettivo; di più: la sua asimmetria si accentua in ragione del manifestarsi di una tendenza parallela, in alcuni ordinamenti contemporanei, all'intensificazione delle garanzie e alla riduzione della sfera del penalmente rilevante, nei settori della criminalità dei colletti bianchi o comunque di coloro che sono ritenuti socialmente affidabili e quindi capaci di offrire una sufficiente sicurezza cognitiva rispetto ai propri comportamenti futuri. In tale ambito il diritto

⁽³³⁾ R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 62.

⁽³⁴⁾ A. SCHIAVONE, *Così la destra crea l'ideologia del guscio*, in *La Repubblica*, 9.5.2008, p. 1.

penale delle garanzie (e delle pene diverse dal carcere) mantiene e in alcuni casi intensifica la sua forza, con la conseguenza di rendere ancor più asimmetrico, differenziato se non diseguale l'intero sistema penale, percorso dalla tensione tra due paradigmi opposti, rispettivamente: il diritto penale del nemico e il diritto penale del cittadino, il diritto penale 'dei briganti' e quello dei 'galantuomini'. Sulla constatazione della progressiva differenziazione del diritto penale si fonda la teorizzazione (ad es., da parte di Jakobs ⁽³⁵⁾) dell'esistenza, nei sistemi penali contemporanei, di un diritto speciale e asimmetrico rispetto a quello tradizionale delle 'garanzie', definito 'diritto penale del cittadino', in contrapposizione, appunto, a un 'diritto penale del nemico', destinato a chi viene percepito come irriducibilmente 'altro', non meritevole delle garanzie e dei diritti riconosciuti tradizionalmente all'imputato in uno Stato di diritto, al fine di garantire ai cittadini l'effettività del diritto alla sicurezza, sempre più scisso dall'idea — speculare ed opposta — della sicurezza dei diritti.

Certamente, il legame tra percezione dell'insicurezza e ricorso strumentale alla penalità è un carattere costitutivo della società contemporanea; di una modernità 'liquida' segnata dallo sviluppo tecnologico e dalla conseguente moltiplicazione tanto delle *chances*, quanto delle fonti di rischio e quindi di paura. Ne deriva un rischio di vittimizzazione socialmente percepito come costante pericolo comune, non circoscritto a contesti specifici o marginali, ma suscettibile di incidere su chiunque, imponendosi quale problema di cui si chiede sempre di più alle istituzioni di farsi carico. La vittima ne diviene l'emblema, quale soggetto che si fa carico del costo sociale di un rischio *collettivo*, non perché deterministicamente predisposto al crimine, per ragioni individuali e contingenti, ma solo in quanto membro di un contesto sociale ad alto tasso di devianza, ove ciascuno è vittima potenziale. Il modello teoretico del *deficit* si volge così in quello delle opportunità. Il primo — descrivendo il fenomeno penale, secondo il paradigma dell'interazionismo simbolico, come relazione tra soggetti 'deboli' (per contingenza storico-situazionale) — attribuisce alla vittima *deficit* educativi, economici, o di

⁽³⁵⁾ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, (trad. it. a cura di F. Resta), in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 5 ss.

integrazione sociale, da cui deriverebbe una maggiore esposizione al rischio del crimine. Di converso, il paradigma delle opportunità qualifica il rischio di vittimizzazione non come riflesso di un *deficit* sociale, ma come conseguenza dell'aumento delle *opportunità* di delinquere, da cui deriverebbe la diffusione del crimine, significativamente di tipo 'predatorio' ⁽³⁶⁾. In questa prospettiva, se la vittima è soggetto occasionale, fungibile, il suo rapporto con il reo perde in predittività, rappresentando l'esito meramente contingente dell'interazione sociale. Nella rappresentazione pubblica, la vittima — tanto più spersonalizzata quanto più fungibile, come emblematicamente avviene nel caso del terrorismo — diviene così rappresentazione di un senso di insicurezza capace di accomunare società per altro verso isolazioniste e prive di coesione interna, assumendo uno statuto identitario in cui ciascuno sente di potersi riconoscere. Il discorso politico, ovviamente, si avvale di questo potenziale simbolico per legittimare, in nome 'delle vittime', scelte politico-criminali segnate spesso da un uso strumentale e performativo del diritto penale, e dalla forte limitazione di diritti e garanzie (significativo il caso della '*Megan's Law*' negli USA, intitolata appunto al nome, assai noto nella cronaca, della persona offesa di reati particolarmente efferati). Tuttavia, la vittima sembra segnata da una sorte paradossale: se nel discorso pubblico rappresenta istanze sociali assunte come requisito di legittimazione della politica penale, sovente oggetto di negoziazioni propagandistiche ad alta risonanza, nel contesto della giustizia penale il suo ruolo si riduce ad una marginale comparsa, perché su quella scena si rappresenta il diverso copione del *crimen laesae maiestatis*; « alla fine di quella spettacolarizzazione, essa non trarrebbe mai un utile » e neppure, forse, « un timido applauso » ⁽³⁷⁾. Protagonista solo sulla scena politica — ove rappresenta l'esigenza della difesa sociale da un nemico pubblico di volta in volta identificato in particolari categorie soggettive — la vittima è estromessa dall'orizzonte del processo, che guardando al futuro (nel rapporto, squisitamente pubblicistico, tra reo e Stato), trascura

⁽³⁶⁾ In tal senso, M. PAVARINI, *Relazione al convegno 'La vittima del reato: questa sconosciuta'*, Torino, 9 giugno 2001.

⁽³⁷⁾ Ivi.

inevitabilmente la dimensione *retrospettiva* del reato subito, che della vittima rappresenta l'identità.

5. *Nemici, criminali e non-persone.*

Con la sua teoria del diritto penale del nemico quale strategia politico-criminale contrapposta a quella che tradizionalmente ha connotato il diritto penale 'delle garanzie' o del cittadino, Jakobs scava a fondo in questo legame tra sicurezza e giustizia penale 'ostile'. E sostiene quindi che il responsabile dei reati di volta in volta percepiti come di maggiore allarme sociale, per il solo fatto di avere destabilizzato — con la propria condotta e con la violazione del ruolo assegnatogli dalla struttura sociale — le aspettative normative condivise, si sia posto in 'guerra' contro lo Stato, auto-escludendosi da esso e negando il proprio carattere di *persona*, la propria stessa esistenza come *cittadino*. Sarebbe lo stesso reo (*high risk offender*), a sancire, con il reato, la propria auto-esclusione dalla comunità giuridica (e, prima ancora, sociale), legittimando così lo Stato ad adottare nei propri confronti misure tese alla segregazione, all'innocuizzazione e alla più strenua difesa sociale, in nome dell'esigenza di ristabilire, nella coscienza collettiva, la percezione della vigenza (nonostante il reato) della struttura normativa.

Basti qui rilevare l'affinità di quest'argomento con le parole di Garofalo, che identificava il fine della pena con l'« eliminazione dall'ambiente dell'individuo ad esso non adatto », mediante una selezione artificiale, operata dal « potere sociale ». La figura del nemico rievoca così paradossi foucaultiani: il suo trattamento è regolato giuridicamente, pur rappresentando la normativizzazione di una *esclusione* dalla società, poiché il nemico è ritenuto *non-persona*. Il diritto penale del nemico è pertanto, per Jakobs, una « guerra il cui carattere limitato od assoluto dipende solo dal grado di timore sociale del nemico stesso »: il paradosso nasce dall'impossibilità di una giuridicizzazione completa, in ragione della rottura della equivalenza tra razionalità e personalità.

Il dibattito attuale sul diritto penale del nemico ruota così intorno al carattere meramente descrittivo o viceversa prescrittivo dell'esistenza, nei sistemi giuridici contemporanei, di una giustizia

penale' ostile e derogatoria rispetto ai principi fondativi della democrazia. Mentre — come ha confermato più volte la Corte di Strasburgo — simili deroghe ai diritti umani e alle libertà fondamentali non potrebbero mai ritenersi giustificabili in quanto violative dello *jus cogens*, è importante riflettere sul valore euristico e critico che caratterizza il paradigma del nemico, qualora cioè lo si assuma come parametro per rilevare la deformalizzazione e l'illegittimità di queste normative speciali. È quindi importante ricostruirne caratteri, forme e riti, per denunciare il rischio che la democrazia, nel tentativo di difendersi dai suoi nemici — reali o presunti — giunga invece a negare se stessa e i principi essenziali su cui si fonda.

In primo luogo, va osservato come il diritto penale del nemico, nella formula teorizzata da Jakobs, rappresenti l'espressione della posizione originaria del diritto da parte della politica e il ritorno del 'politico' — inteso quale possibilità ultima del conflitto — in un sistema, quale quello giuridico moderno, che si fonda sulla neutralizzazione del codice dell'ostilità e sulla qualificazione del nemico come criminale. Quella stessa sicurezza alla cui tutela Hobbes riferiva la ragione del *pactum unionis et subjectionis* e la conseguente attribuzione allo Stato della funzione di neutralizzazione e giurisdizionalizzazione del conflitto e di sottoposizione del nemico interno alle leggi, porta oggi a teorizzare paradossalmente l'emersione di un rapporto pre-giuridico di ostilità nei confronti di chi non si ritiene più un mero criminale, ma appunto un nemico interno. Si deve infatti ad Hobbes « la distinzione cruciale fra nemico e criminale: il nemico è per lui un dato empirico esterno allo Stato, essenzialmente un altro Stato, che, solo, può essere *justus hostis* e contro il quale solo può esserci guerra (non 'giusta', quindi, ma manifestazione dello *jus ad bellum* come diritto di sovranità), mentre il criminale è una costruzione interna, resa possibile solo dall'esistenza del diritto positivo. Il nemico interno è trasformato in criminale: e questi non viola 'valori', ma norme sovranamente poste »⁽³⁸⁾. La modernità

⁽³⁸⁾ C. GALLI, *Diritto e politica. profili teorici e politici del loro rapporto*, di prossima pubblicazione, p. 1 del dattiloscritto. L'assimilazione tra nemico e criminale è da C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, Duncker & Humblot, 1950, p. 232, ricondotta al superamento del concetto tradizionale di *justus hostis*, determinatasi con il Trattato di Versailles.

nasce infatti con la negazione categoriale del conflitto interno, attraverso la soggezione del nemico alle regole normative e l'attribuzione a questi dello status di criminale, riconducendo il conflitto interno a fattispecie descrivibile in termini normativi e il rapporto tra politica e diritto alla traduzione della legittimità in legalità. L'età moderna è del resto « quella che più di ogni altra si è sforzata di trasformare l'angoscia sociale diffusa per il rischio generalizzato di conflitto in paura individuale per una punizione precisa e puntale prevista dalla legge, a sanzione di un atto personale, cioè di ridurre il pericolo derivante dalla complessità fuori controllo. La via istituzionale per giungere a ciò è lo Stato di diritto [...] reso possibile dai processi che hanno collocato presso un'unica istanza sovrana, e quindi monopolizzato e nel lungo periodo razionalizzato e limitato, il ricorso alla violenza da parte del potere politico: questo obiettivo è stato conseguito attraverso la qualificazione del conflitto rispetto allo spazio delle istituzioni, cioè grazie alla distinzione fra la violenza interna, contro il criminale, e la violenza esterna, contro il nemico. Il nemico, lo *justus hostis*, è quindi divenuto solo l'altro Stato o il suo cittadino in armi, ovvero colui che è estraneo all'ordinamento perché ne è sottratto dalla sua collocazione spaziale, perché fa parte di un altro ordinamento; col nemico non c'è quindi rapporto giuridico (il nemico non è un criminale) [...]. Il nemico è in ogni caso immediatamente (o quasi) esposto alla violenza del potere politico, mentre questa, quando si applica al criminale è mediata e ritualizzata nel processo penale, e affidata ad un autonomo potere giudiziario » (39). E se nello Stato di diritto la legittimità media il proprio rapporto con il nemico attraverso la legalità, « anche coloro che si dichiarano 'nemici' della legittimità — cioè dei valori che orientano l'ordinamento e che in esso si esprimono — sono considerati criminali, cioè violatori della legalità; con il che si affermano tanto la capacità sovrana dell'ordinamento di valere *erga omnes*, e di non accettare che alcuno si sottragga ad esso proclamandosene 'nemico', quanto la inviolabilità dei diritti individuali del 'nemico', che ineriscono alla persona solo perché questa è naturalmente tale, e collocata all'interno di un ordinamento, e non perché sia fedele ad esso, o consenta ideologicamente alla sua

(39) C. GALLI, *Diritto e politica*, cit., p. 3.

legittimità politica [...]. Quindi, un attentato alla legittimità, all'ordine politico e alla sussistenza dell'ordinamento giuridico da esso posto, è un delitto gravissimo, qualificato appunto come 'politico' [...]. Nonostante ciò, il delitto politico è pur sempre interno all'ordinamento, che ha la forza di trattarlo come una questione di legalità, cioè giuridicamente. Quindi, si può dire che finché nel binomio 'delitto politico' pesa di più il 'delitto' mentre l'elemento 'politico' è solo accessorio, finché sussistono norme, garanzie [...] e procedure giuridiche certe; finché il diritto è riconosciuto come il linguaggio autonomo capace di costituire efficacemente l'orizzonte ordinativo entro il quale si muove la concreta realtà sociale; finché la pace e la concordia si attingono programmaticamente attraverso la norma; finché la stessa politica è giuridificata e istituzionalizzata, e rinuncia in linea di principio alla violenza immediata; finché il 'politico' può essere mediato e neutralizzato; allora il delitto politico si avvicina qualitativamente al delitto comune. E anzi 'progresso' in età moderna è la sempre più profonda latenza del nemico interno, la sua normalizzazione e normazione, la sua tendenziale scomparsa, a favore del cittadino inserito, con i suoi diritti, nella legalità » (40).

Non a caso, la figura del nemico riappare proprio nei momenti di maggiore debolezza dello Stato di diritto. In età rivoluzionaria, Condorcet definiva *injustissimi hostes* i controrivoluzionari esterni o gli esponenti del potere consolidato, a cui si opponeva la legittimità (e quindi la sovranità) di una legge diversa dal diritto positivo: la legge della storia o di natura. Ed ogniqualvolta la cittadinanza è stata concepita come appartenenza a un sistema di valori, a un *Volksgeist*, chi a prescindere da responsabilità proprie vi è stato ritenuto estraneo è stato descritto come nemico, attraverso una politicizzazione della legalità manifestatasi con la violazione e la stessa delegittimazione del principio di legalità. Attraverso una concezione sostanzialista della giustizia e del diritto, quale strumento della ragion di Stato e della politica, nel sistema sovietico al diritto e alla giurisdizione è stata attribuita la funzione di « sanzionare le conseguenze » della condotta di chi, secondo la logica totalitaria del

(40) C. GALLI, *Diritto e politica*, cit., p 5.

nemico del popolo, « non poteva non essere colpevole, in quanto ostile al regime »⁽⁴¹⁾.

Queste esperienze dimostrano quindi come il rapporto tra diritto e politica, legalità e legittimità sia stato sempre segnato da un equilibrio precario, suscettibile di infrangersi di fronte alla prevalenza di logiche sostanzialiste. Che significativamente innervano il dibattito attuale sul diritto penale del nemico, portando Jakobs a postulare addirittura il rischio di una controfattualità del diritto; della sistematica violazione delle norme da parte di determinate tipologie soggettive di criminali ‘per convinzione’, “che cioè delinquono perché in realtà non condividono, e minacciano, la legittimità delle società occidentali”, dandosi così « per scontata sia l’insostenibilità e l’impraticabilità di una difesa della società e dello Stato attraverso il solo diritto vigente e le sue logiche (l’uguaglianza e la presunzione di innocenza, *in primis*), sia la necessità e la legittimità di una reazione ‘politica’ che in nome della legittimità (dei valori) modifichi o sospenda la legalità a danno di quei ‘tipi’ criminali che sono i ‘nemici’ », ritenendosi in questa prospettiva che lo Stato debba abolire « i diritti in maniera ordinata ». Di fronte al progressivo sfumare del confine tra esterno e interno dunque, a logiche anti-essenzialistiche capaci di declinare la stessa idea di cittadinanza in una prospettiva multiculturalista e plurale, Jakobs oppone una visione funzionalistica del diritto come espressione della scissione tra legittimità e legalità, ri-politicizzando la relazione tra lo Stato e il criminale, qualificato ancora una volta come nemico in ragione della sua presunta avversione al sistema di valori su cui si basa la collettività. Ne deriva quindi la negazione, nei confronti del ‘nemico’, della stessa qualità non solo di cittadino ma addirittura di persona, dovendo egli essere considerato come mera ‘fonte di pericolo’ da neutralizzare — non già tuttavia con l’esclusione dall’ordinamento, ma — con un diritto speciale, differenziale, e con una pena priva di contenuto rieducativo, che semplicemente gli impedisca di ‘nuocere alla collettività’⁽⁴²⁾. Alla presunta autoesclusione dalla compagine sociale di chi, come il terrorista, si « ponga volontariamente in guerra con lo Stato », avversando i valori su cui si basa e minac-

⁽⁴¹⁾ *Ibidem.*

⁽⁴²⁾ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 9.

ciandone la legittimità, si dovrebbe quindi rispondere asimmetricamente, secondo Jakobs, attraverso la sospensione dei diritti e delle garanzie propri del 'diritto penale del cittadino'. Nella sua prospettiva infatti, tali diritti e garanzie possono essere riconosciuti non al mero 'individuo' — quale appunto sarebbe il 'nemico' — ma unicamente della persona, ovvero chi si dimostri fedele all'ordinamento e ai valori su cui si fonda. Si tratta evidentemente di una « commistione di diritto e di 'guerra' che mette in crisi proprio lo sforzo di Jakobs tenere distinta la politica istituzionale dello Stato dalla violenza extra-istituzionale del terrorista »⁽⁴³⁾ e che sottovaluta proprio la capacità del diritto di difendere la democrazia con gli strumenti che le sono propri.

Inoltre, sul piano dei rapporti costituzionali tra i poteri dello Stato, va rilevato come il carattere emergenziale attribuito alla legislazione in materia — che porta a derubricare diritti, garanzie e legalità formale a meri ostacoli, impedimenti all'azione di contrasto al crimine, in nome di una concezione sostanzialista della giustizia — determini la sovraesposizione dei poteri e del ruolo dell'esecutivo e delle autorità amministrative nell'azione, di contrasto al terrorismo e in genere ai delitti rappresentati come di maggior allarme sociale. Crimini, questi, rappresentati come talmente gravi da esigere azioni diverse ed ulteriori rispetto all'accertamento dei reati e all'applicazione della legge, dovendosi quindi lasciare le 'mani libere' alle autorità amministrative, non potendocisi « aspettare che i governi combattano il terrorismo con il codice in mano » (così il Presidente del Consiglio dei Ministri italiano, in sede di conferenza stampa tenutasi nel dicembre 2005, con la stampa estera), quasi a contrapporre a crimini straordinari ed eversivi risposte ordinamentali altrettanto straordinarie ed eversive, affidate ai Governi. Significativo in tal senso è l'*Authorization for Use of Military Force* del 2001, con il quale sono stati conferiti poteri straordinari al Presidente USA quale *Commander in chief* delle Forze armate statunitensi ma non solo in campo militare bensì anche in materie inerenti la libertà personale, giungendo ad autorizzare l'uso « di tutta la forza necessaria ed appropriata contro quelle nazioni, organizzazioni o persone (il Presidente) ritenga abbiano pianificato, organizzato, commesso o

(43) C. GALLI, *Diritto e politica*, cit., p. 7.

favorito gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, ovvero dato rifugio a tali organizzazioni o persone, allo scopo di prevenire futuri atti di terrorismo internazionale contro gli Stati Uniti » (Section 2a).

Tale prevalenza dell'esecutivo sul giudiziario e finanche sul legislativo caratterizza quasi tutti gli ordinamenti, siano essi di *common law* o di *civil law*, a struttura federale, regionale o unitaria. Basti pensare che le sentenze della Corte suprema americana, nel sancire il diritto dei cittadini anche stranieri, sottoposti a detenzione amministrativa, ad ottenere il *writ of habeas corpus* — ritenuto dal Governo statunitense inammissibile in ragione delle previsioni derogatrici dei *Patriot Acts* e dell'*Authorization for Use of Military Force* del 2001 — hanno motivato la propria decisione, tra l'altro, con riferimento all'esigenza di ristabilire la separazione dei poteri e il corrispondente equilibrio tra *checks and balances* su cui si fonda la Costituzione. Seppure in misura minore, la tendenza ad attribuire maggiori poteri all'esecutivo (nelle sue varie articolazioni: dai servizi di intelligence al prefetto alla polizia) in materia di contrasto al terrorismo (ma anche a illeciti minori quali l'immigrazione irregolare) si è manifestata anche nel nostro ordinamento, soprattutto in ragione delle modifiche apportate dal dl. 144/2005, convertito, con modificazioni, dalla l. 155/2005 e, da ultimo, dal d.l. 92/2008, convertito, con modificazioni, dalla legge 125/2008. In tale contesto si sono infatti previste, tra l'altro, ipotesi di espulsione non soggette a convalida giurisdizionale — sia pur solo fino al 31.12.2007 — e non sospendibili dal giudice (art. 3 d.l. 144); intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali preventive di competenza dei servizi sulla base della mera autorizzazione del Procuratore generale presso la Corte d'appello e prive di valenza probatoria e processuale (art. 4 d.l. 144); deroga alle norme di tutela della riservatezza in merito alla conservazione dei dati di traffico telefonico o telematico (art. 6 d.l. 144); nuove fattispecie di ammissibilità delle operazioni sotto copertura e delle attività degli agenti provocatori di competenza della polizia (art. 7-*bis* d.l. 144); ulteriori casi di misure di prevenzione personali e reali (artt. 14 d.l. 144/2005 e 1 d.l. 92/2008); ampliamento dei poteri di intervento autonomo, anche precautelare, della polizia giudiziaria e l'estensione da 12 a 24 ore della durata del fermo per identificazione personale (art. 10 dl. 144/2005); l'attribuzione al sindaco di poteri di ordinanza in materia di sicurezza urbana

(art. 6 d.l. 92/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. 125/2005); l'impiego delle forze dell'ordine in compiti di controllo del territorio, attività di pubblica sicurezza e 'prevenzione della criminalità' che a volte sconfinano nell'ambito delle funzioni della polizia giudiziaria, come avviene a proposito dell'identificazione e della perquisizione personali (art. 7-*bis* d.l. 92/2008, ma anche art. 18-*bis* d.l. 144/2005); l'attribuzione al prefetto della competenza in ordine alla sospensione, all'omissione o alla revoca di provvedimenti espulsivi, sulla base della valutazione dal medesimo effettuata, di esigenze che pur appaiono di natura strettamente giudiziaria art. 3, comma 3, d.l. 144) (44).

Inoltre, nonostante tale legislazione si incentri essenzialmente su misure limitative delle libertà, la riserva di giurisdizione (oltre che di legge) prevista in materia dal nostro ordinamento viene di fatto elusa: si pensi alle già citate intercettazioni preventive non soggette a controllo giurisdizionale, all'acquisizione dei dati di traffico telematico su ordine dell'autorità amministrativa, alle espulsioni o agli allontanamenti privi di convalida giurisdizionale o comunque non sospensibili da parte dell'autorità giudiziaria, alle nuove fattispecie di misure di prevenzione e all'estensione della durata massima della detenzione o del fermo amministrativi. Tale sottrazione all'autorità giudiziaria di alcune misure incidenti sulla libertà personale determina peraltro una sensibile riduzione delle garanzie che la giurisdizionalizzazione e soprattutto il processo penale assicurano, attraverso un'elevata formalizzazione delle procedure in cui si articolano strumenti di controllo (esterno ed interno) e revisione delle decisioni adottate.

Tale prevalenza dell'esecutivo anche in materie strettamente inerenti la libertà personale è qualificata da Carlo Galli come peculiare forma di eccedenza della legittimità rispetto alla legalità, che si esprime dal lato esterno nella titolarità, in capo al vertice politico, dello *jus ad bellum* « cioè l'esercizio della violenza verso l'esterno, con quanto di straordinariamente coattivo esso implica per la libertà dei cittadini ». Laddove nello spazio interno « la violenza

(44) Sul punto cfr., per tutti, A. SPATARO, *Terrorismo e crimine transnazionale: aspetti giuridici e premesse socio-organizzative del fenomeno* (Relazione tenuta il 5 marzo 2007 presso il CSM).

resta ‘normalmente’ presso il potere politico (l’esecutivo) come una risorsa a cui questo sa ricorrere sia con la ‘misura’ (in buona parte extra-giuridica) di polizia (a cui pertengono gli interventi ‘particolari’, mentre alla magistratura spetta l’amministrazione della legge universale), sia con l’azione ampiamente discrezionale dei ‘servizi segreti’ (ma la dialettica fra visibilità e trasparenza della norma e opacità e segretezza dell’agire politico non è generalizzabile come ‘regolarità della politica’: contro il nemico interno, quando questo riappare, si procede a volte apertamente e a volte nascostamente) »⁽⁴⁵⁾.

A tale accresciuto ruolo delle autorità amministrative in materie pur attinenti la libertà personale corrisponde del resto la tendenziale riduzione degli spazi rimessi alla discrezionalità giudiziaria. Si pensi in tal senso al già richiamato potere del prefetto di valutazione di esigenze strettamente giudiziarie al fine di provvedere se del caso alla sospensione, all’omissione o alla revoca di provvedimenti espulsivi; alla estensione delle aggravanti sottratte al giudizio di comparazione con eventuali attenuanti (sul modello di quanto previsto dall’aggravante della finalità di terrorismo, introdotta dall’art. 1 della legge Cossiga: l. 15, 1980); alla esclusione della convalida giurisdizionale per le ipotesi di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo e al correlativo divieto di sospensione dell’efficacia del provvedimento da parte dell’autorità giudiziaria (oltre al citato art. 3 d.l. 144, si vedano anche i decreti legislativi correttivi dei d.lgs. 30/2007 e 25/2008).

Né va sottovalutato il rilievo che il ricorso — frequente soprattutto nei procedimenti per terrorismo — a fonti di prova spesso coperte da segreto di Stato assume, anche ai sensi della legge 124/2007, non solo rispetto al diritto di difesa e al contraddittorio sulla prova, ma anche alla valutazione giudiziale degli elementi probatori. Significativa in tal senso la norma — invero transitoria — di cui all’art. 3 d.l. 144/2005, secondo cui il ricorso al TAR avverso il provvedimento espulsivo emesso ai sensi del comma 1 o dell’art. 13, comma 1, d.lgs. 286/1998, è sospeso qualora la decisione dipenda dalla cognizione di atti per i quali sussiste il segreto d’indagine o il segreto di Stato, sino a quando l’atto o i contenuti essenziali

⁽⁴⁵⁾ C. GALLI, *Diritto e politica*, cit., p. 5.

dello stesso non possono essere comunicati al tribunale amministrativo, prevedendosi che il TAR decida allo stato degli atti se, dopo il decorso di due anni, l'amministrazione non abbia provveduto, nel termine fissato dal giudice, a produrre nuovi elementi per la decisione o a revocare il provvedimento impugnato. Analogamente nell'ordinamento inglese, il problema della non conoscibilità degli atti riservati o comunque coperti da segreto di Stato, posti a fondamento di provvedimenti di classificazione dello straniero come sospetto terrorista, che ne abbiano giustificato la detenzione amministrativa, è stato superato dalla *House of Lords* con una importante pronuncia emessa il 26.12.2004, unicamente in relazione ad asserite violazioni del divieto di tortura.

Infine, la prevalenza dell'esecutivo rispetto agli altri poteri in materia di contrasto al terrorismo e alla criminalità di maggiore allarme sociale si manifesta anche, nel nostro ordinamento, con la tendenza pressoché costante al ricorso alla decretazione d'urgenza: si pensi che, dagli anni di piombo ad oggi, la legislazione emergenziale è stata costituita quasi esclusivamente da decreti-legge (d. l. 625/1979; d.l. 353/2001; d.l. 369/2001; d.l. 374/2001; d.l. 144/2005 e 92/2008).

La decretazione d'urgenza diviene quindi terreno d'elezione per l'introduzione di norme incriminatrici, giustificate dal richiamo — spesso apodittico — ad emergenze da combattere con la minaccia di pena. Il fatto che la decretazione d'urgenza rappresenti oggi un vero e proprio strumento di politica criminale solleva diverse perplessità, non solo in ragione del problema — connesso alla successione diacronica delle norme — della loro efficacia temporale, ma anche del rispetto rigoroso dei principi di stretta legalità e riserva di legge in materia penale, quali garanzie del monopolio sulle scelte di politica criminale, riservato all'organo direttamente rappresentativo della volontà popolare. Sul piano del diritto sostanziale, va osservato in primo luogo come il paradigma del diritto penale del nemico si caratterizzi per la funzione che la logica della "colpa d'autore" assume nella struttura della legislazione, improntata ad un tendenziale soggettivismo, sostanzialismo (e talora anche cognitivismo etico). La qualificazione del reo come appartenente ad una determinata categoria soggettiva (recidivi, pedofili, terroristi, migranti, tossicodipendenti, mafiosi, etc.) rappresenta un paradigma costitu-

tivo e assume una valenza fondativa dello stesso disvalore penale della fattispecie e del trattamento differenziale previsto. Come opportunamente rilevato, l'appartenenza identitaria del 'nemico' può riferirsi ad una categoria largamente indifferenziata (come nel caso dei migranti), ad una collettività qualificata da una comune fede religiosa o da una stessa ideologia politica (gli anarchici, etc.); o ad una categoria di creazione normativa (i recidivi). Il rilievo che l'appartenenza identitaria a una categoria di 'nemici designati od opportuni', svolge nell'ambito della normativa di contrasto al terrorismo (soprattutto jihadista) è del resto significativamente espresso dal crescente ricorso, da parte della polizia statunitense, dopo *Ground Zero*, al *racial profiling*: metodo d'indagine volto ad assumere la razza a indicatore di pericolosità, criterio di identificazione di possibili autori di delitti, o comunque fondativo di misure 'preventive' o del fermo e della perquisizione di persone, in base ad un profilo che comprende, quale parametro primario, il dato razziale.

L'appartenenza a una determinata categoria soggettiva assume così « il significato di un elemento costitutivo di quell'*identità* del soggetto rilevante ai fini della relazione nemicale: il nemico è tale per l'identità che gli conferisce l'appartenenza a una determinata categoria o gruppo [...]. Il fatto è che, essendo il criterio fondativo della comunità identitaria di appartenenza estremamente lontano o addirittura sganciato dalla specificità di atti pregiudizievole, l'*identità nemicale* può fondarsi su elementi identificativi estremamente vari, generici e al limite anche irrazionali » ⁽⁴⁶⁾, comunque basati su fattori diversi anche da fondate valutazioni di pericolosità, ma modulati invece sulla *rappresentazione* del grado di pericolosità di una categoria soggettiva, che sia politicamente *opportuno* fornire.

6. Chi dice 'nemico' ...

Può essere importante ricordare come dei giochi di metamorfosi che il diritto penale ha costruito intorno alla figura del nemico, o alla sua neutralizzazione, la grande tradizione romanistica rechi una traccia significativa. Racconta Livio (*Ab urbe condita*, 21, 18, 1) di

⁽⁴⁶⁾ F.C. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in « *Questione Giustizia* », 2006, 4, p. 677.

una singolare procedura feziale connessa alla pratica della dichiarazione di guerra, sempre accompagnata da ritualismi formalistici. Era ancora in uso nel terzo secolo a.C. quando, racconta Livio, avvenne un singolare trasferimento di un pezzo di suolo romano, situato presso il tempio di Giunone Bellona, a un prigioniero dell'esercito di Pirro. Trasferire la proprietà del suolo ad un prigioniero nemico garantiva che la procedura feziale potesse svolgersi, da allora in poi, su quel piccolo territorio reso nemico da quella finzione. Il prigioniero cui si cedeva il pezzo di terra garantiva l'inimicizia del suolo e questo autorizzava a dichiarare guerra. La presenza del prigioniero consente il gioco di metamorfosi: gli si trasferisce la proprietà e il suo stato di prigioniero consente di trasformare il suolo in territorio nemico. Il formalismo ha una sua pedagogia ⁽⁴⁷⁾, scrive Bretone, ma è anche il modo per neutralizzare l'inimicizia. L'ostilità ha bisogno delle sue figure antropomorfe e dei suoi luoghi; persino il *bellum reso justum* dalle procedure giuridiche deve evitare l'incorporazione del nemico. Non siamo ancora nella fase in cui l'*hostis* è diventato *reus*, ma siamo già su quella strada in cui tra il diritto e l'inimicizia i confini cominciano a ridefinirsi. Più tardi, prima che si consumasse la spoliticizzazione cristiana dell'amicizia, non era sfuggito al pensiero stoico il pericolo dell'ambivalenza che l'idea di 'comunità' etico-politica serbava dentro di sé. Un passo intenso dello stoicismo romano del I secolo A. C. ce lo testimonia in maniera inequivocabile: la *ratio* della comunità. Dividere il genere umano tra i detentori e i non detentori della ragione equivale a dirimere, discriminare, dividere: la linea della demarcazione è quella dell'amicizia e dell'inimicizia. Non per la prima volta, ma in maniera finalmente consapevole, appare la *dis-criminazione* (e le relative *re-criminazioni*) con cui si decompone un universo comune. Secoli più tardi troveremo la stessa descrizione della comunità dimidiata nelle pagine, non a caso, di C. Schmitt. La linea di demarcazione sarà indicata come *amity line*. A far da sfondo sarà l'idea della guerra civile, così familiare alla politica ciceroniana, che travolge la neutralizzazione tecnica che il diritto dovrebbe operare. La sua cornice è invece la cella in attesa del verdetto del processo di Norimberga: « le desolate vastità di un'angusta cella » dove in compagnia del grande pensiero giuridico

(47) M. BRETONE, *Le cose e la natura*, Roma-Bari, Laterza 1998, p. 53.

politico di Bodin e Hobbes, si vede sfiorire tragicamente lo *jus publicum Europaeum* e la progressiva costruzione di uno spazio planetario rischia di risolversi, in assenza di giuridificazione, in una guerra civile planetaria. La particolare crudeltà della guerra civile, dice Schmitt, consiste nel fatto di essere condotta all'interno di una comune unità politica comprendente anche l'avversario e nell'ambito del medesimo ordinamento giuridico, ma soprattutto nella particolare condizione in cui « le due parti in lotta al tempo stesso affermano assolutamente e negano assolutamente questa comune unità. Entrambe, assolutamente e incondizionatamente, pongono l'avversario nel non-diritto. Esse tolgono il diritto dell'avversario, in nome però del diritto » (48).

Il modello biblico è quello dei 'fratelli nemici'. Il diritto legale di una parte diventa nell'altra un diritto naturale; il primo conferisce il diritto all'obbedienza, l'altra un diritto alla resistenza. Tutto questo si sostanzia nell'icona dell'*ergersi a tribunale senza cessare di essere nemici*. E, duramente, prosegue Schmitt, il « dichiarare qualcuno nemico dello Stato, del popolo o dell'umanità » non ha il senso di riconoscere lo status giuridico di nemico perché belligerante, ma quello di togliergli anche quest'ultimo diritto. L'ostilità diventa assoluta fino a decomporre « l'antichissima, sacrale distinzione di nemico e criminale ». Così « il dubbio sul proprio diritto è considerato tradimento; l'interesse per l'argomento dell'avversario, slealtà; il tentativo di una discussione diviene intesa con il nemico ». E continua avvertendo che nell'epoca del positivismo moderno, che trasforma la legge (*Ge-setz*) in una « posizione di posizioni », tutto, compresa la guerra, perde il carattere sacrale ed emergono « le insidie di processi ingarbugliati ma anche gli orrori, ammantati di giustizia, di sanguinose guerre civili ». « Prudenza, quindi, nel parlare del nemico » è l'ultimo ammonimento: « Der Feinde ist unsre eigne Frage als Gestalt ».

Tra le arcaiche procedure feziali e Norimberga vi è un lunghissimo percorso dentro il quale le 'metamorfosi', per tornare alle categorie di Canetti, hanno riguardato profondamente tanto l'idea del diritto penale quanto la categoria del nemico. Se una grande e visibile frattura vi è stata in tale complesso itinerario, questo, ci

(48) C. SCHMITT, *Ex captivitate salus* (1947), Milano, Adelphi, 1987, pp. 58-61.

insegna la grande tradizione giuridico politica occidentale, è stato segnato dal Seicento e dall'avvento dello Stato e del diritto moderno. Se ancora in Machiavelli il diritto del principe veniva pensato come un diritto di spada nei confronti del nemico interno, il cambiamento di rotta avverrà soltanto con la teoria hobbesiana dello Stato moderno. A ridefinire le logiche dell'inimicizia sarà quel processo di separazione netta tra nemico esterno e criminale che incorporerà, e trasformerà, l'inimicizia interna in trasgressione del *pactum unionis* e del *pactum subjectionis*. Il dispositivo che lo spiega è duplice: da una parte esso coincide con quella singolare *artificial reason* che giustifica la legge, ma anche la sua legittimità e l'atto di fondazione originaria e che consiste nel "contratto sociale" che lega i cittadini alla comunità politica. Dall'altra si sovrappone ai dibattiti sulla 'guerra giusta' e sul ruolo della sovranità politica. Per quanto riguarda il primo aspetto il patto fondativo stabilisce una netta separazione fra interno e esterno della comunità politica, in modo che i nemici si collochino fuori, all'esterno, in una dimensione estranea e potenzialmente ostile (gli Stati per Hobbes sono 'lupi artificiali'). All'interno della comunità, ove opera l'imperativo della pacificazione da parte del Sovrano, l'espropriazione della violenza dei cittadini e la sua capitalizzazione nelle mani del Leviatano prefigurano un modello di cittadino che si conforma o meno alle regole. Chi trasgredisce la legge lo fa all'interno della regola (di chiusura) costituita dal contratto sociale. La vera neutralizzazione dell'inimicizia sta proprio qui. I nemici e i confliggenti non possono essere all'interno: a garantirlo è il loro stato di cittadini che hanno sottoscritto il patto e il che quindi non si pongono fuori del circuito della comunità. Trasgredire la regola non può implicare la deroga del patto; al massimo indica la violazione della regola all'interno del patto. Questo forse può trovare un riscontro nella centralità, che qualche studioso ha voluto vedere, del *crimen lesae majestatis* come criterio costitutivo del diritto penale.

Il contratto sociale che fonda la comunità politica retta da regole e pacificata dal Sovrano vive di stati di devozione e non sopporta scissioni interne; deve per questo esportare il codice dell'inimicizia all'esterno. Questo è almeno quanto dice di sé la teoria dello Stato moderno quando opera su quella ragione artificiale fondata dal patto e che naturalmente si espone al rischio di vedere costantemente negata e affermata nello stesso tempo la dimensione dell'inimicizia

interna. Deve trasformare l'inimicizia in trasgressione della regola e l'artificio funziona quando funziona. L'altro aspetto del problema riguarda la dimensione della secolarizzazione dello Stato e del diritto moderno.

La modernità, è stato scritto, viene racchiusa dentro due intimazioni a tacere che funzionano anche da regolazione dei confini tra diritto e altre sfere dell'agire. Agli inizi della modernità risuona il divieto, pronunciato da Alberico Gentili, fine giurista, e rivolto ai teologi: *Silete theologi in munere alieno!* L'intimazione a tacere riguarda le questioni della guerra e della pace: non è competenza della religione definire amicizia e inimicizia. Questo significa che la sovranità politica dovrà mettere in discussione la competenza 'universalistica' della religione e riappropriarsi del potere di definire giusto e ingiusto, amicizia e inimicizia. Per farlo dovrà spostare la 'devozione' sulle regole condivise dentro un patto e non delegarle a poteri teocratici. Interessante da questo punto di vista è la storia della separazione che avviene tra foro interno e foro esterno, come ha mostrato Paolo Prodi, con quello che si porta dietro in termini di politiche penali.

Quello che è in discussione con la formula diritto penale del nemico è quindi la storia di un dispositivo vero e falso insieme, contraddittorio sempre, che si è sedimentato nella lunga esperienza storica e che si riaffaccia periodicamente quando i tempi si fanno inquieti e quando il confine tra diritto e politica e diritto e morale si fa più labile. E che affonda le radici nell'ambivalenza stessa della pena, che — ricorda — altro non è « se non la riproduzione, il mimus del comportamento normale contro l'odiato, reso inerme, soggiogato nemico [...]; dunque il diritto di guerra e la festa di vittoria del *Vae victis* in tutta la sua spietatezza e crudeltà, ha fornito tutte le forme nelle quali la pena si presenta nella storia! » (49).

La scommessa della differenza del diritto sta dunque tutta nel gioco di neutralizzazione dell'inimicizia, pur nella consapevolezza della sua labilità. La scommessa si perde e la neutralizzazione diviene evanescente quando le regole smettono di essere tali e il diritto penale è sottoposto a quella ipertrofia di compiti che lo con-fondono

(49) W.F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, a cura di M. Montinari, Milano, Adelphi, 1984, p. 60.

con la politica o con la religione o con la morale. Tanto più questo avviene quando dalle piccole patrie degli Stati nazione si passa all'esperienza dello spazio politico sovra-nazionale (Stati canaglia, di cui parla Derrida). L'esperienza dei diritti umani e dei relativi crimini contro l'umanità ci ripresenta sempre quel paradosso kantiano se si debba smettere di essere uomini per commettere crimini contro l'umanità: Aristotele definiva la giustizia come 'essere in amicizia con se stessi'. Quando il se stesso è la comunità umana e ad essa si voglia dare forma giuridica bisognerà smettere di 'ergersi a tribunale continuando ad essere nemici'. La conclusione allora è che il *diritto penale del nemico* ci serve come sonda euristica per comprendere funzionamento, deviazioni, paradossi di questa scommessa della differenza del diritto penale. Se di questa formula si volesse invece dare una lettura prescrittiva e affermare che il diritto penale *deve* essere rivolto contro il nemico, allora è bene ribadire che in questo caso ci si trova di fronte ai veri 'nemici' del diritto penale. Nel suo legame con l'emergenza — sempre più spesso invocata per limitare diritti, libertà e garanzie — il paradigma del diritto penale del nemico ci ricorda quindi, ancora una volta, come al tempo breve e allo sguardo miope della storia come necessità si affianchi, nell'ombra, lo sguardo presbite di un'altra storia: quella delle possibilità non realizzate e della fedeltà ai principî, alle libertà e ai diritti, che danno senso al nostro essere parte di una comunità.

Letture

MARIO BERTOLISSI, GIUSEPPE DUSO, ANTONIO SCALONE (a cura di), *Ripensare la costituzione. La questione della pluralità*, Milano, Polimetrica, 2008.

L'idea di costituzione è, ormai da diversi anni, al centro di un dibattito assai vivace. Se nel nostro paese, si lamenta sovente la pratica di una costituzione « ferita » (1) o « aggredita » (2), più in generale e in tutta Europa, ci si interroga sul futuro della costituzione e sulle sue residue capacità normative (3), giungendo a denunciarne la progressiva perdita di centralità come prodromo di quella pericolosa deriva definita col nome di decostituzionalizzazione (4). Il motivo di tanta attenzione, è noto, sta nelle profonde trasformazioni del presente. Due sono i poli che delimitano lo spazio di riflessione nel quale anche questa raccolta di scritti si colloca. Il primo è rappresentato dalla cosiddetta globalizzazione; il secondo dal processo costituente europeo.

Si tratta di due fenomeni che obbligano il giurista ad interrogarsi sul significato e persino sul senso delle principali architravi concettuali che hanno sostenuto il pensiero costituzionale negli ultimi tre secoli: l'orizzonte obbligato dello Stato, la qualità specifica del potere sovrano, il mito e la pratica della democrazia, il significato della rappresentanza. Il pregio di questo volume è senz'altro quello di offrire una indagine a tutto tondo, condotta con generosità, articolata su versanti molteplici. Un'indagine che non scade mai nell'esegesi semantica e che, pertanto, è capace di offrire al lettore spunti di riflessione non banali.

Il primo di essi, di spiccato interesse metodologico, mi pare essere rappresentato — lo si afferma con esplicita ammissione di partigianeria disciplinare — dal tentativo di delineare quello che Schiera definisce « un percorso di “*storia costituzionale*” del “*costituzionalismo*” » (5).

(1) A. PIZZORUSSO, *La costituzione ferita*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

(2) L. ELIA, *La costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, Il Mulino, 2005.

(3) G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996 ma anche D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

(4) A. BRANDALISE, *Democrazia e decostituzionalizzazione* in « *Filosofia politica* », 3/2006, pp. 403 ss.

(5) P. SCHIERA, *Tra costituzione e costituzionalismo (costituito e costituente). Appunti sul mutamento costituzionale (ricostituente)* in *Ripensare la costituzione. La questione della pluralità*, a cura di M. Bertolissi, G. Duso, A. Scalone, Monza, Polimetrica, 2008, p. 79. Virgolette e grassetto sono dell'autore.

Un percorso che individua cioè nella dimensione storico-concettuale un portato indispensabile dell'analisi giuridica. Produrre una riflessione che « abbia capacità innovative e sappia confrontarsi con la realtà presente » (6) appare infatti possibile solo a condizione di non cedere alla tentazione degli assoluti giuridici, procedendo invece per demitizzazioni e contestualizzazioni progressive (diacroniche e sincroniche). Solo accettando pienamente, in definitiva, la categoria della *Werdung* come coesistente all'analisi costituzionalistica. Anzi, per dirla ancora con le parole di Schiera, solo pensando la « *Verfassung* come *Werdung* » (7). A queste condizioni, e forse solo a queste condizioni, la modernità cessa di essere una minacciosa spada di Damocle pendente sopra le categorie dogmatiche per apparire invece effettivamente « un'occasione felice per il pensiero » (8).

E quanto più sono vaste e fondanti le categorie con cui confrontarsi, tanta più onestà intellettuale serve all'odierno pensiero giuridico. È il caso, ad esempio, della sovranità. Alla domanda più scontata, se abbia ancora o no senso parlare oggi di sovranità, risponde efficacemente Troper: « la crise de la souveraineté ne signifie pas que le concept ou le principe seraient devenus inutiles, mais bien au contraire qu' ils sont indispensables » (9). Crisi è una parola ambivalente: nell'alfabeto cinese significa pericolo; ma anche opportunità. L'erosione del concetto di sovranità, esasperato dalla liquefazione dei confini degli Stati nazionali, non comporta tuttavia la perdita di senso del concetto: ribadisce al contrario, la ancora più urgente necessità di un « principio d'imputazione » (10), elemento grammaticale fondamentale per la costruzione del discorso giuridico, nonché, come sostiene con forza Carrino, unico ormeggio possibile in grado di garantire oggi un ancoraggio democratico all'Europa nascente. Ma la necessità della sovranità come principio di imputazione (democratico), non esime dal ripensare questo concetto. Vi è un richiamo ricorrente in questa raccolta di scritti: quello che invita ad abbandonare l'idea di una sola sovranità possibile, che poi sarebbe quella costruita dalla tradizione europeo-continentale. Non tutte le associazioni politiche nascono col sistema del *new beginning* tipico della rivoluzione francese, ammonisce Fioravanti. Vi sono anche altre strade, che procedono per via « incrementale » (11). Gli Stati Uniti ne sono un

(6) M. BERTOLISSI-G. DUSO, *Ripensare la costituzione? La questione della pluralità politica* in *Ripensare la costituzione*, cit., p. 10.

(7) P. SCHIERA, *Tra costituzione e costituzionalismo*, cit., p. 88.

(8) M. BERTOLISSI-G. DUSO, *Ripensare la costituzione?*, cit., p. 10.

(9) M. TROPER, *La souveraineté comme principe d'imputation*, in *Ripensare la costituzione*, cit., p. 77.

(10) Ivi, p. 61.

(11) M. FIORAVANTI, *La forma politica europea* in *Ripensare la costituzione*, cit., p. 33.

esempio. Là la sovranità è da sempre incardinata su un doppio binario: nazionale e federale. Non si tratta qui, naturalmente, di sostenere la natura federale dell'Unione, ma di sottolineare la possibilità di pensare la sovranità in maniera differente: non esclusiva, non assoluta. Priva cioè di quel carattere della radicale indivisibilità che Bodin le attribuì nel Cinquecento e che per secoli è sembrato rappresentare la vera cifra della moderna idea del concetto: dirimente elemento di distinzione con la tradizione medievale della costituzione mista.

È possibile allora pensare la sovranità senza riferirla necessariamente ad *un* sovrano? Lo è, ma la sfida del ripensamento critico va accettata fino in fondo. Per accedere ad una diversa idea di sovranità, infatti, occorre rimettere in discussione per intero tutto quel percorso di fondazione che, a partire dalla Dichiarazione del 1789, ha costruito l'unità politica moderna sulla base di un astratto e fittizio corpo collettivo in nome del quale giustificare l'obbligatorietà della decisione politica. Oggi, probabilmente, la spinta propulsiva di tale percorso fondativo si è ormai esaurita (così Lucien Jaume, ma anche Hasso Hofmann), come testimoniato anche dalla presenza, accanto alla tradizionale legittimità statale, « des "revendications de légitimité" concurrentes, que nous appellerons "alterlégitimités" »⁽¹²⁾.

Ma se è proprio il principale criterio di unità politica ormai a non reggere più, allora è giocoforza riprendere le fila del discorso partendo dalla pluralità, evidenziata dai curatori — che ne fanno esplicita menzione nel sottotitolo dell'opera — come vera chiave di lettura di questo volume. E la questione della pluralità è effettivamente declinata in numerosi suoi significati all'intero dei vari contributi: la pluralità di opinioni politiche interna all'ordinamento incarnata efficacemente dalla complessiva vicenda partitica, ad esempio, è tratteggiata abilmente nel saggio di Scalone attraverso un confronto dialettico tra la dottrina weimariana e quella del secondo dopoguerra; la pluralità di confessioni religiose è invece descritta da Pin sotto l'interessante profilo del diverso impatto che la Chiesa cattolica e l'Islam europeo hanno sul pluralismo classicamente inteso; vi è inoltre la pluralità come dimensione interna alle istituzioni, come forma di organizzazione del potere, che induce Pasquino a sottolineare l'insostituibile ruolo della giurisprudenza all'intero dello stato costituzionale di diritto; fino a toccare quello che appare il punto più delicato: la pluralità degli ordinamenti. È questa la frontiera sulla quale, pressati dall'evoluzione del diritto comunitario e dal recente tentativo di produrre una costituzione europea, è più necessario produrre un'altra idea di sovranità e un'altra interpretazione dell'unità politica.

Sotto il primo profilo, si colloca la proposta interpretativa di

⁽¹²⁾ L. JAUME, *Défis et déficit démocratique: le revendications de légitimité*, in *Ripensare la Costituzione*, cit., p. 93.

Fioravanti, secondo il quale la forma politica europea si è andata costruendo attraverso un dialogo continuo tra le parti (gli Stati nazionali, la loro sovranità e i loro ordinamenti costituzionali) e l'intero (l'Unione, l'ordine giuridico europeo e il suo diritto). Parti e intero come due fuochi di un'ellisse, come riferimenti geometrici indispensabili (entrambi indispensabili) alla costruzione dell'Europa politica. Ne consegue pertanto che l'errore da non commettere è proprio quello di considerare questo dialogo come meramente strumentale al raggiungimento di una qualche forma predefinita. È il dialogo infatti ad essere nel senso più pieno del termine, *costituente*. Sembra evidente il nuovo richiamo ad un'idea dinamica di costituzione, ad una costituzione intesa come pratica. « La costituzione è l'uso che se ne fa »⁽¹³⁾ afferma suggestivamente Gangemi, richiamando Elazar. Se davvero il peccato originale del costituzionalismo continentale è rappresentato dall'astrattezza di quel soggetto collettivo che permette di legittimare il comando, allora evidentemente ogni soluzione che intenda uscire da questa impasse non può che recuperare un'immagine di quel soggetto più realistica: per scoprirlo per nulla unitario e astratto, ma decisamente composito e concreto.

È per questa via che si giunge, almeno così pare a chi scrive, alla seconda urgenza: reperire una nuova formulazione per l'unità politica. L'idea della pluralità non è infatti autosufficiente, ma è solo un corno del dilemma. Guai a estrapolarlo dalla sua naturale collocazione: quella che lo vede in continuo dialogo con l'altro polo, quello dell'unità. A ben vedere, l'intera storia costituzionale moderna potrebbe essere letta in questi termini: come un dialogo continuo (quasi un moto perpetuo) tra unità e pluralità. Quale unità, dunque, per la forma politica europea? La risposta che Gangemi e Duso sembrano offrire, è quella del federalismo. Naturalmente non inteso nel tradizionale significato di Stato federale, ma piuttosto come pratica di governo (o *governance* che dir si voglia) concreta, depurata dai formalismi e delle astrattezze. Come tentativo di compensare la progressiva perdita di senso fatta registrare dalla rappresentanza politica nelle democrazie contemporanee proprio attraverso l'abbandono della rassicurante ma fittizia identificazione tra governanti e governati, per approdare — attraverso la presa di coscienza di una effettiva alterità tra i due soggetti — ad una più concreta ed effettiva partecipazione degli attori politici (individuali e collettivi, pubblici e privati) al governo. Così facendo, naturalmente, si perviene ad un'unità politica affatto diversa da quella tradizionale: non cristallizzata, ma dinamica per definizione, in perenne equilibrio e, per ciò stesso, in perenne movimento.

Una sovranità non assoluta ed un'unità politica da costruirsi dina-

⁽¹³⁾ G. GANGEMI, *Rappresentanza e partecipazione tra costituzione formale e costituzione materiale* in *Ripensare la Costituzione*, cit., p. 176.

micamente: queste le risposte che sembrano affiorare da questo volume collettaneo che, pertanto, si colloca a pieno titolo nella tradizione tracciata dalla riflessione costituzionalistica del secondo dopoguerra. Del resto, una sovranità costituzionalmente limitata e la valorizzazione del pluralismo non sono forse le due lezioni più importanti che abbiamo appreso nel superare le dottrine dello Stato sovrano per approdare a quelle della costituzione?

MASSIMILIANO GREGORIO

EMILIO GENTILE, *Il fascino del persecutore - George L. Mosse e la catastrofe dell'uomo moderno*, Roma, Carocci, 2007, pp. 223.

1. Uno storico che racconta uno storico; non solo: uno dei massimi storici del fascismo — Emilio Gentile — che ripercorre le tappe salienti della vicenda intellettuale di un altro storico — George Lachmann Mosse — che ha ugualmente dedicato la parte più rilevante del proprio impegno scientifico allo studio dei totalitarismi del XX secolo ⁽¹⁾. Per Gentile, tuttavia, lo studio della riflessione mossiana non ha rappresentato né l'occasione per comparare la propria lettura del fenomeno fascista con quella abbracciata dall'illustre amico e collega, né per effettuare una ricognizione generale della storiografia sul fascismo. Piuttosto, Gentile ha scelto di lasciar la parola a Mosse nel tentativo (pienamente riuscito) di ricostruirne dall'interno la *complessità* dell'itinerario storiografico, anche al di là di eventuali divergenze interpretative. In particolare, mi sembra che l'esigenza, da cui nasce il libro, del pieno recupero del messaggio mossiano sia originata dal bisogno di riconoscere a Mosse il beneficio della complessità (almeno) su due fronti, legati entrambi alla centralità del problema epistemologico, al modo, cioè, con cui Mosse intendeva il mestiere dello storico. Anche attraverso l'analisi di una cospicua mole di scritti inediti — appunti,

⁽¹⁾ Due precisazioni per il lettore; una di tipo meramente tipografico: nel testo sono usati due tipi di virgolette a seconda che i testi riportati siano quelle di Emilio Gentile (in tal caso si è fatto ricorso a queste virgolette: « ») oppure di George Mosse (in tal caso le virgolette usate sono queste: “ ”). Mentre le pagine citate nel testo della recensione sono sempre quelle del libro di Gentile, libro cui si rinvia anche per consultare l'utile nota bibliografica finale nella quale sono indicate le principali pubblicazioni di Mosse. L'altra precisazione attiene al modo con cui si sono utilizzati i termini fascismo, fascismi, totalitarismo, termini cui si è fatto riferimento in una accezione generica, chiamata a designare sia l'esperienza propriamente fascista — quella italiana — sia quella nazionalsocialista. Per quanto attiene, poi, alle perplessità di Mosse relative alla utilizzazione della stessa nozione di totalitarismo, v. *infra* note 17 e 37.

testi di lezioni e conferenze — Gentile mira infatti a restituire i tratti di un lavoro storiografico disposto a riflettere continuamente su se stesso, ad assestare la propria traiettoria di indagine in seguito a un'attività di documentazione e ricerca aperta alle più varie sollecitazioni culturali. A emergere — ecco il primo fronte del recupero — è insomma il ritratto di uno 'storico-storico', di uno storico che ha verificato e approfondito le proprie intuizioni interpretative, di uno storico quindi che non si è limitato a sfruttare — da ebreo tedesco vissuto tra le due guerre mondiali — esperienze e percezioni autobiografiche per tratteggiare il volto del persecutore. « L'intreccio tra autobiografia e storiografia »⁽²⁾ che — nota Gentile — sorregge per intero la produzione mossiana, è servito semmai a Mosse a portare avanti una scommessa epistemologica di altro tipo, una scommessa — ecco il secondo fronte del recupero — attraverso la quale egli ha mirato, pionieristicamente, a includere nel campo documentario dello storico materiali che, negli anni Sessanta, erano reputati di competenza esclusiva di altre discipline (sociologia, antropologia, arte, letteratura).

Sotto un simile profilo, Mosse assunse consapevolmente le vesti di "agente provocatore"⁽³⁾ proprio perché ritenne che tali materiali non dovessero servire soltanto a tornire o ad arricchire il discorso storiografico ma a definirne perimetro e intelaiature. Non sorprende dunque che Mosse abbia deciso di entrare ufficialmente⁽⁴⁾ nell'area degli storici del totalitarismo pubblicando, nel 1957, uno studio sulle origini dell'antisemitismo moderno, studio nel quale ipotizzava l'esistenza di un legame tra gli stereotipi antisemiti veicolati dai romanzi popolari tedeschi del XIX secolo e le successive manifestazioni antisemite del nazionalsocialismo. Ed è un saggio, questo di Mosse, dal quale già emergono con chiarezza alcuni tratti tipici della sua attività scientifica. In primo luogo, emerge la centralità attribuita da Mosse alla storia della cultura come varco privilegiato per la conoscenza storiografica. Anzi, da un simile punto di vista, l'intero lavoro mossiano può esser letto, secondo Gentile, come la progressiva messa a punto degli « strumenti [...] di una nuova storia culturale »⁽⁵⁾; nuova perché disposta a includere tra le manifestazioni culturali di un'epoca anche quelle — come il romanzo popolare — normalmente neglette per il loro modesto spessore speculativo o artistico, ma nuova anche perché sorretta dalla convinzione che la cultura identificasse un patrimonio complesso e articolato di convinzioni e credenze, patrimonio che rappresentava, sì, il frutto e il prodotto di un determinato contesto storico, ma che allo

(2) E. GENTILE, *Il fascino del persecutore*, p. 10.

(3) Ivi, p. 68.

(4) Mosse — dice infatti Gentile — aveva prestato attenzione al problema del fascismo fin dalla fine degli anni Quaranta, dedicando a esso lezioni e conferenze.

(5) Ivi, p. 24.

stesso tempo si mostrava capace di tornare a quel contesto, di reagire su di esso contribuendo a formarlo e a orientarne gli svolgimenti (6). La storia delle idee che proponeva Mosse non era dunque una storia interessata a ricostruire il loro “valore intrinseco” (7), ma cercare “di vedere in che modo, attraverso la formazione degli *atteggiamenti*, esse penetrano nella realtà della storia”. (8)

Con alcune conseguenze rilevanti che Gentile mette bene in luce e che rappresentano altrettante costanti della vicenda intellettuale mosseiana, dai tardi anni Cinquanta alla morte, avvenuta nel 1999. Prima conseguenza: l'interesse mostrato da Mosse — fin dagli scritti di esordio sul Seicento inglese (9) — per stagioni storiche percorse da grandi rivolgimenti socio-politici nasce dalla convinzione che i periodi di crisi e di cambiamento non valessero soltanto a portare allo scoperto le contraddizioni annidate nelle strutture di organizzazione sociale, politica o economica, ma costituissero anche una decisiva occasione di confronto tra diverse concezioni del mondo, tra diverse, e diversamente recepibili, immagini del futuro. Certo — affermò Mosse nel '63, in una conferenza a Stanford che gli attirò non poche critiche — la “storia delle idee di per sé, non può spiegare gli eventi in modo soddisfacente”; ma neppure una indagine sulla sola “situazione sociale ed economica” può dirsi sufficiente “perché gli uomini — proseguiva il Nostro — erano e sono posti a confronto non con una sola opzione, ma con diverse possibilità di scelta. Ed è a questo punto che il condizionamento ideologico, e anche in condizionamento psicologico entrano in gioco, procedendo insieme. E la gente si trova sempre di fronte a varie opzioni. Così, anche se parlate degli eventi concreti, si pone sempre la questione: perché la gente compie determinate scelte?” (10).

Altra conseguenza: affrontare un simile interrogativo era l'unico modo che avrebbe consentito, secondo Mosse, di prender sul serio il fascismo, di vedere in esso un “movimento serio di natura rivoluzionaria” (11). Solo tentando una contestualizzazione più ampia del fenomeno fascista, una contestualizzazione che fosse disposta ad avvicinar la catastrofe chiedendosi, “senza timore né favore”, “come gli uomini del passato intendevano il loro tempo” (12), diventava infatti possibile

(6) Ivi, p. 70.

(7) Ivi, p. 69.

(8) Ivi, p. 69; tra i tanti passaggi in cui si sottolinea questo profilo, v. anche ivi, p. 11, p. 70 e p. 41.

(9) Studi che furono volti soprattutto a indagare il problema della nascita della sovranità e i rapporti tra cristianesimo e ragion di Stato (ivi, p. 18).

(10) Ivi, p. 69; sempre nello stesso senso, v. anche ivi, p. 29 e p. 90.

(11) Ivi, p. 64.

(12) Ivi, p. 11; pur consapevole che “la storia passata” fosse in fondo “sempre storia contemporanea”, espone, in quanto tale, alla individuale sensibilità dello storico,

spiegare le ragioni che avevano reso proprio l'Europa, la culla della civiltà occidentale ⁽¹³⁾, lo scenario disposto ad allevare nel suo seno i regimi fascista e nazista. Mentre se si continuava a forzare dati e documenti nelle maglie di sistemi interpretativi precostituiti rispetto all'oggetto specifico dell'indagine storiografica, non c'era alcuna speranza, per Mosse, di far convergere in un quadro interpretativo unitario i due problemi capitali sollevati dal totalitarismo: il problema delle masse e, ancor più, il problema del *consenso* di massa che i regimi furono in grado di aggiudicarsi promuovendo una visione della politica e del mondo che parve seducente e risolutiva a "milioni di italiani e di tedeschi" ⁽¹⁴⁾; seducente perché sembrava rispondere tanto al bisogno di un nuovo, e più profondo, « coinvolgimento emotivo nella collettività della nazione o della razza » e risolutiva perché capace di dar seguito all'altro e non meno forte desiderio di « ordine, stabilità, sicurezza » ⁽¹⁵⁾.

Critico, per tali ragioni, sia nei confronti delle interpretazioni liberali e marxiste « unicamente concentrate sull'analisi della lotta politica e della lotta di classe » ⁽¹⁶⁾, sia nei confronti di quelle letture che, sottolineando, a seconda dei casi, la vocazione antiliberalista ⁽¹⁷⁾, antimarxista ⁽¹⁸⁾, o antidemocratica del fascismo, finivano per ricostruirne la fisionomia in termini meramente oppositivi rispetto a modelli mutuati altrove, Mosse non nascose le proprie perplessità anche nei

Mosse riteneva tuttavia che lo storico dovesse sforzarsi di coltivare la "qualità" dell'"empatia" nel tentativo, appunto, di avvicinare il passato dall'interno, assumendo il punto di vista di coloro che si trovarono a viverlo (*ibidem* e anche *ivi*, p. 189).

⁽¹³⁾ *Ivi*, p. 12.

⁽¹⁴⁾ *Ivi*, p. 58.

⁽¹⁵⁾ *Ivi*, p. 116.

⁽¹⁶⁾ *Ivi*, p. 13; sempre per la critica a queste concezioni, v. anche *ivi*, p. 26.

⁽¹⁷⁾ In questo senso Mosse si dichiarò contrario alla definizione di totalitarismo fatta propria da Hannah Arendt, definizione che gli sembrò "una tipica generalizzazione dipendente da un punto di vista liberale. Vediamo infatti che chi ne fa uso [...] lo applica a ogni cosa che sia contro le istituzioni liberal-parlamentari. Costoro mettono quindi nello stesso mazzo comunismo e fascismo, Stalin e Hitler. Questa è una delle critiche che io rivolgo al punto di vista liberale: esso adopera il concetto di totalitarismo come un'etichetta buona per qualsiasi cosa sia antiliberalista [...]" (*ivi*, p. 43). Ugualmente critico fu Mosse nei confronti della biografia di Mussolini scritta da Denis Mack Smith, biografia nella quale lo storico inglese vide nel fascismo "semplicemente un metodo di conquista del potere", senza riconoscere a esso la capacità di elaborare una propria visione del mondo. Una simile lettura, secondo Mosse, nasceva dal fatto che Mack Smith « giudicava il fascismo dal punto di vista del liberalismo anglosassone » e "alla luce del presente inglese" (*ivi*, pp. 111-112).

⁽¹⁸⁾ Per queste ragioni Mosse contestò soprattutto la tesi di Ernst Nolte, su cui v. *ivi*, p. 62 e p. 88.

riguardi di quelle letture che, pur dando spazio alla storia delle idee, o si arrestavano alla considerazione delle sole manifestazioni culturali d'élite⁽¹⁹⁾ o si mostravano "troppo propensi a valutare le idee sulla base della loro immediata utilità e applicazione sociale"⁽²⁰⁾ senza vedere in esse altrettanti fattori capaci di condizionare e determinare il corso degli eventi. E se il rigetto delle letture del primo tipo condusse Mosse a tessere « l'apologia della storia dei fatti »⁽²¹⁾, la critica delle concezioni correnti di storia culturale portò invece Mosse a sostenere il « primato dell'ideologia »⁽²²⁾, intesa quest'ultima, come realtà multiforme, poliedrica, largamente — anche se spesso sotterraneamente — circolante e capace, in quanto tale, di definire lo "Zeitgeist"⁽²³⁾, lo spirito complessivo di un'epoca.

2. Da un simile punto di vista — nota Gentile — la scelta di avvicinare il problema del nazionalsocialismo attraverso uno studio sul romanzo popolare, rappresentava un segnale netto lanciato alla comunità degli storici⁽²⁴⁾. Solo accettando di chinarsi sulle manifestazioni di cultura popolare diventava infatti possibile entrare in contatto col volto più autentico di regimi, come quelli di massa, che vollero e seppero rivolgersi (anche) a uditori non elitari. Senza che questo, tuttavia — ecco un'altra, importante, conseguenza messa in luce da Gentile — servisse a creare un circuito interpretativo di segno opposto ma ugualmente semplificante, un circuito, cioè, orientato a creare una corrispondenza diretta, lineare, tra cultura popolare, 'incultura' delle masse e successo dei regimi totalitari. Non meno viziate da intellettualismo infatti parevano a Mosse quelle letture propense a veder nelle masse solo un coacervo di pulsioni elementari, manovrabili a piacimento dalla abilità demiurgica dei nuovi capi carismatici⁽²⁵⁾. Certo, le masse dovevano rappresentare la nuova e necessaria unità di misura del discorso storiografico sul XX secolo, ma doveva trattarsi — questo il

(19) Queste invece le ragioni — dice Gentile — che portarono Mosse a criticare la concezione di storia delle idee abbracciata da Lovejoy, Croce e Hughes (ivi, p. 35).

(20) Ivi, p. 36, ma anche p. 32.

(21) Ivi, p. 21.

(22) Ivi, pp. 26 ss.

(23) Ivi, p. 33.

(24) In questo articolo del 1957 — afferma infatti Gentile — « Mosse analizzava per la prima volta la dimensione ideologica non nella forma tradizionale del pensiero politico o religioso elaborato da studiosi laici e teologi, ma come luogo di produzione e di diffusione di stereotipi e di atteggiamenti attraverso romanzi di modesta qualità e molto popolari » (ivi, p. 30).

(25) Costante fu la critica di Mosse nei riguardi di quelle letture volte appunto a legare il successo dei fascismi alla pura e semplice manipolazione delle masse operata dai dittatori; sul punto, v. ivi, p. 28, p. 63 e pp. 112-113.

punto — di una unità di misura composita che comprendesse al suo interno l'analfabeta come il premio Nobel ⁽²⁶⁾. La cultura di massa, dunque, non descriveva solo la sub-cultura degli illetterati, ma diveniva il sinonimo di una realtà *radicale* e diffusa capace di permeare di sé un intero contesto, contesto che allo storico spettava di ricostruire attraverso l'esame delle manifestazioni più disparate (anche quelle meno auliche) nel tentativo di comprendere le ragioni che a un certo punto valsero a rendere accettabile, 'normale', il discorso politico nazi-fascista. A dover essere indagato era insomma quel complesso universo simbolico fatto di miti, stereotipi, stati d'animo che agli occhi di Mosse svolse un ruolo decisivo nel determinare il fascino che il persecutore esercitò su quelli che "chiunque avrebbe potuto considerare ottimi vicini di casa" ⁽²⁷⁾. Non si trattava, come qualcuno gli rimproverò, di aprire la ricerca storica a campi "stravaganti", se era vero che niente era più "stravagante — a esempio — dell'idea di ebreo e di ariano che avevano i nazisti"; eppure — le parole sono sempre di Mosse — "queste idee non sembrarono per nulla assurde a molti rispettabili membri della società, i quali le abbracciarono" ⁽²⁸⁾. Ma non si trattava neppure di inneggiare alla potenza dell'irrazionale, semmai si trattava di riconoscere (anche) al sostrato emozionale di un'epoca la capacità di incidere sul corso degli eventi, con una ulteriore e importante conseguenza, ben messa in luce da Gentile, e coinvolgente il problema delle *origini* dei fascismi.

Problema che — nota Gentile — giocò un ruolo decisivo specialmente nella prima stagione della storiografia mossiana sul fascismo, stagione — compresa tra il 1957 e il 1966 ⁽²⁹⁾ — nella quale Mosse « po[s]e i pilastri fondamentali della sua interpretazione, concentrata soprattutto sul problema della ideologia e della cultura » ⁽³⁰⁾. Al centro di questa stagione sta la pubblicazione, nel 1961, de *La cultura dell'Europa occidentale nell'Ottocento e nel Novecento*, libro che, secondo Gentile, costituisce « un originale e valido tentativo di fornire una visione complessiva dei principali movimenti culturali e politici che avevano dominato nella società europea dall'inizio dell'Ottocento alla prima metà del Novecento » ⁽³¹⁾. Pur non trattandosi di un'opera espressamente dedicata al problema del fascismo, tuttavia da essa traspariva con chiarezza l'esigenza di far luce su tendenze e movimenti

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 46; "due premi Nobel — disse Mosse — erano accesi nazisti" (*ibidem*).

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 73.

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 31.

⁽²⁹⁾ Cioè tra l'articolo sulle origini dell'antisemitismo moderno, appunto del 1957, e il libro, edito nel 1966 a New York e intitolato *Nazi Culture. Intellectual Origins of the Third Reich*.

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 60.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 41.

che, nati e sviluppatisi precedentemente alla affermazione dei fascismi, ebbero, secondo Mosse, un ruolo decisivo nel fertilizzare il terreno sul quale essi poterono attecchire. *La cultura dell'Europa occidentale* — afferma Gentile — costituì una tappa centrale del lavoro mossiano, proprio perché in esso si approfondivano posizioni già espresse in precedenza ponendo le basi per successivi e ulteriori sviluppi interpretativi: dal saggio del 1957, dedicato alle origini dell'antisemitismo, nel quale Mosse aveva sostenuto come lo stereotipo antisemita fosse già vecchio di “di più di un secolo”⁽³²⁾ quando Hitler prese il potere, per passare a uno scritto del 1973 orientato a richiamar l'attenzione sul ruolo specifico giocato dal nazionalismo “come movimento di massa, basato sulla trasformazione della folla in una congregazione”, come movimento, cioè, che nacque e si sviluppò in stretta relazione con “l'impulso democratico” tipico del XX secolo⁽³³⁾, per arrivare fino al 1980, a *L'uomo e le masse nelle ideologie nazionaliste*, libro nel quale Mosse arrivò a scorgere proprio nella “mancanza di idee originali” uno specifico punto di forza dei totalitarismi.⁽³⁴⁾

Convinto che non fossero né il segno di una storia improvvisamente imbizzarrita, né il frutto esclusivo del trauma prodotto dalla Grande guerra⁽³⁵⁾, Mosse ritenne che i fascismi rappresentassero piuttosto “il culmine di molti abiti mentali che si erano formati dopo il romanticismo”⁽³⁶⁾, che rappresentassero, cioè, l'esito possibile, anche se non inevitabile⁽³⁷⁾, di una crisi della cultura europea che aveva avuto la sua manifestazione più evidente negli anni finali dell'Ottocento, anni che, essendo caratterizzati da « un più accelerato dissolvimento delle cer-

(32) Ivi, p. 31

(33) Si tratta di *Mass Politics and the Political Liturgy of Nationalism*, in *Nationalism, The Nature and the Evolution of an Idea*, a cura di E. Kamenka, Cambera 1973 (le citazioni riportate sono leggibili nel testo di Gentile rispettivamente a p. 101 e p. 100).

(34) “La mancanza di idee originali — così appunto Mosse nella introduzione a *L'uomo e le masse nelle ideologie nazionaliste* — non fu uno svantaggio [per il fascismo], come hanno fatto credere molti storici, in quanto l'originalità non porta al successo in un'epoca di politica democratica di massa. La sintesi che il fascismo provò ad attuare fra attivismo e ordine, tra rivoluzione e l'assorbimento delle tradizioni del passato, si rivelò eccezionalmente riuscita”: il fascismo fu, da un simile punto di vista, un “organismo saprofito, che cercò cioè di appropriarsi di tutto ciò che tra l'Ottocento e il Novecento aveva affascinato la gente: romanticismo, liberalismo e socialismo, come pure del darwinismo e della tecnologia moderna. Si è prestata pochissima attenzione a questa azione di recupero, che era stata sussunta nel cosiddetto eclettismo fascista” (ivi, p. 120).

(35) Ivi, p. 57.

(36) *Ibidem*.

(37) Ivi, p. 62 e p. 72, sede nella quale Mosse contesta l'idea di un *Sonderweg* tedesco che attraverso l'ideologia *völkisch* avrebbe reso possibile individuare una linea unica di sviluppo « da Lutero a Hitler ».

tezze dell'uomo moderno» (38), concorsero ad allevare i germi della futura soluzione totalitaria. Dal punto di vista di Mosse — a dirlo è sempre Gentile — romanticismo, nazionalismo e, per il caso tedesco, razzismo, costituirono altrettanti movimenti culturali che « influenzandosi e mescolandosi tra di loro [contribuirono] a preparare la via al totalitarismo anche se nessuno di questi movimenti era un blocco unico ed omogeneo esclusivamente orientato a sacrificare l'individuo alla collettività » (39). La prima guerra mondiale, in un simile quadro, giocò un ruolo importante nel rendere particolarmente accattivante, tra le tante praticabili, proprio la soluzione totalitaria (40): io “penso” infatti — le parole sono sempre di Mosse — “che, in una situazione difficile, queste immagini [che gli uomini si formano della realtà] sono esasperate in una sorta di desiderio di appagamento completo, in una fuga dalla realtà, in un volo nella metafisica” (41).

(38) « Nuove teorie scientifiche, dal principio di indeterminazione alla teoria della relatività, disgregarono la visione illuministica e positivista di un universo retto da leggi fisse e immutabili, mentre la scoperta dell'inconscio, la psicoanalisi [...] minarono alla base la fiducia nella razionalità umana e nel progresso regolato dalla crescente espansione del dominio della ragione sulle passioni » (ivi, p. 50).

(39) Ivi, p. 48.

(40) “Il fascismo, in quanto concreto movimento storico, è stato il prodotto della prima guerra mondiale e questo dato di fatto — così Mosse — è stato usato o per negare o per sopravvalutare i suoi legami con il passato prebellico [...] Il fascismo viene in tal modo strettamente collegato alla sua epoca, cioè all'Europa tra le due guerre. Questo punto di vista non vuole essere un'apologia del fascismo, ma in realtà cerca di dare a quel movimento la sua fisionomia, e lo considera come una risposta diretta a una particolare situazione storica. Vi è parecchia verità in questa analisi, perché il crollo dell'Europa dopo la guerra fu una componente essenziale del fascismo e diede una grande efficacia alla sua forza d'attrazione popolare. Eppure, malgrado ciò, tutti questi storici *ignorano il fascismo in quanto movimento di massa, e anche in quanto democrazia di massa, fenomeni che avevano una lunga storia dietro di sé prima che i nazisti e gli altri fascisti ne facessero buon uso*. In realtà, a questo riguardo, il concetto di *totalitarismo* è stato distorto, perché esso implica l'uso del terrore sulla popolazione (una nuova versione della più vecchia teoria dell'occupazione) e un rapporto diretto tra capo e popolo. Esso si basa sul presupposto che *solo il governo rappresentativo può essere democratico* [...] Perché furono proprio i miti e i culti dei primi movimenti di massa che diedero al fascismo una base dalla quale operare e lo misero in grado di rappresentare un'alternativa alla democrazia parlamentare. Milioni di persone videro nelle tradizioni di cui parlava Mussolini una possibilità di partecipazione politica più vitale e significativa di quella offerta dall'ideologia borghese della democrazia parlamentare, e questo poté succedere solo perché esisteva una lunga tradizione, rappresentata non solo dai movimenti di massa nazionalisti, ma anche dai movimenti di massa dei lavoratori” (ivi, pp. 104-105).

(41) Ivi, p. 61.

Lo studio della cultura, quindi, intesa come “stato o abito mentale incline a diventare un modo di vivere intimamente legato alle sfide e ai dilemmi della società contemporanea” (42) non aveva solo portato Mosse a collocar più indietro le origini del fascismo, ma gli aveva soprattutto permesso — nota Gentile — di riportare il fascismo nell’alveo complessivo della modernità, di una modernità che, ai suoi occhi, si spiegava soprattutto sul *piano antropologico*, sul piano, cioè, della immagine che l’uomo coltivava di se stesso e del proprio futuro. Coi fascismi che riuscirono a guadagnarsi un seguito importante proprio perché promisero di porre fine a quel senso di alienazione e di precarietà dolorosamente sperimentato dall’uomo moderno (43), e di porvi fine attraverso una promessa (non nuova) di integrazione in dimensioni superindividuali, promessa che però venne declinata sulla base di una peculiare concezione della nazione (o della razza), come dimensioni capaci di esprimere una “realtà più autentica [e] genuina” (44) e di realizzare, così, una fusione integrale tra individuo e collettività.

Ma questa storia intesa come “antropologia culturale retrospettiva” (45) — nota Gentile — conduceva Mosse a estendere in direzioni ulteriori il problema del fascismo, o, per dir meglio, i problemi sollevati dallo studio del fascismo: se infatti l’intera modernità imponeva allo storico il confronto col volto di un uomo scisso tra desiderio di autonomia e ricerca di autorità (46), il patrimonio simbolico promosso e utilizzato dai totalitarismi esprimeva solo una delle variabili storicamente possibili e sperimentabili per (ri)costruire l’identità individuale e collettiva. Sotto un simile profilo, il ricorso a miti e stereotipi, l’esigenza di definire in positivo una realtà attraverso la creazione (e la stigmatizzazione) della diversità, del “controtipo” (47), rappresentava una insidia *costitutiva* della modernità, anche di quella precedente e successiva alla stagione totalitaria. “Chiaramente — notava Mosse — quanto più la vita nella società industriale si andava razionalizzando, tanto più la gente si rifugiava in un irrazionalismo che le dava sicurezza e poteva dare un senso al mondo minaccioso della modernità”. (48)

Sotto un simile profilo, il successo dei fascismi nasceva, per Mosse, soprattutto dalla capacità che essi mostrarono nell’attingere a un patrimonio di credenze in gran parte preesistente alla loro comparsa sulla scena politica europea e di trasformarlo in strumento concreto di organizzazione del potere e delle relazioni tra individuo, collettività e

(42) Ivi, p. 39.

(43) V., tra i tanti luoghi in cui ricorre una simile lettura, ivi, p. 57.

(44) Ivi, p. 48; v. anche, tra i molti esempi possibili, ivi, p. 77.

(45) Ivi, p. 39.

(46) Ivi, p. 17.

(47) Ivi, p. 139.

(48) Ivi, p. 103.

Stato. Riconoscere ai totalitarismi del XX secolo una « individualità storica »⁽⁴⁹⁾ positiva e costruttiva sul fronte culturale non significava infatti per Mosse ricercare i contorni di sistemi ideologici nuovi, conclusi e concludenti⁽⁵⁰⁾; significava piuttosto addentrarsi nello specifico, e questo sì originale, processo di trasfigurazione che alcune idee già circolanti subirono al contatto con la peculiare promessa di riscatto portata avanti da tali regimi.

3. Ed è proprio l'indagine sul lato squisitamente costruttivo della politica fascista e nazionalsocialista che occuperà la seconda parte della storiografia mossiana, quella che — secondo la datazione di Gentile — copre gli anni tra il 1969 e il 1979, anni nei quali « il problema centrale della sua analisi del fascismo diviene [proprio] la politica di massa, con una ridefinizione del concetto di cultura intesa come concezione della totalità della vita espressa attraverso miti, riti e simboli, in cui acquista importanza decisiva la rappresentazione *estetica* »⁽⁵¹⁾. Fino a quel momento infatti — prosegue Gentile — Mosse « aveva svincolato il concetto di ideologia dalla sua identificazione con il razionalismo teorico, dando importanza storica all'irrazionalismo di correnti di pensiero che la storiografia tradizionale aveva considerato appartenenti ad una sfera sub intellettuale, indegna di seria considerazione; tuttavia la sua analisi era rimasta comunque limitata alle forme di espressione verbale dell'ideologia [...]. In tal modo, però egli dovette rendersi conto che un aspetto cospicuo e importante del fascismo, cioè il suo apparato rituale e simbolico, le cerimonie di massa e la rappresentazione dell'ideologia attraverso l'estetica piuttosto che la teoria, rimanevano ai margini della sua interpretazione culturale. [...]. Certamente Mosse non aveva ignorato questo aspetto nei suoi precedenti scritti sul

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 116.

⁽⁵⁰⁾ “Il pensiero politico fascista e nazionalsocialista — così Mosse nel 1975 in *La nazionalizzazione delle masse* — non può essere giudicato in termini di tradizionale teoria politica; esso ha poco in comune con questi sistemi razionalmente e logicamente costruiti, ipotizzati da Hegel o da Marx. È un fatto che ha dato da pensare a molti studiosi i quali, nell'analizzare il pensiero politico fascista, ne hanno condannato la indeterminatezza e le ambiguità. Ma gli stessi fascisti parlarono del loro pensiero politico più come di un atteggiamento che come di un sistema, ed esso infatti era una teologia che offriva una cornice al culto nazionale. In quanto tale, i suoi riti e le sue liturgie erano la parte centrale, essenziale, di una dottrina politica, che non si appellava alla forza persuasiva della parola scritta. [...]. La parola detta si integrava con i riti culturali e, in realtà, quello che veniva detto finiva per diventare meno importante dello scenario e dei riti che facevano da contorno al discorso” (ivi, p. 103-104).

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 60. Al centro di questa seconda stagione degli studi di Mosse stanno la pubblicazione, nel 1975, de *La nazionalizzazione delle masse* e la seconda edizione de *La cultura dell'Europa occidentale*, del 1974.

fascismo, ma aveva interpretato i riti, i simboli, le cerimonie di massa essenzialmente come strumenti machiavellici del potere, come tecniche di dominio usate dai governanti per sedurre e controllare le masse. In questo modo, Mosse aveva utilizzato concetti come manipolazione, propaganda, tecnica di potere che erano tipici della storiografia pragmatica, da lui sempre criticata. Su di essi, inoltre, di fondavano le interpretazioni del fascismo come rivoluzione del nichilismo, che egli contestava vivacemente, perché impedivano di capire la vera natura del fascismo come sistema di potere ispirato e condizionato da un genuino sistema di credenze, e riducevano il ruolo dell'ideologia ad un mero strumento usato dai capi per manipolare le masse». ⁽⁵²⁾

Sulla scorta di nuove letture storiche e antropologiche ⁽⁵³⁾, Mosse ritenne quindi che l'attenzione prestata al ruolo e al valore delle "pratiche e dei sentimenti popolari" ⁽⁵⁴⁾, sarebbe riuscita a spiegare adeguatamente la capacità mostrata dai regimi nel razionalizzare l'irrazionale ⁽⁵⁵⁾, la capacità di collegare "l'arte di governo alle sorgenti irrazionali dell'azione umana" ⁽⁵⁶⁾, attingendo, a tal fine, a un patrimonio di "miti e simboli *familiari* e fondamentali" ⁽⁵⁷⁾. I nuovi apparati liturgici cui ricorsero i regimi svolsero dunque un ruolo decisivo: perché permisero di collegare questi miti a quella (autentica) ansia di integrazione e partecipazione espressa (anche) dalla società primo-novecentesca, ma soprattutto perché permisero di convogliare stereotipi e atteggiamenti già esistenti all'interno della specifica ricetta fascista di riscatto individuale e collettivo. Anzi, il richiamo alla tradizione e — direi, la stessa creazione della tradizione — "contribuì a forgiare gli stereotipi in base ai quali venne definito il modello ideale di una comunità nazionale, [appunto] rigenerata attraverso il rinvigorimento delle sue radici storiche e sottratta alla corsa precipitosa del tempo e al ritmo frenetico della modernità» ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 83.

⁽⁵³⁾ Da Cassirer a Levy Strauss, dal Rousseau che si era occupato delle feste civiche, agli studi di Talmon sulla democrazia totalitaria fino a l'Huizinga de *L'autunno del Medio evo* (v. ivi, pp. 89-96).

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 89.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 84.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 58.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 89.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, pp. 106-107. "Il richiamarsi alla storia — nota Mosse — fu una maniera per organizzare il tempo, per fare fronte al suo veloce trascorrere" (ivi, p. 107). Fu un modo, direi, per organizzare anche la indispensabile tensione al futuro, la tensione verso un avvenire migliore che per realizzarsi richiedeva sia la capacità di garantire incessante vitalità all'impeto rivoluzionario, sia la — non meno necessaria — capacità di assicurare una successione ordinata e disciplinata alle tappe incaricate di tradurre, di render concreto, quello stesso impeto. E se il problema dell' "addomesticamento della rivolu-

Ma neppure il ricorso alla liturgia — dice Mosse — fu una invenzione dei fascismi: se infatti molti dei mezzi utilizzati furono nuovi, perché nuove furono le opportunità offerte dalla rivoluzione tecnologica novecentesca, l'idea di far leva su una liturgia squisitamente laica, incaricata di veicolare e allo stesso tempo consolidare una certa immagine del potere, delle sue virtù rigenerative, costituiva una risorsa ugualmente tipica della modernità, almeno a partire dalla rivoluzione francese ⁽⁵⁹⁾. Inedita e decisiva per il successo dei fascismi fu semmai l'idea di far degli impianti liturgici “la parte centrale, essenziale di una dottrina che non si appellava alla forza persuasiva della parola scritta” ⁽⁶⁰⁾, di una dottrina che dunque sembrava attribuire alla estetica della politica un ruolo spiccatamente fondativo rispetto al problema della propria legittimità. Le forme della nuova politica diventavano così il modo per imprimere un “ritmo ufficiale” ⁽⁶¹⁾ al mito, per creare un circuito simbiotico tra i regimi, e i loro capi, circuito che si rivelò capace di produrre una “autorappresentazione” dei regimi stessi, efficace — ancora una volta — nella misura in cui si rivelava capace di “interagi[re] con le speranze e i sogni di un vasto settore della popolazione” ⁽⁶²⁾.

Che poi i regimi totalitari — e, secondo Mosse, questa era l'unica accezione condivisibile dello stesso concetto di ‘totalitarismo’ — avessero risposto a questa promessa di riscatto con la « tendenza a trasformare gli esseri umani in tipi, in categorie stratte, e quindi a spersonalizzarli e a disumanizzarli » ⁽⁶³⁾, poco contava. L'“omogeneizzazione” ⁽⁶⁴⁾ di tutti gli individui, unita alla disintegrazione del ‘nemico’, disintegrazione che ebbe nell'Olocausto la sua espressione più tragica e risoluta ⁽⁶⁵⁾, fu infatti

zione”, il problema, cioè, della tensione costante tra rivoluzione e ordine — nota Gentile — ha occupato una parte cospicua dello sforzo ricostruttivo di Mosse, più fragile appare la ricostruzione mossiana — ma si tratta di un rilievo strettamente personale — quando sottolinea la vocazione spiccatamente antimoderna dei regimi fascista e nazionalsocialista. Vocazione che, a parere di chi scrive, striderebbe un po' con quella promessa di ‘conquista del futuro’ che ebbe non poca parte — almeno nel caso italiano — nel determinarne il fascino.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, specialmente pp. 94 ss.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 103.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 88.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 92.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 53.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 141.

⁽⁶⁵⁾ Anche in questo caso, con una interpretazione che creò molto clamore, Mosse vide nell'Olocausto una “sintesi delle forze storiche del XX secolo”, l'esito evitabile ma non imprevedibile di un contesto che aveva affidato alla stereotipizzazione del nemico un ruolo decisivo nella definizione della propria identità ‘positiva’. Sul fronte dell'Olocausto, però, fu decisivo il ruolo riconosciuto al cataclisma della prima guerra mondiale, come momento storico che deprezzò su larga scala il valore della vita umana

sorretta da un apparato simbolico e liturgico che venne ritenuto capace di rispondere al duplice bisogno di ordine e di fede, quale che fosse il rapporto effettivamente ipotizzabile tra le soluzioni propugnate e i “concreti problemi” (66) di coloro che erano ammessi a partecipare alla nuova ritualità fascista. E se già nel ’57 Mosse aveva chiaro come lo iato tra realtà e rappresentazione potesse costituire, più che una debolezza, un punto di “forza” per creare la “base emozionale” (67) della soluzione totalitaria, in questa fase del suo lavoro, Mosse replicava alle critiche dei colleghi sostenendo che gli uomini erano stati “spesso attratti più dalla teologia che dai canoni del pensiero politico classico” (68). Particolarmente forte fu, per queste ragioni, la sua polemica nei confronti del “nuovo positivismo”, del “modello funzionalista” che, sulla scia del libro di Franz Neumann (69) tendeva a rappresentare il regime nazista come « un’aggregazione disordinata di potentati fra di loro in perpetua lotta » (70), rispetto al quale Hitler sarebbe stato solo l’abile e opportunistico burattinaio. Si trattava, per Mosse, di una “storia sociale e istituzionale portata agli estremi”, originata soprattutto dal bisogno di trovar “conforto e protezione nei confronti dell’irrazionalità dei movimenti di massa come il nazionalsocialismo. *Sfortunatamente* — concludeva Mosse — *non è mai così semplice spiegare la razionalità dell’irrazionale*” (71).

acutizzando il ruolo della “mentalità manichea, affamata delle nette e in equivoche distinzioni tra l’amico e il nemico proprie del tempo di guerra” (ivi, pp. 134-136). Val la pena, al riguardo, soffermarsi sulle osservazioni di Gentile e Mosse al riguardo. Mosse — dice Gentile — fu molto impressionato dal tenore delle memorie di Rudolf Höss, comandante di Auschwitz, il quale sostenne che gli ebrei, nel campo di concentramento, si comportavano « al modo tipicamente ebraico » perché cercavano « di danneggiarsi l’un l’altro come potevano », per sottrarsi al lavoro e accaparrarsi qualche privilegio. I campi di sterminio — notava Mosse commentando queste parole — rappresentarono lo strumento consapevolmente creato per “trasformare l’essere umano nel tipo che l’ideologia riteneva che fosse”, per creare, cioè, una corrispondenza tra la realtà e lo stereotipo (ivi, pp. 127).

(66) Ivi, p. 73; estesamente: una ideologia, come quella nazionalsocialista, che “soltanto vagamente aveva attinenza con i concreti problemi che il popolo tedesco doveva affrontare finì per divenire normativa, proprio per la soluzione di tali problemi [...] fu il genio di Adolf Hitler, che spostò la fuga nazional-patriottica dalla realtà alla disciplina e alla efficiente organizzazione del potere” (ibidem).

(67) Estesamente: “L’immagine dell’ebreo restava al di fuori di una seria analisi politica e sociale, e in ciò stava la sua *forza*: in questo modo essa forniva la base emozionale per una soluzione totalitaria di questi problemi”.

(68) Ivi, p. 107.

(69) Si tratta del libro *Behemoth*, pubblicato nel 1942.

(70) *Ibidem*.

(71) Ivi, pp. 108-109.

4. Qualche parola, in conclusione, sugli ultimi capitoli del libro di Gentile, capitoli dei quali si sottolineano solamente due aspetti rilevanti, ma legati entrambi alla centralità che Mosse attribuì al fattore antropologico nella ricerca storiografica. Il primo aspetto attiene alle direzioni nelle quali si sviluppò l'impegno scientifico di Mosse dalla fine degli anni '70 alla morte. In questo periodo — nota Gentile — « Mosse non fece più ricerche specifiche sul fascismo e il nazionalsocialismo » (72), ma si servì del patrimonio interpretativo messo a fuoco nei decenni precedenti per affrontare, da angoli visuali nuovi, quelli che ormai gli apparivano i problemi capitali ed eterni dell'età moderna e contemporanea. Che ritornasse — anche sull'onda dell'impressione suscitata dal movimento sionista — a occuparsi di guerra e nazionalismo, o che affrontasse il discorso sugli stereotipi facendo riferimento al ruolo giocato dal modello della mascolinità o della rispettabilità borghese (73), in ogni caso si trattava di una ricerca ancora una volta interessata a ricostruire quel complesso circuito che legava percezioni e soluzioni, circuito nel quale la definizione del tipo conforme attraverso il ricorso a stereotipi, a una “rappresentazione immutabile dell'altro” (74), del diverso, continuava a giocare un ruolo decisivo. Con il solito rischio in agguato, che Gentile mette bene in luce, in una delle poche pagine in cui decide di prender la parola e di far lo storico del fascismo. Il rischio, cioè, di elaborare interpretazioni che sopravvalutassero la portata della dimensione cultural-ideologica tralasciando la considerazione dei fattori più propriamente istituzional-organizzativi. « Non credo possibile — afferma al riguardo Gentile — elaborare una teoria generale del fascismo dissociando l'ideologia dalla storia, il mito dall'organizzazione, la cultura dall'istituzione. Dopo tutto, va tenuto presente — prosegue sempre Gentile — che l'irrazionalità della cultura fascista fu politicamente efficace non solo perché affascinò le masse con i miti, i simboli e i riti ma perché si coniugò con la razionalità dell'organizzazione e dell'istituzione, diventando partito e regime » (75).

Ma si trattò, sembra dire Gentile, di rischi inevitabilmente legati al lavoro del pioniere, rischi che valeva la pena correre non solo per render sensibile la storiografia nei confronti di alcune manifestazioni peculiari dei regimi, ma soprattutto per restituire pienamente il fascismo alla modernità e alle sue contraddizioni. Al punto che Mosse, se non fosse stato 'protetto' dalla sua biografia di perseguitato, « forse sarebbe stato accusato — conclude Gentile — di essere uno storico revisionista nel senso spregiativo del termine, cioè di essere un apologeta del fascismo, perché

(72) Ivi, p. 116.

(73) Ivi, pp. 140 ss.

(74) Ivi, p. 141.

(75) Ivi, p. 124.

aveva preso sul serio le sue idee e i miti, utilizzando per definirlo concetti come cultura, democrazia, rivoluzione, consenso, partecipazione». ⁽⁷⁶⁾

Ed è sempre questo intreccio tra storiografia e autobiografia che consente di introdurre l'ultima osservazione, cui si accennava in apertura del paragrafo. Se infatti per Mosse il fascismo costituiva parte integrante della modernità, una delle soluzioni storicamente praticate per rispondere a quel bisogno di integrazione costantemente avvertito dall'uomo moderno, non si poteva che dichiarare sempre aperto il pericolo di una soluzione totalitaria ⁽⁷⁷⁾. Il che portò a Mosse a sostenere la necessità di quello che Gentile chiama il « machiavellismo della democrazia » ⁽⁷⁸⁾, la necessità, cioè, per le democrazie postbelliche di consolidare un patrimonio di valori opposto a quello autoritario, patrimonio nel quale un posto di spicco doveva esser occupato dalla tutela dei « diritti inalienabili dell'individuo » ⁽⁷⁹⁾, delle sue libertà, e di consolidarlo anche avvalendosi degli strumenti tipici « della nuova politica, dei riti e dei simboli per dare alle masse un senso di integrazione e partecipazione, procedendo, nello stesso tempo, a produrre cambiamenti reali ed efficaci per rispondere ai bisogni della gente » ⁽⁸⁰⁾.

Con un ruolo importante che gli stessi intellettuali dovevano saper

⁽⁷⁶⁾ Ivi, p. 193.

⁽⁷⁷⁾ «La degradazione dell'individuo nel fascismo e nel nazionalsocialismo, il valore minimo — diceva Mosse — che questi movimenti attribuivano alla vita stessa e gli stermini di massa che alla fine ne scaturirono, hanno lasciato un'impronta profonda sulla generazione alla quale l'autore appartiene. *La Seconda guerra mondiale non ha arrestato questa tendenza e il problema della società totalitaria rimane un problema generale non confinato all'Europa orientale*» (ivi, p. 47). E ancora: «Il pericolo di un qualche tipo di autoritarismo è sempre presente, quantunque mutato rispetto alle forme iniziali o alle sue manifestazioni attuali nel mondo» (ivi, p. 123). «La conclusione [offerta dai totalitarismi] fu tragica, ma i problemi che essi tentarono di risolvere ossessionano ancora la nostra epoca. Infatti, chi fra di noi ha già trovato una maniera per porre fine all'alienazione? Chi ha colmato l'abisso tra il materialismo e la creatività» (ivi, p. 156).

⁽⁷⁸⁾ Ivi, p. 175.

⁽⁷⁹⁾ Ivi, p. 151.

⁽⁸⁰⁾ Ivi, p. 175; sempre in questa ottica di convogliare verso un patrimonio di valori condivisibili le pulsioni tipiche delle società contemporanee, Mosse tentò di individuare anche una versione positiva del nazionalismo e della rispettabilità borghese vedendo in essi non solo gli abiti mentali chiamati a identificare il 'diverso', il 'nemico', ma anche capaci di costituire un cemento positivo, 'inclusivo' nel rapporto tra gli uomini. Fu il modo, questo, con cui Mosse — nota Gentile — « tentò di elaborare una nuova casistica in grado di trovare una via realistica alla conciliazione tra i principi, gli ideali, i valori del liberalismo, del socialismo umanistico e della tradizione illuministica, da una parte, e, dall'altra, la forza dell'irrazionale inerente alla politica di massa e alle esigenze emotive dell'uomo moderno, al suo bisogno di orientamento, di sicurezza, di stabilità, di integrazione in una collettività, per soddisfare il desiderio di appartenenza e di identità » (ivi, p. 181).

svolgere nella tutela di questo patrimonio di valori e con la conoscenza storiografica che appariva a Mosse il varco ideale per l'“educazione al dubbio”⁽⁸¹⁾, per svelare i miti e mettere ogni società a confronto con i propri⁽⁸²⁾. Certo, diceva Mosse, lo storico è “più abile ad analizzare i problemi che a risolverli” e in questo sta la sua “frustrazione” principale⁽⁸³⁾, ma lo storico, al pari degli altri intellettuali, doveva saper trarre esempio dal comportamento tenuto da tanti illustri uomini di cultura durante i regimi totalitari, « quando i professori si sottomisero al conformismo ideologico o ritraendosi nella torre d'avorio degli studi specialistici o partecipando all'esaltazione nazionalista, giustificando successivamente il loro comportamento, caduto il regime nazista, come una sorta di “tattica di guerriglia in difesa della libertà di ricerca [...]”. Il miserabile fallimento di questa tattica — concludeva Mosse, che non a caso fu attivamente impegnato a difendere la libertà di insegnamento e a contrastare il maccartismo⁽⁸⁴⁾ — dovrebbe essere un ammonimento per noi”⁽⁸⁵⁾.

IRENE STOLZI

GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ, *Politische Schriften*, in ID., *Sämtliche Schriften und Briefe*, Vierte Reihe, Sechster Band, 1695-1697, hrsg. von der Leibniz-Editionsstelle Potsdam der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Akademie Verlag, Berlin 2008, pp. 906.

Il sesto volume delle *Politischen Schriften*, all'interno dell'edizione critica leibniziana, contiene un numero consistente di testi rilevanti, in una versione eccellente dal punto di vista filologico e storico, a differenza delle edizioni precedenti (in particolare, Mollat, Foucher, Klopp, Grua), con il loro carattere lacunoso: esso costituisce il frutto dell'attività meritoria della *Leibniz-Edition* di Potsdam, diretta da Wenchao Li. Occorre rilevare che, per quanto la produzione politica leibniziana sia molto ampia e presenti elementi decisamente significativi, essa non ha ancora trovato il pieno riconoscimento fra gli storici del pensiero politico. La ragione di tale inadeguata considerazione va rinvenuta, in

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 158.

⁽⁸²⁾ Poiché “i miti — queste appunto le parole di Mosse — sono la razionalizzazione dei pregiudizi del gruppo e la loro connessione con la realtà può essere, nel migliore dei casi, molto tenue [...] la funzione del mondo della conoscenza, per studenti e professori, è analizzare il mondo dei miti, mettere la società a confronto coi propri miti” (ivi, p. 171).

⁽⁸³⁾ Ivi, p. 186.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, pp. 151 ss.

⁽⁸⁵⁾ Ivi, p. 151.

primo luogo, nel fatto che gli scritti leibniziani relativi al diritto e alla politica appaiono estremamente diversificati, e quindi non risulta agevole individuare un 'filo rosso' della riflessione. A differenza che in altri pensatori (si pensi, ad esempio, ad Hobbes, con il *Leviatano*, a Locke, con il *Secondo Trattato sul governo* o a Rousseau, con il *Contratto sociale*), in Leibniz manca un testo 'sistemático', capace di racchiudere il senso complessivo della sua filosofia politica, che risulta invece 'disperso' in una molteplicità di opere. Gran parte di queste ultime, infatti, appare legata 'a doppio filo' a eventi contingenti, che si rivelano irriducibili ad una codificazione complessiva, dotata di una valenza generalizzante. D'altronde, per Leibniz la politica appartiene al novero delle verità di fatto, distinte dalle verità di ragione, possedendo un carattere di rigore, ma, nello stesso tempo, senza raggiungere quella necessità assoluta, che è propria delle leggi logiche. In tale richiamo alle verità di fatto emerge il tema della contingenza come elemento-chiave dell'indagine intorno alla politica. Il tentativo consiste nel 'tenere insieme' tale radicamento dell'analisi politica in una situazione specifica, con l'idea di una connessione decisiva, ma non immediata e ap problematica, fra metafisica e politica. Tenendo presente il secondo elemento indicato, occorre sottolineare che la politica non può essere intesa solamente *iuxta propria principia*, e quindi sulla base di caratteristiche del tutto 'interne', dal momento che essa si inserisce nella dimensione complessiva della realtà. Il percorso leibniziano è contraddistinto da tale tensione, mai risolta fino in fondo, tra il rilievo sulla contingenza come segno distintivo della politica, da un lato, e l'individuazione del nesso metafisica-politica, dall'altro.

Gli aspetti menzionati attraversano continuamente il volume in questione, che raccoglie scritti compresi tra il 1695 e il 1697, ripartiti in nove sezioni: nell'ampia ed esauriente *Einleitung* (pp. XXIII-LXVIII) ne vengono evidenziati gli elementi più significativi dal punto di vista critico-filologico e da quello storico-politico. Nella prima sezione, *Rechts- und Staatswesen*, è contenuto anche un interessante testo, *De poena mortis* (1697), in cui viene sottoposta a critica, in quanto assolutamente contraria alla ragione, la pratica della pena di morte. Nella seconda sezione, *Haus Braunschweig-Lüneburg*, sono presenti vari scritti rilevanti, tra cui la *Lettre sur la connexion des maisons de Brunsvic et d'Este* (1695) e la *Lettre sur le Neuvième Electorat* (1697). Quest'ultimo testo trova alla propria base il fatto che nel 1692 Ernst August di Braunschweig-Lüneburg (Hannover) pretese, per la casata, la creazione di un nono elettorato, in cambio dell'aiuto militare fornito durante la guerra contro la Francia per la successione del Palatinato: nonostante le proteste degli elettori cattolici, venne accontentato il duca Ernst August, risultando così rafforzata la presenza protestante. In tale scritto, in cui viene appoggiata la decisione imperiale, emerge un elemento-chiave del discorso leibniziano: « [...] je presuppose que chacun se doit mettre

à la raison tant en matiere de religion qu'ailleurs. D'où il s'ensuit, que lorsqu' on negotie avec des gens d'une autre religion, on doit garder les regles de l'équité, et permettre que d'autres fassent, ce que nous faisons ou ferions au besoin. Autrement c'est rompre tout commerce et venir aux extremités dont les suites fatales ne sont que trop connues de part et d'autre. Ce qui seroit contraire aux lois et aux conventions de l'Empire, au bien public, et même aux regles de la charité et de la conscience » (p. 92). La ricerca di un equilibrio fra la componente cattolica e la componente protestante all'interno dell'Impero dovrebbe quindi rispondere al criterio leibniziano del *nihil sine ratione*. In questo senso, successivamente, nell'epistolario con Burnet Leibniz elaborerà il concetto di « Impero della ragione », per connotare una comunità inconciliabile con qualsiasi assetto dotato di un *pouvoir arbitraire*, arbitrario non in quanto illegittimo, ma in quanto privo della dimensione razionale indicata (cfr. *Leibniz an Thomas Burnett*, "Beilage", 18 luglio 1701, in *Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz*, hrsg. von C. I. Gerhardt, Band 3, Georg Olms, Hildesheim 1960, pp. 277-278).

Nella terza sezione, *Reich und Europa*, di particolare interesse è il testo *Sur Sherlock, The case of The Allegiance due to sovereign powers* (1695), in cui, a partire da un esame analitico dell'opera di Sherlock, Leibniz affronta la questione relativa alla funzione dell'autorità politica e alla possibilità o meno della resistenza di fronte ad essa. Qui Leibniz, differentemente che in altri scritti, sembra escludere recisamente la legittimità della resistenza, anche nel caso in cui sia un pirata ad appropriarsi del potere: « L'auteur croit que les pirates et voleurs n'ont pas leur autorité de Dieu. Mais je crois qu' entre un pirate et un Conquerant injuste, la difference n'est que du grand au petit, et qu' estant meme sousmis à un pirate je luy dois un certain degré de fidelité » (p. 128). Poi risulta cruciale il tema del confronto critico, vera e propria *Auseinandersetzung*, con Pufendorf, così come emerge in particolare in due testi, *In Pufendorfi historias* (1695-1696) e *Remarques sur Pufendorf* (1695). In ogni caso, al centro della sezione indicata sta l'analisi della struttura del *Reich*, sia in merito a questioni interne, di diritto pubblico, come il ruolo svolto dagli *Stände* (ad esempio, si prenda in considerazione l'opera *Verthaydigung der hohen Stande des Reichs gegen die harte Beschuldigungen eines falschgenanten Caesarei Turriani*, 1696, pp. 184-239), sia in merito a questioni esterne, relative allo *jus gentium*, come il riferimento alla guerra ai Turchi e a alle varie crisi dinastiche e di successione, nelle quali Luigi XIV, il 'Re Cristianissimo', ha esercitato una funzione, a giudizio di Leibniz, devastante.

In rapporto alla politica estera, importante è il richiamo alla pace di Rijswijk (come emerge soprattutto nelle *Considerations sur la paix faite à Riswyck entre l'Empire et la France*, 1697), che Leibniz critica per i suoi effetti negativi sull'Impero tedesco: « C'est une chose manifeste

que ce traité est extrêmement prejudiciable non seulement à la dignité et aux droits de l'Empereur et de l'Empire mais encor à la liberté Germanique, et à la religion protestante » (p. 291). Inoltre è assai significativa l'indagine della situazione della Russia, elemento presente in vari testi, come *Denkschrift zur Entwicklung Russlands*, e, ancor di più, in *Sur l'avancement des sciences et des arts en Russie* (1697), in cui è contenuta una vera e propria esaltazione di Pietro il Grande, per la sua spinta 'modernizzatrice': « Je ne voy point comment un Grand Prince puisse former un plus beau dessein que celui de rendre ses Etats fleurissans, et de cultiver en perfection la plantation que Dieu luy a confiée. Le Grand Tzar des Russes fait voir l'elevation extraordinaire de son genie [...] » (p. 280). A partire da tale stato di cose favorevole, Leibniz propone l'istituzione di un *projet General*, volto al rafforzamento delle scienze e delle arti in Russia, anche grazie al contributo di altri paesi. Da questo punto di vista, non si può dimenticare che in Leibniz è presente un notevole riconoscimento del ruolo della Russia nello scacchiere europeo, sulla base di un'idea di espansione degli orizzonti (cfr. L. Richter, *Leibniz und sein Russlandbild*, Akademie Verlag, Berlin 1946).

La quarta sezione del volume, *Kirchenpolitik*, affronta questioni centrali nel percorso leibniziano, concernenti il rapporto fra politica e teologia. In *Remarques sur le journal du voyage* Leibniz afferma: « Il est visible que l'amour de Dieu et de l'ordre divin qui en resulte, fera que nous tacherons aussi à nous conformer à cet ordre et à ce qui est le meilleur » (p. 364). Così nel concetto di « armonia universale » confluiscono teologia, metafisica, etica e politica, dal momento che la comprensione dell'ordine dell'universo fa tutt'uno con l'adozione di una pratica della virtù, sulla base dell'assunzione del « punto di vista altrui » come « giusto punto di prospettiva, così in politica come in morale » (cfr. *La place d'autrui*, 1679, in G. W. Leibniz, *Sämtliche Schriften und Briefe*, Vierte Reihe, Dritter Band, Akademie Verlag, Berlin 1986, p. 903). In ogni caso, l'analisi della struttura della Chiesa non assume solo un carattere strettamente teologico, ma viene a rivestire una valenza politica, sulla base di quell'«alleanza» fra teoria e pratica che costituisce uno dei segni distintivi dell'orizzonte leibniziano. D'altronde, appare evidente come, nell'epoca in questione, il superamento delle controversie religiose rappresentasse uno scopo politico fondamentale, consistente nel raggiungimento di un equilibrio, o meglio, di una *balance* tra gli Stati europei. Da tale punto di vista, gli sforzi di Leibniz andavano a delineare una posizione ecumenica, volta ad attenuare le differenze fra cattolici e protestanti, e quindi le rigidità dogmatiche, 'settarie' di entrambe le confessioni, per garantire una coesione politica: spesso Leibniz adoperava, con i cattolici, argomentazioni protestanti e, con i protestanti, argomentazioni cattoliche.

In questo contesto si assiste ad un confronto serrato con Christian

Thomasius e con Pufendorf. Per quanto concerne il primo, occorre menzionare in particolare *Christiani Thomasii dissertatio ad Petri Poireti libros de eruditione solida* (1695), testo critico nei confronti di Thomasius, più per i toni utilizzati da tale pensatore che per i contenuti specifici. Alla base di un'altra opera, *De dissertatione thomasiana an haeresis sit crimen* (1697-1698), sta l'analisi della posizione di Thomasius in merito all'eresia, esaminando la questione in rapporto alla sfera pratica, sulla base di quel *cogitare practice* che costituisce uno dei segni distintivi del percorso leibniziano: « Haeresin [...] non tantum in theoreticis, sed et maxime in practicis reperiri censo » (p. 371). Elementi-chiave del discorso risultano essere, quindi, la *pietas* e *caritas*, con il loro radicamento nella dottrina cristiana, ma anche con il loro fondamento nella *ratio*, capace di condurre ad un *amor omnium* che si pone in antitesi a qualsiasi forma di settarismo: « Certe pessimae omnium sunt haereses, quae pietati plurimum obsunt, audiasque passim jactari sententias quae et amorem erga deum, et caritatem erga proximum magnopere laedunt; in quas tamen nulla severitas exercetur » (p. 372). Occorre sottolineare che la visione religiosa di Leibniz si rivela molto più complessa rispetto al modo in cui tradizionalmente viene rappresentata. Infatti, se in apparenza ci si trova di fronte *sic et simpliciter* ad una rivendicazione di ortodossia cristiana, in polemica con l'ateismo di Spinoza, in realtà la posizione indicata approda ad una sorta di razionalizzazione della religione, sulla base di un richiamo costitutivo alla dimensione razionale, in grado di accomunare tutti gli uomini al di là del riferimento ad un orizzonte dogmatico: sicuramente sono presenti elementi che precorrono la « religione naturale » degli Illuministi. Per quanto riguarda Pufendorf, vari testi sono incentrati sull'analisi del suo *Jus fecciale*; in particolare, *Sur le livre intitulé Jus fecciale divinum de Pufendorf* (1695), contiene una dura critica all'opera in questione: « Il a fort écrit sur le droit de la nature et des gens, mais comme il n'avoit pas étudié à fonds la jurisprudence, ny la philosophie solide, on le trouve assez superficiel. Le meilleur qu' il y donne est la periphrase des sentimens de Grotius, et quelques fois de Hobbes. Et comme l'excellent livre de feu Monsieur Grotius du droit de paix et de guerre n'est pas à la portée de toute sorte de lecteurs; Monsieur Puffendorf a proposé la doctrine de ce celebre auteur d'une maniere plus populaire et plus propre à estre entendue des jeunes gens qui étudient dans les universités d'Allemagne » (p. 326). Secondo Leibniz, Pufendorf è molto debole sia come giurista sia come filosofo, e apprezzabile solo per la sua capacità di 'popolarizzare' il diritto naturale, semplificando le dottrine di Grozio e Hobbes, senza però possedere la profondità dei pensatori indicati.

La quinta sezione dell'edizione, *Europa und China*, costituisce una testimonianza dell'interesse leibniziano per la Cina. Da questo punto di vista, una funzione importante è stata esercitata dal gesuita Claudio

Filippo Grimaldi, che Leibniz ha incontrato a Roma nel 1689. Più in generale, le missioni dei Gesuiti in Cina, a partire dal 1582, con l'idea della *propagatio fidei per scientias* ad esse sottesa, provocarono un intenso scambio culturale fra l'Europa e la Cina. Figura significativa al riguardo è quella di Matteo Ricci, che tentò una sorta di *accomodatio* fra Cristianesimo e Confucianesimo, favorendo l'ingresso del pensiero europeo in Cina. Poi un evento storico decisivo è costituito dal cosiddetto *Editto di tolleranza* (1692) dell'imperatore cinese, che aprì spazi per la diffusione del Vangelo in Cina. In questo contesto va inserita un'opera leibniziana molto rilevante, qui pubblicata: *Novissima Sinica* (I ed.: 1697, II ed.: 1698-99). Secondo Leibniz le 'novità' cinesi possono contribuire alla storia del secolo che stava terminando. Così viene valorizzata la presenza, in Cina, di una dottrina filosofica, o meglio, di una teologia naturale, di gran lunga più antica di quella greca: sarebbe insensato non entrare in relazione con essa, a partire dall'argomento secondo cui tale teologia naturale non si accorda immediatamente con le nozioni scolastiche. Al di là di alcuni limiti nella rappresentazione della Cina, l'aspetto più importante al riguardo è costituito dal fatto che Leibniz non intende 'ridurre' la cultura cinese al presunto 'modello' della cultura europea, cercando piuttosto di operare una 'fusione degli orizzonti' fra realtà che rimangono differenti, ma che risultano accomunate dal riferimento alla dimensione razionale e non ad un elemento fideistico (cfr. W. Li-H. Poser, hrsg. von, *Das Neueste über China. G. W. Leibnizens "Novissima Sinica" von 1697*, « Studia Leibnitiana Sonderheft », Franz Steiner, Stuttgart 2000). Così, in modo analogo a quanto sottolineato in merito alla Russia, occorre mettere in luce che Leibniz tiene in costante considerazione il fenomeno dell'espansione dell'universo politico, e quindi dell'allargamento degli orizzonti esistenti: non si può trascurare la rilevanza politica di tale ricerca di ampliamento delle realtà conosciute, da indagare nella diversità delle loro forme ma attraverso un dialogo costante tra di esse.

La sesta sezione, *Bibliothek, Literatur, Sozietät, Bildung*, comprende scritti relativi alla strutturazione delle biblioteche (tra l'altro, nel 1691 Leibniz era diventato bibliotecario della *Bibliotheca Augustana* di Wolfenbüttel), all'ordinamento del sapere, e quindi alla sua divisione in facoltà (teologia, giurisprudenza e medicina), in discipline (« *philosophia intellectualis* », « *philosophia rerum imaginationis seu Mathematica* » e « *philosophia rerum sensibilibium seu physica* »), oltre che in *literae humaniores* e *literae communia*. Un testo molto significativo, *Unvorgreifliche Gedancken betreffend die Ausübung und Verbesserung der teutschen Sprache* (1697-1712), parte dall'idea del linguaggio (*Sprach*) come « specchio dell'intelletto (*Spiegel des Verstandes*) » (p. 532), dotato di un carattere storico, in quanto proiezione delle società che l'hanno prodotto: « Es ist bekand [...] dass die Völcker, wenn sie den Verstand hoch schwingen, auch zugleich die Sprache wol ausü-

ben » (p. 532). Esiste un nesso stringente fra la disciplina morale e la 'pulizia' delle parole: « Es ist [...] in der Sitten-Lehre mit Sauberkeit der Worte nicht ausgerichtet: es ist doch aber auch solche kein geringes » (p. 564). In questo contesto si inserisce la forte valorizzazione della « Teutsche Nation » (p. 532), che, secondo Leibniz, doveva risollevarsi, dopo la Guerra dei Trent'anni, con i suoi effetti devastanti sul piano economico, sociale e culturale, e, facendo leva sul suo ruolo rilevante all'interno della Cristianità, doveva far valere le proprie prerogative anche dal punto di vista linguistico, non accettando più l'egemonia della lingua francese e di quella latina. Al di là della contraddizione consistente nel fatto che lo stesso Leibniz ha elaborato gran parte delle opere in latino e in francese, e non in tedesco, occorre sottolineare che il testo in questione, interpretato da alcuni studiosi come una sorta di precorrimiento dei *Discorsi alla nazione tedesca* di Fichte, pur contenendo rischi di nazionalismo, si riferisce alla Germania non in senso razziale, ma in senso culturale.

Della settima sezione, *Gesundheitspolitik*, è necessario, in particolare, menzionare il testo *Relatio ad inelytam societatem Leopoldinam* (1695-1696). Concludono il quadro i *Gedichte* (ad esempio, è da segnalare, sempre in merito a Pufendorf, *In Pufendorfi historiam Friderici Guilielmi*, 1695), i *Nachträge* (tra cui, *Apologia catholicae veritatis*, 1685), e, infine, ricchissimi indici dei nomi, delle opere, degli argomenti e dei riferimenti biblici. Del volume indicato occorre mettere in luce l'estrema acribia filologica, che permette di mettere a disposizione una serie di scritti che precedentemente risultavano lacunosi, in alcuni casi incompleti, l'ampiezza del contesto storico-culturale indicato in ogni testo, e le puntuali note e osservazioni, sulla base delle numerose variazioni dei manoscritti.

In conclusione, fra i molti aspetti presenti nell'edizione in questione appare particolarmente rilevante sottolineare il fatto che l'orizzonte politico leibniziano si configura come una critica radicale alla costruzione teorica contrattualistica, con riferimento *in primis* a Hobbes e a Pufendorf (qui esaminato in modo molto approfondito). Di tale concezione Leibniz rifiuta tutti gli elementi-chiave: il carattere artificiale della politica, il depotenziamento della giustizia, l'assolutezza e l'illimitatezza dell'autorità costituita, il misconoscimento della dimensione della pluralità. Secondo Leibniz, Pufendorf, al di là di una serie di 'complicazioni' rispetto al modello hobbesiano (si faccia riferimento, ad esempio, alla teoria degli *entia moralia*), nella sostanza aderisce a esso, e quindi all'idea secondo cui *'auctoritas, non veritas facit legem'*: la posizione indicata fa sfociare la riflessione in una *reductio* della politica alla logica della legittimazione, pervenendo ad una giustificazione dell'*arbitrium potentis*. L'intreccio di teologia, metafisica e politica, delineato da Leibniz, fa emergere la convinzione secondo cui esista un 'comune' eccentrico rispetto a qualsiasi ordinamento giuridico e dotato

di un dinamismo irriducibile a soluzioni predeterminate: nessun sovrano può fondare *ex novo* la comunanza e la giustizia, in quanto esse si radicano nella struttura delle cose a prescindere da qualsiasi meccanismo autoritativo.

LUCA BASSO

FRANCESCO MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, pp. 172.

Questo libro comincia, in misura e maniera che eccedono l'ovvio, con la copertina. La illustra la riproduzione di una delle versioni di *Felt Suit*, una specie di scultura, opera di Joseph Beuys. Non l'ha scelta l'editore; proprio dal dimesso vestito di feltro, semplicemente appeso a una gruccia, pigliano avvio le pagine introduttive, che gli si intitolano. *Il corpo come testo*: in copertina però compare non un corpo ma, appunto, un vestito. Un'incongruenza? Cercare una risposta a questa domanda è il proposito principale delle rapsodiche annotazioni che seguono: che puntano comunque l'attenzione (anche un poco a dispetto dell'Autore, forse) su alcune delle sporgenze teoretiche, per dire alla svelta, che il libro presenta.

A chi scrive capitò una volta di sentire Carlo Dionisotti interrompere un verboso di molte pretese esclamando: « Ma Lei ci parla di teorie! A noi interessano invece i fatterelli ». Dopo, a beneficio dei più candidi, aggiunse a mezza voce: « Anche questo, dei fatterelli, è un gran punto di teoria, naturalmente ». Anche a Migliorino sono cari i « fatterelli »; gli preme il circostanziato. Il libro è in sette capitoli: raccoglie, in parte rifatti e aggiornati nell'apparato, sette studi pensati « in occasioni e contesti diversissimi fra loro », pubblicati tra il 1995 e il 2007 (di quattro è cambiato o ritoccato il titolo; d'uno era uscita anche una traduzione tedesca). La molteplicità è rivendicata, sottolineata. Appena svoltata la copertina, la bandella di prima chiarisce subito che il sottotitolo, *Storie del diritto*, ha peso: « Ci sono libri che raccontano una storia, e che vanno letti dall'inizio alla fine. Questo, di storie ne racconta più d'una [...]. Ecco perché ognuna di esse può essere letta come un avvenimento singolare, circoscritto nello spazio e nel tempo ». Non suoni però come elogio di un operare pacatissimo, tra sponde nitide e salde. La bandella fa un primo elenco di oggetti e sfondi di questi studi: « dalla censura alla confessione, dalla grammatica dei segni alle retoriche del sacro, dall'ordinaria miseria di esistenze oscure alle interminabili prose del potere ». Proprio il contrario, come si vede, di orti ordinati e conclusi, di registri tranquilli. Ancora sulla soglia del libro, p. 11, Migliorino ha occasione di riprendere e distendere le indicazioni della bandella. Ribadisce che *Il corpo come testo* « si accontenta di

raccontare *storie del diritto* (al plurale)»; e annota: « modestamente ». La pagina è però irta di polemica. E addita una posta altissima: le storie al plurale hanno da soppiantare « la magniloquente *Storia* (al singolare) ». Per sorreggere e alimentare l'opposizione di storie e Storia Migliorino convoca, di punti di teoria, una costellazione intera; in due capoversi successivi fa apparire: Benjamin, Nietzsche, Freud, Adorno. Che possono avere da spartire, codesti autori? Prima di tutto, è il chiaro suggerimento di Migliorino, una ripulsa: la ripulsa di ogni maniera o guisa di teoria che si proponga come « pensiero sistematico », come « totalità », come « dialettica della sintesi e della conciliazione ». Il molteplice delle storie è insomma come un acido che corroda l'uno della Storia. Una teoria dei « fatterelli » ha da trovare o inventare un altro modo di congegnare.

A fare schietta, risoluta apologia dei « fatterelli » erano intese le lettere, ventidue, che tra il 1960 e il 1964 Delio Cantimori inviò alla rivista genovese « Itinerari » (poi raccolte, a cura di Francesco Rossi, in D. Cantimori, *Conversando di storia*, Bari, Laterza, 1967). Specialmente ricca di spigoli e di umori è la seconda lettera, che, quasi intera, discorre della prima versione italiana di Hubert Jedin, *Breve storia dei Concili* (Roma, Herder, 1960). Alla copertina è dedicata grande attenzione, un capoverso fitto. Ci si poteva aspettare (per ragioni che non è il caso di riesumare qui) che richiamasse il Concilio di Trento, invece rappresenta una sessione di quello di Costanza; chi poi percorra la lettera di Cantimori (e il testo di Jedin) avrà da scoprire, o almeno da sospettare, che nella copertina è apparecchiato un indizio. Cantimori non trascura il colore dello sfondo, che è mutato, rispetto all'edizione tedesca: e così risaltano meglio « le posture delle mani » dei Padri, che « non indicano solo vivacità » ma « hanno significati determinati ». Il capoverso sulla copertina dà il tono e la chiave. Le lezioni che Cantimori trae da Jedin (o che con Jedin illustra) risultano chiarissime. Ci viene rammentato, intanto, che in un libro è da leggere non solo quello che è detto *in verbo* ma anche, e altrettanto, quello che è scritto, come in inchiostro invisibile, *in figura*; che importa anche, e altrettanto, quello che un libro ha da mostrare, quello che in modi diversi un libro fa: a cominciare, per l'appunto, dalla scelta e confezione della copertina. Un testo, in questa veduta, è anche un gesto (una serie, un insieme di gesti). È una lezione *a fortiori*. Chi scriva di Concili riguarda, ha da riguardare, il sommo della speculazione; ma fa mestiere di storico, e non di « oracolo pomposo », se si curva sui « fatterelli » (che sono, poi, tracce e scie dell'Incarnazione). Si raccoglie l'esempio di Jedin se ci si ingegna di fissare l'attenzione ai modi e agli episodi nei quali dottrine e pratiche si incontrano e reciprocamente si adottano (e si adattano, reciprocamente). Questa *Breve storia dei Concili* è « un gran libretto » perché tanto dice quanto mostra e fa, ovvero perché dice anche nel mostrare e fare. Cantimori sottolinea che Jedin, qui, non ha dati nuovi, fonti

particolari, materiali rari; vale la sapiente disposizione, conta l'accortissimo allestimento. Per questo, ci viene indicato, la *Breve storia dei Concili* è libro specialmente attento ai luoghi e momenti che congiungono il dire, il fare, il mostrare: attento dunque, per esempio, proprio ai gesti. Emblematiche, « le posture delle mani » che spiccano in copertina. Nei gesti la dottrina piglia corpo, si fa corpo.

Migliorino fa eco. Delle lezioni di Cantimori dà folto riscontro, per esempio, lo studio che fa da capitolo secondo, *Comunicazione e significazione*. Il capitolo è infatti sontuosa ricognizione di snodi della vicenda di segni e gesti, ossia di segni che prendono corpo e di corpi che fanno segno: dalla solidarietà di *manus e lingua* (p. 35, da uno spunto di Bauman) alle domande che si faceva Bartolo sulla lingua dei sordi (pp. 40-41). E l'attenzione all'incrocio di dottrine e pratiche viene naturalissima: perché di questo incrocio è fatto per l'appunto il diritto. Il diritto di Migliorino non è un che di piano e omogeneo: è « per sua natura pervasivo » (è detto a p. 34, rinviano a un indimenticabile saggio di Sbriccoli); si dà come una vocazione del diritto alla « contaminazione » (così a p. 52, dove è richiamata la lezione di Paolo Grossi). Terreno specialmente adatto, la storia del diritto, a esercitare le lezioni di Cantimori. Di certo. Migliorino fa di più, comunque ha dell'altro da fare. Della veduta di Cantimori (o che da Cantimori si è cavata qui, molto alla buona) Migliorino ha di mira soprattutto il prolungamento, o il risvolto. La dottrina piglia corpo; ma il corpo non è materia innocente, tanto densa quanto plastica: il corpo dei gesti, il corpo che fa segno, è corpo indottrinato. Ma di più. Il corpo come testo implica dottrina, effetti di dottrina, li costituisce: non, semplicemente, li suppone. È punto capitale, nel quale forse i diversi profili e itinerari di questo libro si ritrovano e fanno capo insieme. È, in ogni caso, nitido punto di programma: questo libro, si legge tra p. 9 e p. 10, « va alla ricerca di una declinazione del corpo che, da superficie della scrittura, sia visto invece esso stesso come scrittura di un testo ».

Migliorino raccoglie e interpreta anche l'altro versante della didascalia di Cantimori: un testo dice, ma è anche un fare, un mostrare; importano i materiali e gli attrezzi ma anche di più importa l'allestimento, il montaggio. Ecco, montaggio è la parola che forse dà la chiave principale, per Migliorino. Bisogna tornare alla bandella di prima, che formula la domanda cruciale: come siamo stati « fabbricati »? Non creati o prodotti o (in qualche accezione categoriale) costituiti: « fabbricati ». Se c'è un perno di tutto il discorso di Migliorino, è probabile che lo si possa individuare nel convincimento che non si dà (non si è mai data, non si può dare) unità o identità che sia, per così dire, creaturale: tutta d'un pezzo, integra, originaria. « Fabbricati » vuol dire assemblati; siamo quelli e quello che siamo perché siamo l'esito di un montaggio. Il montaggio *fa* uno perché (e finché) da uno funziona. L'essere, se c'è ancora da parlarne, viene dopo. Si può dire, per

esempio, che sono peccatore perché (e finché) commetto peccati; non è da dire, invece, che commetto peccati per il fatto di essere peccatore. Roba moderna o, chissà, postmoderna? O non era, piuttosto, l'assunto, anzi l'acquisto, dei Padri cappadoci?

Si affollano nodi teorici delicatissimi. Per darne rapido conto può servire un'altra copertina, o meglio un frontespizio. Ai tempi di Hobbes non usavano le copertine ma si facevano a volte frontespizi cospicui. Celebre è quello del *Leviatano*. Raffigura uno; anzi, l'uno. Rappresenta infatti il sovrano, dalla cintola in su; torso e braccia sono di montaggio: a comporli concorrono, in numero indefinito, indefiniti individui. Il nodo di teoria risulta subito se, tenendo a mente la figura, si salta la dedicatoria e si va dritti all'*incipit*. La prima riga del *Leviatano* reca una definizione della natura, della natura come arte di Dio: « la natura, l'arte con cui Dio ha fatto e governa il mondo »; è quest'arte divina che va « imitata » per « costruire un animale artificiale ». Con *I filosofi e Dio* (Roma-Bari, Laterza, 2005) Sergio Landucci ha offerto una magistrale ricostruzione di radici e movenze di questa dottrina (e delle varianti e alternative); qui basti una spuntatura. Frontespizio e *incipit* concorrono a inquadrare un campo di questioni intorno alla premessa che l'uno non si dà, non è per così dire un *primum* ontologico: l'uno si costruisce, è da costruire. L'*incipit* dice che anche il modello, da « imitare », è un che di prodotto, che si viene anzi producendo: è un effetto di « governo ». Il frontespizio dà immagine a un altro, e di certo separabile, assunto, ovvero all'assunto che l'uno abbia carattere, diciamo così, frattale: che si produca, cioè, per oblazione delle resistenze, delle singolarità. Il montaggio funziona se identifica, nel senso proprio, i componenti. Sul frontespizio del *Leviatano* è come se gli individui, spogli di ogni carattere, si avviassero a essere inghiottiti dal, o anzi nel, corpo del sovrano. A Migliorino preme invece ciò che l'uno ha da « fagocitare », ossia, si legge a p. 11, « il dissimile, il non identico, il diverso, l'individuale ».

A dare almeno un obliquo colpo di luce allo sfondo di Migliorino soccorra un altro *incipit* celebre. Anche la *Critica della ragion pratica* attacca con una definizione: « I principi pratici sono proposizioni che contengono una determinazione universale della volontà, la quale ha sotto di sé parecchie regole pratiche ». Chi scrive ha ora a mano la benemerita traduzione di Francesco Capra, rivista da Eugenio Garin (tante volte ristampata da Laterza); « universale » è comunque resa costante, salvo errore, di *allgemein*, che è aggettivo di minori pretese, meno esposto. Di « universale » i principi pratici hanno il fatto di riferirsi a classi di deliberazioni e azioni. Codesti principi comprendono però le « massime », considerate, da chi le adotti, valide « soltanto per la sua volontà »; per tutti quanti valgono invece quelle che Kant chiama « leggi ». Una distinzione limpida, terminologicamente, compare nella *Critica* molto più in là (Kant la appoggia a una coppia di latinismi,

universell e generell). Ora, rammentare Kant aumenta il rischio di correre a conclusioni troppo vaghe. Migliorino, si può essere tentati di dire, ha a bersaglio quella figura rigida e cava dell'uno e dell'universale che sarebbe la Legge: che con « la magniloquente *Storia* (al singolare) » fa distico. *Storie del diritto* è espressione a due termini, e ha in effetti due rovesci, due antagonisti: per fare i conti e con la Legge e con la Storia. Nel libro di Migliorino è dunque da riconoscere una specie di manifesto per il restauro conservativo del somnesso, del « particolare », del non identico? Sarebbe, a dire il minimo, lettura mozza. Il campo degli esercizi di Migliorino è forse invece proprio quello segnato dall'universale equivoco, poroso, di Kant: l'universale in quanto *allgemein*, che è nome di genere, prevede guise e maniere diverse e, soprattutto, ha gradi.

Il corpo come testo ha un'ampia cerchia di interlocutori, sostegni, complici. Il più citato è Michel Foucault, non sorprendentemente. Può sorprendere, semmai, che di Foucault non venga mai citato *Sorvegliare e punire*. La ragione potrebbe essere che proprio quel libro è come assimilato in radice, è quasi l'ovvio punto di partenza; ne offrono indizio diverse locuzioni e inflessioni del vocabolario di Migliorino (basterebbero le risonanze del titolo del capitolo primo: *Grammatica dei desideri e docilità dei corpi*). Di certo *Sorvegliare e punire* ha segnato la fine dell'innocenza e della naturalezza del corpo; ha mostrato che il corpo è integralmente « fabbricato »: non un che di organico, piuttosto un abito, ossia una foggia di *habitus*, risultato di conculcate abitudini. (E potrebbe bastare, a giustificazione di *Felt Suit* in copertina.) Foucault si vantava di aver disseminato l'opera sua di citazioni crittate. Chi scrive tiene per certo che una di queste sia il titolo del libro in questione. La « *Neigung zur Beaufsichtigung und Bestrafung* », ovvero appunto la tendenza a « sorvegliare e punire » (« *surveiller et punir* », nella traduzione francese), è quella che Freud attribuisce al Super-io. Nell'occasione il Super-io è definito « la coscienza morale che agisce nell'Io ». Il punto è che codesta « coscienza morale » non è comunque, e non ha, un soggetto: è l'esito, o il vettore, di un insieme di apparati e congegni. Freud ne tratta nel saggio che affronta, nel 1924, *Il problema economico del masochismo*. È questione, dunque, di *Ökonomie*. Il termine indica di regola in Freud, che ne fa uso frequente, una combinazione di istanze (una gerarchia, più o meno labile, talvolta un labirinto). Da sottolineare, qui, che siffatta *Ökonomie* freudiana ha per correlato non l'omogeneità o l'identificazione degli elementi ma, al contrario, la loro partizione per singolarità; un apparato funziona, e funzionando si stabilisce, nel dare a ciascuno il suo. La « coscienza morale », per esempio, dà forma, sì: ma si forma nel dare forma. È su questo sfondo, probabilmente, che vanno letti gli interventi di Foucault sul potere pastorale (in specie *Omnes et singulatim*, titolo eloquentissimo). È su questo medesimo sfondo, probabilmente, che vanno lette anche le considerazioni di Migliorino

intorno al fatto, segnalato per esempio a p. 30, che « la scrittura è costitutiva della dogmatica ».

A bilancio del capitolo su *Comunicazione e significazione* Migliorino dichiara che aveva intento di « apprezzare » ciò che serve « soprattutto a conferire un'identità agli uomini » (p. 44). Si tratta appunto di « conferire un'identità », che non può essere evocata né presupposta. Ma soprattutto importa che a « conferire un'identità agli uomini » siano, è detto con lecita enfasi, « segni ». E a p. 10 si leggeva che a sovrintendere alla « costruzione sociale del soggetto e della sua identità » sono dei « congegni ». Vale a dire che non c'è, che non c'era, alle spalle, un testo (un Testo) che poi si imprime e si trascrive nella carne degli uomini. A « conferire un'identità » è ciò che prende figura, e appunto corpo, nell'operazione. Il corpo è un testo perché anche il testo è un corpo: accidentato, fatto di pezzi e strati. È il capitolo terzo, *Il soave conforto dei colpevoli*, a mostrare come viene, o avviene, un testo che funziona, che appunto fa testo. Oggetto del capitolo sono le *Summae confessorum*. Che sono testi secondo l'etimo, da materiali difformi e mani diverse: frutto di stesure e ristesure, di potature e innesti, di contaminazioni innumerevoli. Sono il congegno, il congegnarsi, di dottrine e pratiche. E sono, intrinsecamente, dei multipli: sequele di varianti, che fanno a meno di un originale, ossia scansano la questione del Testo. (Anche *Felt Suit* è un multiplo; di questa come d'altre opere sue Beuys ha dato più versioni: non c'è, non ci può essere, l'autentica.)

Che l'abito in copertina sia da intendere come *habitus* è almeno accennato dal modo della presentazione. Ci viene detto che, « spogliato del suo corpo », *Felt Suit* appare « pronto, all'occorrenza, per innumerevoli altri corpi ». Migliorino è frequentatore assiduo di testi, anzi di biblioteche, medievali; pare difficile che nell'espressione che adopera non sia da avvertire come un'eco della *facilis et perfecta potestas* di Alberto Magno o della *potentia habitualis* di Alessandro di Hales; l'eco, del resto, rimanda anche alla *disputatio* XLIV, *De habitibus*, di Suárez, e a Suárez è dedicato un capitolo intero (il quinto, *Il Paradiso perduto*). Alberto Magno, Alessandro di Hales e Suárez hanno poco, pochissimo, che li accomuni, tranne la caratterizzazione di *habitus* come luogo della *perfectio*, ossia dell'incontro di determinatezza e indeterminatezza, determinazione e indeterminazione. Perfetto è ciò che abbia compiuto, esaurito, tutti i processi di cui è capace; risulta così spogliato della determinatezza della genesi e diventa buono a tutto, pronto a tutto, indeterminatamente. La perfezione di *habitus* non è comunque lo svolgersi di una *essentia*, è un cumulo di acquisizioni. In *“Être” et “avoir” dans leurs fonctions linguistiques*, saggio del 1960 che merita riletture, Émile Benveniste aveva proposto un binario semplice. Il verbo essere stabilisce, cioè ritrova, tra i termini che connette, un rapporto intrinseco di identità; quando a connetterli è invece il verbo avere, i

termini restano distinti: il rapporto, estrinseco, è aperto al sospetto o al rischio di incongruenza (e di insufficiente determinazione). Avere è il verbo del « fabbricare ». (E se la figura in copertina esibisce un margine di incongruenza è, si può ritenere, per allusione, o con allusione, al carattere di ogni montaggio, di ogni “fabbricazione”).

Si rammenti che Migliorino è l'autore di *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico dei secoli XII e XIII*, Catania, Giannotta, 1995). Al tema è specialmente dedicato il capitolo quarto, *Corpo scrittura identità* (ma quando è apparso in una prima versione, negli *Studi per Giuseppe Nicosia*, si intitolava *Lo spazio dell'infamia*). Quando non è più da sopporre « una fabulosa sostanza preliminare » (la suggestiva espressione è a p. 53) sono le nomee, i nomi, « gettati addosso alle cose come un abito » (è detto con Nietzsche, in nota di p. 63), a fare il corpo, il corpo come testo. I nomi scandiscono singolarità. Non sono però garanzia, o concessione, di un *proprium*; sono ritmo e respiro del montaggio. Di questo racconta il capitolo ultimo, *Bonifica umana*, che riguarda il manicomio criminale di Barcellona Pozzo di Gotto (e andrebbe accompagnato dal cortometraggio *Aria. Voci scritte immagini del manicomio criminale di Barcellona Pozzo di Gotto*, di cui è autore lo stesso Migliorino). Mostra che c'è un modo di congegnare e articolare che è alternativo a quello hobbesiano, un modo che mette in conto « l'irruzione nella storia del soggetto nuovissimo di massa » (p. 151). La massa, soprattutto la massa, chiede « governo ». Il manicomio conferma che l'infamia è formidabile ricordo di *omnes et singulatim*; che « la più straordinaria macchina normativa » è, come già si leggeva a p. 18, il linguaggio. I nomi, comunque, non sono voci del verbo essere: servono piuttosto a perimetrare le vicende incerte dell'avere, ossia a sagomare campi di battaglia.

Qualcuno si ricorderà di quella figura somma e ineluttabile dell'universale che erano le leggi del mercato. Battute in lesta ritirata, è improbabile che non ritornino. Teniamolo allora di conto, questo libro di Migliorino: ci aiuterà a maneggiarle.

ROBERTO RIGHI

MARIANNA PIGNATA, *Dominium e possessio tra ius e factum. La Lectura di Giovanni Bolognetti*, Napoli, Jovene, 2007 (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza - Seconda Università degli Studi di Napoli, sezione monografie XXXI).

Indagine doppiamente difficile quella che Marianna Pignata ha scelto quale tema della sua prima monografia, sollecitata probabilmente dal suo consapevole Maestro Aurelio Cernigliaro che ne ha voluto in tal

modo saggiare le reali doti di ricercatrice sul terreno storico-giuridico. Doppia difficoltà, perché ha puntato la sua attenzione su un giurista felicemente ambiguo del pieno Cinquecento, il bolognese Giovanni Bolognetti, e su un tema sotto ogni profilo fra i più ardui per uno storico del diritto, che è quello della appartenenza di un bene in un momento di intensa transizione come il secolo XVI.

Non è, infatti, certamente facile cogliere le valenze culturale e tecnica di un giurista che avverte il peso della tradizione bartolista ma che non rinuncia a respirare liberamente i venti affrancatori provenienti da Oltralpe e soprattutto dalla Francia. Né è certamente facile penetrare nell'ordito dei diritti reali, dove — particolarmente in un'età di forti mutazioni strutturali e ideali — questo nodo di istituti, per il congiungersi e intrecciarsi di una forte dimensione ideologica e politico-economica a quella squisitamente tecnico-giuridica, si complica non poco.

Ed è proprio qui che Marianna Pignata dimostra il suo talento di autentica storica del diritto, mettendo a frutto le risorse varie e diverse a sua disposizione, le quali soltanto — se integrate in una necessaria congiunzione — riescono a fornire all'indagatore la cifra di una lettura che possa dirsi perfettamente riuscita sul piano storico-giuridico.

E si deve proprio lodare lo strumentario utilizzato dalla Autrice, che unisce il possesso adeguato dell'ideario tecnico dei giuristi medievali ed umanisti a una conoscenza altrettanto adeguata dei problemi strutturali, delle visioni antropologiche, delle realtà istituzionali presenti nel multilineare e complesso secolo XVI.

Quasi a conferma dell'impegno storicistico della Pignata, il libro si articola in due parti. La prima, dedicata a un profilo di Bolognetti e al suo inserimento nei vari contesti sociali, istituzionali, scientifici in cui venne via via ad operare (a Bologna, a Salerno, a Napoli, ancora a Bologna, a Pavia). La seconda, interamente rivolta alle tormentate diagnosi e costruzioni tecnico-giuridiche bolognettiane a mezzo del guado fra le maestose sistemazioni del diritto comune classico e le sottili erosive intuizioni dei nuovi giureconsulti umanisti. Segue, a chiusura del volume, una utile appendice documentaria.

Fulcro centrale del nuovo atteggiamento metodologico è il 'Tractatus de differentia iuris et facti' cui l'Autrice rivolge una vigile attenzione, mentre ne è manifestazione schietta la rivalutazione in chiave romanistica della categoria del possesso (rimasta abbastanza in disparte, e comprensibilmente, nelle analisi dei medievali), la quale sembra destinata ad assorbire, contenere e, in qualche modo, anche controllare il fascio innumerevoli delle fattualità.

Resta la croce del dominio diviso, e soprattutto di situazioni di godimento elevate disinvoltamente a dominio utile nella piena convinzione che di situazioni perfettamente dominative si trattasse; croce per un personaggio come Bolognetti, perennemente diviso fra tentazioni

bartoliste e, al contrario, squisitamente umanistiche. Il nostro giurista si rigira — per così dire — fra le mani l'arnese tecnico del dominio utile, e lo avverte ambiforme e in qualche misura anche ripugnante per la sua coscienza di uomo nuovo. Da qui il suo insistere sulla discrepanza di poteri fra direttario e utilista. Ha ragione la Pignata quando sottolinea che Bolognetti « pur conservando la dinamica formale del dominio diviso si mostrava convinto assertore dell'unitarietà *substantiale* dell'istituto » (p. 82).

Sul dominio utile la coorte umanistica soffre incrinature: se Cujas, Vultejus, Bronchorst non hanno esitazione nel reputarla un artificio medievale e nulla più, ecco che Douaren e Le Baron lo configurano come 'ius dominio proximum' consci di non poter interamente demolire un istituto vivo e vegeto nella prassi agraria della Francia cinquecentesca, ma salvandosi l'anima sia pure con una buona dose di nicodemismo.

La scelta di Bolognetti è diversa, più raffinata, più tecnicamente suadente e si allinea a quella concezione del grande Zasius, altro ambiguo e tormentato partecipe dell'umanesimo renano, su cui io stesso parecchi anni fa ritenni di dedicare una sosta autonoma nelle mie ricerche sulla storia del dominio diviso: il dominio è realtà complessa, al cui interno sono rilevabili alcuni *gradus*; il dominio utile altro non è che un *gradus in dominio*.

Insomma, con Bolognetti siamo a una tappa — rilevante anche se tuttora segnata da incertezze — nell'itinerario che corre verso la proprietà unica della Rivoluzione (dapprima) e dei Codici (immediatamente dopo). E ha avuto buon fiuto Marianna Pignata a riproporla alla nostra odierna attenzione storiografica.

Credo che si debba guardare con favore a questo libro, formulando conclusivamente anche un augurio rivolto genericamente ai giovani studiosi: che vogliano proseguire su questo cammino fertile, con indagini come questa della Pignata idonee a colmare l'ancora enorme vuoto storiografico rappresentato dalla storia della scienza giuridica europea nei secoli della crisi del diritto comune; un vuoto che è grave proprio sul terreno delle costruzioni giuridiche, che è per l'appunto il piano in cui si cimenta la valente studiosa napoletana ficcando ben a fondo lo sguardo all'interno dell'officina dei giuristi e frugando sui loro banchi di lavoro.

Commendevolissimo è ai nostri occhi il suo angolo di osservazione, sorretto dalla coscienza che il diritto è un tessuto esperienziale ordinato dalle categorie e dalle invenzioni tecniche di giuristi teorici e pratici, nonché di legislatori. Il merito della Pignata è di avere inforcato sul proprio naso gli occhiali proprii di un giurista cinquecentesco, volendo comprendere il suo linguaggio speciale e decifrando i nodi tecnici del suo discorso. Le tecniche diventano in tal modo uno strumento di rara espressività storica, che permette di arrivare a cogliere tutta la realtà

sociale economica politica, tutte le idealità e ideologie che stanno dietro di esse.

Nell'analisi di un tornante così complesso come il Cinquecento giuridico si deve dare atto alla Autrice di possedere una corretta bussola orientatrice. Mi permetterei solo un rilievo: probabilmente metteva conto di sottolineare con vigore e più apertamente quella convinzione che la Pignata confina in una nota di pagina 119 (la nota 91), e cioè la novità del modo con cui si osserva e si dà rilevanza alla *res* nelle analisi umanistiche, una novità che discende da quella rinnovata antropologia che esige una relazione tutta nuova fra soggetto e cose. L'Autrice ne ha coscienza, e le si farebbe torto non constatandola; basterebbe quel frammento del teologo volontarista Pietro di Giovanni Olivi che la Pignata ha voluto in esergo, un frammento modernissimo anche se scritto a fine Dugento, dove si lega proprietà e libertà, proprietà come *facultas dominandi* e carica vitale interna al soggetto. A mio avviso, questa coscienza latente avrebbe dovuto emergere con maggiore franchezza fino a diventare l'ossatura anche apparente del volume, una ossatura che l'ambiguo Bolognetti è il primo ad avvertire anche se i suoi irretimenti bartolisticci gli impediscono di compiere le scelte decise di un Cujas.

PAOLO GROSSI

ANTONIO RIVERA GARCÍA, *Reacción y revolución en la España liberal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006 (*Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político*, 1), 355 pp.

Una vez superada definitivamente su habitual función de hacer patria y construir Estado, acaso el futuro de la historia del derecho en cuanto materia de docencia se cifre en su decidida conversión, por un lado, en una *introducción a las materias jurídicas*, dando cabida a capítulos hasta ahora descuidados como la historia criminal, las relaciones laborales, la constitución de la propiedad y el derecho internacional ⁽¹⁾, y por otro, en una *historia constitucional comparada*, donde los avatares nacionales figuren a modo de ejemplo o como instrumento de contraste. El enfoque adoptado por esta segunda rama podría asimismo abandonar la tradicional y poco constitucional historia de las instituciones estatales, tomando como clave de lectura la entidad de los

⁽¹⁾ Un primer ejemplo en este sentido lo facilita la misma escuela que impulsa estos cuadernos en Maurizio FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002.

derechos (2) e integrando sin reparos el lado cultural y más directamente teórico-político de la experiencia constitucional (3). Y precisamente la exposición de los modelos filosófico-políticos circulantes en la España decimonónica, con expresa consideración además del lugar respectivo que en cada uno de ellos ocupaban los derechos, es el servicio que a mi juicio rinde el excelente libro que se reseña a continuación.

Es fruto de la encomiable consagración a la profesión académica de su joven autor y del impulso dado a la investigación filosófico-política por su maestro José Luis Villacañas. El aliento de este infatigable filósofo de la Universidad de Murcia se percibe no sólo en la iniciativa editorial que la obra inaugura, una colección de historia del pensamiento político cuidada por él mismo. Su huella también se hace patente en la temática elegida — una historia política española que el maestro se ha propuesto recorrer exhaustivamente (4) —, en la metodología empleada — una weberiana reconstrucción de tipos ideales — y en la sensibilidad ideológica exhibida — un republicanismo ilustrado y liberal de estirpe kantiana que el mismo Villacañas ha expuesto de modo sistemático en lo que interesa a la filosofía jurídica (5). Es, por tanto, obra de escuela, gestada y debatida en los encuentros y seminarios del grupo *Res Publica*, según reconoce el propio autor (p. 32, n. 1), pero al mismo tiempo goza éste de un perfil marcado, de intereses singulares y, en definitiva, de una agenda científica propia. Filósofo, jurista e historiador, Antonio Rivera combina en su prolífica carrera literaria el estudio de los conceptos políticos y los autores de la modernidad con el examen del pensamiento público hispánico entre el barroco, la ilustración y el liberalismo. A la primera de estas vertientes,

(2) Emulando el gesto de quien ilumina la configuración de los poderes desde la integridad de los derechos y trata de pueblos mejor que de estados: Bartolomé CLAVERO, *El Orden de los poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid, 2007.

(3) Siguiendo ahora la ruta excepcionalmente abierta por Pietro COSTA con su *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, 1999-2001, 4 vols, y también recorrida por António M. HESPANHA, *Guiando a mão invisível. Direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, 2004. Para el caso hispano, Joaquín VARELA-SUANZES insiste en la conveniencia de conciliar para la historia constitucional el aspecto jurídico con el teórico-político predicando con el ejemplo en la recopilación de trabajos titulada *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, 2007.

(4) Examinando los diversos modos de legitimación del poder político activos en nuestra cronología, recorrida, por ahora, hasta el comienzo de la llamada Edad Moderna con los títulos *La formación de los reinos hispánicos* y *Monarquía Hispánica* publicados en 2006 y 2008 respectivamente.

(5) VILLACAÑAS, *Res Publica. Los fundamentos normativos de la política*, Madrid, 1999.

y siguiendo la línea que para la historia jurídica han trazado autores como Harold J. Berman, ha dedicado sus primeros ensayos sobre *Republicanism calvinista* (Murcia, 1999) y *Clericalismo jesuita y Estado moderno* (Hildesheim, 1999), en los que se anudan teología e historia de la filosofía del mismo modo que lo hacen en su último texto sobre las « patologías políticas de la modernidad » (6). Y a la segunda de tales derivaciones corresponde la monografía que nos ocupa, ocasión para sistematizar y destilar intervenciones y contribuciones anteriores sobre el « liberalismo doceañista », « la reacción católica » y el « republicanismo liberal español » (7).

Reacción y revolución abarca desde el primer liberalismo hasta el fracaso de la I República y aborda el pensamiento de los principales publicistas de la España liberal, sin perder de vista el escenario político en que se formuló y sin descuidar tampoco sus implicaciones jurídicas más relevantes. El trabajo oscila entre el comentario de la obra de autores singulares y la reconstrucción de modelos teóricos generales con el examen de cada uno de los factores que los conforman. Por su mayor complejidad y abstracción, es este último polo reconstructivo el más sustancioso científicamente. De una primera aproximación parece deducirse que el relato está compuesto del análisis de cinco sistemas teóricos más o menos sucesivos cronológicamente: el liberalismo gaditano, el liberalismo progresista, el liberalismo moderado, el tradicionalismo católico y el republicanismo federal. Mas, en realidad, de una lectura más detenida se infiere que tres fueron los protagonistas de la cultura jurídico-política decimonónica, figurando en primer lugar los impulsores de la revolución liberal, en segundo los responsables de la reacción y en tercero los defensores de un « justo medio » entre ambos extremos revolucionario y reaccionario. El mapa de nuestro libro quedaría entonces marcado por dos paradas principales, las relativas al moderantismo — « responsable de la corrupción del sistema liberal » (p. 103) — y a la « constitución monárquica y tradicional », y atravesado por un hilo conductor, el de la revolución liberal y democrática,

(6) Vid. *El dios de los tiranos. Un recorrido por los fundamentos teóricos del absolutismo, la contrarrevolución y el totalitarismo*, Córdoba, 2007, texto también fraguado en el grupo *Res Publica* que, convocado por Villacañas, se reúne « en Murcia para debatir libremente sobre filosofía e historia de los conceptos políticos », p. 33 n. 2.

(7) Baste citar los siguientes textos preparatorios: *El concepto de libertad en la época de las Cortes de Cádiz*, en Manuel CHUST, Ivana FRASQUET (coords.), *La trascendencia del liberalismo doceañista en España y en América*, Valencia, 2004, pp. 93-114; *La reacción católica. El pecado liberal y la constitución tradicionalista en la España del siglo XIX*, en Ángel RIVERO, Francisco COLOM (coords.), *El altar y el trono. Ensayos sobre el catolicismo político iberoamericano*, Madrid, 2006, pp. 17-42; *El republicanismo liberal español. Libertad, democracia y asociación en el pensamiento republicano del siglo XIX*, en « Spagna contemporanea », 30, 2006, pp. 49-70.

con su irrupción primera a principios de siglo, su atemperación posterior en la versión del progresismo y su radicalización ulterior en los libros y folletos de los federalistas, demócratas y republicanos, por quienes, en sincera y esclarecedora conexión, el autor expresa su simpatía desde el mismo encabezamiento de su obra, paráfrasis del de aquella otra suscrita por Francisco Pi y Margall bajo el título *La reacción y la revolución* (Barcelona, 1854).

La estructura expositiva de nuestra monografía suele detenerse en los fundamentos filosóficos, morales y sociales de cada una de las corrientes citadas, así como en la organización de los poderes y en la condición y amplitud de los derechos postuladas por todas ellas. Equiparando la justicia al equilibrio entre autoridad y libertad, el moderantismo de los Joaquín Francisco Pacheco, Antonio Alcalá Galiano o Francisco Martínez de la Rosa constituye así una tendencia identificada moralmente con el utilitarismo, socialmente con la « mesocracia » — es decir, con el protagonismo institucional de los poseedores de las riquezas y las « capacidades » — y políticamente con la soberanía compartida. Con tales premisas, especialmente con aquella utilitarista que atribuye preponderancia a los intereses generales de la nación frente al individualismo exacerbado, el espacio de las libertades queda bien angosto, subordinadas como están al mantenimiento del « orden público » (p. 21) y no siendo en ningún caso naturales e ilegislables, sino más bien materia decidida y concretada por la ley estatal (pp. 152 ss.). El único margen dejado al discurso de la libertad incide no tanto en los atributos naturales del individuo dignos de reconocimiento y protección cuanto en las condiciones indispensables de un poder público ordenado y legítimo. Y tales requisitos se resumen, como se ha sugerido, en la conveniencia realista de que las instituciones integren y reproduzcan a los factores económica, intelectual y espiritualmente prevalentes de la sociedad, lo cual implica, a mi entender, que el conservadurismo continuaba otorgando prioridad a la legitimidad sobre la legalidad.

Al recaer entonces todo el peso sobre la organización del Estado, el autor, con buen criterio, pormenoriza los aspectos teóricos de la administración doctrinaria, comenzando por su principal axioma, el que, desvinculando « soberanía » y « representación », « derecho civil y natural », « poder constituyente y constituido » (p. 112, p. 116), abre la inevitable pendiente autoritaria del moderantismo. Una deriva plasmada de modo rutinario en una « omnipotencia parlamentaria » equivalente a la omnipotencia del poder ejecutivo del monarca y sus ministros y materializada de modo extraordinario en la dictadura ejercida por el « hombre o institución providencial », por aquel sujeto o « cuerpo » (militar) con suficiente poder fáctico para imponer el orden en una « situación excepcional » (p. 115).

Si en la exposición de la doctrina moderada prima el análisis de su

programa institucional, en el tradicionalismo católico destaca el examen de sus fundamentos. Ubicados en esta perspectiva, queda bien patente el contraste entre la noción moderna de la libertad como « autolegislación » y su concepto « antimoderno » como obediencia a una heterónoma « ley natural » (p. 163), entre el entendimiento racionalista de la historia como progresiva « liberación del hombre » y la « teología de la historia » que siempre halla tras los acontecimientos el eco de la providencia (pp. 173 ss.), entre la ruptura reformadora y la « continuidad del presente con la sabiduría de la Edad Media » (p. 243), en definitiva, entre la autonomía gradual del hombre y el « *pecado monstruoso* » de querer actuar como dios creando sus propias normas (p. 178, pp. 181 ss., p. 210). En su presentación de las doctrinas de — entre otros — Juan Donoso Cortés, Jaime Balmes y Antonio Aparisi Guijarro, Rivera muestra en mi opinión su lado más enérgico y convincente, y aunque en ocasiones desmerezca « las farragosas argumentaciones » reaccionarias (p. 194), reconoce asimismo la corrección y profundidad de sus diagnósticos (p. 186). La identidad tradicional queda además fijada por su pertinente contraste con el socialismo revolucionario, al que a un tiempo admira por consecuente y teme por disolvente, y por el necesario — y a mí entender no culminado — cotejo con el moderantismo, convergente en tantos puntos — algunos más de los que el autor expresamente indica — con los principios tradicionalistas que resulta más conservador que liberal (p. 171).

Por lo que respecta a la faceta normativa del tradicionalismo, en relación a los derechos, junto a las beligerantes opiniones de los autores católicos contrarias a las libertades de imprenta y cultos, se percibe de nuevo que la protección de la libertad vuelve a radicar en una determinada organización del poder, concretamente la dictada por una « constitución mixta » donde los límites sean los sustantivos de la religión católica y los materiales de los « cuerpos intermedios » (pp. 252 ss.) en vez de los adjetivos y formales de la « artificiosa » constitución liberal. En lo relativo a los poderes, el libro de Rivera defiende como conclusión la controvertible tesis de la « nación católica » como « nación sin Estado » (pp. 279 y ss.), convicción discutible porque la nación del Estado liberal no fue sola ni principalmente la revolucionaria de los individuos — *formalmente* — « libres e iguales », sino la romántica, orgánica e histórico-natural del tradicionalismo en la que encaja sin fricciones la conceptualizada por los católicos. Nuestro texto delinea también a este respecto el perfil institucional postulado por los reaccionarios, introduciendo con eficacia, en el lado negativo, la precoz crítica reaccionaria al parlamentarismo, instrumento divisivo incapaz de representar la unidad social, y en el afirmativo, la organización pública perseguida por los tradicionalistas, estructura institucional cuyo pluralismo corporativo la hace inconfundible con una totalitaria unidad sin mediaciones (p. 263), aunque sí resulte compatible con la admisión de

una dictadura militar algo diversa de la moderada, visto que para la reacción los desórdenes revolucionarios que la justificaban no eran sino un síntoma de « la decadencia de la religión católica » y del olvido de la « constitución histórica » que el dictador tenía precisamente como misión restaurar (pp. 271 ss.).

Junto a los modelos antedichos, y recorriendo de principio a fin nuestro volumen, figuran los defensores de la revolución liberal, auspiciada en primer lugar por un temprano liberalismo basado en los principios de la soberanía nacional y la separación de poderes, ralentizada después por un progresismo internamente contradictorio y sin personalidad propia e intensificada finalmente por los federalistas, republicanos y demócratas que reclamaban la universalización de los derechos políticos. A los fundamentos de esta revolución — soberanía popular y derechos naturales universales — se adhiere el autor identificándolos, en su más acabada expresión democrata, con el « *republicanismo liberal* » (p. 30) y reconociendo asimismo su deficitaria materialización efectiva a lo largo de todo el siglo (p. 16). Ahora bien, la merma de los axiomas liberales residía asimismo en el terreno discursivo: así ocurría con la sustracción deliberada de derechos a buena parte de la población defendida por los liberales gaditanos, según señala el mismo Rivera ⁽⁸⁾, como también acontecía con la problemática « universalidad » de los « derechos civiles » o con un no menos elitista concepto de « pueblo » o de « soberanía nacional », asuntos sobre los que el autor no llega a incidir. Fueron, en efecto, los demócratas radicales y federalistas republicanos los que, rompiendo con la tibia doctrina progresista, declararon natural, ilegislable y universal tanto la libertad civil como la política (p. 289), propugnaron la justicia ciudadana y reivindicaron una plena soberanía popular remontando el mito del « pueblo indiviso » (p. 296). Rivera expone con tino y estrategia este republicanismo liberal, cualitativamente diverso del colectivismo comunista y del invasivo jacobinismo, con teoría propia del pacto social en la que los sujetos nunca ceden su soberanía y nada ajeno a los fundamentos tradicionales del orden social. La dificultad estriba entonces en cómo derivar, sin incurrir en teleología — o sea, en una secularizada teología de la historia — esta comprensión extensiva — aunque todavía insuficiente — de los derechos y la democracia de unas bases primeras expresamente excluyentes, pues acaso la realización del programa

⁽⁸⁾ En las pp. 78-79, pasando de puntillas sobre el controvertido estatuto de los « sirvientes domésticos », expresamente excluidos del juego político por el liberalismo doceañista. Vid. sobre el asunto Bartolomé CLAVERO, *Amos y sirvientes. ¿Primer modelo constitucional?*, en « Anuario de Historia del derecho español », 56, 1986, pp. 995-1016 y Carlos PETIT, *Amos, sirvientes y comerciantes: algo más sobre el primer modelo constitucional*, en ID. (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, 1990, pp. 87-122.

ilustrado, racionalista y liberal requiriese, más que el desarrollo, depuración o perfeccionamiento de sus comienzos, una resuelta ruptura con el liberalismo y sus connaturales exclusiones.

SEBASTIAN MARTÍN

RODOLFO SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 352, collana « Collezione di testi e di studi. Diritto ».

1. Storia, antropologia, etologia, filosofia, linguistica, religione, senza beninteso dimenticare diritto e comparazione giuridica (si tratta pur sempre dell'opera d'uno dei massimi giuristi italiani viventi ⁽¹⁾): se questo è il *background* disciplinare sul cui sfondo il volume va letto, risibile in partenza sarebbe il tentativo di darne conto nel battito d'ali d'una recensione. Neppure un libro intero basterebbe. Meglio allora dir d'anticipo che si è dinanzi ad un testo seminale: « contiene semi », essi germogliano col leggere e rileggere, meglio, col ruminare. Non per caso un verbo d'animali aiuta per un'opera che fa loro buon posto, per fortuna più vichiani « scimmioni » (« Società animali [...] che più assomigliano all'uomo nel fisico e nei comportamenti » ⁽²⁾), ad esempio « spidocchiare oggi ed essere spidocchiato domani » ⁽³⁾) che non hobbesiani lupi.

Il volume ha già un'edizione francese ⁽⁴⁾, certamente anche a motivo dell'appassionato rinvio che Sacco effettua in più punti alla Francia (« Paese dell'antropologia giuridica per eccellenza » ⁽⁵⁾) ed alle opere dei « sommi antropologi dell'area francofona » ⁽⁶⁾: Durkheim e

⁽¹⁾ P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milano, Giuffrè, 1994, due tomi. Si veda nel tomo primo la *Biografia* (non firmata, con tutta probabilità di Sacco *lui-même*), nonché la *Bibliografia* collazionata fino al 1994 (nel prosieguo, si farà rinvio a questi testi con B).

⁽²⁾ A (=SACCO, *Antropologia giuridica*), p. 33.

⁽³⁾ Ivi, p. 310.

⁽⁴⁾ R. SACCO, *Antropologie juridique. Apport à une macro-histoire du droit*, Paris, Dalloz, 2008, collana « L'esprit du droit ». La giovane *collection* ospita al suo interno già altra opera di provenienza italiana, confermandosi luogo editoriale dal respiro compiutamente interculturale.

⁽⁵⁾ A, p. 37. In Francia esiste un'opera omonima, N. ROULAND, *Antropologie juridique*, Paris, Puf, 1988, trad. *Antropologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1992 (=AG), ampiamente menzionata da Sacco, spec. A, p. 23 n. 16.

⁽⁶⁾ Ivi, p. 20.

Mauss (i padri), nonché C. Lévi-Strauss, H. Lévy-Bruhl, M. Alliot, R. Verdier, N. Rouland, E. Le Roy, fra gli altri.

È già stato detto che si è in presenza di un'antropologia filosofica a tutto tondo, non solamente giuridica, la quale « coraggiosamente » suscita « immani questioni » appunto sul piano filosofico (7). Scomodando Villey e Bobbio, è possibile aggiungere che si tratta dell'antropologia *filosofica d'un giurista*, specificando inoltre che si è forse in presenza d'una prima assoluta in tema (8). Il che potrà aiutare nel concentrar l'attenzione maggiormente sulla complessità strutturale dello sforzo compiuto invece che sulle singole parti, e non perché l'attenzione vada sviata da esse, anzi! È lo sforzo d'immaginazione complessiva che va *in primis* evidenziato. Immaginazione felice, immaginazione feconda.

Non è facile metter a nudo le fonti filosofiche del giurista Sacco, il quale peraltro aspirava in gioventù a farsi storico del medioevo del diritto (9). Ma alcune tracce possono esser seguite, peraltro a proposito d'una ricerca che spesso ricorre essa stessa a ragionamenti congetturali e « pure ipotesi (ardite) » (10). Le tracce sono: un *Premio Capograssi* nel 1988, con successivo conferimento di cittadinanza onoraria del comune di Sulmona (11), luogo natale dell'autore de *Il problema della scienza del diritto*; un esplicito rinvio al « criterio di validazione vichiano *verum ipsum factum* » (si sa quanto importante anche per il giusfilosofo sulmonese), nella comparazione giuridica quale « scienza storica che si dedica a ciò che è reale », i « dati effettivi » e non il metodo dogmatico (12); in generale, le « prospettive di tipo epistemologico » (13) e il

(7) A. G. CONTE, *Erlebnisrecht. Diritto vissuto/esperienziale nell'antropologia filosofica di Rodolfo Sacco*, « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 3, 2008, p. 407: « Prima domanda: Qual è lo statuto ontologico delle norme? Seconda domanda: È possibile inferire norme da comportamenti? ». Cfr. anche A. G. CONTE, *Nomotropismo: agire in funzione di regole*, « Sociologia del diritto », 1, 2000.

(8) L'*Antropologia giuridica* di Rouland aveva aperto una porta in questa direzione, affrontando nella *Conclusion generale* il tema *Antropologia giuridica e metafisica*, cfr. *AG*, pp. 453-58.

(9) Si legge in *B*, p. VIII-IX. Il legame con la storia è rimasto intatto: « Il diritto muta, instancabilmente. Il giurista [...] ha bisogno degli strumenti conoscitivi adatti, e questi strumenti sono insegnati al giurista dallo storico. Il giurista ha dunque un debito con la storia », *A*, p. 22.

(10) *Ivi*, p. 194, 205, 206, 248.

(11) *B*, p. XXVIII.

(12) R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992 (= *I*), pp. 50-53. Detto con i giusrealisti scandinavi, *Law as Fact*; detto con Carbonnier, *Le droit comme phénomène*.

(13) *B*, p. X; *A*, p. 197; la prima e la quarta delle cinque *Tesi di Trento*, cfr. *Comparazione giuridica*, « Digesto. Discipl. priv., sez. civ. », III, 1988 (= *TT*), p. 48 ss.

dialogo col « grande »⁽¹⁴⁾ epistemologo tedesco Joseph Esser; qua e là nelle opere, con parsimonia, i nomi di Hare, Hayek, Leoni, Austin, Searle⁽¹⁵⁾.

Qui si vuol adesso aggiungere un elemento ulteriore, forse nuovo anch'esso nello sforzo interpretativo⁽¹⁶⁾ attorno al volume: la presenza in esso di Lucien Lévy-Bruhl, storico della filosofia alla Sorbona nei primi decenni del Novecento, poi etnologo nella seconda parte della vita fino alla scomparsa nel 1939; definito genio da Sacco⁽¹⁷⁾. Reciprocamente qualcuno, definendo genio Sacco, potrebbe altresì evidenziare anche nel suo caso un simile transitare fra discipline diritto poi antropologia. Genialità di metamorfosi nella conoscenza.

Sacco è uno dei rari studiosi contemporanei ad aver serbato memoria dell'autore di opere quali *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures* (1910) e *Le surnaturel et la nature dans la mentalité primitive* (1931). Egli cita la prima non solo nei *Riferimenti bibliografici*, bensì più volte direttamente⁽¹⁸⁾, nonché indirettamente attraverso l'impiego di concetti quali « logica della partecipazione » (o « i partecipi », componenti il gruppo sociale), « soprannaturale », « mentalità »⁽¹⁹⁾.

Ma soprattutto, quella presenza è ben palpabile nel rimando ai *sentimenti* che l'epistemologo Sacco effettua in tutto il corso dell'opera in analisi, sfera di quella che Capograssi (anch'egli conoscitore di Lévy-Bruhl⁽²⁰⁾) chiamava « vita emozionale », esperienza *tout court*⁽²¹⁾. Ed è noto che Lévy-Bruhl definiva l'*expérience affective* in termini di *mystique*, vale a dire « esperienza di una rivelazione e, al

(14) B, p. XII.

(15) In A si veda, p. 185, 246, 202.

(16) In CONTE, *Erlebnisrecht*, cit., va segnalata la nota 6 alla p. 407: elenco delle analisi cui il volume di Sacco è stato sottoposto, a tutto maggio 2008.

(17) Comunicazione orale pubblica, Trento, 27 marzo 2009. Nell'occasione egli menzionò anche l'antropologo Leo Frobenius, studioso della « commozione » e del *paideuma* quali doni che aprono l'uomo alla « concezione della realtà, [...ed alla...] facoltà di esser commossi dalla essenza dei fenomeni », L. FROBENIUS, *Storia delle civiltà africane*, Torino, Bollati Boringhieri, 1991, pp. 49-56.

(18) A, p. 187n, 211n.

(19) Ivi, p. 124, 140, 198, 207ss. ecc. Anche I, p. 128, « La soggezione ai crittotipi costituisce la 'mentalità' del giurista di un determinato paese ».

(20) G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà* [1952], in *Opere di Giuseppe Capograssi* (= O), t. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 284 n. Capograssi fa uso del concetto di « partecipazione » in relazione al legame fra legge, volere personale e realtà già nel *Saggio sullo Stato* del 1918 (ivi, t. I, p. 75-76); nonché, in rapporto alla « importanza e autonomia della vita sentimentale », fin dagli *Studi sull'esperienza giuridica* del 1932 (ivi, t. II, pp. 224-25, nonché 237-39, 289-90, 320-21).

(21) Ivi, p. 227.

contempo, complesso psichico nel quale gli elementi affettivi occupano un posto preponderante » (22).

L'*Antropologia giuridica* di Sacco, in effetti, fa ampio spazio agli elementi affettivi, quelle che un filosofo secentesco avrebbe chiamato « passioni » (23). Ciò si può notare fin dall'*Indice* del volume, nel quale compaiono in più punti vocaboli quali « sentimento della propria inferiorità », « gelosia », « desiderio di imitazione », « sentimento della superiorità della propria cultura », « fedeltà », « egoismo », « solidarietà ».

Una citazione a mo' d'esempio: « Poiché la gelosia culturale non è razionale, e razionalmente non si giustifica, l'interpretazione della storia, prigioniera della propria razionalità, non ama farle il posto che essa merita. La politologia, l'etnopsichiatria non la mettono al centro della loro attenzione. Ma la gelosia nei confronti delle culture più appaganti è una delle chiavi fondamentali della storia dell'uomo. [...]. Beninteso, accanto alla gelosia culturale troviamo altre forme di gelosia, più facilmente ricostruite (e confessate): ad es., la gelosia economica. Non sempre sarà facile distinguere una gelosia dall'altra » (24).

2. Ma dunque, com'è articolata un'opera simile? Un primo approccio ad essa potrebbe anche offrirsi classificandola nella sempiterna categoria della manualistica: trattandosi della sintesi del lavoro d'un'intera esistenza dedicata alla comparazione giuridica, in quelle pagine è depositato un sapere completo ed articolato, certamente sintetizzato nelle parti che ne scandiscono il percorso ma altrettanto capace di offrire al lettore, allo studioso, tutti i riferimenti necessari — tematici, nell'articolazione delle cinque parti, dei capitoli, dei paragrafi; bibliografici, con oltre venti pagine in coda — al fine di esser introdotti, poi continuare in proprio, una ricerca sulla macrostoria del diritto. Che è poi quel che si chiede ad un manuale vero e proprio. *Manuale di diritto muto e parlato*, ecco l'altro possibile titolo del libro.

Cinque le parti, come cinque sono le *Tesi di Trento* sulla comparazione giuridica cui Sacco contribuì in modo decisivo nel 1987: il parallelo regge nel dettaglio. La *Parte prima* è dedicata a *La varianza del diritto*, vale a dire a porre le fondamenta della « conoscenza comparante » del diritto: conoscenza in chiave antropologica che si apre all'etnologia, all'etologia (25), allo studio della cultura e della variabilità

(22) L. LEVY-BRUHL, *L'expérience mystique et les symboles chez les primitifs*, Paris, Félix Alcan, 1938, pp. 9-10.

(23) E che Capograssi nomina ancora così: *O*, t. I, pp. 50-55; t. II, p. 250.

(24) *A*, p. 64.

(25) « Le facoltà giuridiche potrebbero predisporre per i propri studenti, accanto ai corsi di antropologia, corsi di etologia. [...]. In Italia, il decano dei civilisti [*Angelo Falzea, cui il volume è dedicato*] è un precursore, e vede che l'informazione antropologica

del diritto (inclusa la sua possibile, storica, uniformità), in chiave di pluralismo giuridico.

« Antropologia giuridica e comparazione giuridica rientrano a pari titolo nella conoscenza comparante; differiscono perché si interessano ad aree un po' diverse. La comparazione che abbiamo sotto gli occhi tende ad ignorare le società 'senza scrittura' e senza strutture di potere centralizzato » (26). Ma Sacco cita in nota nella medesima pagina la previsione dell'antropologo Griffiths, « Un giorno le due discipline si confonderanno ». Il volume in analisi mostra che quel giorno, forse, è infine giunto.

È la macrostoria a far la differenza dalla « comparazione che abbiamo sotto gli occhi »: si tratta dello « studio del divenire umano nel suo intero svolgimento », a partire da homo habilis (fra - 2.500.000 e - 1.600.000 anni) e in generale dall'epoca paleolitica; insomma, qualcosa di più ampio di una semplice « preistoria ». Qui deve soccorrere appunto l'etologia, lo studio delle società animali nei loro comportamenti e legami, in certo senso, pregiuridici.

« La parola, una volta nata, dilaga. Fabbrica curiose realtà fatte di parole. [...]. L'atto muto non riesce a costituire oggi un'obbligazione destinata ad avere esecuzione in un dato momento del futuro. La parola può creare quella obbligazione. [...]. La parola ha vinto. Ha sopraffatto il diritto muto. Ma sopraffare non vuol dire cancellare. Il diritto muto è arretrato. È diventato consuetudine e uso. È diventato diritto inferenziale. È diventato crittotipo. È entrato in uno stato di latenza. Non ha cessato di esistere. L'etologo sapiente ci dice che anche oggi nell'uomo c'è tutto l'animale. Il giurista gli risponde che anche oggi nel diritto dell'uomo dell'informatica soggiace il diritto dell'uomo delle origini, continuazione del prediritto dell'antenato prossimo dell'uomo » (27). *Homo duplex*, diceva Durkheim; logica della partecipazione e razionalità convivono, specificava Lévy-Bruhl.

La *Parte seconda* studia la comparazione giuridica facendo uso dei « criteri di validazione delle scienze storiche »: *Il diritto nella diacronia*, le grandi epoche del diritto. Nascita del giurista, nascita del legislatore, nascita del potere dello stato in società a potere diffuso, emersione del soprannaturale (magia, religione) e del linguaggio (beninteso, sempre in rapporto al diritto) all'epoca del *muto*, la quale, come si vedrà a breve, non è solamente categoria d'analisi dell'*ars* cinematografica bensì anche dell'*ars boni et æqui*. Il capitolo ospita un godibilissimo intermezzo

e etologica potrebbe incidere sulla formazione del giurista. Da qualche anno, la 'Rivista di diritto civile' ospita saggi di giovani che si tengono al corrente di ciò che l'etologo trova nell'area di interesse del giurista », *ivi*, p. 35.

(26) *Ivi*, pp. 22-3.

(27) *Ivi*, p. 195.

d'analisi *Law & Literature*, ripercorrendo il processo a Gano di Magonza nella *Chanson de Roland* ⁽²⁸⁾.

La *Parte terza* offre lumi per la « misura delle differenze che intercorrono fra i sistemi giuridici »: strumenti ne sono la legittimazione dell'autorità e del potere studiata alla luce della « naturalezza » delle possibili giustificazioni (senso etico, timore della forza dell'apparato sanzionatorio), nonché delle differenti, possibili soluzioni in chiave sincronica nelle diverse aree considerate (protezione-educazione, competenza nel soprannaturale, consuetudini, famiglia allargata e baronia, partito, ecc.). Detto *en passant*, è la parte del volume dove più sensibile aleggia l'approccio weberiano alla *Macht* ed alla *Herrschaft*: si fa parola non solo di questioni di legittimazione attinenti potere e diritto ma anche del carisma (« Personaggio dominante ») e del suo potere, e ciò in un contesto generale nel quale le analisi procedono *wertfrei* ⁽²⁹⁾ e su base *idealtypisch* (l'uomo del soprannaturale, l'impero, la città operosa, ecc.). La *Parte* si chiude sull'analisi di quel che corrisponde, nei rapporti umani, al diritto così giustificato: la figura che aiuta è quella della subalternazione dell'uomo all'uomo, con le molte possibili metamorfosi (in società a potere diffuso e a potere centralizzato, nel conflitto di poteri, ecc.)

Parte quarta: compatibilità fra « regole operazionali e proposizioni teoretiche elaborate per rendere conoscibili le regole operazionali ». È il capitolo più innovativo e fascinoso del volume, quello per il quale verrebbe di contraddire l'« anonimo » estensore della *Biografia* laddove egli afferma che *Introduzione al diritto comparato* sarebbe « l'opera che dovrebbe sopravvivergli » ⁽³⁰⁾. Ben deputato a quel compito potrebbe invece essere il volume in recensione, o almeno — considerato che si tratta di auspici — nel caso potranno sopravvivergli entrambe.

Due capitoli in questa *Parte*: quello su *Il diritto, il pensiero, la parola*, dove Sacco offre il meglio di sé, nel senso che offre la « sua » scoperta nell'analisi della *fonte muta*. « L'autore di queste pagine (lui solo, però) guarda con favore l'espressione diritto muto » ⁽³¹⁾, intendendo diritto « spontaneo », creato senza intervento dell'autorità né di rivelazioni o giudici o sapienti. Insomma, « diritto vivente » (versione Ehrlich), *law in action*, effettività. È il diritto di quanti « osservano » la

⁽²⁸⁾ Sulla « importante » proposizione normativa che « si esprime in discorsi (prosa o poesia), [...] rivela[ndo] il diritto senza ben precisarne i termini », si veda il paragrafo *Il proverbio, regola di diritto semiverbalizzata* contenuto in R. SACCO, *Il diritto non scritto* (=D), in G. ALPA ET AL., *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, Utet, 1999, pp. 68-69. Superata l'epoca macrostorica del *muto*, afferma Sacco, « La parola narra il diritto », *A*, p. 195 (sottolineatura mia).

⁽²⁹⁾ Ivi, pp. 24, spec. 26-27, 86. Weber non è mai citato nel volume.

⁽³⁰⁾ *B*, p. XVI.

⁽³¹⁾ *A*, p. 179.

regola ⁽³²⁾: al centro dell'analisi viene non il diritto bensì l'atto di esercizio del diritto, nonché il suo opposto, l'adempimento del dovere. Insomma, analisi delle consuetudini ⁽³³⁾ attraverso correlazione fra regole ed atti. Il capitolo studia nel dettaglio anche il rapporto tra parola e diritto, evidentemente la verbalizzazione della regola.

Si è in tal modo nominato il cuore dell'opera e, più in generale, dell'intera vita d'un giurista e filosofo: *diritto muto* ⁽³⁴⁾. È qui che il volume mostra la pertinenza della definizione che Carbonnier dava dell'antropologia giuridica *qua* disciplina: « Renaissance à sa façon d'un droit naturel, [... il quale dovrà contare ...] moins sur le droit comparé que sur l'ethnologie » ⁽³⁵⁾. Ma forse, a ben vedere, lo sforzo di Sacco va proprio nella direzione d'allargare il concetto medesimo di « comparazione giuridica », facendo rientrare a pieno titolo nella misurazione delle differenze e delle identità tra sistemi giuridici anche i sistemi di diritto naturale, e *tutti* quei possibili sistemi, *i muti inclusi*, non solo i parlati.

Il secondo capitolo in questa *Parte* è per intero consacrato ad analisi fini sul rapporto tra il *surnaturel* e la verità in campo giuridico: si *sente* il fascino che il tema esercita su Sacco, si tratta forse del capitolo più « sperimentale » del volume (*et pour cause!* esperienza, sentimenti...). Dunque storia, sociologia religiosa, teologia, *sari'a* e *ius...*

Quinta parte, l'ultima, dedicata alle « informazioni » o istituti in prospettiva macrostorica, la più tradizionale in un manuale *se* di manuale qui si tratta: la partizione pubblico/privato, i gruppi, le persone, i beni, i servizi, i conflitti.

3. Si sarà compreso: *Antropologia giuridica* di Sacco confina non poco con la sociologia ⁽³⁶⁾, nonché con la sociologia giuridica ⁽³⁷⁾, a tal

⁽³²⁾ Cordero scrisse un libro dal titolo *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, Giuffrè, 1967; Torino, Arago, 20082.

⁽³³⁾ Si veda anche tutto *D*.

⁽³⁴⁾ Scrive CONTE, *Erlebnisrecht*, cit., p. 410 e nota: « Che cosa significa, in Rodolfo Sacco, l'aggettivo 'muto'? La duplice affinità (affinità *fonica*, affinità *semantica*) tra 'muto' e 'mistico' non sembra essere indizio di affinità *etimologica* ». La questione, indirettamente, è così posta, peraltro da un autore attento alla mistica: Wittgenstein e Silesius sono presenti in CONTE, *Nomotropismo*, cit., p. 28.

⁽³⁵⁾ J. CARBONNIER, *L'apport du droit comparé à la sociologie du droit*, in J. CARBONNIER, *Écrits*, Paris, Puf, 2008, p. 1185.

⁽³⁶⁾ *A*, p. 23: « In un primo tempo l'antropologo era per definizione uno studioso di popoli esotici (se si fosse interessato all'Europa occidentale, si sarebbe chiamato sociologo e non antropologo) ». Ricorre peraltro in lungo e in largo, nel volume, la categoria durkheimiana della divisione sociale del lavoro.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, riferimento ad Ehrlich. Eppure, « Ehrlich viene elogiato e citato, e non imitato », *ivi*, p. 179.

punto da rendere perplesso il lettore quando vede sostanzialmente taciuto — in parti non minime dell'intera opera, quelle che egli controlla — il nome d'un giurista sociologo, contemporaneo di Sacco a quasi tutto il 2003, Jean Carbonnier, studioso molto attento alla prospettiva comparatistica ⁽³⁸⁾.

La chiusa della recensione è dedicata, così, al dialogo interdisciplinare: forse merita proseguire nella *comparazione anche di categorie epistemologiche*, per esempio *diritto muto e non-droit*. Entrambe sono « categorie affettive del soprannaturale », esattamente nel senso inteso da Lévy-Bruhl: entrambe fanno conto col tema della « necessità » in rapporto alla visione della giustizia ⁽³⁹⁾; entrambe omaggiano il « sommo principio della reciprocità », o « istituzione antenata » ⁽⁴⁰⁾, quale base del futuro adattamento alla vita giuridica.

Anche il diritto « naturale » di Sacco piacerebbe al geniale scopritore del *non-droit*: « La natura dell'uomo è mutevole. Quel diritto 'razionale' che appartiene al sapiens di questi ultimi secoli corrisponde alla natura dell'uomo venuto dopo i metalli e dopo secoli di meditazione e di sapere. È dunque un diritto debitore di sé alla natura. Ma sarà meglio non chiamarlo diritto naturale, perché quel nome è legittimamente detenuto da quella realtà che sapienti di un altro tempo hanno acutamente definito come *ius quod natura animalia docuit* » ⁽⁴¹⁾.

Carbonnier sottoscriverebbe, non v'è dubbio — anzi assente, muto.

FRANCESCO SAVERIO NISIO

⁽³⁸⁾ Unici riferimenti a Carbonnier incontrati: *D*, p. 77 (in tema di legittimazione mitologica della consuetudine); tre ricorrenze nell'analisi sistemologica del « modello francese » (analisi, formalmente, non di Sacco) in A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 2002, p. 287, 300, 322. Su Carbonnier e la comparazione, *retro*, nota 34, poi J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Puf/Quadrige, 2004, pp. 20-23; *Droit civil*, Paris, Puf, 2004, pp. 153-64; *A beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger*, in J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1995².

⁽³⁹⁾ *A*, p. 323.

⁽⁴⁰⁾ *Ivi*, pp. 283, 310-11.

⁽⁴¹⁾ *Ivi*, p. 149.

A proposito di...

GIUSEPPE DUSO

UN DIALOGO CON OLIVIER BEAUD
SUL FEDERALISMO

(a proposito di O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, P.U.F. 2007)

1. Un ordine politico senza sovranità. — 2. La concezione della federazione e i suoi fondamenti teorici. — 3. Ripensare il comando politico: governo e pluralità.

Pensare il federalismo è stato sempre un compito difficile, in quanto l'oggetto dell'indagine sembra sfuggire proprio quando si cerca di determinarlo. Oggi tuttavia sembra riproporsi con una urgenza ed una rilevanza del tutto particolari: si presenta in una dimensione epocale. Questo perché la forma Stato non sembra più in grado di dar ragione dei fenomeni politici che ci coinvolgono e il grande edificio moderno dello *Jus publicum europaeum*, sembra trovarsi ad un tornante nuovo e decisivo. Tutto ciò a causa di processi economici, giuridici e sociali che rendono inefficace pretesa quella decisione sovrana che è caratteristica essenziale dello Stato, e di processi di unificazione di Stati in realtà politiche più ampie e complesse quale l'Unione Europea. Quello dell'Europa più che un esempio è un punto emblematico di crisi della sovranità e della necessità di un modo diverso, federalistico, di pensare la politica.

Le difficoltà che si sono incontrate per dar luogo ad una costituzione per l'Europa non derivano da motivi contingenti e da volontà più o meno decise a favore o contro la sua promulgazione, ma hanno carattere strutturale. La costituzione infatti, dalla Rivoluzione francese in poi, ha rappresentato lo strumento funzionale alla determinazione dello stato nazionale, del suo potere sovrano e della legittimazione senza cui questo potere non è immaginabile. Alla sua base sta quella distinzione di *società civile* e *Stato politico* che dà luogo alla concezione di una volontà politica che, pur formandosi a partire da una molteplicità di istanze diverse e anche conflittuali tra loro, dà tuttavia luogo ad un comando che è unico e che appare necessario per garantire l'ordine. Se è in questo contesto pensabile una pluralità di istanze sociali, non è tuttavia consentito concepire una molteplicità di soggetti politici, che mantengano una loro sfera decisionale ed una loro identità politica che non si identifichi con quella unitaria del corpo politico, dello Stato.

È evidente che un tale modo di intendere la costituzione non è adeguata alla realtà europea, che non può porsi come un mega-Stato che cancella gli Stati membri che ad essa danno luogo e che in essa si riconoscono. Appare allora necessario, per pensare l'Europa, superare il nesso che nella vicenda degli stati nazionale ha legato la costituzione al concetto di sovranità statale. Tuttavia il dibattito presente su questo tema, nonostante le intenzioni che sono spesso dichiarate, non sembra porsi in sintonia con questa esigenza. Nelle posizioni che contrappongono coloro che sono indicati come *euroscettici* e *euroottimisti*, si può riscontrare che la presenza del concetto di sovranità rimane ancora decisiva; ci si chiede infatti quanto di questa gli Stati debbano cedere all'Europa e quanta invece debba o possa rimanere ai singoli Stati. Anche la questione della carenza di legittimazione democratica del processo di unificazione mostra questa presenza. Infatti la legittimazione democratica — per alcuni oggi irraggiungibile, e per altri invece affidata alla buona volontà di quanti alla realtà politica dell'Europa tendono — consiste pur sempre in un processo di formazione di un potere unico europeo che abbia alla base non i governi, ma tutti i cittadini che fanno ugualmente parte dello stesso popolo europeo; un potere unico che vede tutti i cittadini ad esso sottomessi, in quanto esso tutti li rappresenta, essendo da tutti legittimato mediante la procedura delle elezioni. Ma alla base di una tale forma di legittimazione non è difficile riconoscere quel nesso di sovranità del popolo e rappresentanza politica che, prima ancora che la costituzione democratica, caratterizza il concetto moderno di sovranità.

Anche la questione se sia adeguato alla fondazione dell'Unione europea lo strumento della *costituzione* o quello del *trattato* non appare risolutiva, in quanto da parte sua la costituzione, come si è detto non va al di là del nesso sovranità-Stato, e il trattato rischia di ribadire la sovranità degli Stati riducendo la nuova entità a cui si dà luogo ad una semplice alleanza. Insomma se non si supera il concetto di sovranità, si rischia di rimanere sempre ingabbiati nel dilemma di Calhoun, secondo il quale o sovrani resterebbero i singoli Stati o sovrano diventerebbe il nuovo Stato europeo. Per uscire da queste difficoltà bisogna pensare una entità politica in modo tale da non cancellare la pluralità dei membri che la costituiscono e la loro dimensione politica. Per questo si ricorre al termine di *federalismo*, che dovrebbe appunto risolvere il problema della contestualità di unità e pluralità, di comando politico e autonomia dei membri. Ma il problema consiste appunto nel comprendere come questa contestualità sia possibile, e come sia dunque da pensare il federalismo. Compito questo che appare assai arduo se si tiene presente che spesso il termine di *federalismo* viene declinato nella forma dello Stato federale o della confederazione di Stati, mostrando di rimanere ancorato alla dimensione dello Stato e della sovranità da esso implicata.

Si vuole qui affrontare il problema di come si possa pensare il federalismo in un direzione che sia effettivamente *altra* da quella della forma politica moderna, in modo tale da sfuggire alle difficoltà che il nesso Stato-sovrantà presenta, in direzione della realtà politica dell'Europa non solo, ma anche di quella statale, qualora la si voglia intendere in modo tale da riconoscere in sé una pluralità di membri e insieme la loro dimensione politica e partecipativa. A questo fine non posso non prendere le mosse dai numerosi lavori che hanno avuto come oggetto i fondamentali concetti politici moderni. In questi lavori si è cercato di mettere in luce la logica che determina e lega tra loro quei concetti che, dalla nascita della scienza politica moderna, hanno dato luogo ad un vero e proprio dispositivo per pensare l'ordine e l'obbligazione politica, e che hanno al loro centro il concetto di *potere* che, in quanto potere politico frutto della teoria razionale, non può che essere potere legittimo ⁽¹⁾.

Se si tiene presente la logica dei concetti che formano questo dispositivo e nello stesso tempo le aporie che lo minano e che portano a conseguenze opposte alle intenzioni stesse implicite nella legittimazione dell'obbligazione politica, secondo cui il potere non può che essere proprio della totalità del corpo politico e il cittadino che ubbidisce non lo fa nei confronti di una istanza a lui estranea, ma di un potere da lui fondato, allora il federalismo deve essere pensato evitando questa logica. Ma la conoscenza del meccanismo che lega tra loro i concetti nell'ambito di quel crogiuolo costituito dal giusnaturalismo moderno, mostra anche che superare la sovranità significa superare quei concetti che costituiscono il processo che sfocia nella sovranità come sua necessaria conclusione, cioè il ruolo fondante dell'individuo e la funzione che vengono ad assumere i concetti di uguaglianza e libertà. Per sfuggire agli effetti di spolicizzazione che investono il cittadino nel dispositivo della sovranità che ha il suo compimento nella democrazia ⁽²⁾, bisogna intendere il federalismo come un modo diverso di

⁽¹⁾ Il presente ragionamento non può non riferirsi ai risultati raggiunti in G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Monza, Polimetrica, 2007 (specialmente il capitolo su *Fine del governo e nascita del potere*), Id. (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Milano, FrancoAngeli, 2006, Id. (a cura di), *La rappresentanza politica: genesi e crisi del concetto*, Milano, FrancoAngeli, 2003, e nei saggi di riflessione teoretica e metodologica sulla storia concettuale ora in gran parte raccolti in S. CHIGNOLA, G. DUSO, *Storia dei concetti e filosofia politica*, Milano, FrancoAngeli, 2008.

⁽²⁾ Cfr. su ciò G. DUSO, *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Milano, Carocci, 2004, e il numero 3/2006 di «Filosofia politica», la cui parte monografica è dedicata alla democrazia (per il riemergere del problema del governo *entro e oltre* la sovranità, si veda nello stesso fascicolo il mio *La democrazia e il problema del governo*, pp. 367-390).

pensare la politica, la società, il comando necessario all'ordine della società, la dimensione politica e partecipativa dei cittadini.

1. *Un ordine politico senza sovranità.*

Una occasione felice di riflessione a questo proposito ci è offerta dal recente volume di Olivier Beaud sulla teoria della federazione ⁽³⁾, comparso nell'ottobre del 2007. Si tratta di un impegnativo lavoro da parte di uno studioso che da tempo riflette sul federalismo e su una teoria costituzionale della federazione. Il lavoro si caratterizza non solo per l'ampiezza, la completezza, la diversità degli aspetti considerati, ma anche — e questo rende per noi la discussione particolarmente proficua — per la volontà di fornire una teoria della federazione che la consideri come una modalità di concepire l'ordine politico radicalmente altra e diversa da quella della forma-Stato.

Possiamo partire dalla domanda che nasce spontanea dalla constatazione che viene posta in conclusione a questo poderoso lavoro: molte realtà politiche che erano partite da presupposti federalistici finiscono per diventare Stati nei quali gli iniziali elementi federalistici soccombono alla centralizzazione e alla unificazione politico-giuridica (p. 424). Ciò comporta che ci siano degli Stati federali che, in realtà, « di federale non hanno che il nome ». Come si comprende la questione è rilevante: sembra cioè che, quando si mette in atto una realtà sulla base del pensiero federalista, questa cambi di segno e il federalismo conseguentemente rischi di apparire come un'esigenza o un'utopia, destinate ad essere smentite dalla realtà. Da qui la domanda: cosa provoca questo processo di centralizzazione e di unificazione, e con esso la perdita di quella pluralità che appare caratterizzante il federalismo e i suoi intenti? Oserei tentare di dare a questa questione una risposta che si pone sul piano teorico e dei concetti, senza pretendere di dare soluzioni di tipo storico e di intervenire sui diversi casi che, attraverso un lavoro in parte anche fenomenologico, Beaud presenta. Ciò che manca, non solo ad esperienze che si intendono come federalistiche, ma anche spesso ai tentativi di elaborazione teorica sul federalismo è una concezione dell'*unità* di una entità politica e del *comando* necessario all'ordine, che siano strutturalmente diversi da quelli che caratterizzano quella sovranità che sta alla base della dottrina e dell'esperienza dello Stato. Detto in modo più determinato: negli Stati cosiddetti federali, non si supera il modo di intendere il comando proprio della forma del *potere legittimo* — e dunque della sovranità — come comando cioè che non è imputabile a qualcuno in particolare, ma piuttosto alla totalità della realtà politica, e quindi a tutti i membri che la compongano, siano questi cittadini o aggregazioni politiche. Proprio per questa provenienza il comando non

(3) O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, P.U.F., 2007.

ammette resistenza ed è assoluto: è infatti il comando che proviene dalla totalità del corpo politico. Si tratta del concetto di potere legittimo che si snoda, nella scienza politica moderna dalla nascita del concetto di sovranità a quella sovranità popolare che caratterizza la concezione democratica. Secondo tale concetto il comando è impersonale e proviene dal soggetto collettivo, e dunque anche da tutti i membri che questo soggetto comprende. Cercherò di argomentare, attraverso la discussione di alcuni punti salienti del lavoro preso in esame, questa ipotesi e conseguentemente di indicare quello che mi sembra il punto cruciale della questione.

Che sia necessario andare oltre il concetto di sovranità è una certezza spesso ribadita da Beaud e posta quasi come premessa al lavoro. Non è possibile pensare il federalismo se non uscendo dal dilemma di Calhoun (p. 47), e dunque mettendo in questione quel punto di partenza, spesso ritenuto ovvio, costituito dalla sovranità. Altrimenti non solo si rimarrebbe all'interno dell'alternativa sopra indicata, ma non si riuscirebbe a dare risposta alla domanda riguardante la compostibilità di un comando unitario con l'autonomia delle parti in gioco, che impedisce di pensarle nella dimensione della semplice sudditanza. Tuttavia se si fa risalire il concetto di sovranità, come fa Beaud e come si fa comunemente, a Bodin, si rischia di imboccare una strada che porta ad un fraintendimento nell'impostare tutta la questione. Si considera infatti della sovranità solo l'aspetto per cui essa ha un carattere unitario, assoluto, decisivo, che si impone sui membri del corpo politico per realizzare l'ordine e la pace. Il rischio è allora quello di credere che ci si liberi dall'assolutezza e dall'unilateralità di un tale comando quando si riesca a concepire il potere non come proveniente dall'alto, ma piuttosto dal basso, non dal principe, ma dal popolo. Allora, per una federazione, il superamento della sovranità consisterebbe, in questa ottica, in un potere che provenisse, magari rappresentativamente, proprio dai membri plurali che la costituiscono. Ma in questo modo altro non si fa che opporre a quella che si crede essere la sovranità esattamente ciò che costituisce il suo segreto e il suo fondamento. La fondazione del potere dal basso è infatti proprio la mossa del pensiero che, unica, ha reso possibile produrre quel concetto di sovranità che ha segnato la storia del pensiero moderno e anche la storia costituzionale.

Questo fondamento emerge con evidenza se si rivolge l'attenzione, piuttosto che a Bodin, a Hobbes. Nella costruzione teorica di quest'ultimo infatti la sovranità appare come la conclusione di un processo scientifico che, partendo dagli individui e dalla loro uguaglianza, impedisce che si possa accettare una relazione come quella secondo cui qualcuno governa e gli altri sono governati. Questa negazione del governo ha alla sua base il concetto che da qui in avanti è destinato ad essere centrale per la politica: suo fondamento e suo fine. Mi riferisco

al concetto di libertà: esso comporta per l'individuo la manifestazione della sua potenzialità fisica e intellettuale senza incontrare ostacoli e dipendendo dalla propria e non dalla altrui volontà. Proprio sulla base di questi presupposti e di un punto di partenza che consiste non in una realtà scorporata e composta di parti, ma dalla moltitudine degli individui considerati uguali, l'unico modo per pensare uguaglianza e libertà consiste nel dare luogo — attraverso la nota figura del contratto sociale — ad un corpo politico da tutti fondato con un potere immane nei confronti di ogni velleità che i singoli possono avere di ostacolarsi e di procurarsi danno a vicenda.

È da ricordare che la istituzione del sovrano mediante il contratto nel *Leviatano* è preceduta dal capitolo che mostra l'unico modo di pensare un ente collettivo costituito da una molteplicità di individui. Si tratta della invenzione del *concetto moderno di rappresentanza*, secondo la quale una realtà politica unitaria può essere pensata solo se un'azione rappresentativa riduce la molteplicità ad unità. Qui sta il segreto della sovranità, nel *processo di autorizzazione*, secondo cui l'*autorità* connota colui che è stato autorizzato ad esercitare il potere e delle cui azioni tutti coloro che ubbidiranno si dichiarano autori. In altri termini il potere assoluto che caratterizza la sovranità si può razionalmente porre solo in quanto è legittimato e la legittimazione consiste nell'aspetto formale che ravvisa, a differenza di quanto succede nella tradizione della *ragion di stato*, nella ragione dello Stato — più precisamente, per Hobbes, del *commonwealth* — la ragione politica di tutti (4). La rappresentanza moderna è dunque la chiave legittimante della sovranità e la ragione del fatto che quest'ultima (anche e a maggior ragione quando si tratta della democratica sovranità del popolo) non ammette resistenza: si tratta infatti della volontà del soggetto collettivo che esprime rappresentativamente tutti, nella quale tutti, a-priori, si sono riconosciuti.

Se si tiene presente questa logica e dunque la necessità per la sovranità del processo di legittimazione, o autorizzazione, non si possono compiere operazioni storiografiche quali quella che è presente persino nello *Historisches Lexikon* (5), che intenderebbe proprio fare una storia dei concetti sulla base delle acquisizioni dei suoi curatori, Brunner, Conze e Koselleck. Nella voce *Herrschaft*, si contrappongono,

(4) Per il chiarimento di questi passaggi rimando a *La rappresentanza politica* cit. sp. pp. 77-93 e sinteticamente a *Il potere e la nascita dei concetti politici moderni*, in S. CHIGNOLA e G. DUSO, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, Milano, FrancoAngeli, 2005, sp. pp. 176-184; nello stesso volume, sulla differenza tra il paradigma della regione di Stato e il dispositivo della sovranità, cfr. G. BORRELLI, *Oltre i percorsi di sovranità: il paradigma moderno della conservazione politica*, pp. 306-328.

(5) Mi riferisco a *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Stuttgart, Klett Cotta, 1972-1992.

come si fa del resto spesso, Bodin e Hobbes, quali sostenitori di una sovranità assoluta e di un potere che viene dall'alto, ad Althusius e Rousseau, come paladini del popolo e del suo potere. In realtà le costruzioni teoriche di Hobbes e Rousseau, che pensano la società sulla base del rapporto tra la realtà individuale e quella dell'unità del corpo politico, secondo la modalità tipica del diritto naturale moderno, danno luogo alle due facce della sovranità moderna, contrapposte ma destinate ad essere intrecciate tra loro nella storia del pensiero e delle costituzioni. Invece Althusius si oppone bensì Bodin, ma non nell'orizzonte del concetto di sovranità che abbiamo qui considerato, bensì in relazione al modo di concepire l'azione di governo e il ruolo che hanno i governati. Egli si oppone cioè ad un modo centralizzato e forte di intendere il comando e dà luogo ad una dottrina che prevede la prevalenza del popolo con i suoi organi collegiali sul re, nell'ambito di una concezione che possiamo definire federalistica ⁽⁶⁾.

Se si coglie la rilevanza di Althusius per un pensiero federalista e insieme la logica legittimante che caratterizza la sovranità moderna, si può comprendere come il superamento di quest'ultima, ritenuto necessario per una teoria della federazione, non possa avvenire attraverso una concezione in cui il potere provenga dal basso e nella quale il comando esprima la volontà politica dei membri. Al contrario, esso è possibile solo se non si adotta il processo di autorizzazione, se non si intende cioè il comando come esprime la volontà di tutti e si riesce a pensare come strutturale la partecipazione attiva da parte dei membri della realtà federata, e attraverso essi dei cittadini.

È in ogni caso da tenere ferma e da condividere la convinzione di Beaud che per pensare il federalismo sia necessario superare la sovranità e la stessa concezione dello Stato. Quella della federazione è infatti un'altra « forma politica » (p. 65), diversa da quella dello Stato (io direi: un altro modo di pensare la realtà politica). Una conseguenza di questa impostazione consiste nella necessità di superare la contrapposizione tra *stato federale* e *confederazione di Stati*. Questa è una acquisizione rilevante, perché è proprio secondo queste due modalità che si declina solitamente un pensiero federalista. Come ben si può intendere, una tale contrapposizione si basa sulla dottrina dello Stato e implica la nozione di sovranità, ricadendo nel dilemma di Calhoun (cfr. p. 90). Se è vero che questa duplice possibilità caratterizza i modi correnti di intendere il federalismo, non si può non condividere con Beaud l'esigenza di un pensiero e di una posizione più radicali (p. 92). Ugualmente non si può non condividere la constatazione, presente già in Madison (p. 134), che quando membri politici si federano si dà luogo ad una realtà per esprimere la quale rischiano di mancare persino le parole. Certo,

⁽⁶⁾ Per questa critica alla trattazione della voce *Herrschaft*, cfr. Duso, *Il potere e la nascita dei concetti*, cit., sp. pp. 165-173.

soprattutto quando si vuole pensare la federazione sulla base di Stati che si uniscono tra loro. Difficile è infatti pensare quale trasformazione avvenga ai membri di questa nuova realtà politica in relazione alla loro forma statale, difficile anche perché le stesse parole sono impregnate dalla concettualità moderna dominata dalla sovranità, che appunto nello Stato ha trovato la sua manifestazione politica.

2. *La concezione della federazione e i suoi fondamenti teorici.*

Quel diffuso modo di intendere la federazione che è basato su uno schema bipartito mostra subito, in relazione a quanto è stato fin qui detto, una difficoltà intrinseca. Infatti il termine di 'federazione' viene ad indicare il tutto della realtà federata e nello stesso tempo anche il centro (che è parte del tutto). Ci si trova di fronte ad una difficoltà terminologica che esprime, nello stesso tempo, una difficoltà concettuale e si mostra incapace di intendere la struttura giuridica della entità politica che si ritiene essere federale (p. 139). Il rischio è di ricadere in una relazione di comando ubbidienza che è propria della sovranità, che comporterebbe il dominio dell'istanza unitaria sulle realtà parziali. Direi che è quello che avviene nello Stato federale.

A questo punto emerge il problema più rilevante: come concepire il rapporto comando ubbidienza secondo una modalità diversa da quella del *potere legittimo*? Come concepire un comando che non sia dominio sulle parti, né annullamento della loro autonomia politica; ed una ubbidienza al comando che sia tuttavia compatibile con l'affermazione della supremazia della totalità plurale di quei membri che pure ubbidiscono? La risposta a questa domanda è decisiva, affinché non si faccia del rapporto tra la realtà federata e i suoi membri « l'equivalente di ciò che è lo Stato in relazione agli individui » (p. 139), un rapporto che appunto, sulla base della logica della sovranità, viene a negare la dimensione politica dei singoli.

Beaud, consapevole del problema, si schiera per una concezione tripartita, che trova antecedenti in Gierke e in Kelsen, ma che ha una sua originalità, in quanto, la « Federazione » (che, con la F maiuscola indicherebbe la totalità della realtà federata) contiene l'elemento centrale (« federazione » con la f minuscola) e gli stati membri, ma senza che ci sia una gerarchizzazione degli ordini come avviene in Kelsen. È significativo che Beaud ricorra ad una concezione tripartita (p. 144 ss.), cioè abbia bisogno di tre elementi, il tutto plurale, le singole parti e l'elemento centrale unificante; perché ciò va nella direzione della necessità di determinare in cosa consista l'elemento centrale o l'elemento del comando, con la consapevolezza che non può coincidere con la volontà del tutto per non ricadere nell'aporia sopra indicata. Tuttavia risulta difficile comprendere come nella proposta della concezione tripartita sia possibile la compresenza degli ordini senza che ci sia una

forma di gerarchizzazione, senza cioè che ci sia un ordine che prevalga sugli altri.

Ciò a maggior ragione se si cerca di determinare in cosa consista la funzione del governo federale e quale sia la natura del comando che esso esprime. Nell'esame della federazione come istituzione viene toccato un punto decisivo quando si afferma la necessità di superare il modello contrattualista classico, che prevede l'identità tra gli autori della norma e i suoi destinatari. Dal patto federativo nasce anche l'istanza centrale, che non è una delle parti contraenti e tuttavia gioca un ruolo rilevante nella nuova realtà (p. 156). Mi sembra che a rigore ciò comporti il superamento della forma della sovranità, che esige, attraverso la mediazione rappresentativa, l'identità tra gli autori del patto, che sono anche gli autori del comando (in quanto hanno autorizzato colui che lo dà, si sono resi *autori* delle sue azioni, secondo la logica del XVI capitolo del *Leviatano*) e i destinatari del comando, cioè gli stessi individui che sono obbligati ad ubbidire. Se questo accadesse per le parti della federazione queste avrebbero lo stesso destino che hanno i cittadini nell'ambito dello Stato.

Ma questo superamento non avviene, se è vero che si ravvisa negli Stati membri il polo plurale e nel governo federale il « monopolio della rappresentazione » (p. 160). Se si tiene presente che il contesto di questa affermazione riguarda il diritto internazionale, ci potrebbe venire in aiuto un riferimento ad Althusius e alla duplice rappresentazione, quella *identitaria* che caratterizza i membri consociati (questo il senso forte della rappresentanza nel contesto federale di Althusius) e quella cerimoniale-regale propria del Sommo Magistrato, che rappresenta appunto il regno verso l'esterno (7). Se l'elemento rappresentativo viene inteso nell'ambito dei rapporti con le altre entità politiche, si può pensare che questo richiamo all'elemento rappresentativo possa non opporsi, ma al contrario essere consonante con il superamento del nesso sovranità-rappresentanza che caratterizza la concettualità moderna. Ma il testo non è risolutivo a questo proposito e si può essere inclini a pensare che nel monopolio della rappresentazione il comando del governo centrale riassume in sé, appunto rappresentativamente, la volontà di tutti i membri. A conferma di ciò potrebbe stare il fatto che,

(7) Magistrale a questo proposito Hasso HOFMANN, *Repräsentation in der Staatsehre der frühen Neuzeit. Zur Frage des Repräsentationsprinzips in der "Politik" des Johannes Althusius*, in ID., *Recht - Politik - Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, Frankfurt am Main, Stuttgart, 1986, pp. 1-30; cfr. anche, dello stesso autore, il testo fondamentale per la storia della rappresentanza politica: *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis in 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 19902, pp. 358 ss. (ora, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, tr. it. C. Tommasi, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 435 ss.).

non solo Althusius è assente dalla trattazione di Beaud, ma il punto di riferimento è costituito invece da Pufendorf, il quale, fin dall'inizio del lavoro, è considerato come colui che ha inaugurato il pensiero giuridico moderno sul fenomeno federale (p. 17).

Ciò può apparire strano, se si tiene presente che Pufendorf, il quale denuncia il *monstruum* costituito dall'impero proprio in quanto *pluralistico*, è colui che esprime nel modo più esemplare il nesso — che è insieme di identità e differenza radicale — tra soggetto individuale e soggetto collettivo e la manifestazione di quest'ultimo nella forma della rappresentanza moderna. Egli costituisce cioè uno degli esempi più significativi di espressione del nesso sovranità-rappresentanza (la *civitas* compie infatti azioni separate da quelle dei cittadini e tuttavia è il *popolo*)⁽⁸⁾. È allora interessante tenere presente i punti di riferimento che stanno alla base del lavoro di Beaud. A questo proposito è da ricordare che la descrizione del fenomeno federale è fatta con l'intenzione non di fuoriuscire, ma al contrario di mantenersi nell'ambito della tradizione dello *Jus publicum europaeum*. Ma come si è detto all'inizio, questo grande edificio giuridico ha la sua genesi proprio con il giusnaturalismo moderno e con la concettualità che si incentra nella sovranità. Il grande periodo dello *jus publicum europaeum* è infatti segnato dalla storia degli Stati nazionali e dai loro rapporti internazionali. Ma se si deve superare la sovranità e la forma dello stato nazionale per pensare il federalismo è proprio al di là di questo grandioso edificio che bisogna rischiare di andare...o che forse si è in realtà già andati.

Viste queste indicazioni, non sorprende che assieme a Pufendorf sia anche Carl Schmitt ad essere indicato come una base ferma dello sforzo teorico compiuto per pensare la federazione. Ma ancora una volta è da dire che Schmitt è proprio il pensatore che radicalizza la concettualità politica moderna e la cifra unitaria che caratterizza il nesso di sovranità-rappresentanza, intesa quest'ultima non come *Vertretung*, ma come *Repräsentation*, rappresentanza dell'unità politica appunto⁽⁹⁾. È infatti significativo ripercorrere la parte di *Dottrina della costituzione* dedicata alla teoria della federazione, breve ma densa, come dice Beaud (p. 18), e tale da riprendere « la tradizione inaugurata da Pufendorf ». Si può infatti notare che già Schmitt mostra la necessità di pensare la federazione oltre la distinzione di stato federale e confederazione di Stati, ma ciò proprio in relazione alla realtà tedesca, che legge

(8) Per il chiarimento di ciò rimando a *La logica del potere*, cit., pp. 123-156, *La rappresentanza politici* cit., sp. pp. 85-92, e soprattutto, a O. MANCINI, *Diritto naturale e potere civile in Samuel Pufendorf*, in DUSO (a cura di) *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna* cit., pp. 109-148.

(9) Anche qui per argomentare questa affermazione devo riferirmi ai due saggi su Schmitt contenuti in *La rappresentanza politica*, cit., pp. 145-195.

nella direzione della necessità di una decisione sovrana. Infatti la federazione non è pensata come una modalità che supera le difficoltà della realtà statale. Al contrario, la trattazione schmittiana enumera le antinomie giuridiche e politiche della federazione, e il motivo di fondo di tali antinomie è proprio il fatto che nella forma politica e costituzionale della federazione riemerge la questione della sovranità come questione non decisa: « la questione della sovranità, cioè della decisione esistenziale ultima, rimane perciò sempre aperta »⁽¹⁰⁾. Non a caso sono ben presenti alla considerazione di Schmitt i saggi di Calhoun, che lo portano alla conclusione che « il concetto di un'unità politica composta di Stati, permanente e che non abbandona il suo fondamento pattizio, appare comunque come qualcosa di sommamente contraddittorio »⁽¹¹⁾.

La soluzione delle antinomie starebbe per Schmitt nella *omogeneità* della federazione — e ben si sa quale ruolo abbia l'omogeneità in relazione all'unità e alla forza della sovranità all'interno della trattazione della democrazia⁽¹²⁾! E una tale omogeneità comporta anche che non ci sia oscillazione per quanto riguarda la decisione ultima tra federazione e Stati membri. Nei diversi ambiti la sovranità può spettare alla federazione (ad esempio per la politica internazionale) e in altri agli stati membri (ad esempio per l'ordine interno) e ciò non porterebbe ad una divisione — considerata contraddittoria — della sovranità, perché nel caso singolo la decisione spetterebbe *tutta* all'uno o all'altro degli elementi in gioco⁽¹³⁾. Insomma, la trattazione schmittiana di una teoria costituzionale della federazione non costituisce il superamento della forma politica moderna basata sul nesso di sovranità e rappresentazione che costituisce l'oggetto dell'opera, ma, al contrario, mostra le antinomie della federazione proprio sulla base del concetto di sovranità e della cifra dell'unità che la caratterizza. Non è un caso che questo nesso di sovranità e rappresentanza emerga alla fine del volume, quando si afferma che la volontà della federazione, dunque la volontà unitaria, è senza residui la volontà degli Stati membri⁽¹⁴⁾. In conclusione mi sentirei di dire che non è in compagnia di Schmitt che è possibile pensare il federalismo, ma lo si può, al contrario, solo superando la logica della forma politica moderna che trova nel giurista tedesco la più lucida e radicale comprensione.

(10) C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, tr. it. A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984 p. 486.

(11) SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 489.

(12) Cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica*, Bologna, Il Mulino, 1996, sp. p. 575 ss.

(13) SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 493.

(14) SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 502.

3. *Ripensare il comando politico: governo e pluralità.*

Tra i caratteri che sono strutturali per una teoria del federalismo sta sicuramente il superamento di una concezione individualistica. Con lucidità Beaud si oppone alle concezioni che tentano di pensare il federalismo partendo dall'individuo (p. 197). Se si parte infatti dalla dimensione fondante degli individui, e dunque dalla moltitudine degli individui, per pensare l'ordine politico, è assai difficile se non impossibile sfuggire alla logica ferrea che nel *Leviatano* va dallo stato di natura alla istituzione, attraverso il patto, del sovrano e che è espressa nella proposizione centrale del XVI capitolo, secondo cui *c'è un solo modo di intendere l'unità di una moltitudine, che uno sia il rappresentante*. Si tratta appunto del nesso di sovranità-rappresentanza, che è inevitabile se per pensare la società si parte dagli individui. Si può dire che il federalismo implica un principio *olista* (p. 198), solo se ci si emancipa dal significato che ha normalmente l'uso di questo termine, come cioè l'opposto dell'individualismo, perché è proprio dalla contrapposizione di soggetto individuale e soggetto collettivo che bisogna uscire. Lo si può usare se si intende riferirsi ad una totalità composta di parti, le differenze delle quali contano politicamente, il che non può avvenire per la moltitudine indifferenziata degli individui. Insomma il problema logico che sta alla base di un pensiero federalistico consiste nel *pensare l'unità di una entità politica come costitutivamente plurale, superando il rapporto multi-uno che è connaturato alla sovranità*.

Che nel federalismo non sia quella dell'individuo la dimensione fondante lo mostra l'esperienza delle Diete, nella quale non è il principio 'una testa un voto' ad avere effettualità, quel principio cioè che sta alla base della costituzione francese del 1791 e che caratterizza la legittimazione democratica. Sono le diverse parti che devono essere rappresentate, a prescindere dal numero di individui che le costituiscono. È la figura della dieta a rappresentare « la federazione nella sua totalità » (p. 351). È significativo che in relazione alla figura della Dieta Beaud non senta la necessità di illustrare la cosa attraverso esempi, o trovi una carenza di esempi, proprio per la supremazia del nesso sovranità-Stato che caratterizza la storia degli Stati dopo la rivoluzione francese, come prima si diceva.

Ma proprio il riferimento allo strumento della Dieta e alla pluralità e collegialità che lo caratterizza, così come la differenza del modo di pensare la politica da essa implicato nei confronti della legittimità democratica, ci spinge a tentare di rispondere alla domanda sopra posta, di come da una parte sia da intendere il comando e dall'altra la presenza dei membri plurali che costituiscono la federazione.

A questo scopo mi pare che ben altra utilità avrebbe il riferimento ad Althusius piuttosto che a Pufendorf e a Schmitt, tanto più se si è consapevoli che, per pensare una entità politica in modo federalistico è necessario superare la costellazione concettuale della sovranità che

caratterizza la forma dello Stato. E questo non perché la dottrina di Althusius ci permetta immediatamente di pensare il federalismo oggi, in una situazione che non precede l'imporsi della forma-Stato e il contesto concettuale della sovranità, ma che si colloca piuttosto nel momento di crisi e di trasformazione degli Stati nazionali, grazie anche a fenomeni di globalizzazione; ma perché Althusius ci permette di confrontarci con una concezione dell'ordine e della politica di carattere federativo, che è radicalmente altra da quella dello stato e della sovranità moderna ⁽¹⁵⁾. Nella trattazione del Sommo Magistrato Althusius si sforza di mostrare che non c'è contraddizione nel fatto che il popolo, che pure costituisce la grandezza politica maggiore, e a cui ineriscono gli *iura majestatis* ⁽¹⁶⁾, tuttavia istituisca un magistrato che lo governi, il che significa anche che esprima un comando a cui ubbidire. Ciò è impensabile se noi ragioniamo sulla base del concetto di potere e del rapporto formale di comando-ubbidienza che questo implica e se concepiamo l'autonomia e la dimensione politica delle parti di una federazione nel senso della loro possibilità e capacità di decisione indipendente ed efficace. Per comprendere questo rapporto che si pone tra la totalità della realtà plurale e colui che esprime il comando, bisogna ricorrere alla categoria che è sempre stata al centro del problema politico fino all'*invenzione del*

⁽¹⁵⁾ Una accentuazione anche nella direzione della attualizzazione per noi della concezione federalistica di Althusius si ha nei lavori di Hueglin, in particolare in *Sozialer Foederalismus*, Berlin, Walter de Gruyter, 1991; una discussione della interessante proposta di Hueglin è in G. DUSO, *Althusius. Pensatore per una società postmoderna?*, «Filosofia politica», IV, 1990, 1, pp. 163-175 e anche *Althusius e l'idea federalista*, in «Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno», 21, 1992, pp. 611-622. Per la continuazione di questa discussione si veda HUEGLIN, *Althusius in Question: interpretation and relevance*, e G. DUSO, *Perché leggere oggi Althusius?*, in *Il lessico della politica di Johannes Althusius*, a cura di F. Ingravalle e C. Malandrino, Leo S. Olschki ed., Firenze 2005, rispettivamente pp. 61-71 e 39-60.

⁽¹⁶⁾ Cfr. J. ALTHUSIUS, *Politica Methodice Digesta atque exemplis sacris & profanis illustrata*, III ed., Herborn 1614 (rip. fot., Aalen 1981, XVIII, 94-99 (questi passi si trovano anche nella traduzione parziale a cura di D. Neri, Napoli 1980, pp. 56-57). Gli *iura majestatis* potrebbero anche essere nominati come diritti di sovranità, ma con la consapevolezza che si tratta proprio di un modo di pensare la politica che il concetto di sovranità intende negare dalla radice (cfr. *La maiestas populi chez Althusius et la souveraineté moderne*, in *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, sous la direction de G-M. Cazzaniga et Y-C. Zarka, Paris, edizioni ETS Pisa e Vrin, 2001, pp.85-106) e, per i diritti di maestà, G. DUSO, *Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius: la dottrina del patto e della costituzione del regno*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 25, 1996, pp. 65-126: in questo numero si trova anche la dissertazione, rilevante per la genesi del pensiero politico di Althusius, *Disputatio politica De regno recte instituendo et administrando*, con una ricognizione delle fonti da parte di M. Scattola e un saggio di M. Stolleis.

concetto di potere (17), o della sovranità moderna, cioè quella del governo.

Ma riferirsi al principio del governo significa pensare la politica in una dimensione che è radicalmente diversa da quella della forma politica che si impone attraverso lo *jus publicum europaeum*, per il quale la teoria hobbesiana costituisce un momento genetico fondamentale. Il punto di partenza non sono qui gli individui e i loro diritti, perché questi, o meglio i singoli uomini reali, sono pensati all'interno delle forme di raggruppamento (Althusius parla di « consociazioni ») e di rapporti in cui hanno realtà, e perciò anche all'interno del *diritto simbiotico*. L'unità politica non ha alla sua base una moltitudine indifferenziata di individui, ma un insieme di raggruppamenti umani. In tal modo si pensa una realtà, una entità politica come strutturalmente plurale, tale cioè che i diversi membri sono caratterizzati da differenze determinate, le quali contano e sono presenti politicamente, al di là della parola d'ordine dell'uguaglianza. Poter contare politicamente non significa poter decidere in modo sovrano e indipendente, come si tende a pensare se si immagina la federazione costituita da stati preesistenti. Nella formazione di una realtà federata i singoli membri si riconoscono parte di un tutto, legati da un patto, da un *foedus*, e non entità indipendenti. Nella organizzazione costituzionale (usando il termine nel suo significato etimologico e materiale e non certo quello della carta fondamentale) tali membri plurali sono politicamente presenti attraverso una modalità rappresentativa che non solo è diversa, ma è negata dal concetto moderno di rappresentanza, quale nasce con Hobbes e si manifesta storicamente nelle costituzioni a partire dalla Rivoluzione francese. Si tratta qui non tanto della necessità di dare forma all'unità della entità politica né di esprimere in una volontà unica la volontà politica dei membri, ma piuttosto di portare ad un livello istituzionale e superiore bisogni, volontà, dignità e diritti di parti determinate della società politica, le cui differenze hanno significato oggettivo e non sono legate all'arbitrio della volontà dei rappresentanti.

Ora in una totalità federata di questo tipo, la totalità è politicamente presente in quanto sono presenti i suoi membri plurali. Ma a una tale realtà politica non inerisce una decisione sovrana, né una tale entità plurale può governarsi da sé. E ciò proprio a causa della pluralità che la caratterizza e delle differenze tra le parti, che, in quanto parti di un tutto, non possono che avere come prima regola politica la concordia e la collaborazione, ma hanno anche, in ragione delle loro differenze costitutive, tra loro motivi di tensione che possono portare ad una situazione di conflitto. Perciò, dal momento che si tratta di un'unica realtà politica, ma strutturalmente plurale, c'è bisogno di un rapporto

(17) Sulla nascita del concetto di potere cfr. G. Duso, *Hobbes et l'invention du pouvoir*, « Hobbes Studies », XVII, 2004, pp. 28-45.

ad unum, e questo elemento di unità è l'istanza di guida e di governo della pluralità. Per questi aspetti possiamo tenere sempre presente Althusius, e possiamo dire che, in un federalismo così pensato, c'è una istanza collegiale che è sempre la grandezza politica maggiore, ma che richiede, proprio per la sua pluralità, una istanza di governo. E chi governa è istituito dall'organo collegiale, che lo controlla, coopera con lui e lo può anche deporre. Chi governa da parte sua non trova di fronte a sé una ubbidienza dovuta al fatto che essendo stato autorizzato (rappresentante, Sovrano-rappresentante in Hobbes, rappresentante del popolo sovrano nella democrazia) il suo comando è *in fondo* quello degli autori che lo hanno autorizzato ⁽¹⁸⁾: anche se è stato istituito dall'insieme dei membri federati, il comando è suo, sua è la volontà e la responsabilità, e di fronte a sé ha sempre *istituzionalmente presenti* — cioè *costituzionalmente pensati* — i membri plurali della federazione. Attraverso i termini di *governo* e *pluralità* si può pensare una realtà politica, e in essa il comando e la partecipazione, in un modo federalistico che risulta radicalmente diverso da quello del potere e della sovranità ⁽¹⁹⁾.

Contro l'abitudine presente nella letteratura critica ad assimilare la dottrina della *maiestas populi* di Althusius alla sovranità del popolo di Rousseau (si ricordi, per fare solo due nomi, Friedrich e Derathé), è da

⁽¹⁸⁾ Ancora una volta ciò è da tenere ben presente in questa discussione: se è vero che sulla base della sovranità moderna, come nasce con Hobbes (non così in Bodin), il potere statale funziona secondo un modello di comando-ubbidienza nel quale l'autore della norma costituisce una autorità superiore ai destinatari della norma (Beaud, p. 356), tuttavia ciò è possibile solo in quanto i destinatari della norma si trovano alla sua base mediante un processo di autorizzazione. Qui sta la legittimità della sovranità e l'identità tra coloro che stabiliscono la norma e i destinatari della stessa che costituisce il nucleo della legittimità democratica. Il superamento della sovranità comporta allora il superamento di questo valore di fondo: che per essere liberi bisogna essere autori del comando a cui si ubbidisce. Allora non è per questa via, mediante una attribuzione del potere alle parti di una totalità federata o al tutto di questa che si pensa la politica in modo diverso dalla sovranità. Per fare ciò bisogna superare la dimensione del potere e accettare di pensare la dimensione del governo (per la riflessione sul governo *oltre* e *entro* la democrazia rimando al mio *La democrazia e il problema del governo*, « Filosofia politica », 3/2006, pp. 367-390).

⁽¹⁹⁾ Al di là dei saggi dedicati ad Althusius, rimando per queste considerazioni al mio *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza stato?*, che è interno ad un testo dedicato alla incapacità della costituzione nella sua storia contemporanea di pensare una pluralità di soggetti politici proprio a causa del suo rapporto con lo Stato moderno e con il concetto di sovranità (M. BERTOLISSI, G. DUSO, A. SCALONE, *Ripensare la costituzione. La questione della pluralità*, Monza, Polimetrica, 2008. In questo saggio sono articolate in modo più ampio alcune delle considerazioni che sono presenti nel presente testo.

tenere presente che, mentre nel pensiero di Rousseau l'esserci della volontà generale e dunque del sovrano in atto, impedisce che ci sia comando che si eserciti sul popolo, in Althusius, il popolo, proprio in quanto entità intrinsecamente plurale, non può da se stesso esercitare il comando necessario alla vita della società, ma ha bisogno di un elemento unitario che governa. È significativo che anche nella forma di governo democratica la funzione di governo non sia attribuibile al popolo, ma ai pochi che governano, ai quali sono imputabili azioni e comando. Il popolo *non si esprime rappresentativamente* attraverso il governo democratico — che, nella convinzione althusiana che ogni repubblica non possa che avere una costituzione mista, esprime l'elemento unitario e dunque monarchico — ma attraverso gli organi collegiali, sempre politicamente presenti di fronte al sommo magistrato, sia questo inteso nella forma monarchica (monarchia) o in quella poliarchica (ad es. la democrazia) ⁽²⁰⁾.

Si badi bene che non si intende qui proporre il pensiero politico di Althusius come un modello per pensare il federalismo oggi. Un'operazione di questo tipo fraintenderebbe quel pensiero cercando di attualizzarlo, e non riuscirebbe a cogliere le vere questioni che esso ci pone ⁽²¹⁾. Non solo il suo orizzonte è quello di una società cetuale che non caratterizza certo la nostra realtà, ma la differenza di *status* e la gerarchia che caratterizza la dimensione politica degli uomini nella *Politica*, non è certo più pensabile. Da questo punto di vista l'uguaglianza che si è affermata a partire dalla Rivoluzione francese segna una via di non ritorno. Tuttavia, come ho cercato di indicare, ripercorrere il suo pensiero è prezioso in quanto ci mostra la necessità di una diversa modalità di intendere il comando e il rapporto tra unità e pluralità.

Certo, in questa direzione non aiuta molto un esame fenomenologico di ciò che si è presentato come 'federalistico' e la stessa questione di una costituzione di stampo federalistico appare un compito arduo, proprio per il legame che lo stesso strumento costituzionale ha concettualmente e storicamente avuto con la sovranità e con la realtà dello Stato. Forse si tratta di pensare in altro modo la funzione stessa della

⁽²⁰⁾ Rimando ai fini di chiarire questo modo althusiano di pensare la democrazia a G. Duso, *La costituzione mista e il principio del governo: il caso Althusius*, « Filosofia politica », XIX, 2005, 1, sp. pp. 790-93 (in francese in *Le gouvernement mixte, de l'idéal politique au monstre constitutionnel en Europe (13ème-17ème siècles)*, études réunies et présentées par M. Gaille-Nikodimov, Presses Universitaires de Saint-Étienne, 2005, sp. pp. 166-170).

⁽²¹⁾ Già ho cercato di indicare la debolezza di una posizione che intenda utilizzare in modo immediato il pensiero di Althusius: cfr. *L'Europa e la fine della sovranità*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 31, 2002, pp. 109-139, sp. 126 ss, e *Perché leggere oggi Althusius* cit.

costituzione ⁽²²⁾ oltre il mito del potere costituente e il nesso di sovranità-rappresentanza. Questo per realtà nuove come quella dell'Europa, che si basano sull'unione e sulla trasformazione insieme di Stati nazionali esistenti; ma in relazione alle stesse realtà statali, per le quali si può pensare ad una trasformazione continua delle costituzioni esistenti nella prospettiva di quanto un modo di pensare federalistico ci indica.

(22) Cfr. H. HOFMANN, *Das Wesen der Verfassung*, Berlin, Humboldt-Universität, 2002, e ID., *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di costituzione*, in *Sui concetti politici e giuridici della costituzione dell'Europa*, cit., pp. 227-237.

PAOLO GROSSI

TRA FATTO E DIRITTO

(a proposito di Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007)

1. Libro pluri-dimensionale — questo di Massimo Vogliotti —, perché si radica, spazia e si articola in parecchie dimensioni; tra le quali due appaiono prevalenti: quelle della teoria del diritto e della storia del pensiero giuridico.

E valga subito una precisazione, che è altamente garantistica, sia per chi scrive queste note critiche, sia per chi vorrà leggerle: poiché, a differenza di Vogliotti, lo scrivente non è un personaggio pluri-dimensionale e limita la sua ristretta competenza al campo della storia del diritto medievale e moderno, si seguirà — nelle pagine che seguono — soprattutto il contributo offerto dal volume alla storia del pensiero giuridico; ovviamente, senza operare quelle separazioni tra dimensione teoretica e dimensione storica che appaiono a me per primo come epistemologicamente scorrette e, come tali, non soltanto sterili ma dannose.

Le due dimensioni sono, infatti, intimamente e inscindibilmente vincolate, anche se abbiamo dinnanzi a noi — tuttora — esempi di mediocri giuristi tutti tesi a separare e isolare, affascinati se non addirittura abbacinati dal legalismo e formalismo moderni. La linfa circolante — rinvigoriscente e fertilizzante — del volume di Vogliotti è, al contrario, la storicità del diritto, la sua relatività, il suo essere sempre e necessariamente storia, ordinamento del 'sociale' e perciò naturalmente plastico e docile ai mutamenti sottostanti.

Storia vivente sì, ma realtà ordinativa e pertanto incarnantesi in principii, schemi categoriali, concetti, istituti, strumenti teorici idonei a organizzare il magma socio-economico, offrendogli così la possibilità di esprimere distesamente e compiutamente il proprio messaggio storico e operando in tal modo il suo effettivo salvataggio.

La coscienza di Vogliotti è in tal senso aguzza e fermissima: guai a una storia condannata nella palude di una empiria di dati, e guai a quella teoria che edifica pinnacoli gotici su povere malferme palafitte. È appena il caso che aggiunga alcunché sulla mia piena condivisione per questa linea metodologica, che fa suo il risultato di una dialettica forte fra passato e presente, un passato dissepolto dalla sua urna funeraria e

un presente non sradicato e non isterilito nella vacuità di un oggi senza ieri e senza domani. Al contrario, un colloquio strettissimo che, individuando nello storico un personaggio ben immerso nel presente ma osservatore attento del lungo sentiero dietro di lui, serve a ridare tutta la sua tipicità al passato e, così facendo, riesce a restituire tutta la tipicità al presente.

L'analisi storica, se è autenticamente storica e non una esercitazione erudita, consegue, in tal modo, la sua funzione primaria, che è di proporsi quale fondazione critica del presente.

2. Vogliotti, personaggio pluri-dimensionale, ne è tanto convinto da scegliere come angolo privilegiato di osservazione e — quindi — come tema centrale della sua ricerca il rapporto tra fatto e diritto. Egli, in altre parole, sceglie di mettersi a cavalcioni su un ideale muricciolo tracciante il confine tra il mondo dei fenomeni grezzi (naturali, sociali, economici) e il terreno ormai giuridico dove la brutalità dei fatti è stata debitamente filtrata e *ordinata* diventando regola osservata di una comunità umana grande o piccola.

Posizione indubbiamente scomoda, perché fa oggetto di osservazione non una realtà museale immobile nella sua staticità e facilmente coglibile e valutabile, bensì una realtà dinamica che è movimento, mutamento, trasformazione. Io aggiungo volentieri: è, però, l'unica posizione veramente fertile, perché permette di sorprendere appieno la storicità del diritto, che tanto preme a me e a Vogliotti.

Forte del suo osservatorio e ad esso conseguente e coerente, ecco snodarsi il discorso storicistico dell'Autore: dal fattualismo medievale all'anti-fattualismo moderno, e nuovamente al fattualismo pos-moderno nel quale siamo immersi al giorno d'oggi. Ne parleremo distesamente e partitamente più avanti, riservando invece ora un minimo di attenzione singolare a un altro (e connesso) atteggiamento generale del libro.

3. Nel quale si dà un rilievo particolare (ed emerge così una ulteriore dimensione di Vogliotti) al diritto penale. Per chi conosce l'Autore, la spiegazione può essere facilmente trovata nella sua personale vicenda universitaria, essendo egli infatti allievo a Torino di Mario Chiavario, ed avendo maneggiato fin dalla laurea gli strumenti e le categorie del penalista.

V'è però una giustificazione più appagante, e risulta chiaramente fin dalle prime pagine del volume. Precisa l'Autore: «La maggiore penetrazione, nella sfera penalistica, della mitologia e delle categorie concettuali del paradigma moderno fa di quest'area disciplinare un campo di ricerca particolarmente interessante e fecondo per il giurista che, come noi, si spinge oltre i confini della modernità. Ciò giustifica la

maggior attenzione che si è prestata a questa materia nel corso dell'indagine» (1).

È verissimo! Più di altre discipline giuridiche, il diritto penale, proprio per il suo incarnarsi nella potestà punitiva e nel collegarsi strettamente al supremo potere politico, si è consegnato nelle trame di una rigidissima legalità, rigidissima e rigidissimamente interpretata dai suoi cultori. E Vogliotti cita opportunamente la frase che Massimo Severo Giannini scrisse con rara efficacia a proposito della scienza giuridica italiana degli anni Trenta, nella rivisitazione di un saggio che io gli avevo chiesto per i nostri «Quaderni Fiorentini»: la riflessione penalistica italiana di allora appariva al grande gius-pubblicista — e, per giunta, giurista storicista —, come «una Cina imperiale chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati» (2).

Dominato da una fiducia totale nel legislatore, il penalista moderno, candido erede di Beccaria, ha sempre ritenuto la 'riserva di legge' come l'inabdicabile strumento garantistico e come l'altrettanto inabdicabile tratto distintivo di un diritto penale esprimente una civiltà giuridica evoluta. La fiducia nel legislatore e nella legge si è però trasformata in una credenza indiscutibile, in una dogmatica, in una mitologia, con un rifiuto acritico di ogni possibile elasticizzazione nel divenire dell'itinerario storico.

Io stesso, personalmente, avevo sperimentato — e non molti anni addietro — un simile atteggiamento, quando, apparso nel 2003 un mio libriccino dedicato a spiegare a lettori digiunissimi cosa sia mai questo misterioso diritto e avendo lì cercato di mostrare (e dimostrare) che la sua essenza è di costituire non già un comando autoritario ma un ordinamento plastico del magma sociale, alcuni penalisti bolognesi, contrariati di tanto (ai loro occhi) eversiva conclusione, credettero bene di organizzare un incontro per discuterla.

Fui onorato dell'invito, anche se ebbi la precisa sensazione — come scherzosamente ma pubblicamente dissi durante l'incontro — di trovarmi come San Sebastiano legato al tronco di un albero di fronte ad armatissimi arcieri pronti a colpirmi. Mio interlocutore fu Marcello Gallo, caro e valente collega, il cui arco era provveduto di tutte le frecce fornite dal formalismo legalistico. E lì mi si dispiegò dinnanzi un patrimonio insensibile e intangibile di soluzioni che, da storiche, erano diventate etiche, da oggetto di conoscenza si erano trasformate in oggetto di credenza, concretandosi — in fondo — in una indiscutibile mitologia.

Ha, quindi, perfettamente ragione lo storicista Vogliotti di assumere la scienza penalistica moderna e contemporanea quale specchio

(1) VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 9, nota 22.

(2) M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940)-*Postilla* 1973, in «Quaderni fiorentini», 2, 1973, p. 272.

fedelissimo (quasi un modello) delle mitologie giuridiche della modernità. Con due complementi doverosi, e che non è lecito omettere prima di lasciare questa puntualizzazione.

Il primo è che non si può operare una valutazione uniforme di tutto l'ordinamento giuridico nei suoi disparati settori, e che, necessariamente, proprio per la stretta connessione del 'penale' con l'ordine pubblico di uno Stato, la sacrosanta diffidenza verso l'assillo legalistico moderno, che io ho tante volte espresso con riferimento al diritto privato, non può che essere sensatamente rettificata nello specifico terreno del diritto penale.

Il secondo è che, da qualche tempo, nella riflessione di alcuni penalisti ⁽³⁾, l'assillo (cui ora si faceva cenno) va cedendo a una meditazione più aperta, più critica, più disponibile alla revisione di quella che viene scopertamente chiamata « l'ascendenza ideologica vetero-illuministica » ⁽⁴⁾.

4. Ritorniamo, però, speditamente al libro di Vogliotti, e, prima di calarci nel suo spessore contenutistico, dedichiamo una non disutile sosta ad alcune intelaiature formali.

Di questo volume deve essere, innanzi tutto, commendato lo stile, che fa spicco rispetto a quello generalmente sciatto dei comuni giuristi, tutti presi dalla tecnicità del loro sapere e troppo spesso dimentichi del compito primario di comunicare con il loro disgraziato lettore. Qui, al contrario, la pagina è sempre improntata a chiarezza e anche a eleganza, e vi si avverte lo sforzo dello scrittore che si impone un costante scopo di comunicare e che fa di tutto per raggiungerlo. Segnalo — ma, forse, solo per dimostrare la mia attenzione — una piccola, infelice caduta: l'uso del termine francese *escamotage*, che non è affatto obbligato in presenza dell'omologo italiano *espeditente*.

Lasciamo, però, il puntiglio minuto, e veniamo invece alla orditura

⁽³⁾ In Italia sono degne di rilievo le riflessioni innovative di Giovanni Fiandaca, Francesco Palazzo, Giovannangelo De Francesco, Alessandro Bernardi, Massimo Donini. In Francia, singolare e feconda è stata la lezione di Mireille Delmas-Marty. Di questa indubbia svolta nelle acquisizioni scientifiche dei penalisti italiani ho preso atto con soddisfazione nella mia lettura critica di un volume di Donini (cfr. P. GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in « Quaderni fiorentini », 35, 2006.

⁽⁴⁾ Il riferimento — esplicito — è in G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, prefazione, p. XI. Ma si veda anche, dello stesso Autore: *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Bologna, Monduzzi, 2005, dove — fra l'altro — si può leggere frasi come la seguente: « la scienza penalistica [...] ha [...] concepito [...] il principio della riserva in una maniera assai più ideologica e mitologica che scientifica » (p. 46).

liquido/solido chiamata a sorreggere buona parte del volume, come dimostrano le intitolazioni del primo capitolo (*Modernità solida*) e del secondo (*Modernità liquida*), dove è evidente il ricorso al solito Zygmunt Bauman, divenuto ormai un luogo comune nelle pagine di tanti giuristi (5).

Il giurista è stato ed è tuttora ben spesso un personaggio culturalmente provinciale, amando lardellare la sua pagina tecnica con qualche decorazione attinta sempre dalle mode transeunti. Ricordo il fastidio di quando — anni fa — era la volta di Gramsci e di Luhmann, pensatori da me rispettati perché altamente rispettabili, ma di cui mi dispiaceva l'uso disinvolto, spesso inconsapevole, quasi sempre meramente decorativo. Oggi è la volta di un personaggio di ben minori meriti ma di grande fortuna in grazia di certi suoi azzeccati interventi, appunto di Bauman.

Orbene! Passi per il comune giurista provinciale, ma non per Vogliotti, che, se è giurista, provinciale non lo è proprio, non fosse altro per la sua proiezione accademica autenticamente europea e per il suo provvedutissimo strumentario culturale. Per me, questo ricorso alle metafore baumaniane è l'unica pecca di un libro che, al contrario, si raccomanda per la eccellenza del discorso culturale posto in essere.

Sì, pecca, perché l'adozione di siffatte metafore applicate alla modernità non solo non giova, ma diventa anche fuorviante. Offro due esempi a motivazione delle mie affermazioni: quando l'Autore, a un certo punto (6), qualifica la modernità giuridica « come fattore di liquefazione dei corpi solidi della tradizione », il discorso diviene altamente equivoco imperniato com'è sulla dialettica liquido/solido, dal momento che la tradizione pre-moderna era ispirata a livello giuridico a un pluralismo estremamente elastico, come — del resto — lo stesso Vogliotti ha ben presente; identica equivocità si ricava dalla pagina dove si parla di « una nuova fase della modernità che, ispirandoci a Zygmunt Bauman, abbiamo chiamato liquida » (7), ma che è — storicamente — nulla più che la prima fase, anche se ancora embrionale, della post-modernità.

Insomma, le metafore baumaniane diventano più fonti di equivoci che di comprensione storiografica per una esperienza giuridica — la moderna — dalla straordinaria compattezza.

5. Anche se lo svolgimento dell'intero volume ha una salutare articolazione comparatistica, imperniato com'è sul tentativo di offrire la cifra delle esperienze giuridiche — medioevo, modernità, post-modernità — in cui si scandisce l'itinerario della storia giuridica occidentale,

(5) Z. BAUMAN, *Liquid Modernity* (2000), trad. it. Roma/Bari, Laterza, 2002.

(6) VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 132.

(7) Ivi, p. 146.

il fulcro dell'analisi sta nella modernità. E, giustamente, nella consapevole 'Introduzione', Vogliotti la coglie come la operosissima — accanitamente operosa — officina, dove, gettate tra le ferraglie inutili e dannose i prodotti del millenario cantiere medievale, con l'ausilio di uno spirito nuovo e avendo dinnanzi nuovi modelli costruttivi, ci si sforza di coniare strumenti capaci di costruire il nuovo edificio giuridico; una officina dove ci si sforza, però, anche di ipotecare presente e futuro disegnando un apparato di credenze costituente una compiuta, stringente, durevolissima mitologia.

Il rapporto, che Vogliotti ha scelto a piattaforma basica del libro — quello tra fatto e diritto — riceve proprio nella modernità una riduzione totalizzante, scomparendo come rapporto essendo il mondo dei fatti condannato nella più completa irrilevanza per essere privo di una possibile sua originarietà giuridica.

Le mitologie giuridiche della modernità! Protese — talune — a cementare in modo inespugnabile una certa costruzione, come il mito di una *legge* concepita come l'unica fonte atta a esprimere la volontà generale e perciò al di sopra di ogni altra manifestazione giuridica; talaltre, con una finalità risolutamente demolitiva, come quando si riduce ogni interpretazione a uno sfogo di umori soggettivi e quindi ad un arbitrio, o, nell'immagine bassamente denigratoria di Beccaria, al frutto di una buona o cattiva digestione dell'interprete.

Ma le mitologie sono credenze, e le credenze non possono che generare delle dogmatiche: così si è mantenuto intatto sino ad oggi quel principio della divisione dei poteri che, da una iniziale funzione meramente garantistica, è venuto pian piano ad assumere il ruolo di affermatore del monopolio creativo del diritto nelle mani del potere politico.

Ma le credenze non possono che generare modelli, sottratti alla incidenza della storia e pertanto assoluti, con la condanna di tutto ciò che al modello non si conforma nell'immondezzaio delle anomalie da cancellare: l'esempio sicuramente più tipico lo offre la modernità affermando come modello unico la proprietà privata individuale e tentando la completa soppressione di quella inammissibile anomalia costituita dalla proprietà collettiva.

Vogliotti ha precisa coscienza che il 'moderno' del diritto si risolve in un rapporto particolarissimo fra potere politico e diritto e, a livello operativo, nel tentativo di controllo totale del diritto da parte dello Stato; ha coscienza che si attua un rischiosissimo *riduzionismo*, dove il diritto si *riduce* a un comando autorevole immobilizzato in un testo scritto e dove si esige e si realizza la sua perfetta *datità*.

6. Il forte approccio comparativo permette a Vogliotti la piena comprensione di una civiltà giuridica dal non facile accesso come quella medievale, che a lui appare — correttamente — come l'affaccendato cantiere in cui la convinzione della potenzialità giuridica dei fatti è la

premessa per la loro valorizzazione; *fattualità* del diritto medievale, dove le forme giuridiche si adagiano in coerenza sui fatti economici e sociali di cui sono la semplice e immediata espressione. Qui del diritto si avverte la *impurità*, cioè la sua imprescindibile carnalità storica.

Senza'altro condivisibili le figure/cardine che si stagliano rilevanti in questo paesaggio giuridico.

Un principio generale, l'*aequitas*, che impronta di sé tutto l'ordinamento giuridico, che ha indubbiamente una pluralità di significati ma ne ha uno preponderante: la prevalenza del particolare sul generale e sull'astratto, perché solo il particolare è in grado di esprimere fedelmente la fattualità donde ha la sua genesi il diritto. E Vogliotti, sulla scorta dell'antico glossatore, ci ripete che l'*aequitas* è « rerum convenientia », « in rebus consistit ».

Un altro principio generale, ossia la dimensione essenzialmente *interpretativa* del diritto, che rimanda a una concezione ontica di questo, ordine segreto collocato nelle radici profonde della società e del cosmo, incontenibile nella volontà di un Principe ma piuttosto leggibile nel gran libro della natura e della storia. Da qui il protagonismo dell'interprete nella civiltà medievale, soprattutto dell'interprete/scienziato, lettore accreditatissimo in forza della sua *sapientia*, naturale mediatore tra il mondo dei fatti e le norme da lui individuate, interpretate, tradotte in precetti tecnici.

All'interno di questo armoniosissimo paesaggio giuridico e in perfetta sintonia con esso sta un potere politico che, lungi dall'identificarsi in una volontà meramente potestativa, è essenzialmente *iurisdictione*, lettura di un ordine intimo che ha unicamente bisogno di essere dichiarato e suggellato di autorevolezza formale. Anche la legge è lettura, è un atto di conoscenza più che di volontà.

7. La metodologia comparativa porta Vogliotti a disegnarci un itinerario fatto più di momenti sincronicamente esaminati nella loro cifra tipica piuttosto che in una fuorviante continuità diacronica.

Il 'moderno' significa soprattutto spostamento dell'asse portante dall'ordine cosmo-sociale al soggetto individuo, con una visione del mondo che abbandona il vecchio rei-centrismo medievale per un sempre più deciso antropocentrismo. E si capisce che al supporto filosofico razionalistico, reclamante un soggetto proiettato verso l'esterno e chiamato sostanzialmente a leggere una realtà fuori di sé, si sostituiscano correnti filosofiche valorizzanti la volontà quale efficace strumento cementativo della individualità e costitutivo della sua insularità dal e sul mondo esterno.

Il risultato che si vuol raggiungere è esattamente l'opposto di quello perseguito dai medievali; grazie all'isolamento del soggetto sul mondo, arrivare alla sua liberazione dagli impacci della materialità, della fattualità. Una muraglia cinese viene eretta fra il micro-cosmo soggettivo e il

magma fattuale. Ovviamente, è un processo di purificazione che investe anche il diritto se deve essere strumento valido per le nuove strategie individualistiche, e la fattualità viene respinta come una delle scelte più aberranti della cloaca medievale.

Richiamo volentieri una pagina storiograficamente assai acuta di Vogliotti, e precisamente laddove, avvertendo che « il nuovo ordine viene costruito lontano dai fatti »⁽⁸⁾, non si limita a far riferimento allo scontato geometrismo dei giusnaturalisti dell'età nuova, ma, sulla scorta di uno storico dell'arte di grande finezza come Giulio Carlo Argan, opera un contrappunto tra il purismo dei nuovi giuristi e il purismo di Piero della Francesca, esponente dell'umanesimo quattrocentesco, che con la sua pittura 'metafisica', con la sua riduzione delle cose a forme ideali, indica la propria immersione nella coinè moderna⁽⁹⁾; giuristi filosofi pittori quali specchio fedele di un comune atteggiamento degli *homines novi*.

La rigida separazione fra diritto e fatti porta a due scelte di estremo rilievo nella vita dell'ordinamento giuridico: la prima è la progressiva svalutazione della consuetudine, fonte dalla marcata terzietà perché fatto tra i fatti; la seconda consiste in un ruolo del processo assai più appartato rispetto alla dominanza conseguita a Roma e nella civiltà dello *ius commune* (non dimentichiamo, infatti, che il processo è lo strumento mediativo tra la fattualità del caso pratico e la generalità astratta della norma). Vogliotti parla opportunamente di « un movimento di verticalizzazione » che investe le fonti del diritto, con al sommo la legge intesa in modo radicalmente opposto alla *ordinatio rationis ad bonum commune* di San Tommaso, e cioè come mera volontà del titolare del potere supremo: iper-soggettivismo della modernità tutta tesa ormai a ridurre al micro-individuo singolo e al macro-individuo Stato il protagonismo nel proscenio giuridico.

Ciò comporta un risultato greve di pesanti conseguenze: »che il diritto tenderà ad allontanarsi sempre di più dalla società per stringersi a fianco del potere«⁽¹⁰⁾, quel potere ormai mitizzato grazie alla gigantizzazione e idealizzazione del Principe, modello di uomo al di sopra delle passioni; che il giudice, operatore immerso nella fattualità e — quale *sapiens* — poco controllabile dalla potestà politica, subirà una completa devitalizzazione venendo inchiodato all'interno di un ingranaggio puramente sillogistico (visione che, teorizzata notoriamente da Beccaria in una pagina famosa del suo famoso libello, resta intatta — come se il tempo fosse trascorso invano — in una pagina del 1906 scritta

(8) Ivi, p. 47.

(9) Loc. ult. cit.

(10) Ivi, p. 53.

da quel campione del positivismo giuridico italiano che fu Alfredo Rocco ⁽¹¹⁾).

L'idealizzazione del Principe, del legislatore, pròvoca una incondizionata fiducia in lui, e, mentre è monotono il ritornello sul rischio perenne dello *arbitrium iudicis*, non sembra assolutamente configurabile l'arbitrio del legislatore (conclusione che, ancora oggi, stentiamo ad accettare in una civiltà legalistica e codicistica viziata di un filoparlamentarismo decisamente inconsapevole).

Questo itinerario, che appare (ed è) uni-lineare nella proiezione geografica dell'Europa continentale occidentale, diventa pluri-lineare se lo sguardo attraversa la Manica e assume ad oggetto la realtà insulare dell'Inghilterra; che è insulare anche dal punto di vista giuridico, giacché colà resiste una visione medievale del diritto, che la assenza sul suolo inglese della realtà incisivissima della grande rivoluzione dell'89 fa proseguire indisturbata per tutti i secoli della modernità e quasi fino a noi. E Vogliotti non manca di sottolineare la sostanziale differenza di un *common law* legato a un ceto giudiziale assai coeso, che, pretendendosi interprete di una costituzione materiale non scritta, pretende di identificarsi nella storia stessa del popolo inglese e di offrirgli uno dei segni maggiormente distintivi della sua tipicità storica.

Le visioni statalistiche e legalistiche di un Hobbes, di un Bentham, di un Austin restano appartate, la storicità del diritto resta il valore da difendere, mentre si respingono le tentazioni geometrizzanti che vengono dal continente. I *common lawyers* — formati all'interno di quei circoli chiusi cetuali che erano gli *Inns of Court* — insistono nella fedeltà alla tradizione topico-retorica medievale ispirandosi a una *Reason* « che si muove sul terreno del probabile e disputa intorno ai fini » ⁽¹²⁾ e che poco ha da spartire con la ragione dei giusnaturalisti continentali.

8. Il Novecento è per Vogliotti, malgrado il riferimento fuorviante a una 'modernità liquida', il campo della progrediente espansione di un approccio pos-moderno al 'giuridico'. Ormai, la dialettica può essere ridotta a una *società* che, insofferente delle catene statuali, pretende di romperle; che, respingendo la semplicità artificiosa del paesaggio giuridico borghese popolato da sole individualità, fa riemergere la *complessità* fino ad allora repressa.

Complessità ha un solo significato: i fatti, nella loro spontaneità, nella loro originarietà, infischandosi dei filtri statuali, sono ora in grado di affermare il loro interiore potenziale giuridico, rendendolo immediatamente diritto. *Complessità* significa una fattualità giuridica che ha

⁽¹¹⁾ E Vogliotti cita distesamente una pagina significativa della monografia di Rocco su 'La sentenza civile' (*Tra fatto e diritto*, cit., p. 55).

⁽¹²⁾ VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 95, nota 219.

gettato alle ortiche i vestimenti legali e formali troppo ingombranti e inadatti rispetto ai nuovi bisogni.

Dapprima, sono lotte sociali ed economiche, ma si trasformano presto in una visione profondamente rinnovata del diritto. E, giustamente, Vogliotti dà largo spazio allo *homo novus* che bene esprime il nuovo corso, e cioè Santi Romano. La sua teoria ordinamentale, quale superamento delle insoddisfacenti anche se imperanti teorie normativistiche, reca in sé un messaggio essenziale: socialità e non statualità del diritto, valorizzazione della società in luogo della vecchia statolatria, valorizzazione della fattualità in luogo del vecchio formalismo legalistico.

Ma il plagio illuministico e post-illuministico, rafforzato dalle capacità realizzative della grande rivoluzione, condito di abilissime mitologie e di altrettanto abili (anche se mistificatorii) orpelli cosiddetti democratici, è calato a fondo nell'animo dei giuristi, nella maggioranza silenziosa dei giuristi, che la pseudo-funzione dell'esegesi, della mera esegesi, aveva soddisfatto nella loro pigrizia. E il Novecento — accanto a un germinare di giovani energie vogliose di rispondere e corrispondere alla chiamata di un mondo socio-economico-politico in profonda trasformazione — è il terreno dove continua ad allignare il culto della legalità più stretta. Con questa antinomia, però: lo sposalizio del legalismo con quelle capacità di *juristische Konstruktion* che il giusnaturalismo sei-settecentesco, dapprima, e, poi, il grande pandettismo ottocentesco (ancora libero, in Germania, da vincolazioni codicistiche) avevano insegnato ai più dotati fra i giuristi italiani. E la prima metà del secolo offre modelli egregii di un siffatto antinomico operare intellettuale: teorie pure svettanti alte, forse anche troppo alte, al di sopra della legge positiva sulla quale continuano ad essere fondate. Nei primi anni del Novecento si stagliano i 'Principii' di Chiovenda, costruttore di un processo civile dalla chiara indole pubblicistica edificato su una base codicistica (quella del Codice italiano del 1865) dalla chiara indole privatistica; a metà del secolo, l'erezione di arditi pinnacoli gotici sopra un diritto civile codificato è il taglio delle 'Dottrine generali' di Santoro Passarelli.

9. Ma Vogliotti, che è — a differenza di chi scrive queste righe — anche filosofo del diritto, segue con attenzione e con provvedutezza teoretica i sentieri non minimi (anche se tortuosi) delle riflessioni filosofico-giuridiche; per esempio, di due notevoli personalità, Kelsen e Schmitt.

E non può non dare grosso spazio a Kelsen, se non altro per l'enorme influenza che questo robustissimo pensatore — ma anche ingombrante corruttore — ha avuto sui giuristi culturalmente provinciali di tutto il mondo, facilmente adescati dalle sue costruzioni suadenti. Costruzioni che, al par di me, Vogliotti tende ad identificare in

magnifici castelli di carte. E questo per le inevitabili derive nichilistiche cui il rigorismo logico kelseniano perviene.

Non può che essere così: se il rigoroso dualismo di Kelsen (di matrice neo-kantiana) fra essere e dover-essere, ragione e volontà, preclude una fondazione razionale dei valori; se le norme, quali atti di volontà, non possono che avere un carattere arbitrario, l'unico criterio valido non può che essere di tipo formale/procedurale, completamente svincolato da motivazioni contenutistiche. Nichilismo, dunque, anche se mascherato da quella nuvolesca *Grundnorm* che Vogliotti — con tanta ragione — qualifica « una mera affabulazione » (13).

Il nichilismo sembra essere un vizio assurdo, una tentazione perversa, che vena l'intero secolo fino ai nostri giorni; e sono nichilistici gli approdi di due cultori odierni del diritto civile positivo, Natalino Irti e Pier Giuseppe Monateri. Nichilismo passivo — quello di Irti — con la sua riduzione del diritto a mera procedura; nichilismo attivo quello di Monateri, secondo cui, dietro la palese influenza del pensiero nord-americano e della analisi economica del diritto, « tutte le interpretazioni sono delle affabulazioni » e « il metro con cui giudicare delle interpretazioni giuridiche non può essere che quello del loro successo in quanto affabulazioni » (14).

10. Mi preme, però, far cenno anche di un'altra corrente filosofico-giuridica, di qualche rilievo nel panorama culturale del Novecento italiano, e sulla quale Vogliotti appunta una aguzza riflessione critica: intendo riferirmi alla cosiddetta scuola gius-analitica italiana che trova la sua fondazione in un giustamente celebre saggio/manifesto di Norberto Bobbio del 1950. Secondo Bobbio, com'è ben noto, « non c'è giurisprudenza al di fuori della regola, e del regolato, e tutto ciò che sta prima della regola... non appartiene alla ricerca del giurista »; compito essenziale della scienza giuridica è l'analisi del linguaggio e « più precisamente di quel particolare linguaggio in cui attraverso le proposizioni normative si esprime il legislatore » (15).

Riassume Vogliotti: i tre compiti della scienza giuridica sembrano, dunque, assommarsi nella purificazione, nel completamento, nell'ordinamento del linguaggio legislativo. Compiti che appaiono angusti e riduttivi per il valorista Vogliotti; riduttivi soprattutto nel voler ridurre il diritto nell'atto produttivo iniziale, con un totale e perverso disinteresse per i contesti applicativi, la vita, l'uso, l'esercizio della norma.

(13) Ivi, p. 161: « Mera affabulazione — precisa bene Vogliotti — costruita *ad hoc* per arrestare il *regressus ad infinitum*, la caduta nel vuoto. È una finzione per mascherare il nulla che sta sotto il diritto ».

(14) I testi virgolettati sono di Monateri, tratti da un saggio del 1998, e riportati da VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 166-67.

(15) Frasi bobbiane citate da VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 84-85.

Se non si travalicasse i termini di una recensione, sarebbe interessante anche seguire il nostro Autore nella pacata ma ferma critica a Luigi Ferraioli, uno studioso che si pone — sia pure con alcune variazioni — tra i raccoglitori della eredità bobbiana. Sottolineiamo nuovamente il risultato negativo che appare discendere anche qui dalla indifferenza verso il contesto applicativo, la vita della regola, il suo uso.

11. Non credo che sia una forzatura della linea interpretativa del nostro Autore, se la si coglie nell'individuare altrove le forze più vitali del pensiero giuridico della pos-modernità: nella polemica di Giuseppe Capograssi contro lo stalinismo anchilosante, nel suo richiamo al diritto come trama essenziale della vita, nel suo ricorrente richiamo alla 'esperienza giuridica'; entro la scuola di Capograssi, nel suo allievo spirituale Opocher, che denuncia l'approdo disperante di un diritto senza verità essendo ormai la verità del diritto ridotta a verità formale.

Ma piace a me soprattutto lo sguardo interessato di Vogliotti verso i giuristi, verso alcuni — forse, pochi — giuristi novatori, che, disfacendosi della veste troppo stretta dell'esegesi, diventano senza volerlo e quindi senza spocchia facitori di pensiero, consentendo alla scienza giuridica di non isterilirsi ma di interpretare convenientemente il proprio tempo. C'è una 'filosofia dei giuristi italiani' — per richiamare il titolo di un bel libro di tanti anni fa nato nella scuola patavina di Opocher —, latente ma reale, alla quale il professionalmente filosofo non può guardare con distratta sufficienza.

Tullio Ascarelli, di cui Vogliotti sottolinea la costante attenzione al *common law* (ma io aggiungerei anche allo *ius commune*): un messaggio antesignano che coglie l'interpretazione al cuore del diritto, suo autentico momento dinamico; che, di conseguenza, torna a rivalutare la ineliminabile processualità del diritto. Gino Gorla che, dapprima, torna a far circolare nelle chiuse stanze dei giuristi codicisti l'aria fresca del *case law* appreso Oltreatlantico e, poi, si immerge nella giurisprudenza dei grandi Tribunali italiani di antico regime. Nel più specifico campo penale, un messaggio — che io (lo confesso) ignoravo — di Pietro Nuvolone, scritto nell'anno 1946, gremito di speranze ma con alle spalle una tragedia immane, dove si sottolinea la fragile garanzia offerta al cittadino dalla legge scritta e, quindi, l'insensato affidamento in essa.

Ma a Vogliotti, giunto alla conclusione della sua densa e agguerrita indagine, preme additare quelle che ritiene le due grandi forze del secondo Novecento, un Novecento ormai interamente conquistato e consegnato al pos-moderno: il recupero della dimensione pratica della ragione, che prelude alla rivoluzione ermeneutica, la quale ci allontana beneficamente dalla datità del diritto (che anche al nostro Autore sembra una vera snaturazione) per rifondarlo su basi nuove, per

evidenziarne la sua intima processualità ⁽¹⁶⁾; il nuovo costituzionalismo, dove la Costituzione, allontanandosi dal modello delle borghesissime ‘carte dei diritti’, diventa lettura della cifra storica di un popolo, traduzione in norma suprema dei valori diffusi nella società, diventa *aequitatis interpres* impegnando ogni atto normativo minore — la legge ordinaria, per esempio — ad essere tale, ad avere una pari qualità.

Son finiti i tempi — sembra dire l’Autore — quando, ancora immersi in soporifere mitologie, si poteva essere soddisfatti di una legalità formale. Da qui, il necessario spostamento dell’asse dell’universo giuridico e dell’ordine giuridico dalla legge, dalla datità della legge, alla interpretazione, perché è soltanto l’interpretazione che immerge la legge in un contesto, ponendo in stretta dialettica testo immobile e contesto storico e realizzando il carattere sostanzialmente, effettivamente ordinamentale del diritto.

È significativo il titolo con cui il volume si chiude: « Dalla centralità della legge alla centralità dell’uomo di legge »; un ritorno del diritto ai giuristi, ma dove, nel paragrafo secondo, si segna lucidamente un itinerario che è necessario, improcrastinabile: « dal giurista ‘recettore’ al giurista ‘tessitore’ ».

Si può essere compiaciuti del senso dell’itinerario, ma a una precisa condizione: che il giurista deponga la sua pigrizia, questo viziaccio in cui si è adagiato dal tempo dell’esproprio illuministico. Egli deve ritrovare in sé la consapevolezza etica e la forza psicologica, che, unite alla sua sensibilità storica e alla sua sapienza tecnica, gli possano permettere di adempiere il *munus* arduo che la crisi dello Stato e delle sue fonti fa piombare sulle sue spalle.

Solo a lui, non come una diaspora di giuristi singoli ma come una coesa comunità di personaggi che fanno di diritto, può essere affidato l’ordinamento di una realtà socio-economico-tecnica sottoposta — come non mai — a una mutazione frenetica e rapidissima. C’è bisogno oggi di regole elastiche e, più che di regole, di principii capaci di accompagnare e disciplinare il divenire in corsa. L’uso sta riscoprendo tutta la sua vitalità, e la prassi riscopre la vigoria che le deriva dall’esser calata nell’esperienza; ma i particolarismi di usi e prassi debbono essere ricondotti in schemi categoriali idonei a dominare quel paesaggio globale che oggi è lo spazio della nostra esperienza quotidiana. E questo è il terreno tipico e congeniale alla scienza.

Al par di me Vogliotti ne è consapevole; anzi, ne è convinto. Ed è con una siffatta convinzione che egli chiude un libro di teoria e storia del diritto, che io non èsito ad annoverare tra i più significativi (e

⁽¹⁶⁾ Vogliotti non manca di segnalare la sua sintonia con il messaggio filosofico-giuridico di Arthur Kaufmann contro la riduzione del diritto a legge, a favore di una visione rinnovata che lo colga come azione, come un farsi (VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 207, nota 119).

coraggiosi) scritti in Italia negli ultimi anni; dove si esercita il coraggio (e si corre, per l'Autore, anche il rischio) di denunciare luoghi comuni universalmente frequentati, che si risolvono nell'essere — allo stesso tempo — causa ed effetto di una — ohimé! — diffusissima pigrizia culturale.

SIMONETTA SCANDELLARI

APPUNTI STORIOGRAFICI A PROPOSITO DELLA GUERRA DI INDIPENDENZA SPAGNOLA (1808-1812)

È apparsa nella versione digitalizzata una interessante opera relativa alla Guerra di Indipendenza spagnola, scritta da uno dei protagonisti di quella epoca di intensa elaborazione del pensiero costituzionale che caratterizzò i primi decenni del secolo XIX. Mi riferisco alla *Historia del Levantamiento, Guerra y Revolución de España por el conde de Toreno* ⁽¹⁾ disponibile ora anche in rete ⁽²⁾.

È forse questa una buona opportunità per riflettere su quanto si sta pubblicando in Spagna in occasione del bicentenario della Guerra di Indipendenza (1808-1812) combattuta contro le armate francesi di Napoleone. Le ricerche che negli ultimi anni sono state portate a termine dagli studiosi hanno prodotto un dibattito approfondito sugli avvenimenti di questo periodo anche alla luce della pubblicazione di nuovi documenti. Si è così riunita una ingente bibliografia sull'argomento che spazia in una molteplicità di ambiti che vanno dalla letteratura al teatro, alla storia dell'arte, alla storia del diritto nazionale e locale, alle teorie fondanti la sovranità, all'economia, all'educazione. Nelle brevi righe che seguono si vuole dare notizia soprattutto dell'attività di ricerca riguardanti i temi di storia del costituzionalismo spagnolo elaborato dagli studiosi della Cattedra di Diritto Costituzionale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Oviedo che da tempo sono impegnati nella ricerca e diffusione di tali argomenti.

In quest'ottica appare dunque opportuno segnalare l'opera di Toreno alla quale si è fatto riferimento, in quanto riveste un grande interesse per varie ragioni che si possono riassumere principalmente in due punti: il primo, che l'ovietense José María Queipo de Llano y Ruiz de Saravia, conte di Toreno partecipò attivamente alla vita politica sin dal 1808, prima nella *Junta General* del Principato delle Asturie, successivamente, a Siviglia, sede della *Junta Central* dove fu a fianco dei personaggi politici più rappresentativi del suo tempo, tra i quali Jovellanos e, di conseguenza,

(1) *Historia del Levantamiento, Guerra y Revolución de España por el Conde de Toreno*, pubblicato dal Centro de Estudios Constitucionales (Madrid 2008) con un Prologo a cura di Joaquín Varela Suanzes-Carpegna.

(2) www.cepc.es

fu testimone diretto della maggior parte degli avvenimenti che narra nella sua *Historia del Levantamiento*. Il secondo motivo di interesse è dato dal fatto che ci descrive lo sviluppo del liberalismo spagnolo del secolo XIX attraverso la testimonianza della sua partecipazione politica e del difficile compito degli intellettuali spagnoli che videro tramontare, nel 1814 con l'abrogazione della costituzione gaditana, le loro speranze di garantire una moderna svolta costituzionale al paese. Toreno alternò, come la maggior parte dei 'costituenti' di Cadice, la sua partecipazione alla politica attiva, con alcune parentesi di forzata permanenza all'estero, in esilio. Visse prima a Londra e poi a Parigi a partire dal 1814, in conseguenza del ritorno di Fernando VII sul trono spagnolo, quindi rientrò di nuovo in Spagna nel 1820, a seguito della sollevazione di Riego e ancora, dovette abbandonare il paese due anni dopo, col fallimento della 'rivoluzione liberale' tornando a vivere a Parigi. Intanto, nel pensiero del deputato asturiano, si andava maturando un cambiamento che lo portò da quel liberalismo radicale che aveva caratterizzato la prima epoca della sua partecipazione alla politica, verso un liberalismo più moderato che determinerà il suo atteggiamento durante la seconda parte della sua vita, sino al 1843, anno della morte.

Alla figura dell'asturiano, lo stesso Joaquín Varela aveva già dedicato vari studi: una biografia dal titolo *El Conde de Toreno. Biografía de un liberal (1786-1843)*,⁽³⁾ dove si delinea il percorso intellettuale di questo tormentato personaggio dai suoi esordi politici, con la sua entusiastica adesione ad liberalismo rivoluzionario che lo vide appoggiare l'abolizione dei feudi la cui permanenza avrebbe contraddetto il principio della sovranità nazionale, ad una nuova, attiva partecipazione alla vita parlamentare durante il *trienio constitucional* iniziato con il sollevamento di Riego a Cabezas de San Juan il 1° gennaio del 1820 e che terminerà, ancora una volta, con il ritorno dell'assolutismo nel 1823. In questo periodo, l'impegno di Toreno, in qualità di deputato, nelle sessioni delle nuove *Cortes* che ebbero luogo tra il maggio del 1820 sino al febbraio del 1822, fu particolarmente attivo e, come sottolinea Joaquín Varela nella *Biografía*, fu significativa soprattutto la sua presa di posizione a proposito dell'allargamento delle pubbliche libertà e sulla forma di governo che indicarono, però, una svolta nel suo pensiero in senso più pragmatico e influenzato dal pensiero di autori quali Jeremy Bentham e Benjamin Constant⁽⁴⁾. Nel 1833, alla morte di Fernando VII la situazione politico-costituzionale conobbe ancora una svolta e, di nuovo, il conte di Toreno fu uno dei protagonisti di quegli anni che videro l'approvazione dello Statuto Reale del 1834 che introduceva il principio di una monarchia costituzionale e che si rifaceva ad un

(3) J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *El Conde de Toreno. Biografía de un liberal (1786-1843)*, Prólogo de Miguel Artola, Madrid, Marcial Pons, 2005.

(4) Ivi, pp. 115 e ss.

modello storicista di influenza ‘jovellanista’, come sottolinea Joaquín Varela, facendo una comparazione tra questo documento e la Costituzione gaditana del 1812 ⁽⁵⁾. Toreno non partecipò alla stesura del *Estatuto Real*, in quanto ricopriva l’incarico di ministro delle Finanze. Legata indissolubilmente alla sua biografia appare quindi l’opera a cui si è fatto riferimento all’inizio infatti, il politico asturiano cominciò a redigere la sua *Historia del Levantamiento* nel 1827 con l’intenzione di offrire una diretta testimonianza degli avvenimenti intercorsi dal maggio 1808 (il famoso 2 maggio in cui il popolo di Madrid si sollevò contro i francesi, dando così inizio alla Guerra di Indipendenza) sino al ritorno di Fernando VII e dell’assolutismo nel 1814. La stesura dell’opera lo tenne occupato per circa dieci anni sino al 1837 e il suo lavoro conobbe subito una buona accoglienza presso il pubblico e venne tradotto in varie lingue: in tedesco (Lipsia 1836); in francese (Parigi, 1836-1838); in italiano (Milano, 1838). Parte del suo successo fu dovuto probabilmente anche allo stile asciutto e lucido con cui diede conto degli avvenimenti rivoluzionari e della ricostruzione e analisi delle cause che li avevano prodotti, rendendo il suo scritto un importante documento e non una semplice narrazione di accadimenti.

Una testimonianza diretta del suo pensiero politico e costituzionale viene offerta da una raccolta di discorsi pronunciati da Toreno, selezionati e riuniti ancora da Joaquín Varela ⁽⁶⁾ nei quali oltre ad apprezzare l’abilità oratoria del deputato asturiano, si ha una efficace conferma della sua evoluzione intellettuale e della sua traiettoria politica che prende l’avvio, come si è detto, da un liberalismo ‘rivoluzionario’ per poi approdare ad un liberalismo ‘conservatore’. È proprio dalla lettura di un fondamentale discordo pronunciato in *Cortes* il 17 gennaio del 1812 e nel quale tratta della riforma costituzionale, dove può essere riassunta la sua posizione ‘rivoluzionaria’ che ha una chiara derivazione dal costituzionalismo francese. Infatti, Toreno, ribadendo la sovranità della nazione, afferma che: « las Cortes ordinarias gozan de una autoridad delegada, que se deriva de la Nación, y el traspasar los límites que se les prescriben es una rebeldía contra sus poderantes. Los poderes que estos les hayan otorgado, estando extendidos según la Constitución previene, les prohibirán hacer alteración alguna, sino del modo y siguiendo los trámites que ella misma determinaba » ⁽⁷⁾. Ancora durante il *Trienio constitucional* (20 settembre 1820) parlò sia in difesa degli ‘afrancesados’, cioè di quel gruppo di personaggi politici e non che aveva appoggiato il governo di José Buonaparte, spesso con la convinzione che quest’ultimo fosse il solo capace di offrire una soluzione favorevole alla trasformazione e modernizzazione della

⁽⁵⁾ Ivi, p. 163.

⁽⁶⁾ Conde de TORENO, *Discursos Parlamentarios*, Junta General del Principado de Asturias, Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, 2003.

⁽⁷⁾ Ivi, pp. 61-62.

Spagna ⁽⁸⁾, sia sul sistema parlamentare di governo (3 marzo 1821) relativamente alla necessità di una ‘collaborazione’ tra potere legislativo ed esecutivo: « es preciso que la legislativa y ejecutiva se entiendan mutuamente, pues que sería imposible llevar a efecto las providencias si no obrasen de acuerdo como también lo sería en cuanto al Poder legislativo, si sin contar con el ejecutivo diese una ley [...] » ⁽⁹⁾. Durante gli ultimi anni della sua vita che vanno dal 1834 al 1840, il pensiero di Toreno si volse, come si è detto, verso un liberalismo conservatore e le ragioni sono facilmente comprensibili e si possono cercare sia nella situazione politica spagnola, sia nella sua traiettoria biografica. In quegli anni infatti, ricoprì, anche se per breve tempo, la carica di Presidente del governo — dal 13 giugno del 1835 al 14 settembre dello stesso anno —, in un momento di particolare difficoltà dovuto alla guerra civile carlista che egli cercò di portare a termine attraverso il negoziato. L’incarico di Presidente del governo venne poco dopo assunto dal progressista Mendizábal. In quell’epoca difficile e politicamente instabile, Toreno cercò di mediare e di trovare un ‘giusto medio’ e una ‘armonia’ tra i vari poteri dello Stato, una armonia necessaria per garantirne la prosperità, discutendo il testo dei Regolamenti delle Camere che riconoscevano la compatibilità tra la carica di ministro e quella di deputato ⁽¹⁰⁾. L’affresco dedicato all’attività politica del conte di Toreno viene poi completata da un altro lavoro che comprende una sintesi biografica e politica di altri illustri personaggi, nati nel Principato delle Asturie, i quali dedicarono la loro attività intellettuale e la partecipazione alla vita pubblica durante quel fecondo periodo che intercorre tra la fine del secolo XVIII e la prima metà del XIX in cui si gettarono le basi del moderno costituzionalismo. Quest’ultimo fu preceduto dai dibattiti legati a posizioni ‘illuministe’ e ‘liberali’ che animarono, sempre in modo critico, il panorama intellettuale dell’epoca i cui rappresentanti di spicco furono: Francisco Martínez Marina; Álvaro Flórez Estrada; Agustín Argüelles; Toreno; e, per ultimo in ordine di tempo, Adolfo González Posada appartenente già alla seconda metà del secolo XIX, autore di una importante opera teorica, il *Tratado de Derecho Político* (1893-1894). Personalità indubbiamente molto diverse tra loro sia per la formazione, sia per gli ideali teorico-costituzionali, sia ancora per il rapporto con la storia nazionale, ma che attraverso il loro contributo teorico e l’azione politica, permisero di elaborare i presupposti per una trasformazione sociale, prima ancora che di governo, della nazione spagnola. Alla biografia intellettuale e al percorso politico di questi personaggi è stato dedicato un alto studio ugualmente portato a termine da

⁽⁸⁾ Ivi, pp. 133-139.

⁽⁹⁾ Ivi, p. 142.

⁽¹⁰⁾ Cfr. *Discurso* del 20 de octubre de 1834 (ivi, pp. 165-174).

Joaquín Varela ⁽¹¹⁾, un lavoro che illumina sul rapporto tra la teoria politica e la partecipazione attiva delle personalità anteriormente citate.

Per completare ed arricchire il quadro del liberalismo spagnolo del secolo XIX, si deve fare inoltre riferimento all'opera e all'attività di Álvaro Flórez Estrada, un « liberal de izquierda » come viene definito da Joaquín Varela nell'introduzione di in una raccolta di studi da lui coordinati e dedicati appunto a questo interessante uomo politico che rivestì un ruolo importante anche in ambito costituzionale ⁽¹²⁾. Dal punto di vista teorico, il progetto costituzionale che questo autore aveva presentato alla *Junta Central* (1 novembre 1809), in risposta ad una consultazione diretta a vari organismi perché presentassero dei progetti riveste un enorme rilievo. Ignacio Fernández Sarasola che, all'interno di questa raccolta di studi, dedica un articolo a Flórez Estrada, scrive che tale progetto « estaba concebido en términos de liberalismo revolucionario, en una línea francófila, y en muchos extremos bastante más radical que la futura Constitución de Cádiz » ⁽¹³⁾. L'autore di questo contributo ha inoltre avuto il merito di riunire in un volume i progetti costituzionali apparsi in Spagna nel periodo più fecondo di studi e discussioni in ambito costituzionale che si svolsero tra il 1786 e il 1824 ⁽¹⁴⁾. In questa raccolta viene anche pubblicato il citato progetto di Flórez Estrada insieme ad una serie di altre proposte che partono da quella radicale, rousseauiana di Manuel Aguirre (1786) ancora poco articolata e dove si mettono in luce più che altro una serie di principi, a quella di León de Arroyal del 1795 che già ha una più matura elaborazione e che si potrebbe dire faccia da ponte teorico tra una concezione, in parte storicistica di influenza settecentesca e una concezione volontaristica, per poi proseguire con un'altra serie di interessanti documenti apparsi durante i lavori delle *Cortes* gaditane che consentono di dare una visione ad ampio spettro delle teorie e dei dibattiti avvenuti anche al di fuori delle sedi istituzionali. La raccolta comprende anche il costituzionalismo di diretta derivazione francese (Statuto di Bayona del 1808), i progetti del *Trienio constitucional* e una appendice nella quale si trovano altri fondamentali documenti quali i suggerimenti, di chiara derivazione dalle dottrine anglosassoni, dati da John Allen (su richiesta di Lord Holland e Jovellanos), nel 1809, per la convocazione e composizione delle *Cortes*. Ignacio Fernández Sarasola è anche autore

⁽¹¹⁾ J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Asturianos en la política española. Pensamiento y Acción*, Oviedo, KRK, 2006.

⁽¹²⁾ *Álvaro Flórez Estrada (1766-1853) política, economía, sociedad*, Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (coord.), Junta General del Principado de Asturias, 2004.

⁽¹³⁾ I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *El pensamiento político-constitucional de Álvaro Flórez Estrada a través de la prensa*, in *Álvaro Flórez Estrada*, cit., pp. 219-220.

⁽¹⁴⁾ I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

di due opere che contribuiscono a una migliore conoscenza di questo periodo della storia spagnola della quale ancora, in Italia, ci si occupa troppo poco. Mi riferisco alla raccolta degli scritti di Jovellanos ⁽¹⁵⁾ e uno studio dedicato alla costituzione di Bayona ⁽¹⁶⁾. Il panorama politico-costituzionale offerto dagli studi di cui si dà notizia, si può arricchire con un altro testo di Joaquín Varela, al rapporto tra politica e costituzioni in Spagna ⁽¹⁷⁾, la cui impostazione è di carattere teorico-istituzionale e dove vengono discussi i fondamenti della teoria dello stato alla luce dei vari periodi costituzionali vissuti dalla Spagna a partire dal 1808, insieme ad una comparazione tra i vari documenti, con una specifica attenzione alle discussioni dottrinali occasionate dalla pubblicazione di importanti opere apparse nel corso del tempo, costituendo così anche un utile apporto bibliografico. Impegno e attenzione ai fondamenti dottrinali che Joaquín Varela aveva già dimostrato nella sue prime pubblicazioni a partire dalla *Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)* ⁽¹⁸⁾ e di *Tradicón y Liberalismo en Martínez Marina* ⁽¹⁹⁾.

Infine, preme segnalare che accanto ad un Centro di Studi dedicati al Secolo XVIII (*Instituto Feijoo del Siglo XVIII*) che da lungo tempo, nell'Università di Oviedo, contribuisce alla diffusione e conoscenza della cultura di questo secolo, si è da poco costituito, sempre in questa Università, presso il Dipartimento di Diritto Pubblico, il *Seminario de Historia Constitucional Martínez Marina* ⁽²⁰⁾ il cui direttore è Joaquín Varela Suanzes-Carpegna che ha come finalità quella di studiare la storia costituzionale spagnola e comparata, allargando l'ambito degli interessi scientifici ad altri campi quali: il diritto costituzionale, la storia del diritto, la filosofia del diritto, la scienza politica, la storia del pensiero e dei concetti politici, la storia moderna e contemporanea. Accanto a questa nuova iniziativa, prosegue la sua pubblicazione la rivista elettronica di *Historia Constitucional* ⁽²¹⁾ che accoglie studi di storia costituzionale riunendo studiosi di tutti i paesi, così come la

⁽¹⁵⁾ JOVELLANOS, *Escritos Políticos*, Edición crítica, prólogo y notas por Ignacio Fernández Sarasola, Oviedo, KRK, 2006.

⁽¹⁶⁾ I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *La Constitución de Bayona*, Madrid, Iustel, 2007.

⁽¹⁷⁾ J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

⁽¹⁸⁾ J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

⁽¹⁹⁾ J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Tradicón y Liberalismo en Martínez Marina*, Oviedo 1983.

⁽²⁰⁾ www.seminariomartinezmarina.com

⁽²¹⁾ [rttp://hc.rediris.es](http://hc.rediris.es)

Biblioteca virtuale di storia costituzionale “Martínez Marina”, la prima che sia stata dedicata a questa disciplina in Europa ⁽²²⁾.

⁽²²⁾ www.bibliotecadehistoriaconstitucional.com.

Abstracts

THE RIGHTS OF THE ENEMIES

CATEGORIES AND STRATEGIES OF HOSTILITY

GEMINELLO PRETEROSSÌ, *The Obvious Truth of the 'Political'. Law and Hostility in Carl Schmitt.*

The essay reconstructs Schmitt's concept of 'enemy', showing the centrality of the connection between 'internal' and 'external' enemy. This conceptual analysis shows how the phenomenon of hostility is not only an 'extreme' given that political-juridical thought must always take into serious account, be it on the international as well as on the internal levels. It also and especially evidences how hostility is an inescapable pre-juridical premise of law itself, contributing to refuting many contemporary visions of the law-power relationship, that in point of fact postulate the auto-generation and self-sufficiency of 'law'. Law orders chaos and limits violence when it succeeds in being proportionate to it, incorporating the challenge it poses within its system. Hostility is, on one hand, the *other* of law, inasmuch as law is a 'code of survival', a normal situation. On the other hand, however, hostility is also its generative matrix, its 'problem', which can not be dealt with through abstractions or procedures that already presuppose the solution, which is to say a pacification conducted with success and in adequate measure. In many respects, hostility explains the function of law. Schmitt goes further and identifies in it a sort of orientation and unobtainable bond, which he terms *Ortung*.

PIER PAOLO PORTINARO, *The Sword on the Balance. Functions and Paradoxes of Political Justice.*

The theme of political justice has returned to the centre of historiographic interest, be it by virtue of increased attention for the dynamics of judiciary power, be it as a consequence of the enormous literature on the elaboration of the past. A comparative analysis of political trials, from

Greece to the contemporary world, makes it possible to focus in on the ways in which political logic and judiciary logic intersect, and on the forms and finalities of the exploitation of judiciary power. Falling between the dimension of personalising the political struggle and formalising the procedures of exclusion, the political trial serves to construct the enemy's image, elaborating conspiratorial hypotheses, and orienting competition. It serves to remove the conflict from abstraction, and to give the enemy a concrete semblance. In the internal political struggle, it is important for the enemy to cease being invisible, to expose him and denounce his misdeeds. In every regime, political justice is the public representation of the danger and, at the same time, the extreme vulnerability of the internal enemy. The enemy standing trial is an enemy defeated, a prisoner, subjected to interrogation, and reduced to total inability to offend.

THE ENEMIES OF THE CITY

GIULIANO MILANI, *Bandits, "Malesardi" and Rebels. The Evolution of the Public Enemy in Italy of the Communes (XII-XIV Centuries)*.

In Italy of the Communes, the image of the public enemy changed contours in the course of the XII-XIV centuries, as a consequence of the change in the institutional configuration of the commune itself.

The initial image of the bandit — one who had threatened the *jurisdictio* of the city — in the mid XIII century was flanked by the image of the *malesardo* — he who belonged to a dangerous group for the city's honour and the common good. It was only as of the early XIV century, and as a consequence of the affirmation of a stable penal justice, that the public enemy acquired the profile of an out-and-out political criminal, author of actions that can be defined as rebellion or malversation.

THE ENEMIES OF THE CHRISTIAN SOCIETAS

TOMAZ MASTNAK, *The Muslims as Enemy of Faith: The Crusades as Political Theology*.

The article is a historical reconstruction of the views of and attitudes toward the Muslims in pre-Crusading Latin Christian sources. The aim of this reconstruction is to provide a basis for answering the question of

how the pre-existing elements were articulated, and which new elements were added, to form the specific Crusading view of and attitude toward the Muslims as the existential enemy of Christianity and Christendom. The article points at how worldly pursuits and political concepts were theologised, leading to the formation of Crusading political theology.

DIEGO QUAGLIONI, « Christianis infesti ». *A Juridical Mythology of the Middle Ages: The Jew as 'Internal Enemy'*.

Law in the Middle Ages, with its strong basis in Justinian law and in laws originating from the conciliar tradition and later rewritten in compilations of canon law, did not simply view the Jews as an “alienated” social and religious minority. The vast panorama of common law offers the possibility to observe the *status* of the Jews divided between *gravamina* and *tolerantia*, entrusted to a web of restrictive, but also permissive, regulations. Though fuelled by “irrational” motives, anti-Judaism in the Middle Ages was the expression of a precise and articulated doctrinal paradigm, fruit of a characteristic circularity between theology and law, in which law is entrusted with the “architectural” type of role of revising and defining the schemata outlined on the terrain of the theological debate. This appears particularly clear in the production of canons in the early XIII century which reveals the web of elements that order and discipline a society where belonging to a religion powerfully influences the forms of separateness and relation, inclusion and exclusion.

CARLOS GARRIGA, *Domestic Enemies. The Catholic Expulsion of the Moors (1609-1614)*.

Between 1609 and 1614, the Catholic Monarchy expelled from its territories 300,000 *moriscos*: that is to say the “new Christians”, the Muslims who lived on Spanish territory and a century before had been subjected to forced baptism. So was born the ‘problema morisco’ which was intensely debated in the official current affairs press between the XVI and XVII centuries, and proposed to expel the moriscos as heretics, apostates and traitors, guilty of divine and human lese-majesty.

This work seeks to reconstruct the discourse of the expulsion, investigating the reasons that were invoked to justify it.

MICHELE LUMINATI, *The Anabaptists: 'Sworn' Enemies of the Church and State*

The paper analyses the arguments and instruments that the Reformers employed in the struggle against the Anabaptists in view of retracing the process that led to their exclusion and annihilation, in particular underlining the centrality of the oath and of the penal sanctions provided for its violation in repressing the Anabaptists. The premises for this strategy are identified, on one hand, in a close connection between the Reform and temporal power and, on the other, by the Anabaptists' 'pacifist' stance with respect to temporal power. Though the first articulated and coherent motivation for refusing to take oath did not emerge until the Schleithem Confession of 1527, the question had already been posed as of 1524 within the early Anabaptist group of Zurich. This paper retraces the various passages which led, on one hand, to the Anabaptists tightening their position and, on the other hand, to the secular authorities exacerbating repression. This process of reciprocal radicalisation resulted in the defeat of the Anabaptist movement and the victory of the moderate-line Reform which imposed a close tie with secular power, and accentuated the centrality of the political oath. Defended by orthodoxy and 'raison d'état', they thus decreed the inadmissibility of Anabaptist concepts.

ENEMIES OF THE REVOLUTION

ROBERTO MARTUCCI, *Lèse-nation, the Dark Side of 1789. The French Revolution and its Internal Enemy (1789-1791)*.

The first two years of the Revolution, 1789-1791, immediately after the major events (the taking of the Bastille, the night of August 4, 1789, the escape of Louis XVI to Varennes, June 21, 1791), witnessed the development of a mass psychosis: the hypothesis of a counter-revolutionary conspiracy. Behind every problem (the shortage of bread, the difficulty of postal communication), the public agitators close to the Jacobins believed there lay an occult centre of power that conspired against the Revolution. A new crime appeared in the political-juridical lexicon and took the name of « lèse-Nation ». So was born an inquisitorial organism charged with fighting the crime: the *Comité des Recherches*, first empowered by the Constituent Assembly, followed by another instituted by the Municipalité de Paris, which was to be a dangerous duplicate in the very delicate field of political offence.

ENEMIES OF ORDER

GIOVANNI CAZZETTA, *Qui delinquit amat poenam. The Enemy and the Consciousness of Order in the Modern Age.*

The essay utilises the figure of the delinquent who aspires to punishment to interpret the long-term development of the connection between 'extreme' representation of belonging and mechanisms of exclusion, of identifying the enemy.

After synthetically considering the medieval portrayal of a delinquent who, aspiring to punishment, shows his complete adhesion to ratio, and to the ordered and ordering layout of the community, discontinuity and tensions are identified when the figure is proposed anew in the modern period. While on one hand — with the decline of universalisms and the rise of secularisation, and the construction of the modern State as an artificial structure — the extreme of *yearning for punishment* becomes extraneous to the context of modernity, on the other hand, the figure — which hypothesises a tranquilizing (natural) coincidence between consciousness and order, a religious adhesion to the community — returns to propose itself as a moment of celebration of an absolute identity between the good citizen and the State and as an instrument of exclusion of the enemy without rights.

MARIA PIA PATERNÒ, *The Revolution as Enemy: Jacobins, Patriots and Conspirators in Restoration Europe.*

In Restoration Europe, the enemy was identified in the multifarious depictions of a threatening and protean revolutionary spirit. Considered a deadly menace to order and stability, it was fought with great determination by conservative forces which, after twenty years of internal disorder and international insecurity, saw their historical and political task as the defence of continuity and the restoration of discipline. The common enemy of all established governments, the revolutionary principle assumed different forms in the first years of the Restoration, assuming different aspects in different Restored States: the protesting students in several German universities, the insubordinate and revolutionary servicemen of the Kingdom of the Two Sicilies and in Piedmont, the supporters of separatism through forms of nationalism and patriotism in the Italian regions of Lombardy-Veneto. For all of these a rigorous reaction, an austere but righteous harshness, a legitimate and effective punishment was invoked. The defence of legality and order, the principles inspired by moderation and sense of measure were not fully respected, however, in the forms and modalities of the reactions against the enemies of the established order. In studying the

affairs connected with the convictions and harsh prison sentences inflicted in the trials against Silvio Pellico, Pietro Maroncelli, Federico Confalonieri and other Italian patriots of the early XIX century, numerous contradictory elements emerge between the principles defended by the forces of conservation and the procedures they followed to defeat those identified as enemies of public order and political stability.

CARLOTTA LATINI, *Trying the Enemy. Carbonarism, Political and Special Penal Law in the XIX Century.*

The essay confronts the theme of the repression of political offences in the first twenty years of the XIX century in Italy. Indeed, right after the Restoration a series of conspiracies began aimed at the unification of several regions of the peninsula or of the entire Italy. The trials held in this arch of time, roughly between 1814 and the early 1820s, despite the diversity of cases and situations — the first ones after the fall of Napoleon, the later trials tied to the activities of the Carbonari “vendite” — shared recourse to special commissions for the repression of political crimes, which held summary trials that were to determine a considerable worsening of the defendant’s position compared to ordinary procedure.

GIAMPIETRO BERTI, *Anarchist Subversion in Italy and the Judicial Reply of the State (1874-1900).*

An important and significant aspect of the legitimacy crisis of the liberal State born of the Risorgimento lies in the struggles of anarchists and the numerous trials they underwent in the last thirty years of the XIX century. The essay retraces the principal moments of this sequence, which first saw a certain light-handedness of the government, followed by a more decided repression by the police and magistracy, especially in the 1890s, the period that coincides with the advent of May First, the Sicilian Fascists and the bread uprisings. The “end-of-the-century crisis” ended emblematically with the assassination of Umberto I by anarchist Gaetano Bresci.

GIOVANNA PROCACCI, *The Limitation of the Rights of Freedom during World War I: The Defence Plan (1904-1935), the Internment of Hostile Citizens and the Struggle against ‘Internal Enemies’.*

The limitation of the rights of freedom in the liberal state and, more

specifically, during World War I, is examined through the passage of powers — in exceptional circumstances of breach of peace and state of war — from civil to military authorities, as well as through the measures taken during the conflict toward subjects of enemy countries and Italian citizens considered “dangerous” for the stability of the country. The first part of the essay reconstructs the birth of the “defence plan” Giolitti conceived after the general strike of 1904, which provided the possibility for military authorities to assume power on all of national territory and, as of 1917, the drafting of a proscription list. The plan was evoked by the Prime Minister (and Minister of the Interior) every time social tension peaked (in 1914, 1915, 1917, 1919, 1920, and 1924), and was abolished in 1935 by order of Mussolini who ordered — an unusual act — the papers attesting its existence burned. The second part of the essay describes the criteria whereby, following Italy’s entry into the war in 1915, measures were enacted against spying and, more particularly, for the internment of enemy subjects and “suspicious” Italians (exponents of the Socialist Party, priests, protesting workers, people dissenting from the war). Free from the judgement of the magistracy, this measure gave military authorities in war zones, extended as of March 1918 to include prefects, the power to take action against all those for whom sufficient motives did not exist for a committal to trial, or who had been acquitted.

FLORIANA COLAO, « *They Have Lost the Right to Still Be Considered Sons of Italy* ». *The ‘Émigrés’ of the XX Century*.

The essay reconstructs the depiction that jurists offered of political dissidents. While during World War I Manzini criticised applying the enemy’s penal law to the members of any and all political parties, things changed after World War I. Lucchini, Ferri, Zerboglio, Manzini himself, Longhi and, especially, Alfredo Rocco depicted the socialists as « antinationalists », and thus « internal enemies », while they were instead better disposed towards the Fascists in the name of the « myth of the nation ». The decree of December 1922 amnestied only the crimes committed with a « national purpose ». The « law on émigrés » of January 1926 — which prescribed the loss of citizenship by administrative act, and the sequester or confiscation of property for antinational activity abroad — was the ultimate consequence of this perspective. The debate in the Chamber of Deputies depicted the most prominent antifascists in liberal Italy as « internal enemies », and « traitors ». These were especially Salvemini but also Amendola, Don Sturzo, and De Ambris, ridiculed as fake Mazzinis and would-be Garibaldis. For Rocco, the antifascists abroad who cracked the image that the regime was building of itself, were no longer « sons of Italy », but

« detritus of the rising race ». Several jurists extolled the new totalitarian citizenship.

The « law on émigrés » was the first step toward building a special *crimen laesae maiestatis*: « antinational activity ». Manzini's *Trattato* gave an explicitly political justification to the harsh punishment prescribed (from five to fifteen years imprisonment) for « antinational activity ». The deprivation of citizenship for antifascism — or « for unworthiness » as Santi Romano wrote — expressed the regime's totalitarian project; the obsessive propaganda that identified Fascism with the nation, and the refusal to consider antifascists as « sons of the same nation » widened the fracture between the Italians, and rendered maintaining the already fragile national identity problematic.

ENZO COLLOTTI, *Order and Terror in the Nazi Concentration Camps*.

The author retraces the genesis of the concentration camp (quite distinct from the extermination camp) as the tool for exercising terror in Nazi Germany, and its development in time, as a tool of political reclamation and, at the same time, of social hygiene. Distinct and independent of judiciary authority, the *Lager* was the place where a form of political justice was enacted, which was directly dependent on executive power represented by the Gestapo and the police. Its punitive function toward political adversaries, a minority, must not be dissociated from the function of intimidation that its existence exercised toward the plurality of the members of the *Volksgemeinschaft*. Symbol of the absolute authority of an executive power that removed from circulation anyone who represented a troublesome element, in time the *Lager* evolved in relation to the quantity and nature of its internees (with the outbreak of war, its population became international), and by reason of the changes that the wartime contingency imposed on the function of the concentration camp system.

The author shows how the *Lager* institution changed over the years from a provisional reality in the period in which the Nazi regime consolidated its power to a permanent system for the exercise of terror.

In this framework, the author underlines how the October 1933 guidelines of Theodor Eicke, since 1934 the inspector general of the concentration camp system, served as collective discipline and were intended to institutionalise the violence exercised on prisoners and to impose rules of “martial” behaviour on the surveillance units. Beyond the system's developmental phase, these rules represented the line of continuity that also characterised the system's existence even when the camps system in 1942, with the war already on, was placed under the economic headquar-

ters of the SS, which converted the mass of deported people into a great work-force reserve for the wartime economy of the Reich.

Precisely by virtue of the importance the system assumed in the balance of powers inside the Third Reich, the author lastly mentions its role in supporting the personal and institutional power of Himmler and the Gestapo.

RACIAL ENEMIES

BARNABA MAJ, *The Fabrication of the Jew as an 'Internal' and 'External' Enemy in the Ideological Text and Propaganda of National Socialism.*

Recent American historiography has emphasized that between late 1941 and early 1942 Nazi anti-Semitism resulted in a war parallel to the one waged against the Soviet Union and Bolshevism. Just like the latter, it was a war of destruction (*Vernichtungskrieg*) against the Jews. According to a classification traced to Reinhart Koselleck's school — whose perspective of historical semantics is here widely followed — the ideological, rhetorical and propaganda device of Nazism, both as political movement during the Weimar Republic (1919-1933) and as totalitarian regime, in itself would not have introduced essential innovations into German anti-Semitism, which had taken shape in the period of the imperialistic rise of the Second Reich, from 1879 to World War I. But this thesis does not take into account the relationship between anti-Semitism and totalitarianism indicated by Hannah Arendt, and the crucial role of World War I in the following historical developments. Nazism brought about a profound political conversion (*Umfunktio-nierung*) of anti-Semitism, which was decisive in the conception of the historical mission of the Third Reich: the construction of a new European order. From this point of view, however, Nazi anti-Semitism — far from being merely political — is aimed at not only the destruction of the "Jewish race" but also, through this, at the obliteration of Judaism as the inescapable theological root of European Christendom. Here *Mein Kampf* (1925-1926), a book as frequently mentioned as neglected, is considered as a primary source of Nazi ideology and then of Nazi propaganda. The first part of the book, dedicated to Hitler's years of political training in Vienna, is analyzed in detail above all from a linguistic point of view. The deepest reasons of the construction of the Jew as internal and external enemy of the German Nation and of Germanism as a form of civilization and culture appear clearly outlined there. This originary

core, confirmed by the programme of 1920, would ultimately find a consistent and systematic application until the *Endlösung*.

THE ENEMIES OF THE CONSTITUTION

CHIARA BOLOGNA, *Defend the Constitution or Defend Its Enemies? The Case of McCarthyism*.

Several documents, including those of the Comintern, which came to light after the dissolution of the Soviet Union, have revealed new details of the subversive activity of the CPUSA, the Communist Party of the United States of America, reopening the debate on the legitimacy of the measures adopted during the McCarthy era. Though without passing constitutional laws on the protection of democracy, measures were adopted in the course of the Forties and Fifties which, in point of fact, limited the freedom of association, assembly and expatriation, among others. In the anticommunist climate fuelled by inquests on Communist infiltrations, which were conducted by the commissions of Congress, the Supreme Court itself seems to have opted for a substantial self-restraint, abstaining from a close scrutiny into these measures and a rigorous application of the test of *clear and present danger*. These jurisprudential decisions oblige a more complex evaluation of the American legal system which, despite the constitutional dictate accepting the model of pure and open democracy, seems to have experimented forms of protection of democracy itself.

THE ENEMIES OF SECURITY

SEBASTIÁN MARTÍN, *Political Crime and Social Dangerousness in Contemporary Spain (1870-1970)*.

The essay intends to offer a panoramic view of the crimination of certain political and moral conducts in contemporary Spain. Firstly, we confront the issue of penal hostility in its dual sociological and juridical value: as a repressive strategy promoted by the Catholic-liberal community, and as a process of punishing the enemy. Secondly, we examine the doctrinal, juridical and procedural aspects concerning the repression of various manifestations of political crime (anarchists, communists, separatists and republicans). Thirdly, we confront the phenomenon of social dangerousness (in its multiple expressions), and conclude with a reflection on the placement of penal hostility in a constitutional regime.

MONICA STRONATI, *The Brigand between Anthropology and Legal Order: At the Origin of an Icon of the Criminal in the XIX Century.*

The penal policies of the Italian State were born under the sign of antinomies: order and freedom; public peace and law and order; North and South; citizens and brigands. Legal science then questioned itself on technical-juridical issues of great political importance, which were destined to mark the penal policies of the new State well beyond the moment of its foundation. Unification was also accomplished through the fabrication of the first 'internal enemy', the brigand, defeated by means of exceptional laws and military repression.

Visual art, literature and science contributed to defining a zoologized stereotype of the brigand, thus giving rise to a single language which, however, preludes to a different strategy, one alternative to the mere destruction of the enemy, though in function of the same idea of State sovereignty. The 'medicalization' of the criminal proposed by Lombroso shifts the attention from brigandage to the brigand, from the enemy to the 'sick man', in the attempt to reassure public opinion and, especially, to bring medical science into the juridical management of deviance.

PAOLO MARCHETTI, *The 'Sentinels of Evil'. The Nineteenth-century Invention of the Criminal Enemy of Society between Legal Naturalism and Psychiatric Normativism*

The idea of the criminal (rather, of certain kinds of criminal) considered as enemy of society is a scientific elaboration of the nineteenth century. In a certain point of view, this idea sinks its roots in the legal and political thought of the second half of the eighteenth century. Authors like Kant, Rousseau and Filangieri had earlier affirmed that a man who breaks the social contract through crime returns to the natural state and loses, as an enemy, the protection guaranteed to honest citizens by law. It was only in the following century, with the crucial contribution of psychiatric knowledge, that this idea took on a scientific form. Cesare Lombroso (and his theory of the born criminal) was undoubtedly the author who offered the best link between psychiatric science and legal discourse. The new criminological categories seemed, at that time, perfectly able to give a suitable answer to the growing scare that Western society had for a criminality felt to be rapidly increasing. Even though in different terms, the premise of this way of conceiving the criminal world (or, at least, the part of it more refractory to the roles and values of society) did not move away from the idea that the hardened criminal was an individual nearer to nature rather than to civilisation. After all, it was precisely this way of considering the

habitual felon as someone who lived a kind of *predatory life* that enabled to think of him more in terms of social dangerousness than of penal liability. From this point of view, the struggle that society must fight against the criminals - cum - enemies of society could be shown under the neutral and reassuring categories of scientific speech rather than in the more compromising terms of a “political” clash. In any case, these ideas did not have a tangible translation in Western legal systems, but they did not fail to have an influence on successive penal theories and repressive practises.

ELISABETTA GRANDE, *Poor Enemy. Rights Denied in the United States of America.*

Extreme poverty has always been a social plague, but over the past thirty years, it has grown in the United States. Rather than set hand to the economic reasons that generate it, this system prefers to combat its human epiphany: that of the homeless. The essay retraces the recent history of poverty in the United States and its causes, and then expands on the turning of law from being a tool of partial aid to the poor to being a weapon, also ideological, in order to transform the homeless into a social enemy.

An abyss thereby opens in civilisation that takes the clock of history back to the second half of the eighteenth century, with striking analogies with the anti-poverty laws of that period.

THE ENEMIES OF INTERNATIONAL ORDER

ALDO ANDREA CASSI, *The ius in bello in Modern International Legal Doctrine. Notes on Method and Routes of Investigation.*

The paper gathers way from several considerations of method in the ‘quest’ for the ‘founding father’ of the *ius inter nationes* of the modern age, and for the ‘precursor’ of contemporary international law, a *querelle* that still today strains a large part of international legal literature and that, for the author, merits a prudent suspension of judgement. It is indeed considered more appropriate, under the historiographic profile, to carefully assess the pages by the principal authors of the modern *ius inter gentes*, not in view of electing the latter’s ‘true founder’ but instead of transversally reconstructing the complex itinerary travelled between the XVI and XVII centuries, or within the limits of the paper, at least attempting to focus on several stages.

The essay indeed intends to confront several thematic nodes of the *de bello* doctrine formulated by four authors: Francisco Vitoria, Alberico Gentili, Francisco Suarez and Ugo Grozio.

The first problem area we feel it necessary to confront is represented by the *vexata quaestio* of the 'just' war for both of the parties to the conflict. The authors considered here confront this question according to different legal-philosophical principals and legal arguments and respond with even contradictory answers.

Moreover, though connected with *ius ad bellum*, the *quaestio* also proves decisive concerning the *ius in bello*, as far as the legal treatment reserved to the enemy is concerned.

Particular analysis is then devoted to the role of the *innocentes*, considered under a dual profile: be it as subject worthy of being protected even by means of a warlike intervention in their defence (*ius ad bellum*), be it as belonging to the host of 'enemies' who, by virtue of their 'innocence', are reserved a privileged treatment (*ius in bello*).

Though following distinct and, at times, contrasting declinations, the barycentre of the international legal reflection that the four authors conducted astride the 1500s and 1600s records the passage from the *ius ad bellum* to the *ius in bello*, with a consequent compression of the attention dedicated to the former, and a considerably increased examination dedicated to the latter.

STEFANO PIETROPAOLI, *Jus ad bellum and jus in bello. The Theoretical Affair of a « Great Dichotomy » of International Law.*

The law of armed force is commonly conceptualised in the categories of *jus ad bellum* (the law or recourse to force) and *jus in bello* (the law governing the conduct of hostilities). A common but mistaken view is that the distinction between *jus ad bellum* and *jus in bello* has a long tradition in the theory of warfare. This essay revisits this approach. While a recognition of the conceptual distinction between the twin-concepts finds its place at the beginnings of *jus publicum europaeum* (Vitoria, Gentili, Grozio), this essay argues that as a legal dichotomy it was developed only in the first decades of the XX century by Heinrich Lammasch and Josef Kunz. The two Austrian scholars used the dichotomous scheme to face the risks of a renaissance of « just war » theory. The dichotomy considered *jus ad bellum* and *jus in bello* two distinct and independent concepts. On the one hand, Lammasch and Kunz stressed the importance of the « laws of war » of classical international law, a *corpus* of *in bello* rules equally applied to all combatants, whatever each belligerent's avowed *ad bellum* rationale (in a « just war » rhetoric) for resorting to force. On the other hand, they

did not consider (as classical international law did) the resort to war as a metajuristic phenomenon, but focused on a new *jus ad bellum*.

The breakthrough of the dichotomy came after the end of World War II, when the express distinction between the two concepts gained widespread acceptance in legal, moral, philosophical and political writings. The advent of the U.N. broke down some principles of *jus publicum europaeum*, where there was no legal restraint on resort to war (it was a liberty of States unregulated by law). The U.N. Charter's introduction of a positive *jus ad bellum* did not clarify the relationship between the new *jus ad bellum* and the classic *jus in bello*. Indeed, since the 50s, several theorists have challenged the theory of the independence of the concepts, arguing that in many cases *jus in bello* depends on *jus ad bellum* (so focusing on the justice or legality of war). Contemporary international law is focusing increasingly on the problem of the independence or interdependence between *jus ad bellum* and *jus in bello*. The essay concludes arguing that the conflation degrades the efficacy and normative force of international humanitarian law.

FILIPPO RUSCHI, *Communis hostis omnium. Piracy in Carl Schmitt.*

The dialectic between earth and sea is one of the *topos* in Schmitt's literature. In this perspective, not only are stretches of sea an 'other' space, hostile and mysterious, but they also generate a particular anthropology which finds its archetype in the figure of the pirate. *Hostis communis omnium*, the predator of the sea expresses an atavic and irreducible hostility. In light of these premises, in his *Der Begriff der Piraterie*, Schmitt stigmatised the fact that the Nyon Agreement had qualified the operations conducted by German and Italian submarines following the outbreak of the Spanish Civil War as piracy. This derived from an improper use of the concept of pirate which showed how this lemma made it possible to degrade the enemy to the level of criminal. In the light of the relationship between spatial paradigm, normative archetypes and discursive practises, this study intends to propose a genealogy of Schmitt's notion of piracy.

FRANCESCO MANCUSO, *Le Droit des gens as the Peak of jus publicum europaeum? Enemy, War, Legitimacy in the Thought of Emer de Vattel.*

The paper starts from the interpretation Carl Schmitt formulated in

Nomos der Erde to analyse the reasons for the permanence of apparent contradictions in Emer de Vattel's theory of war and the enemy. The most significant contradiction lies in Vattel's theory being an attempt to neutralise and limit war, identifying the State as the sole subject of international law, and in newly proposing the concept of the theological origin of 'just war' in very marked terms, indeed to the point that Vattel formalises the relations between enemies during a civil war and ethicizes, disqualifies and differentiates formally legitimate figures of the enemy. The contradiction is resolved and the theoretical picture becomes more coherent, if the connection between internal public law and *jus gentium*, and the relationship between legality and legitimacy, are placed at the centre of the interpretation of the *Droit des gens*. The dismissal of the tradition of natural law, which many attribute to Vattel, does not produce a purely positivist-sovereignist theory, but instead a doctrine, which though based on the concept of sovereignty, maintains a reserve of ethical-political judgement to empower in exceptional cases, both on the internal and external levels.

LUIGI NUZZO, *A World without Enemies. The Construction of International Law and the Control of Differences.*

At the end of the 1850s, international law set out to being a legal science with a positive character different from diplomacy and natural law. At the same time, it remained a discipline strongly rooted in history and in a Christian cultural tradition. Christian roots contributed to defining the positive character of international law and to delimiting its spatial horizon. It could represent itself as positive law only if it were the law of the populations that shared the same form of territorial organisation and had a common history and moral tradition. Nevertheless, constructing an international order made it necessary to thematize, within a unitary conceptual representation, the diplomatic relations that Western governments had long intertwined with the countries of the Mediterranean basin and of Asia. How could semi-savage and at one time enemy populations have been admitted "to enjoy the benefits of European public law" without determining any genetic mutation of international law? The article shall seek to answer this question by investigating the paradoxical origins of international law, on a quest that starts from the heart of Europe and leads first to Turkey and then to China.

MICHEL SENELLART, *Law of Humanity and the Humanisation of War according to J.C. Bluntschli (1808-1881)*.

Jurist of Swiss origin and professor at the University of Heidelberg, Johann Caspar Bluntschli performed an important role in the genesis of humanitarian international law. Inspired by the example of the Lieber Code, he was the first in Europe to undertake a codification of the laws of war with his book *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (1868) (translated into French with the title *Le droit international codifié*). A member of the Institut de droit international that he had played an important role in founding in 1873, Bluntschli represented the German Empire at the Brussels Conference (1874), and it was to his initiative that we owe the *Manuel des lois de la guerre sur terre*, published by the Institut in 1880, and known by the name of *Oxford Code*. Despite the considerable influence he exerted at the end of the century, his name fell into relative oblivion. This essay purposes to illustrate the journey and the sense of the theoretical undertaking of this Swiss jurist who trained in the school of Savigny, and firmly believed that international law was the highest expression of the « legal consciousness of civilised humanity ». His thought sheds light on the paradoxes and the stakes in the process of giving a legal status to war in the XIX century, and makes it possible to better understand the origins of humanitarian law, on the basis of a 'law of humanity' entrusted to the future.

FRANCESCO SALERNO, *The Enemy 'Legitimate Combatant' at the origin of the International Law of Armed Conflicts*.

The qualification of enemy legitimate combatant, which assumed embryonic form already in Roman law, travelled various phases of the historical-legal experience until halfway through the XIX century, when it attained its definitive international regulation that is still widely current. The essay examines first its customary formation and then its codification in the Hague Conventions of 1899 and 1907. The international status of legitimate combatant falls within the objective regime proper to war law and presupposes — among other things — that the individual combatant be identifiable as such in the ambit of collective formations functioning as organ of the Belligerent Power, and that he be in a position to respect the laws and practises of war. International law autonomously attributes this qualification, as much as possible referring to the internal legal order of

the Belligerent Power, if compatible with its own parameters. Otherwise, it directly determines this status, as in the event of a mass uprising.

LAURA PASSERO, *From the Geneva Conventions to the 'Bankruptcy' of International Law. The Relationship between the 'new' Nineteenth-Twentieth Century jus in bello and the Catastrophe of the First European Civil War.*

The relation between war and law, in the nineteenth-twentieth century evolution of the concepts of *bellum justum* and *jus in bello*: from the substantialist view of war as 'obliged act' against the wrongful aggressor to the formalisation of the clash between *justi hostes*.

The diplomatic-doctrinal elaboration of the new means of 'limitation' and 'humanisation' of war, which reaches its peak in the early twentieth century, and the collapse of the international legal system in the summer of 1914, through several significant testimonies from coeval international legal science.

MARCELLO FLORES, *Crimes against Humanity and Crime of Genocide: Contradictions and Problems from Nuremberg to Today.*

The great news of the Nuremberg trials was "crimes against humanity". Around this new legal formulation and the other newcomer, "crime of genocide", International law made a significant qualitative leap, even though for many decades it would be circumscribed to the trials of Nuremberg and Tokyo.

Starting from the Nineties, the new conflicts characterised by ethnic cleansing and violence against minorities or the new wars where most of the victims are civilians, have made room for a new qualitative leap to the formulation and legal interpretation of crimes of war, crimes against humanity and crime of genocide. Also due to the role of the international criminal courts, this new attention has highlighted problems and contradictions between the foreign policy of many states, the common sense of the public opinion, the legal dynamics of trials in the use of concepts which are more than simple legal definitions of criminal acts.

The article retraces the historical steps of the evolution of the concepts and definitions of those crimes (of war, against humanity, of genocide), trying to stress the main and more urgent contradictions that the community of scholars face today.

BARTOLOMÉ CLAVERO, No Distinction Shall Be Made: *Sujeto sin Derechos y Enemigo sin Garantías en la Declaración Universal de Naciones Unidas, 1945-1966.*

Can we conceive of the existence of *Feindstrafrecht* in the international law of human rights? *Feindstrafrecht*: the penal law of the enemy, the same figure as the enemy deprived of rights and guarantees ... It seems impossible, and yet in the Universal Declaration of Human Rights this occurs as a consequence of the persistence of colonialism. The essay begins with a reflection on this issue, and continues by showing the difficulty for the later international instruments of human rights to render *Feindstrafrecht* obsolete.

GIUSEPPE PALMISANO, 'Private' Enemies and 'Public' Enemies in the Society of States: *Reflections from the Viewpoint of International Law.*

In interstate society, the "private" enemy of a State is any entity (other State, organised groups, single individuals) that acts to seriously harm the State itself, its population and its territory. From the viewpoint of international law, the contrast and repression of these enemies are conducted by means of forms of limited and conditioned self-defence.

In cases where the contrast and repression of the "private" enemy fall within the context of an international or internal armed conflict, the action of the State must respect the modalities and limits deriving from the humanitarian law of armed conflicts. In peacetime, the self-defence of the State from "private" enemies can not take the form of an international use of armed force, except for legitimate defence from an armed aggression from another State (or also — within certain limits — from a terrorist group).

"Public" enemies of the international community are those entities (States, organised groups, single individuals) that place the common security of States in serious danger, rejecting the most fundamental values of the interstate social environment. These values are, in particular: peace (intended in the sense of abstention from violence and armed force as modalities of social relation), the sovereign equality of States, the self-determination of peoples, the dignity and the essential equal rights of every human being.

In cases where the "public" enemy consists of individual authors of serious *delicta iuris gentium*, the common interest to contrast and repress these is enacted through the instruments typical of penal international law, including the institution of international penal courts. Also possible are measures of a coercive and sanctionative nature taken by the Security

Council of the United Nations in its activity of maintaining peace and international security.

As far as “public” enemies of the international community are concerned, the common interest to contrast and neutralise the enemy tends, on the level of current international law, to take on concrete form in the legal institution of interstate concerted action, of which the collective security system of the United Nations is today the most important and most formally regulated example in the field in question. Coercive interventions by individual States in order to contrast other “public” enemy States would be admissible, according to this trend, only if previously authorised by an ample interstate concerted action. Juridically inadmissible are totally unilateral interventions of States *uti universi*, that is acting in the presumed common interest for the protection of law and order and of the fundamental values of the international community.

ENEMIES AS CRIMINALS

MASSIMO DONINI, *The Terrorist-Foreigner as Enemy and the Contradictions of a Counter-terrorism Penal Jurisdiction.*

The phenomenon of international terrorism along with that of the control of immigration have been confronted employing diverse instruments, but all of them “counter-terrorist”: on one hand, extralegal or parapol forms of war and contrast, on the other hand, penal instruments entrusted to jurisdiction. The first solution, closer to the decisions of the United States during the Bush presidency, led to the covert violation of human rights and, for this reason, viewed jurisdictional control as an obstacle to the activity of countering and defending against terrorism. The second, typically European solution identified a lawful and guaranteed legal means of repression in penal law and its jurisdictional verification. However, these two perspectives, antithetical on the level of principles, have been adopted in point of fact in a politically complementary manner. The American solution safeguards jurisdiction from counter-terrorist functions. The European solution instead involves judges in warlike activities against the enemies of the State. The judge thus risks transforming from guarantor of the rules to he who uses the rules as weapons against someone. Departing from this critical perspective, the author analyses several recent legislative examples of forms of *Feindstrafrecht*, introduced in Italy.

ROBERTO BARTOLI, *The International Terrorist: Criminal Enemy or Absolute Enemy?*

The figure of the international terrorist represents a decisive test bed for the traditional categories of punitive law in a broad sense. If we attempt to describe, in a word, the typology of legal subject that incarnates this subject, we immediately realise that the titles of criminal and enemy are, in the end, insufficient. Indeed, on one hand, due to his markedly hostile perspective and international component, the terrorist is not considered as an out-and-out criminal, but instead as a sort of enemy on a par with a combatant. On the other hand, however, as a member of an organisation that does not exercise sovereignty over any territory, the international terrorist is considered a criminal, although anomalous. This difficulty in grasping the figure of the terrorist spawns the trend of placing him in new categories such as, for example, that of the enemy criminal or that of the criminal enemy, and even that of absolute enemy for whom the only effective instruments are oriented towards his total annihilation. This trend has fortunately been stemmed by the constitutional systems of the individual States, while the international system has proven to be not only more fragile and ineffective, but in several situations, it has lent itself to out-and-out exploitation by the major powers. Hence ensues the growing necessity for the international order to start playing an institutional role of a real and effective impartial defence of fundamental rights.

FEDERICA RESTA, *Enemies or Criminals? Fear and Freedom after 9/11.*

The current penal system, in Italy as abroad, delineates an increasingly marked contraposition between a 'law of guarantees', reserved to the authors of crimes that, although serious, are not represented as dangerous for the normative-social identity of the collectivity, and a 'law of the enemy', often prejudicial to the guarantees and fundamental rights of the defendant and reserved to those (from the terrorist to the migrant, from the social outsider to the political dissident) represented as dangerous because irreducibly 'other' with respect to a collectivity pervaded by a widespread sensation of insecurity, and an increasingly more fragile identity that needs confirmation. While this process is underlined after September 11, 2001 — giving rise, especially in the USA, to sanctionative measures fluctuating between law and war — its roots are deeper and sink inside the foundational tension of penal law itself, between freedom and authority, security of rights and right to security, individual guarantees and social defence.

Ragguagli Fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2007-2008

Sono stati graditi ospiti del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' per un soggiorno di studio il prof. Yoshikazu MURAKAMI della Jikei University di Tokyo, la dott.ssa Marcele GARCIA GUERRA della Universidade de São Paulo, la dott.ssa Olivia BIASINI della Universidad Carlos III de Madrid, il prof. Francisco INFANTE della Universidad Pablo de Olavide di Sevilla, la dott.ssa Elisabeth MARTINEZ della Universidad Michoacana de San Nicolas de Hidalgo (Messico).

È stato pubblicato il volume 37 dei 'Quaderni fiorentini', per un totale di pp. 744, con saggi, editi in italiano, inglese, tedesco, spagnolo, portoghese, fra gli altri, di COSTA, SORDI, CLAVERO, STOLLEIS, MARINUCCI, ABASOLO, CIANFEROTTI, PASCIUTA, CARTA, FERREIRA DA CUNHA, PENE VIDARI, BACCELLI, PIETROPAOLI, MARCHETTONI, ALVAREZ ALONSO, BIROCCHI.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati il volume 69 di Piero FIORELLI, *Intorno alle parole del diritto*, il volume 76 di Carlo FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, (Tomo I e II), il volume 77 di Rafael GARCIA PÉREZ, *Antes Leyes que reyes*, il volume 78 di Luciano MARTONE, *Diritto d'oltremare*, il volume 79 di Michael STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, il volume 80 di Paolo GROSSI, *Nobiltà del diritto*, il volume 81 di Andrea MARCHISELLO, *La ragione del diritto*, il volume 82 di Bartolomé CLAVERO, *Genocide or Ethnocide*.

È stato inaugurato in data 20 maggio 2008 il ciclo primaverile dei corsi di alta formazione del dottorato in "Universalizzazione dei sistemi giuridici: storia e teoria", che il Centro organizza in collaborazione con l'Istituto Italiano di Scienze Umane di Firenze ed il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Roma La Sa-

pienza. I corsi si sono poi effettivamente svolti secondo il seguente programma, coinvolgendo docenti e dottorandi di altri sedi.

20 maggio ore 16

Maurizia DE BELLIS, *Gli standards finanziari nel diritto globale*

27 maggio ore 15

Tavola rotonda, *Convergenze, incontri e scontri tra ordinamenti giuridici*

Vincenzo Varano - Presidente

Intervengono:

Sabino Cassese

Maria Rosaria Ferrarese

Ugo Mattei

Paolo Spada

28 maggio ore 10

Giacinto DELLA CANANEA, *Il due process of law è un principio del diritto globale?*

6 giugno ore 15

Tavola rotonda, *Soft law. Nuove forme di giuridicità nel diritto globale*

Paolo Grossi - Presidente

Intervengono:

Paolo Cappellini

Tomasz Giaro

Carlos Petit

Reiner Schulze

Alessandro Somma

10 giugno ore 10

Francesco PALAZZO, *Carta europea dei diritti e diritto penale*

13 giugno ore 16

Tavola rotonda, *Alle origini dello ius publicum europaeum*

In occasione della traduzione italiana del volume di Michael STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania. Pubblicità dell'impero e scienza di polizia* ne discutono con l'autore:

Luca Mannori

Pierangelo Schiera

Bernardo Sordi

Presiede Maurizio Fioravanti

I corsi di alta formazione sono quindi ripresi nell'autunno a

Roma presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Roma La Sapienza secondo il seguente programma:

1. IL PROGRESSO DELLA GLOBALIZZAZIONE (PER SETTORI)

17 novembre ore 10

SALVATORE ZAPPALÀ, *I diritti umani*

18 novembre ore 16

STEFANO BATTINI, *La disciplina della concorrenza*

19 novembre ore 16

BRUNO CAROTTI, *Il diritto di Internet*

20 novembre ore 16

MAURIZIA DE BELLIS, *Il diritto degli intermediari finanziari*

24 novembre ore 16

MARTA D'AURIA, *Il diritto dell'ambiente*

25 novembre ore 10

MAURIZIO SCIUTO, *Il diritto del dissesto delle imprese*

26 novembre ore 10

HILDE CAROLI CASAVOLA, *Il diritto dei contratti pubblici*

27 novembre ore 10

TULLIO TREVES, *Il diritto del mare*

2. LA PROSPETTIVA STORICA

17 novembre ore 16

MARIO FIORENTINI, *La libertà dei mari e di navigazione: dai giuristi romani al giusnaturalismo moderno*

21 novembre ore 10

VINCENZO MANNINO, *Il diritto delle acque*

27 novembre ore 11,30

LAURA MOSCATI, *Il diritto delle acque*

3. COME OPERANO E COLLABORANO LEGISLATORI, GIUDICI E DOTTRINA NELLA DIMENSIONE GLOBALE?

28 novembre ore 16

Tavola rotonda

Maria Rosaria Ferrarese

Giandomenico Falcon

Giuseppe Martinico

Nel corso del 2008 si è pure portato a compimento l'inserimento in Internet, nel sito del Centro (www.centropgm.unifi.it: pagina "Quaderni on line") dei numeri arretrati dei Quaderni fiorentini, a partire dal I volume edito nel 1972 e sino al vol. 33/34 edito nel 2004/5. Si è reso così disponibile un rilevantissimo materiale di ricerca pluri-lingua, direttamente accessibile dai sommari dei volumi o dal catalogo per autore, riversando in rete i contenuti di oltre 40 tomi, per complessive 25.000 pagine a stampa.

	pag.
PIETRO COSTA, <i>Pagina introduttiva. I diritti dei nemici: un ossimoro?</i>	1
 CATEGORIE E STRATEGIE DELL'INIMICIZIA	
GEMINELLO PRETEROSI, <i>L'ovvia verità del 'politico'. Diritto e ostilità in Carl Schmitt</i>	43
PIER PAOLO PORTINARO, <i>La spada sulla bilancia. Funzioni e paradossi della giustizia politica</i>	75
 I NEMICI DELLA CITTÀ	
GIULIANO MILANI, <i>Banditi, malesardi e ribelli. L'evoluzione del nemico pubblico nell'Italia comunale (secoli XII-XIV)</i>	109
 I NEMICI DELLA SOCIETAS CHRISTIANA	
TOMAŽ MASTNAK, <i>The Muslims as Enemy of Faith: The Crusades as Political Theology</i>	143
DIEGO QUAGLIONI, « Christianis infesti ». <i>Una mitologia giuridica dell'età intermedia: l'ebreo come 'nemico interno'</i>	201
CARLOS GARRIGA, <i>Enemigos domésticos. La expulsión católica de los moriscos (1609-1614)</i>	225
MICHELE LUMINATI, <i>Gli anabattisti: i nemici 'giurati' della Chiesa e dello Stato</i> . .	289
 I NEMICI DELLA RIVOLUZIONE	
ROBERTO MARTUCCI, <i>Lesà nazione, lato oscuro dell'Ottantanove. La rivoluzione francese e il suo nemico interno (1789-1791)</i>	321
 I NEMICI DELL'ORDINE	
GIOVANNI CAZZETTA, <i>Qui delinquit amat poenam. Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna</i>	421
MARIA PIA PATERNÒ, <i>La rivoluzione come nemico: giacobini, patrioti e cospiratori nell'Europa della Restaurazione</i>	495

CARLOTTA LATINI, <i>Processare il nemico. Carboneria, dissenso politico e penale speciale nell'Ottocento</i>	553
GIAMPIETRO BERTI, <i>La sovversione anarchica in Italia e la risposta giudiziaria dello Stato (1874-1900)</i>	579
GIOVANNA PROCACCI, <i>La limitazione dei diritti di libertà nello Stato liberale: il piano di difesa (1904-1935), l'internamento dei cittadini nemici e la lotta ai 'nemici interni' (1915-1918)</i>	601
FLORIANA COLAO, « Hanno perduto il diritto di essere ancora considerati figli d'Italia ». I 'fuoriusciti' nel Novecento	653
ENZO COLLOTTI, <i>Ordine e terrore nei campi di concentramento nazisti</i>	701
 <i>I NEMICI DELLA RAZZA</i>	
BARNABA MAJ, <i>La costruzione dell'ebreo come nemico 'interno' ed 'esterno' nei testi ideologici e nella propaganda del nazionalsocialismo</i>	733
 <i>I NEMICI DELLA COSTITUZIONE</i>	
CHIARA BOLOGNA, <i>Difendere la costituzione o difendere i suoi nemici? Il caso del maccartismo</i>	795
 <i>I NEMICI DELLA SICUREZZA</i>	
SEBASTIÁN MARTÍN, <i>Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970)</i>	861
MONICA STRONATI, <i>Il brigante tra antropologia e ordine giuridico: alle origini di un'icona dell'uomo criminale nel XIX secolo</i>	953
PAOLO MARCHETTI, <i>Le 'sentinelle del male'. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico</i> . .	1009
ELISABETTA GRANDE, <i>Povero nemico. Diritti negati negli Stati Uniti d'America</i> . .	1081
 <i>I NEMICI NELL'ORDINE INTERNAZIONALE</i>	
ALDO ANDREA CASSI, <i>Lo ius in bello nella dottrina giusinternazionalista moderna. Annotazioni di metodo e itinerari d'indagine</i>	1141
STEFANO PIETROPAOLI, <i>Jus ad bellum e jus in bello. La vicenda teorica di una « grande dicotomia » del diritto internazionale</i>	1169
FILIPPO RUSCHI, <i>Communis hostis omnium. La pirateria in Carl Schmitt</i>	1215
FRANCESCO MANCUSO, <i>Le Droit des gens come apice dello jus publicum europaeum? Nemico, guerra, legittimità nel pensiero di Emer de Vattel</i>	1277
LUIGI NUZZO, <i>Un mondo senza nemici. La costruzione del diritto internazionale e il controllo delle differenze</i>	1311

MICHEL SENELLART, <i>Droit de l'humanité et humanisation de la guerre selon J.C. Bluntschli (1808-1881)</i>	1383
FRANCESCO SALERNO, <i>Il nemico 'legittimo combattente' all'origine del diritto internazionale dei conflitti armati</i>	1417
LAURA PASSERO, <i>Dalle Convenzioni di Ginevra alla 'bancarotta' del diritto internazionale. Il rapporto tra il 'nuovo' jus in bello otto-novecentesco e la catastrofe della prima guerra civile europea</i>	1479
MARCELLO FLORES, <i>Crimini contro l'umanità e crimine di genocidio: contraddizioni e problemi da Norimberga a oggi</i>	1505
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>No distinction shall be made: sujeto sin derechos y enemigo sin garantías en la Declaración Universal de Naciones Unidas, 1945-1966</i>	1547
GIUSEPPE PALMISANO, <i>Nemici 'privati' e nemici 'pubblici' nella società degli Stati: riflessioni dal punto di vista del diritto internazionale</i>	1621

I NEMICI COME CRIMINALI

MASSIMO DONINI, <i>Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta</i>	1699
ROBERTO BARTOLI, <i>Il terrorista internazionale: criminale, nemico o nemico assoluto?</i>	1725
FEDERICA RESTA, <i>Nemici o criminali? Paura e libertà dopo l'11 settembre</i>	1761

LETTURE

M. BERTOLISSI, G. DUSO, A. SCALONE (a cura di), <i>Ripensare la costituzione</i> (M. Gregorio)	1829
E. GENTILE, <i>Il fascino del persecutore - George L. Mosse e la catastrofe dell'uomo moderno</i> (I. Stolzi)	1833
G.W. LEIBNIZ, <i>Politische Schriften</i> (L. Basso)	1848
F. MIGLIORINO, <i>Il corpo come testo. Storie del diritto</i> (R. Righi)	1855
M. PIGNATA, <i>Dominium e possessio tra ius e factum</i> (P. Grossi)	1861
A. RIVERA GARCÍA, <i>Reacción y revolución en la España liberal</i> (S. Martín)	1864
R. SACCO, <i>Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto</i> (F.S. Nisio)	1870

A PROPOSITO DI...

GIUSEPPE DUSO, <i>Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo</i>	1881
PAOLO GROSSI, <i>Tra fatto e diritto</i>	1899

SIMONETTA SCANDELLARI, <i>Appunti storiografici a proposito della guerra di Indipendenza spagnola (1808-1812)</i>	1913
ABSTRACTS	1921
RAGGUAGLI FIORENTINI	
<i>Attività del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2007-2008</i>	1945

Pietro COSTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Geminello PRETEROSSÌ

Prof. Associato di Filosofia del diritto — Università di Salerno

Pier Paolo PORTINARO

Prof. Ordinario di Filosofia politica — Università di Torino

Giuliano MILANI

Ricercatore di Storia medievale — Università di Roma 'La Sapienza'

Tomaž MASTNAK

Director of Research — Institute of Philosophy in the Scientific Research, Centre of the Slovenian Academy of Sciences and Arts

Diego QUAGLIONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Trento

Carlos GARRIGA

Catedrático de Historia del Derecho — Universidad del País Vasco — Universidad Autónoma de Madrid

Michele LUMINATI

Ordinarius für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie — Universität Luzern *Direktor lucernauris - Institut für juristische Grundlagen*

Roberto MARTUCCI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche — Università del Salento

Giovanni CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

Maria Pia PATERNÒ

Prof. Associato di Storia del pensiero politico contemporaneo — Università di Camerino

Carlotta LATINI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Camerino

Giampietro BERTI

Prof. Ordinario di Storia contemporanea — Università di Padova

Giovanna PROCACCI

Prof. Ordinario di Storia contemporanea — Università di Modena e Reggio Emilia

Floriana COLAO

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Siena

Enzo COLLOTTI

Prof. Emerito di Storia contemporanea — Università di Firenze

Barnaba MAJ

Prof. Associato di Filosofia morale — Università di Bologna

Chiara BOLOGNA

Ricercatrice di Diritto pubblico comparato — Università di Bologna

Sebastián MARTÍN

Doctor e investigador contratado 'Juan de la Cierva' — Universidad de Sevilla

Monica STRONATI

Ricercatrice di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Macerata

Paolo MARCHETTI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Teramo

Elisabetta GRANDE

Prof. Ordinario di Diritto Comparato — Università del Piemonte Orientale

Aldo Andrea CASSI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Brescia

Stefano PIETROPAOLI

Assegnista di Filosofia del diritto — Università di Brescia

Filippo RUSCHI

Ricercatore di Filosofia del diritto — Università di Firenze

Francesco MANCUSO

Prof. Associato di Filosofia del diritto — Università di Salerno

Luigi NUZZO

Prof. Aggregato di Storia del diritto medievale e moderno — Università del Salento

Michel SENELLART

Professeur de philosophie politique — École Normale Supérieure des Lettres et Sciences Humaines de Lyon

Francesco SALERNO

Prof. Ordinario di Diritto internazionale — Università di Ferrara

Laura PASSERO

Dottore di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno — Università di Siena

Marcello FLORES

Prof. Ordinario di Storia contemporanea — Università di Siena

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

Giuseppe PALMISANO

Prof. Ordinario di Diritto internazionale — Università di Camerino

Massimo DONINI

Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Modena e Reggio Emilia

Roberto BARTOLI

Prof. Associato di Diritto penale — Università di Firenze

Federica RESTA

Dottore di ricerca in Diritto penale — Università di Foggia

Massimiliano GREGORIO

Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Irene STOLZI

Ricercatrice di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Luca BASSO

Prof. a contratto di Filosofia politica — Università di Padova

Roberto RIGHI

Ricercatore di Filosofia del diritto — Università di Roma 'La Sapienza'

Paolo GROSSI

Accademico dei Lincei — Giudice della Corte Costituzionale

Francesco Saverio NISIO

Prof. Associato di Filosofia del diritto — Università di Foggia

Giuseppe DUSO

Prof. Ordinario di Filosofia politica — Università di Padova

Simonetta SCANDELLARI

Prof. Associato di Storia delle istituzioni politiche — Università di Ferrara

