

Domenico Bilotti

Incontri mancati de Vitoria e de Mariana non arrivano a Gaza

Abstract

While foreign policy and international affairs are increasingly showing a new kind of worldwide tension, the legal reflections on concepts such as ‘just’ and ‘unjust’ wars seem to have attracted a deeper level of attention. The most common conclusion is that an accepted system of interstate regulation has failed to hold influence, and as a result, the proper international jurisdictions are struggling to tackle serious daily violations.

Many of these issues could be reasonably predicted because lack of effectiveness has always been the weakest aspect of the international legal protection of fundamental liberties. The effort to curb the occurrence of wars has been an important part of attempts to theorize an equitable legal framework. The scholars most engaged in this ‘transeposal enterprise’ (Francisco Suárez, Juan de Mariana, Francisco de Vitoria, among others) have strongly emphasized the importance of harmony, support for the common good and the need for an insurmountable limit of proportionality in military conflicts. It has been a precise argumentative strategy more than a dogmatic collection of implicit and/or fixed inherent principles.

The main risk in re-reading these classic texts lies in assuming that their theses are self-evident, autonomously and automatically adaptable to the current political landscape. This essay will argue that the doctrines analyzed need to be traced back to the period in which they first emerged in order to recognize their peculiar religious-cultural heritage. Only then can a conscious valorization of international human rights discourse be endeavored.

Keywords: War, Religion, International Law, Human Rights, Scholasticism.

Abstract

Mentre la politica estera e gli affari internazionali vanno sempre di più dimostrando un crescente e inedito tipo di tensione planetaria, la riflessione giuridica su concetti come guerre “giuste” e “ingiuste” sembra aver raggiunto un più profondo livello di attenzione. L’impressione prevalente è che un sistema accettato di regolazione interstatale sia venuto meno e le giurisdizioni internazionali competenti hanno adesso costanti difficoltà nell’affrontare violazioni quotidiane.

Molte di queste problematiche erano ragionevolmente prevedibili perché la mancanza di effettività è sempre stata la componente più debole nella protezione giuridica internazionale delle libertà fondamentali. Lo sforzo teorico di ridurre l’occorrenza delle guerre era una parte tipica dell’aulico tentativo di realizzare un contesto normativo egualmente libero e gli studiosi più coinvolti in tale consapevolezza (tra gli altri, Francisco Suárez, Juan de Mariana, Francisco de Vitoria) hanno significativamente sottolineato l’importanza del bene comune, della concordia e del limite invalicabile di una reazione proporzionale nei conflitti armati. Si trattava di una precisa strategia argomentativa più che di una raccolta dogmatica di principi non scritti e non modificabili.

Il rischio principale nel rileggere quei classici probabilmente è quello di assumerne le tesi come se si eseguissero da sé, autonomamente e automaticamente adattabili alle implicazioni odierne. Le dottrine ecclesiastiche qui analizzate piuttosto hanno bisogno di essere ricondotte al periodo in cui sorsero allo scopo di riconoscerne la peculiare matrice culturale e di portarne avanti una consapevole valorizzazione nel discorso internazionale sui diritti umani.

Parole chiave: Guerra, Religione, Diritto internazionale, Diritti umani, Scolastica.

Sommario: 1. Due antefatti: del diritto di “reazione” e del contenzioso giurisdizionale nella comunità tra Stati. – 2. L’argomentazione *sostenibile*: tortura, pena di morte e guerra. “Alleviare” per scongiurare. – 3. L’abbattimento del vincolo di proporzionalità. – 4. L’insurrezione per ragioni di giustizia: deporre il tiranno o imporre l’ordine? – 5. La ragione del più forte: libertà civili e “contrattazione asimmetrica”. – 6. (Spiacevoli) conclusioni. *Nominor quoniam leo...* una volta ancora o per sempre?

1. Due antefatti: del diritto di “reazione” e del contenzioso giurisdizionale nella comunità tra Stati

Il 26 gennaio del 2024 la Corte internazionale di giustizia ha emesso un’ordinanza provvisoria nell’ambito del procedimento tra Sudafrica e Israele¹. In particolar modo, in quel provvedimento, si imponeva ad Israele di adottare tutte le possibili misure per prevenire e punire ogni ipotesi di incitamento diretto e pubblico alla commissione di un genocidio. Questo contenuto dispositivo, largamente inattuato, anche perché difficile da fare eseguire nelle opinioni pubbliche interne agli Stati, era viepiù accompagnato da una nota atta a far proseguire e non ostruire l’arrivo di aiuti umanitari a Gaza. Va pur pleonasticamente rimarcato che la giurisdizione adita rivolge i propri poteri decisori nei confronti dei governi degli Stati, non in riferimento alle loro vicende politiche interne. I due piani, sebbene assolutamente non comparabili sul piano prettamente formale, non è raro possano tuttavia influenzarsi vicendevolmente. La denuncia del Sudafrica, risalente al dicembre 2023, aveva costituito l’atto di avvio della procedura, a seguito della presentazione di un esposto sulla base dell’art. IX della Convenzione delle Nazioni Unite per la prevenzione e la repressione del genocidio. Nella prospettiva di parte, in sostanza, si riteneva Israele colpevole di commettere o tollerare atti di genocidio contro il popolo palestinese. E le condotte integranti tale particolare ipotesi criminosa venivano considerate tutte le azioni armate seguite agli attacchi del movimento politico di Hamas il 7 ottobre del 2023². La Corte internazionale, tuttavia, pur monitorando il comportamento delle autorità israeliane, non aderiva appieno alla memoria sudafricana, respingendo perciò la richiesta di ordinare un “cessate il fuoco” e non ingiungendo formalmente a Israele di sospendere i combattimenti.

La decisione ha sollecitato un immediato dibattito e, a distanza di alcuni mesi dall’ordinanza, sono venute alla luce le più probanti implicazioni giuridiche della medesima. C’è chi ha rivendicato l’opportunità di modificare la nozione internazionalistica del genocidio, visto che un programma genocidiario passa da una pluralità fenomenologica di comportamenti distruttivi, non più immediatamente riconducibili al disposto convenzionale³. Tale opinione, pur convincente nei suoi presupposti sostanziali, non può però integralmente essere accolta, perché la definizione di genocidio ha una evidente componente teleologica tale da riconoscerne gli estremi in un catalogo aperto di azioni armate e non armate – di là dal fatto che si arrivi o meno a fissarne una volta per tutte una denominazione scritta. Un criterio definizionale esageratamente nominalistico avrebbe così l’effetto opposto rispetto a quello che si intesta, reagendo all’indeterminatezza legislativa: restringerebbe le ipotesi applicative, privando della debita tutela gruppi aggrediti secondo modalità inedite, non

¹ Per il testo integrale vedasi <https://www.icj-cij.org/node/203447>.

² Il 7 ottobre del 2023 l’associazione Hamas (acronimo per l’arabo “Movimento islamico di resistenza”) ha sferrato attacchi missilistici simultanei verso Israele, rivendicando peraltro alcune azioni d’assalto compiute dai suoi combattenti sul territorio avverso.

³ Una prima panoramica su queste impostazioni in Bilotti (2019).

convenzionali e non testualizzate. C'è poi da aggiungere che il genocidio rappresenta il più grave crimine internazionale, ma non l'unico: anche quando non ne ricorrono i puntuali estremi, non è priva di responsabilità la condotta del governo che pone in essere atti comunque discriminatori, persecutori e addirittura omicidari⁴.

Suscitava, piuttosto, motivato interesse che la Corte reiterasse l'orientamento consolidato di applicare anche alla Palestina la Convenzione: il suo ancora non del tutto compiuto riconoscimento giuridico la espone geneticamente a una situazione di fragilità nella comunità internazionale⁵. È ovvio che la legislazione internazionale in materia di prevenzione e repressione del genocidio prescinda dalla determinazione dei confini territoriali o dalla qualificazione normativa del gruppo che ne fosse oggetto. L'impressione sul piano sostanziale, d'altra parte, è quella opposta di vedere Stati non formalmente riconosciuti *in pleno iure* nella comunità internazionale anche maggiormente esposti a violazioni. La reazione israeliana veniva oltre a ciò censurata anche in ragione della sfasatura di obiettivi che iniziava a profilarsi: non più la soppressione (che fosse fisica o giudiziaria) di un gruppo combattente che aveva minato la legalità istituita e la pubblica incolumità, ma un ben più marcato attacco alla popolazione civile, peraltro a volte addirittura di cittadinanza israeliana. L'azione militare appariva perciò rivolta contro tutti i territori palestinesi *tout court*, più che selettivamente orientata a sconfiggere militarmente l'organizzazione di Hamas. In questo iato, sorgeva il tentativo della Corte di ravvicinare le posizioni di Sudafrica e di Israele: favorire gli aiuti umanitari, ma non sospendere il combattimento; prevenire e reprimere la commissione di un genocidio, ma non dover ordinare la cessazione delle ostilità. Come ben si intuisce, trattasi di un punto di equilibrio chiaramente condivisibile sulla carta e tuttavia ben più complesso da canalizzare nella pratica (al punto che in successivi disposti ordinanziali del 24 maggio del 2024 si doveva giungere alla richiesta di cessazione immediata del combattimento).

La mancata interruzione del conflitto proseguiva ad essere attenzionata dalle giurisdizioni internazionali, se, secondo criteri di competenza differenti, la Corte penale internazionale il 21 novembre del 2024 spiccava mandati d'arresto, pronunciandoli all'unanimità, nei confronti del Primo ministro israeliano Benjamin Netanyahu e del suo ex ministro della difesa Yoav Gallant, per presunti crimini commessi tra l'8 ottobre del 2023 (subito dopo gli attentati rivendicati da Hamas) e il 20 maggio del 2024⁶. Si tratta di provvedimenti adottati da una Camera preliminare, in ogni caso basati sullo scrutinio di *fondati motivi* a favore dell'accusa. L'indagine della Corte, per altro verso, era già stata avviata nel 2021 e il governo israeliano aveva rinunciato ad agire. Non solo: anche la CPI ribadiva l'efficacia della propria giurisdizione sulla Palestina (come la CIG aveva nuovamente statuito l'applicabilità ad essa della Convenzione delle Nazioni Unite).

A determinare profili di responsabilità in capo a Gallant e Netanyahu è stata, ad avviso della Corte, in primo luogo la natura politica degli atti compiuti – non altrimenti legittimati sulla base di evidenze militari oggettive. Il mandato d'arresto non contiene, come è doveroso precisare, alcun definitivo accertamento nel merito della condotta eventualmente censurata, né un puntuale giudizio sulle responsabilità individuali. Tra i presupposti logici della sua emissione, rientra in ogni caso una prima valutazione sulle circostanze di fatto, altrimenti la misura non verrebbe adottata.

⁴ Gaita (2005: 157-159); O' Halloran (2018: 27-28).

⁵ Imseis (2023: 205-208).

⁶ Il quadro pre-procedimentale è esaustivamente presentato in <https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges>.

Deve notarsi che lo stesso tipo di provvedimento adottato nei confronti del presidente israeliano era stato precedentemente spiccato anche nei riguardi del presidente della Federazione russa⁷. Tale aspetto, sul piano geopolitico, sembrerebbe segnalare che le violazioni dei diritti umani avvengono, pur dietro cornici ordinamentali differenti, tanto in Paesi filo-occidentali quanto in Paesi anti-occidentali (almeno nelle rivendicazioni politiche). La tutela e la lesione dei diritti umani possono entrambe cioè avvenire al di là della conformazione internazionalistica dello Stato in cui si realizzano. Ciò comprova viepiù che negli scenari di guerra, in realtà, il discorso sui diritti umani, sebbene acquisendo drammaticità e importanza, perde la possibilità di ricevere quell'attuazione puntuale che ci si aspetta da una dottrina umanitaria basata sul principio di effettività. La rinnovata contrapposizione per blocchi in questo periodo storico aveva ampiamente dimostrato tale involuzione, visto che le violazioni dei diritti umani e anche del diritto internazionale convenzionale erano state più frequenti delle attese, pure presso quei sistemi che se ne erano, più o meno strumentalmente, assunti l'obbligo di protezione. Deve tuttavia aggiungersi un elemento non meno preoccupante.

La Corte penale internazionale era stata a lungo ritenuta, nonostante tutte le comprensibili difficoltà di messa in opera, una pietra miliare nella costruzione pure in senso formale di un ordine giuridico cosmopolitico⁸. Proprio alcuni dei più noti conflitti in atto (in Palestina e in Ucraina) vanno in direzione opposta: si scopre che la ratifica della regolazione internazionalistica ha lasciato numerose possibilità di *output* ai contraenti e che peraltro quella ratifica non è avvenuta in tutti gli ordinamenti⁹. Al contrario: gli Stati ritenuti più influenti nell'agone internazionalistico non hanno mai proceduto, nel nome di un sovente addirittura dichiarato "tenersi le mani libere", per potere agire militarmente su territori diversi dal proprio. L'inquietudine determinata da questo presupposto decisionale è evidente.

Il promesso ordine giuridico cosmopolitico, basato su alti livelli di pacificazione e su organi giurisdizionali capaci di saturare le ferite inferte a un equilibrio di non belligeranza, non è insomma mai venuto ad esistenza. Non solo perché le pronunce di quegli organi hanno evidenti problematiche di effettività (e un impatto sanzionatorio e coercitivo modesto, che qui non si ritiene in ogni caso e per forza un limite di funzionamento), ma anche perché, mentre si gettavano le incerte basi di un sistema globale di protezione dei diritti, gli attori più forti ne restavano intenzionalmente al lato e addirittura fuori. Ne presentavano l'evanescenza o piuttosto e in radice non avrebbero mai fatto parte di un quadro di relazioni interstatali che non avrebbe potuto far altro che contenerne e limitarne le pretese egemoniche?

Alcuni degli Autori che sono messi in apice al moderno discorso sui diritti umani hanno per tempo segnalato l'importanza delle giurisdizioni, soprattutto quelle istituite sulla base di un accordo tra parti paritetiche. Nell'ambito di quelle trattazioni sono progressivamente emersi argomenti che, almeno sul piano statistico, hanno mantenuto una specifica attualità, poiché riguardanti condotte, lecite e illecite, di ancora troppo diffusa occorrenza quantitativa. Nel seguito dell'analisi, perciò, non stupirà che un ruolo particolare sarà assegnato al pensiero del domenicano spagnolo Francisco de Vitoria e del teologo gesuita Juan de Mariana. Il primo è riconosciuto l'apportatore al dibattito sul diritto internazionale delle nozioni di proporzionalità nelle azioni di guerra e, a monte, di liceità della reazione in armi¹⁰, sebbene a condizioni paradossalmente più restrittive di quanto oggi avvenga nell'attualità

⁷ Elementi di interesse sul procedimento in Cacciatori (2024: 169-170).

⁸ Biedendorf (2019: 3); una prospettiva più scettica in Roach (2006: 110-122).

⁹ Maserà (2020: 103-105); Veronesi (2017: 75-76).

¹⁰ Newton, May (2014: 62-63); Villey (1986: 309-310).

geodiplomatica e internazionalistica. Il secondo, invece, portò a compimento il pensiero degli Autori ecclesiastici a lui precedenti, soprattutto in riferimento al diritto di deporre il tiranno fino addirittura alla sua fisica destituzione – questa visione attenta al rovesciamento dell’ autorità abusiva riverberava in una pari tensione critica contro le pretese tanto coercitive quanto patrimoniali del potere¹¹. Non sarà difficile notare, ad esito dell’ analisi, il loro frequente fraintendimento, non meno che l’ impossibilità tuttavia di attualizzarne pedissequamente l’ opera, senza un previo lavoro di *traduzione* di quelle tesi alle istanze universalistiche che si pone di raggiungere il discorso sui diritti umani.

2. L’ argomentazione *sostenibile*: tortura, pena di morte e guerra. “Alleviare” per scongiurare

Le ipotesi più radicali e trasformative nel diritto hanno dovuto spesso misurarsi su contesti poco disponibili alla transizione delle fonti e alla mitigazione dei regimi punitivi. È sostenibile, anzi, che la più parte d’ esse sia riuscita a raggiungere la contemporaneità della riflessione giuridica proprio per il modo in cui i rispettivi Autori ne avevano reso accettabile e non minaccioso per la legalità costituita il contenuto essenziale. In alcuni periodi, cioè, e soprattutto sotto regimi particolarmente consolidati o dispotici, grava sul giurista l’ ulteriore incombenza di prospettare concrete possibilità riformatrici presentandole a una realtà collettiva che necessita primariamente di essere rassicurata circa la loro natura di piena compatibilità e armonizzabilità. La casistica giuspubblica, quanto invero quella giusprivatistica, offre precedenti sufficientemente significativi al riguardo.

Enrico da Susa, ad esempio, voleva convintamente difendere il divieto biblico di usure, ma non poteva ignorare che la nascente società mercantile del suo tempo avesse costantemente bisogno di investimenti, remunerazione del credito, ripartizione del debito tra più soggetti dello scambio commerciale¹². È per tali ragioni che intese circoscrivere il più possibile la cornice di liceità dei rapporti obbligazionari, continuando a perorare un regime particolarmente afflittivo per l’ usuraio e i suoi aventi causa. Chiarito che non avrebbe mai potuto violare la schiettezza e l’ imperativo del mandato biblico, fu poi in grado di scrivere pagine orientanti sui crediti sociali, in grado così di disciplinare secondo criteri morali la circolazione dei titoli di credito¹³.

In tempi a noi più vicini, e per controversie dottrinali che riguardano più specificamente temi insiti nella presente ricerca, Grozio e Suárez affrontarono con lo stesso piglio prudenziale il tema della guerra “giusta”: più si precisavano le tassative circostanze di liceità dell’ azione bellica, più si sarebbe stati certi di poter appellare *ex tunc* come ingiuste tutte le altre ipotesi¹⁴. Erano del resto voci accorte, di provenienza culturale diversa, che vedevano un continente profondamente stremato dalle guerre di religione, nonché dalle ancora troppo frequenti carestie ed epidemie: occorreva combattere il morbo della guerra, senza tuttavia smentire *in toto* il blocco diffuso di saperi e valori. Persino de Las Casas, il sostenitore della soggettività giuridica originaria delle comunità indigene e della sicura afferenza dei loro membri al genere umano¹⁵, preferì adottare un approccio meno dirompente di quanto ci restituisca

¹¹ Cfr. Jinno (2021: 63-77).

¹² Sulla posizione equitativa di Enrico da Susa, Ferrante (2008: 43-44); in termini più generali sul metodo d’ analisi, Gerosa (1996: 53).

¹³ Gregg (2007: 7-8).

¹⁴ Questa strategia argomentativa era largamente dissodata in Walzer (1990).

¹⁵ Anaya (2004: 16-17); Orique (2021: 168-169).

la storiografia odierna. Le sue tesi erano chiaramente antischiavistiche, fortemente avverse alle conversioni forzate e soprattutto primi segnali di una critica radicale al processo coloniale predatorio e usurpativo. Quando però si spinse a motivare la sua benevolenza nei confronti degli autoctoni delle nuove terre scoperte, finì per utilizzare un principio di somiglianza tra invasori e invasivi che oggi non potrebbe essere trasportato *sic et simpliciter* alla demografia migratoria. Gli *indios* appartenevano alla specie umana in condizioni di pariteticità perché erano bravi lavoratori, potevano assumere i sacramenti e non commettevano illeciti. Esattamente come i *buoni cristiani*. Lo pensasse o meno, Las Casas avrebbe potuto e dovuto dire più radicalmente che gli *indios* erano a tutti gli effetti umani, anche se avessero rubato, ucciso e rinnegato il battesimo: il punto è che tale conclusione, posta proprio in questi termini, sarebbe stata irricevibile per il suo tempo.

Nella dottrina italiana, avanzando ancora nei secoli, spesso si ricorda il contributo intellettuale giungente dalla dottrina illuministica milanese, in particolar modo da Cesare Beccaria¹⁶. La fortuna delle sue opere fu decisiva per affermare il superamento della pena di morte e della tortura e, almeno per certi aspetti, anche per contestare le lunghe detenzioni in assenza di condanna e l'abuso dei poteri coercitivi da parte degli organi della pubblica sicurezza.

Nonostante siffatta e giustamente riconosciuta benemerita, non si può considerare Beccaria un abolizionista in senso stretto, soprattutto non nei termini in cui l'abolizionismo penale è stato utilizzato a partire dalla scuola critica di Chicago dagli anni Sessanta del Novecento in poi¹⁷. In altre parole, Beccaria non postulò l'universale abolizione della pena di morte e della tortura, ma ne perorò una drastica riduzione in termini tuttavia strettamente utilitaristici. Che utilità poteva avere la confessione ottenuta tramite la tortura, come accertare in giudizio la sua genuinità? La pena di morte può mai avere lo stesso significato se irrogata in tempo di guerra o in tempo di pace? Non avrebbe lo Stato, soprattutto in quest'ultimo caso, rischiato di muovere contro il singolo, tramite l'apparato pubblico, una condotta in tutto e per tutto di guerra, con l'aggravante della evidente sproporzione di mezzi e difese? È verosimile che Beccaria, riletto nel complesso della sua opera, davvero ambisse all'integrale abolizione tanto della tortura quanto delle esecuzioni capitali¹⁸. Per concorrere a tale obiettivo, soprattutto in un periodo di lunga durata, ebbe però bisogno di porgere le sue argomentazioni in modo che fossero recepite anche innanzi una platea che non aveva mai espressamente considerato l'abrogazione delle norme sulla tortura e sulla condanna a morte.

Questa lunga casistica espositiva è sufficiente a giustificare come mai de Vitoria partisse da argomenti ben più che tradizionali per elaborare la sua teoria della guerra giusta. Il solco era stato chiaramente tracciato nel pensiero agostiniano¹⁹, che aveva messo a punto una metodologia quadripartita per giungere alla giustificabilità della guerra medesima. Occorreva innanzitutto che fosse mossa da un'autorità competente – ciò valeva peraltro a distinguerla da forme di tumultuosità e insurrezione, che anche quando si concludano in un rovesciamento costituzionale e implicino la dispersione dei vinti non prendono le mosse da atti di guerra in senso proprio. L'autorità competente deve però agire per retta intenzione: un sovrano non può attaccare un regno altrui a solo scopo di bottino, sacco o ratto. Ciò è ancora più evidente quando de Vitoria riprende la teoria agostiniana delle giuste cause, speculari rispetto a quelle certamente ingiuste e perciò deprecabili. È possibile vendicare

¹⁶ Sul rischio di poco meditate rivisitazioni, Burgio (1991: 14-15).

¹⁷ Sulle sensibilità abolizionistiche dalla seconda metà del Novecento, Green (2014: 269-342).

¹⁸ Di questo avviso, ad esempio, Tessitore (2008: 8-19).

¹⁹ Con molta attenzione il dato emerge in Mattox (2006: 165-175).

l'offesa subita (de Vitoria prenderà spunto da questo aspetto per approfondire il tema della proporzionalità); parimenti lecito recuperare i beni sottratti e provvedere al risarcimento dei danni patiti. La guerra, inoltre, è giusta, secondo i due teologi, quando ha come scopo il ristabilimento della pace.

Si tratta di un fattore opinabile, oltre che largamente strumentalizzato nella prassi delle relazioni interstatali e inter-ordinamentali. Si partecipa alla guerra per ripristinare l'ordine violato solo in quanto la si vince e si impongono condizioni di pace agli sconfitti. Si auspica che i trattati concludano le guerre, ma è di gran lunga meglio quando essi riescono a prevenirle, a regolarle, addirittura a scongiurarle.

Questo concetto poteva andare bene all'ordine politico cristiano²⁰, nel quale la motivazione di difendere la fede era idonea a pretendere la liberazione dagli infedeli, ma non è così sul piano delle relazioni geopolitiche odierne: partecipare a un'azione di guerra, fornendo supporto o con proprio esercito, non sempre significa rinforzare il combattente nella ragione, sconfiggendo così quello nel torto. La storia dei conflitti bellici mondiali ha anzi dimostrato, persino sul piano giuridico dei trattati internazionali, che l'intervento di nazioni esterne a un conflitto procede sovente per cerchi concentrici, allargando la schiera dei belligeranti e spesso aumentando a dismisura gli scenari fisici dello scontro. Può perciò la guerra ristabilire la pace? Meglio: è sicuro che una guerra sia sempre in grado di ristabilire la pace, di essere meno cruenta dell'offesa che la precede?

In ultimo, per Agostino, occorre che la guerra sia condotta rispettando il diritto a dichiararla e il vincolo di riparare la lesione subita: in altre parole, sia pure non facendone un capo autonomo del discorso, anche la prospettiva agostiniana inizia a prendere in considerazione il tema della proporzionalità nei fatti di guerra, ma per ragioni storiche contingenti (e anche per differente approccio teoretico) non approda a una sua messa alla prova. Questo *test* è invece necessario a de Vitoria, perché il quadro storico è divenuto più complesso e l'intervento armato ha almeno due visibili declinazioni pratiche. Da un lato, stanno avvenendo nei nuovi territori scoperti vere e proprie guerre di conquista, che incrementano la forza dei diversi regni, ma che difficilmente riescono a trovare appropriata giustificazione teologico-giuridica (ci si proverà, allegando il dovere di evangelizzare i popoli sottomessi, ma non è una strada analitica soddisfacente per de Vitoria²¹). D'altra parte, l'avanzata araba è un processo storico aperto: tra arretramenti e salti, tra rovesci militari e locali momenti di coesistenza apparentemente pacifica tra dominati e dominanti, non si è arrestata ed è anzi foriera di preoccupazioni gravi e diffuse. Distinguere le cause e i contesti non è più soltanto segno di una migliore trattazione specialistica, bensì e soprattutto una prova di avvedutezza necessitata dai tempi. Forse per questo a de Vitoria si addebita una fondamentale mancanza di analisi critica, di capacità di ricomporre le sue tesi in una manualistica organica, apportatrice di sviluppi teorici completamente rinnovati. L'obiezione è ovviamente inefficace *in re ipsa*: circostanziare l'argomentazione per de Vitoria non è un limite ma un effetto prudenziale specificamente ricercato e perseguito.

Coglie semmai nel segno quella dottrina che attribuisce all'A. il limite di non avere formulato un universale divieto di guerra, né una rivendicazione di pace assoluta - almeno non nei termini in cui il mondo dell'evangelismo protestante (soprattutto quello non ufficialmente aderente alla riforma luterana) avrebbe provato a realizzare²². Argomenti radicali utilizzati contro la schiavitù, il cannibalismo, la tortura e gli abusi commessi contro la ragione naturale, nel caso della guerra giungono stemperati,

²⁰ Musselli (2007: 17).

²¹ La critica a questa giustificazione può leggersi in de Vitoria (1996).

²² Pur risalendo meno indietro nell'analisi, vedasi Walzer (2000).

meno ultimativi. Ciò non basta a farne un teorico realista, che scende a patti con l'ineluttabilità della guerra nell'agone politico – posizione, forse ingenerosamente, di norma associata a Machiavelli e a Marsilio, la cui indagine era però molto più articolata di quanto ricostruisca la rilettura dei posteri²³. Mette conto più opportunamente sottolineare che lo sforzo di de Vitoria va in direzione di un sostanziale ridimensionamento delle azioni armate nei rapporti tra i popoli: meglio sarà introiettato il riconoscimento pacifico e comune dello *jus gentium*, più facile sarà evitare l'occorrenza della guerra nei rapporti politici²⁴. Se la guerra è un male necessario, i suoi margini operativi iniziano a restringersi, vincolandosi ulteriormente al rapporto tra le cause e gli effetti, tra i danni subiti e i benefici ottenuti, tra le regole di gestione del conflitto e la preferibilità di previi, non solo successivi, negoziati pacifici *inter partes*.

3. L'abbattimento del vincolo di proporzionalità

Alla stregua di quanto osservato sembrerebbe agevole concluderne che la proporzionalità è a sua volta un canone di *extrema ratio*: se si reagisce causando vittime e devastazioni a seguito di un atto illecito tipizzato nella legalità internazionale, le uniche condizioni di legittimità di quella reazione sono proporzionali alla offesa ricevuta. La dottrina internazionalistica, che pure si è molto misurata sul tema, lo ha affrontato con la giusta problematicità, superando l'idea che potesse concludersi in una proporzionalità meramente quantitativa. Sarebbe invero particolarmente aleatoria da misurare (uccidere lo stesso numero di civili, danneggiare le medesime strutture, produrre equivalenti lesioni patrimonialmente apprezzabili?) e darebbe luogo a un determinismo numerico inaccettabile, soprattutto quando si discorre di vite umane. La proporzionalità della reazione è stata, perciò, negli studi internazionalistici²⁵, un prudente strumento di controllo per evitare – con evidenti distorsioni applicative – che la giustificabilità dell'intervento divenisse il titolo legale atto a dare copertura istituzionale a qualunque ritorsione. Si tratta di un *modus operandi* per più profili non del tutto convincente. Innanzitutto, il principio di proporzionalità della reazione non ha funzionato, né era ideologicamente orientato a far ciò, nell'evitare la condotta lesiva da cui la reazione stessa acquisiva titolo ad essere attivata. Vincolare l'intervento armato a un rapporto di stretta aderenza all'offesa ricevuta non è stato sufficiente a suscitare alcun permanente effetto dissuasivo, né i suoi stretti parametri di contenimento sono stati sempre osservati nel diritto degli Stati. Le tesi di de Vitoria sono state in ogni caso fondamentali a forgiare gli istituti richiamati, ben oltre le loro alterne fortune applicative.

Il domenicano spagnolo aveva contezza della lungamente osservata tradizione privatistica del diritto di rappresaglia²⁶. A dispetto della attuale accezione del lemma, tendenzialmente negativa, aveva uno scopo essenzialmente pacifico e non contenzioso. Quando il creditore esperiva tutti gli strumenti leciti e non violenti per l'adempimento dell'obbligazione assunta da un debitore straniero, poteva ottenere dal proprio comune lettere dette, appunto, di "rappresaglia" per ottenere il dovuto dai

²³ Previdentemente, su tale speculazione dottrinale, Gramsci (1949: 89-90).

²⁴ Giusta l'osservazione di Gozzi (2019: XIX) che mette a confronto questa accezione di *jus gentium* con la sistematica del *Corpus Iuris Civilis*.

²⁵ Annoni (2012: 133-134); Cannizzaro (2011: 117).

²⁶ Sarti (2016: 102-104).

concittadini dell'obligato. Questo istituto aveva nella pratica imperfetta attitudine satisfattiva e si formò, nelle realtà giuridicamente più evolute e strutturate, come Bologna (città dove spesso i teologi iberici avevano insegnato o studiato o avuto conoscenze e amicizie), una particolare magistratura di *ambasciatori di rappresaglia*. Costoro si recavano materialmente, edotti delle circostanze contrattuali che avevano determinato la rappresaglia, dal debitore che si trovava in altro luogo e sottoposto a differente autorità locale. Se si fosse trattato di un concittadino del creditore sarebbe stato del resto sufficiente adire la comune giurisdizione e, in caso di inadempimento dopo la pronuncia di condanna, proseguire nelle ancora non del tutto tipizzate procedure esecutive²⁷.

L'esistenza di una magistratura specifica chiamata a relazionarsi con autorità e sudditi stranieri consentì di riunire la *ratio* prevalentemente obbligazionale delle lettere di rappresaglia nel diritto medievale con l'originaria conformazione inter-ordinamentale dell'istituto, per come affermatosi nella cultura romanistica e nella regolazione dei rapporti tra Roma e le comunità straniere. Il vincolo di proporzionalità appariva in fondo in entrambe le declinazioni. Nella legalità romana, aveva una funzione chiaramente punitiva contro i popoli che non avevano rispettato obblighi di sudditanza nei confronti dell'autorità dell'Urbe. Nel sistema civilistico comunale, l'emissione delle lettere di rappresaglia dipendeva pur sempre dalla riconosciuta fondatezza del credito e dall'esperimento di tutti gli altri istituti deputati a secondare l'esecuzione, bonaria o contenziosa, della prestazione da parte del debitore.

Per quanto de Vitoria scrivesse, inoltre, in un contesto storico che sul piano sostanziale aveva difficoltà oggettive a discernere tempi di pace e tempi di guerra, soprattutto in considerazione dell'alto numero di conflitti religiosi che l'Europa conoscerà sino al diciassettesimo secolo avanzato, non si può dire che non intuisse l'opportunità di inquadrare diversamente la rappresaglia, se da esercitarsi tra entità belligeranti o in assenza di un previo conflitto militare. La rappresaglia armata segue a un attacco già sferrato: muoverla in armi, se non si sono subite condotte cruente, violerebbe proprio il principio di proporzionalità che l'A. aveva messo *in apicibus* al suo discorso sulla mitigazione della condotta degli eserciti.

Enunciato nei suoi elementi essenziali, il principio di proporzionalità consiste nel realizzare un'azione di guerra che non causi maggior danno di quella subita. Dietro questa identificazione meramente intuitiva, de Vitoria (e in parte de Mariana e Suárez²⁸) si rese conto che non si poteva adottare un metro quantitativo unitario e da tutti condiviso e, finanche lo si fosse faticosamente negoziato, non sarebbe mai potuto diventare sufficiente a misurare ogni tipo di evenienza bellica.

Un regno, volendo esemplificare, può deliberare l'attacco allo stanziamento di frontiera di un altro. Se chi ha subito l'assalto attiva la stessa azione contro chi ha attaccato per prima, il principio di proporzionalità apparirebbe rispettato. La presa o il danneggiamento di un fortilizio corrispondono alla presa o al danneggiamento di un fortilizio avverso. Se però nel secondo attacco muoiono dei soldati, mentre nel primo erano rimasti indenni? E se all'opposto nel primo il fortilizio era stato abbattuto, grazie all'ampia dotazione di munizioni dei nemici, mentre nel secondo non si riesce ad espugnarlo e addirittura si subiscono perdite proprie?

Il principio di proporzionalità deve essere sempre corretto sulla base del caso concreto e per funzionare davvero bisognerebbe essere capaci di evitare efferatezze particolari. Può fittiziamente esser fatta valere la proporzionalità se si torturano e sequestrano civili? Quale sarebbe in tal caso la risposta

²⁷ Come a proprio tempo osservava il commentatore Lampredi (1818: 79-80).

²⁸ Kalmanovitz (2020: 24-25).

proporzionale? E, finanche la si rinvenisse, non rischierebbe di sfociare nell'equivalenza e, cioè, in un ben meno rassicurante principio del taglione? Ancora, quando la sproporzione delle forze sul campo è troppo evidente, che tipo di proporzionalità può essere invocata? Il rischio, in tal caso, è che si reiteri lo schema dell'attacco degli Ateniesi ai Meli²⁹. Non dovrebbe perciò potersi dichiarar giusta una guerra se i due belligeranti non dispongono, almeno orientativamente, delle stesse forze. Anche questo, però, diventa un argomento di sostenibilità della guerra pericoloso e molto opinabile. Atteso che sarà difficile procedere a una stima efficace ed esaustiva (numero di armi, di munizioni, di soldati), la pariteticità delle forze in campo sarà sempre rimessa o alla determinazione di un organo terzo, esterno al conflitto, o a quella della parte prevalente.

De Vitoria sembra rendersi conto della natura (estremamente) provvisoria della proporzionalità: la adopera come possibile bussola, come clausola generale, ma è conscio che in definitiva la sua messa in opera dipenda dal previo accordo dei belligeranti sulla sua adozione. Ritiene, perciò, in alcuni casi preferibile sospenderla e concentrarsi su una critica diretta e demolitoria contro alcune specifiche azioni armate, collocandole entro altrettanto specifiche coordinate giuridiche e metodologiche.

Rompendo lo schema della giustificazione della guerra in ragione della fede, ritiene che il rifiuto della conversione cristiana da parte di una popolazione non sia sufficiente a motivare un intervento armato ed è certamente ingiusta la guerra di conquista³⁰. Con queste due affermazioni si realizza quel movimento teoretico precedentemente segnalato: apparentemente apologetico, quando l'oggetto della trattazione è l'avanzata degli infedeli musulmani (la guerra contro un eterno nemico che ha attaccato per prima), risolutamente contrario ai crimini compiuti dai *conquistadores*, quando si discute delle colonie extra-europee. Questo limite non è dispensabile nemmeno sulla base di una pretesa concessione divina – cui, del resto, l'A. dimostrò per tutta la vita di non credere, arrivando a dire che persino le violazioni del diritto naturale (nutrirsi di carne umana, sacrificare fanciulli, praticare la sodomia) non giustificano l'intervento armato.

In una attualità giuridica internazionale che nell'ultimo ventennio ha conosciuto guerre preventive rispetto alla commissione di un'offesa e persino all'insorgenza di una minaccia, nonché azioni militari nell'ordinamento dello Stato terzo motivate da un controverso giudizio di moralità sulla natura delle sue istituzioni, le parole di de Vitoria acquisiscono una carica di denuncia piuttosto esplicita. Bisogna però ripetere che esse non nascono sempre con questo scopo: hanno oggi questo effetto perché si è così tante volte superato persino quel limite minimo fissato dalla tradizione dottrinale cristiana del Quindicesimo e del Sedicesimo secolo. *Esportare* la democrazia o *denazificare* un territorio suonerebbero all'A. argomentazioni pretestuose e irricevibili. Nel primo caso, anche ammettendo l'iniquità dell'entità politica che si sta attaccando, le violazioni in essa compiute non bastano a motivare il muovere guerra. Nel secondo, l'attacco armato nasce in assenza di un precedente, omologo e diretto, e si nasconde in una motivazione di taglio politico-istituzionale (perciò, tornando alle riflessioni della Corte penale internazionale, si tratterebbe di una scelta deliberata, non di una necessità difensiva).

Il logico passaggio conclusivo resta tra le righe nell'esposizione di de Vitoria, ma è perfettamente conseguente: gli indigeni, assediati e aggrediti in assenza di una motivazione giusta, hanno diritto a resistere in armi – del resto, quelli che avevano negoziato la resa con gli emissari della Corona spagnola, commentava ancora l'A., non lo avevano fatto *liberamente*, ma dopo aver subito una violenta disfatta

²⁹ Qui rivisto in Tucidide (2012: V).

³⁰ In questo senso si veda l'opera più sistematica concernente il pensiero dell'A. sul tema, *De Iure Belli*, qui consultata in riferimento all'edizione di de Vitoria (2005).

sul campo. Occorrerà addirittura il 1967, in particolare la Lettera enciclica di Paolo VI, la *Populorum Progressio* (soprattutto l'analisi contestuale dei punti nn. 1-11), affinché il magistero accolga il principio per cui la colonizzazione violenta possa portare a una sollevazione popolare³¹.

4. L'insurrezione per ragioni di giustizia: deporre il tiranno o imporre l'ordine?

Nella fisionomia del diritto pubblico europeo il tema della sollevazione di massa fino al regicidio è una costante³². Elaborato nella teologia medievale, dopo il consolidamento delle *auctoritates* e dei corpi intermedi espressivi dei mestieri sembrava esser stato accantonato. Ritorna invece ciclicamente ogni volta in cui è in gioco il rafforzamento verso il vertice del potere costituito. Esiste nella riflessione canonistica spagnola del Quindicesimo e del Sedicesimo secolo, perché in quella fase storica si ristrutturano tanto l'organizzazione amministrativa e giudiziaria ecclesiastica quanto la struttura istituzionale dei regni secolari³³. Ritournerà, seppure parzialmente svuotato dalle implicazioni teologico-morali, nel dibattito successivo alle rivoluzioni borghesi del Settecento: lo Stato liberale ottocentesco, statutario e proprietario, non aveva mantenuto le promesse sociali e l'apertura di un lungo ciclo di lotte nazionali dava nuovo slancio alla domanda se il governante, infedele verso il suo popolo, potesse essere ucciso dopo una deliberazione degli insorti³⁴.

Non si pensi tuttavia che la questione abbia un respiro esclusivamente continentale: il discorso sulla legittimazione del potere e sulla rimozione violenta dei tiranni appartiene globalmente a una fase complessa dei rapporti tra i singoli e l'autorità. E ciò avviene quando quest'ultima viola i diritti individuali, ma anche quando il potere politico tradisce i bisogni e le esigenze dell'intera comunità. La possibilità del regicidio è contemplata nel pensiero persiano pre-islamico e, secoli dopo, nei territori sottoposti a dominazione straniera³⁵. De Mariana intercetta e rielabora un pensiero che di molto lo precede, aggiungendovi tuttavia quelle nuove istanze collettive che la società spagnola andava presentando rispetto ai suoi governanti. Benché meno analiticamente, de Mariana si occupò inoltre di questioni di diritto missionario e probabilmente ciò determinò o, almeno, facilitò la diffusione della sua opera in territori distanti dal direttorio franco-spagnolo che era il polo egemone della politica europea.

Il sesto e più controverso capitolo del suo più noto trattato, redazionalmente fedele anche nel linguaggio alla terminologia manualistica classica (*An tyrannum opprimere fas sit*), fornisce una giustificazione teologica del tirannicidio che non corrisponde tuttavia alla legittimazione giuridico-religiosa dei moti rivoluzionari. I tempi non erano ancora maturi e il discorso politico-istituzionale ha

³¹ Così della Enciclica si è più spesso data lettura attenta agli aspetti di cooperazione e solidarietà internazionale, rispetto ai temi immediatamente politici che pur avrebbe potuto proiettare. Martinelli (2021: 128); Molteni Mastai Ferretti (2002: 252-253).

³² A volte il regicidio è considerato parte di un programma politico-territoriale di trasformazione della sovranità, come in calce a un caso concreto nota Barber (1998:218), ma l'impressione corretta è che i cambiamenti che seguono al regicidio – effetti giuridici, avvicendamento dei partiti o delle fazioni politiche, ecc. – esulino dall'identificazione del nucleo valoriale che lo giustifica. Di diverso avviso, Loughlin (2022: 101-102).

³³ È indicativo della contemporaneità di queste dinamiche che proprio l'opera di de Mariana sia dedicata a Filippo III – re “cattolico”, per come pubblicamente definito ed elogiato dall'A.; cfr. de Mariana (1599).

³⁴ Buratti (2006: 168-170).

³⁵ Il primo a notare questa continuità può forse ritenersi Rosenthal (1962: 153-154).

nel pensiero dell'A. un peso minore di quanto suggerisca lo stesso titolo del trattato (*De Rege et Regis Institutione*). Non v'è connessione tra la legittimazione del regicidio e l'esercizio di un potere costituente, anzi l'uccisione del tiranno è perfettamente compatibile, secondo de Mariana, alla previgente legalità interna del sistema, in particolare quando a essere ucciso è l'usurpatore. Destituire il sovrano, in alcuni casi, è una clausola di preservazione dell'ordine costituito, non l'apertura di una assemblea popolare che approvi uno statuto o modifichi la forma di governo.

Il regicidio non si pone nemmeno come "crimine" politico in senso stretto: lo subisce il sovrano illegittimo che abbia agito contro la fede. Quando a esercitare un potere dispotico è un re munito di un giusto titolo legale, il compito prioritario consiste nel tentativo di correggerlo e farlo rinsavire. L'uccisione del tiranno non è l'ordinaria condotta di un movimento politico, di una classe sociale o di un gruppo di ribelli: viene deliberata da tutto lo Stato, solo se su di essa il consenso sia stato unanime. Sopprimere il despota non è un atto singolo di vendetta, né una forma di protesta o la scelta di una fazione sociale specifica che soppianta la legalità istituita.

Questa vocazione paradossalmente difensiva del tirannicidio vale a configurarlo come la norma di chiusura dell'ordine preesistente, non come l'atto di avvio di un ordine nuovo. Ed è forse anche per questa caratteristica natura di *extrema ratio*, giustificata secondo la religione e rispondente a circostanze molto precise, che la soppressione fisica del tiranno, nella riflessione spagnola dell'epoca, mostra più di qualche somiglianza con la fondazione costituzionale del diritto di resistenza, per come si sarebbe svolta nella di poco successiva dottrina suarista³⁶.

Le due nozioni hanno in comune le fonti da cui vengono fatte discendere, il periodo storico in cui maturano e le culture con cui entrano in contatto (tra esse, una volta di più, il pensiero politico arabo). Sovrapponibile è anche il giudizio di compatibilità con la legalità del sistema: se il regicidio dei teologi iberici non è rivoluzionario, il diritto di resistenza non è un atto di trasgressione pura e semplice, ma una disobbedienza modulata intorno a un superiore valore di giustizia, introiettato nella legge di natura. Quello che certamente differisce consiste nella configurazione pratica delle due fattispecie: il tirannicidio può essere materialmente compiuto da un singolo (de Mariana non lo esclude mai espressamente) ma è la risultante di una collettiva, compiuta, determinazione di tutto il popolo. Al contrario, la resistenza al comando ingiusto può essere anche fatta valere da una pluralità di persone (non lo escludono nemmeno stavolta né i domenicani né i gesuiti), ma l'atto singolare che la concreta al caso di specie risulta da una condotta individuale – ad esempio: sottrarsi alla coscrizione, non perseguire degli innocenti, non prestare giuramento.

La parabola politico-giuridica del diritto di resistenza ha subito due curvature che appaiono identicamente manipolative rispetto alla struttura originaria del suo perfezionamento concettuale. È stato frequente, soprattutto nel costituzionalismo liberal-democratico, accentarne la vitalità e la scaturigine a beneficio dei diritti di libertà, tuttavia depotenziandone in radice ogni possibile utilizzo contemporaneo³⁷. La resistenza al comando ingiusto apparirebbe, in tali prospettazioni, non molto più che un baluardo ideale, remoto, sorpassato dai tempi: buono a indicare soluzioni operative in ordinamenti pre-costituzionali, ma fondamentalmente incapace di trovare attuazione nello scenario giuridico odierno. L'altra lettura strumentale del diritto di resistenza si è affermata in sistemi legali che pure non lo avevano mai storicamente conosciuto, né legislativamente sancito. In nome della fondatezza di una lotta a fini non egoistici contro il tiranno usurpativo, la resistenza è divenuta la

³⁶ Alcuni spunti in Mortimer (2021: 257-258).

³⁷ Contro siffatte rappresentazioni, vedasi Ventura (2014).

legittimazione postuma a ogni mutamento di regime, anche quando eteronomo e violento quanto e più dello *status quo* contro cui avrebbe dovuto scagliarsi³⁸. Entrambe queste letture hanno tradito gli assi fondanti della dottrina scolastica. È scomparsa la profondità di quella riflessione sul titolo di esercizio del potere in capo al despota – se fondato in una norma, in una procedura, in un consenso originario o comunque legittimamente conseguito, oppure conquistato a propria volta con la forza e in violazione delle regole politiche comuni. L’uno e l’altro caso aprono in realtà un ventaglio di soluzioni istituzionali che proprio la teoria scolastica ha tentato di affrontare con dovizia di argomenti e di strumenti teorici. E ciò ha dischiuso con una certa varietà espositiva (peraltro non controversa in dottrina) tutte le possibilità intermedie collocate tra l’accettazione fondamentalmente acquiescente del comando ingiusto – che si faceva risalire all’epistolario paolino e alla differenza qualitativa tra ordine umano e ordine divino³⁹ – e la deposizione fisica del tiranno – si fa riferimento all’ermeneutica di San Tommaso, diffusa nei monarcomachi sia cattolici sia riformati⁴⁰.

Fuori dalla superficialità metodologica, perciò, delle proposte che hanno svalutato anche sul piano dogmatico il diritto di resistenza, non va dimenticato come esso sia stato agitato propagandisticamente per giustificare ogni mutamento di regime politico-costituzionale. Ci pare che la regione medio-orientale abbia rappresentato un peculiare spazio osservazionale per cogliere tale fenomeno. Né la dottrina arabo-islamica, né quella ebraica erano prive di riferimenti all’obbligo di sottrarsi al comando iniquo e di esso si forniva essenzialmente una ricostruzione antireligiosa⁴¹: è certamente contrario a giustizia l’obbligo che viola i precetti di fede. Sembra tuttavia che la ricchezza di quelle tesi giuridico-religiose sia stata messa in parentesi, incoraggiando sommovimenti politici difficilmente in grado di trasformare equitativamente le strutture sociali.

Quale che sia il giudizio oggi formulabile su una parabola storico-costituzionale che non può prestarsi a letture omologanti, gli argomenti proposti da de Mariana per garantire la massima libertà negoziale in un contesto adeguato alla partecipazione politica e popolare sembrano largamente sovrapponibili, almeno su questo aspetto, a quelli adoperati da de Vitoria. Lo *jus peregrinandi et degendi* e lo *jus commercii* non possono essere compressi né da sconvolgimenti istituzionali, strumentali o autentici che siano, né da ingiuste azioni di guerra.

5. La ragione del più forte: libertà civili e “contrattazione asimmetrica”

La prima questione che si pone, affrontando le due tematiche, consiste nel rendere adeguatamente i termini utilizzati nell’originaria trattatistica in latino. Sarebbe a dir poco inavveduto considerare, come pure talvolta si è fatto, lo *jus peregrinandi et degendi* un mero antecedente storico-giuridico della libertà di circolazione delle persone, quale ad esempio da tempo recepita nel diritto europeo dei trattati⁴².

³⁸ Di Marco (1999: 786-788).

³⁹ Filone di studi ben rappresentato in Kruse (2012: 289-291).

⁴⁰ Trattasi tuttavia di un orientamento dottrinale da tempo rigettato dai pensatori cattolici più vicini al magistero. Vedasi già, proprio contro l’interpretazione tomista di de Mariana, Gioberti (1846: 478-479).

⁴¹ Hassan (2017: 128-130); Lehman-Wilzing (2000: 118-120).

⁴² Possono leggersi Vitale (2004); Augusti (2022: 33). Un’accezione tuttavia meramente economicistica di questa libertà di movimento sembra ridurre a dismisura il più largo spazio d’azione, che era delineato invece nell’articolo 13 della Dichiarazione universale dei diritti umani (“1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato. 2. Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio”).

Semberebbe piuttosto trattarsi di un precedente teoretico più vicino alla libertà di movimento del cosmopolitismo kantiano, dal momento che il *peregrinandi* e il *degeni*, i due genitivi del gerundio, appaiono alludere a un diritto universale, non sottoposto a limiti funzionali né teleologici, di spostamento e stabilimento. Anche l'area semantica dello *jus commercii* si rivela molto più vasta, ed eticamente molto più impegnativa, delle accezioni generiche di libertà negoziale. Va considerato, inoltre, che della libertà negoziale si è finito, soprattutto dalle codificazioni borghesi in avanti, per valorizzarne essenzialmente la componente individualistica⁴³. Concludere negozi volti al soddisfacimento di interessi è attribuzione tipica del soggetto di diritto, la persona fisica che gestisce il proprio patrimonio. Nel linguaggio di de Mariana e de Vitoria, viepiù antecedente all'affermazione delle fonti codicistiche e del sistema economico che esse ambivano a regolamentare e rafforzare, lo *jus commercii* ha un significato soltanto nel prisma dello *jus gentium*: esprime il diritto alla libertà di commercio per favorire lo scambio tra i popoli di quei beni di cui alcuni sono forniti e altri carenti⁴⁴. Non si tratta, a ben vedere, della libertà contrattuale dei regimi di libero scambio, basati su negoziazioni continue tra individui che cercano di combinare affari profittevoli; esprime, semmai, ancorché in modo embrionale, il bisogno di una solidarietà tra i popoli, concepita per soddisfarne le primarie esigenze. Questi commerci non possono svolgersi accettando in quanto ineluttabili la condizione di minorità di alcuni e quella di supremazia di altri. De Mariana pare suggerire l'opposto: che la necessità non possa pregiudicare sempre i sottomessi e avvantaggiare i dominanti.

Autorevole dottrina ha voluto riscontrare, in questa accorata petizione di principio per l'effettiva libertà degli scambi e per la libera circolazione delle persone e delle merci, l'anticipazione di tesi economico-istituzionali oggi ricondotte all'ordoliberalismo⁴⁵. Vedere questa connessione in modo esageratamente deterministico è però un fuor d'opera. È vero che l'A. postula la cessazione dei controlli sugli scambi e la limitazione dei poteri di polizia tributaria, come è vero che, in un regime di piena libertà *inter partes*, il conseguimento della ricchezza individuale non è una forma peccaminosa, ma il risultato di operazioni negoziali. De Mariana non sembra tuttavia tratteggiare un sistema di economia di mercato fortemente competitiva nel quale, ad esempio, la libertà di circolazione delle persone si riduce alla libertà di circolazione di un particolare tipo di merce (la *forza-lavoro*), come tutte le altre assoggettata a meccanismi di inflazione e deflazione.

La più importante opera che l'A. dedica alle tematiche economiche deve essere in ogni caso considerata, per come convergono sostenitori, critici e detrattori, il *De Mutatione Monetae*. Con lungimiranza e capacità analitica quel testo ebbe il merito di anticipare l'uso opportunistico della svalutazione monetaria nella storia della scienza delle finanze⁴⁶, porgendo a una disciplina non ancora autonoma dalle altre argomenti di equità ed effettività, sui quali fino ad allora la riflessione dottrinale era stata modesta. Più che le premesse per la *deregulation* in materia commerciale, è corretto notare che essa contiene semmai una rassegna critica delle fonti che avevano variamente (e spesso vanamente) cercato di circoscrivere i poteri erariali, ormai parte integrante dell'azione politica, nelle guerre come nell'ottenimento del consenso.

⁴³ Come ricostruiva, per l'esperienza codicistica italiana, Gianturco (1947: 262-286).

⁴⁴ Correttamente, Kolers (2016: 22-23); Marotta Rangel (2012: 136).

⁴⁵ Tale rilettura ha tuttavia riscosso molti consensi, come dimostra la fortuna di alcuni testi che anticipavano queste prospettive ermeneutiche. Cfr., per tutti, Grice-Hutchinson (1952).

⁴⁶ Per l'edizione qui utilizzata, de Mariana (2011: 11-15).

L'enfasi sulla libertà contrattuale deve essere adeguatamente contestualizzata. Assorbirla nel novero delle attività economiche profittevoli significa svilirne la portata per l'ordinamento, che ne consente e incentiva la realizzazione non già sul piano strettamente quantitativo. La libertà di contrarre deve implicare la libertà sostanziale di decidere le prestazioni oggetto dello scambio; se si risolve nel diritto di concludere un numero indeterminato di accordi, a prescindere dalla posizione concreta delle parti, si finisce per accettarne una visione esageratamente restrittiva. In altre parole, non è indice della libertà delle parti stipulare contratti nei quali una delle due si avvantaggi indebitamente contro l'altra, o la tenga all'oscuro di informazioni qualificanti sui beni coinvolti nella contrattazione, o approfitti slealmente della condizione di bisogno in cui versi la controparte. Il modo in cui la dottrina politico-economica di de Mariana è stata accolta dalla Scuola austriaca delle relazioni economiche implica rimarcare soltanto il *nomen* degli istituti difesi dall'Autore⁴⁷ – la libertà di concludere negozi autonomamente, la libertà di conoscere i tributi di cui si è gravati, la libertà di far circolare i beni in condizioni di pariteticità – e invece svalutare la profonda funzione correttiva delle asimmetrie contrattuali, che proprio l'A. assegna al principio di giustizia sostanziale. Sia consentito aggiungere che il modo in cui gli economisti hanno rielaborato la critica di de Mariana all'imposizione fiscale è sostanzialmente fuorviante o perlomeno del tutto dimentico del contesto storico di riferimento. Per il teologo, la critica ai meccanismi della tassazione era in primo luogo uno strumento per mettere in questione la pretesa tributaria della legislazione iberica del tempo: arbitraria, peculiarmente aggressiva contro le fasce sociali più deboli della popolazione, amministrata in un clima diffuso di peculato e corrotte. Se furto c'è nel sistema di tassazione contro cui si scaglia de Mariana, esso non va riscontrato nel principio per cui i patrimoni dei singoli possano e debbano concorrere a esigenze collettive ordinate al bene comune. L'elemento fraudolento e predatorio consiste invece in una legislazione oppressiva, in un ceto di funzionari che riscuotono trattenendo illecitamente a proprio vantaggio, nell'utilizzo a fini di guerra delle risorse incamerate⁴⁸. L'A. non perora l'obiezione fiscale o il dovere di sottrarsi al pagamento dei tributi – come pure parte di quelle scuole economiche ha finito, più o meno indirettamente, per sostenere.

Complessivamente sottovalutato appare, inoltre, un tema sotteso alle posizioni di de Mariana e de Vitoria sulla fiscalità, rimosso *in primis* da quella stessa dottrina gius-economica che ha preteso di intestarsi la continuazione del pensiero dei due religiosi. Come notato già nel dibattito italiano, pressoché contemporaneo (tra tutti, Machiavelli e Guicciardini⁴⁹), la leva fiscale veniva sistematicamente inasprita in occasione di conflitti armati verso l'esterno (guerre di conquista) o verso l'interno (guerre civili). L'uso predatorio dell'imposizione era spesso il finanziamento diretto o indiretto nella commissione di ingiusti atti di guerra. Non sorprende perciò che in quella impostazione il contrasto alla fiscalità – oltre che alla sua componente vessatoria – fosse una conseguenza esplicita del previo contrasto alla belligeranza.

⁴⁷ Sembrano perciò un po' più affrettate le letture che non praticano tale distinguo. Per un contrario avviso, ad esempio, Boulter (2024: 159-60).

⁴⁸ In proposito, Huerta de Soto (1999: 8-9).

⁴⁹ Sul punto, la classica analisi di Villari (1898: 270-272).

6. Conclusioni (spiacevoli). *Nominor quoniam leo...* ancora una volta o per sempre?

Nonostante la condivisione raggiunta nei secoli da alcuni degli argomenti presentati, l'attualità del diritto sembra muovere in un senso opposto: il tema della guerra, mai espunto in sé dalla legalità internazionale, torna ad acuirsi, non portando più per forza a grandi, ma isolati, conflitti interzonali, bensì a scenari bellici capillari, ad alleanze cangianti, in grado *in primis* di mutilare i sistemi costituzionali nei quali la guerra viene condotta. Si fanno addirittura strada, talvolta apportatrici di argomenti interessanti e più spesso ingenerando equivoci e malintesi, ricostruzioni che elogiano le guerre condotte tradizionalmente: uomini contro uomini, contatto fisico da trincea, immediata trasparenza e riconoscibilità degli scopi dichiarati all'atto di inizio dello scontro⁵⁰. Se nella modernità la guerra è un prodotto degli Stati e dei rapporti tra loro intercorrenti, la crisi dello Stato ha investito anche quella nozione di guerra: la partecipano, combattono e spesso muovono entità politiche e militari para-statali. L'avanzamento tecnologico ha poi di molto aumentato la distanza fisica tra chi uccide e chi viene ucciso (missilistica di lunga gittata, utilizzo di droni, armi batteriologiche). Tutte critiche fondate nel momento in cui denunciano l'ulteriore curvatura antiumanitaria delle guerre, giammai ricevibili quando pensano invece di recepire il paradigma previgente delle azioni armate come unica panacea contro le odierne disuguaglianze militari e sociali. Lo sfondo teorico ricostruito dai giuristi iberici intendeva arginare le sventure di un secolo sanguinoso: quegli strumenti di guerra erano accettati, ma dentro precipue, molto stringenti, condizioni di liceità.

È sicuramente molto importante tornare all'apporto elaborativo degli autori scolastici. Quella generazione ha contemporaneamente rappresentato la sistematizzazione del pensiero canonico e del suo diritto prima, durante e dopo il Concilio di Trento, nonché suggestioni largamente penetrate anche nella dottrina laica dei due secoli successivi⁵¹. Si tratta perciò di una inedita combinazione tra competenze e saperi che provenivano dalla tradizione ecclesiastica e spontanee, forse ancora parziali, risposte a esigenze sociali e collettive, oltre che politiche, per la prima volta giungenti a maturazione. Ciò detto e ribadito, tuttavia, non si può pensare di ricorrere a quelle prospettive e soluzioni come se contenessero, anche per oggi, le vie percorribili per superare le gravi incertezze di fase cui stiamo assistendo. *In primis*, l'inquietudine odierna riguarda proprio il diritto di guerra e i suoi limiti, per come si è cercato di argomentare nel corso dell'analisi: l'uso politico del conflitto armato, da sempre caratteristico dei poteri dispotici, sembra piuttosto ai giorni nostri essere perfettamente inglobato nella *governance* quotidiana, nei rapporti geopolitici, persino nella regolazione degli statuti di cittadinanza. Autori come de Vitoria e de Mariana approcciavano temi scomodi per l'attualità giuridica del tempo, contornandoli di cautele espositive, che verosimilmente facilitarono la circolazione e la diffusione della loro opera⁵². Pur ragionando in termini universalistici, erano esponenti di una cultura (teologica, giuridica, amministrativa) peculiarmente riconoscibile – che tale adesso è rimasta: connotata e connotabile. Pensare al discorso sui diritti umani, utilizzando griglie già sperimentate e inevitabilmente afflitte da tendenze particolaristiche nella implementazione pratica, non gioverebbe all'effettività di quegli stessi diritti. Si rischierebbe in fondo di riprodurre, persino nella cornice di una nuova legalità internazionale variamente distorta nella prassi, uno schema dei rapporti di forza già noto e

⁵⁰ Si veda, tra i primi, quanto discussi, contributi sul punto in lingua italiana, Fini (1989).

⁵¹ Fantappiè (2020: 84-85).

⁵² Pur annotando una qualche malizia in questo garbo espositivo, Graff (2021: 146-147). Diversamente, Huerta de Soto (2009: 205-208).

sperimentato: è il leone a nutrirsi per primo della carne del cervo. La penetrante disillusione di Fedro giunge quanto mai amara: le altre bestie del bosco cederanno la loro parte al leone per proteggersi anticipatamente dalla arbitraria malvagità del re degli animali. Proprio lo stesso (e l'unico) ad aver già pasteggiato⁵³.

Nella situazione sin qui tratteggiata, del resto, la violazione dei diritti umani non costituisce soltanto una preoccupante evenienza, meramente ipotetica, o il timore recondito inscritto nel nostro immaginario giuridico. Si concretizza, piuttosto, con una occorrenza drammaticamente evidenziata da casi noti e diffusi della corrente attualità globale. Se questo studio ha icasticamente scelto di intitolarsi a una mancata visita congiunta di de Vitoria e de Mariana al proscenio di uno dei più sanguinosi conflitti dell'ultimo decennio, la generazione che ne appare responsabile non è certamente quella dei teorici scolastici – che fossero giuristi, economisti, storici o teologi. Gli assertori della proporzionalità, della mitigazione della vendetta e della resistenza non avevano a disposizione un diritto scritto espressivo di libertà fondamentali e universali, convenzionale se negoziato tra gli Stati oppure di rango costituzionale se deliberato da un'assemblea. Il loro cimento intellettuale non poté che arrestarsi alle evidenze del loro tempo: è a quello che hanno offerto soluzioni di conciliazione, oggi destinate ad apparire appena abbozzate rispetto all'evoluzione della scienza giuridica internazionalistica. I chiamati a guardare con spietata sincerità alle macerie delle guerre, delle persecuzioni e dei genocidi, dovremmo piuttosto essere noi: a loro differenza, potevamo misurarci su pratiche sociali e trame normative ben più ospitali per la libertà. Non siamo sempre riusciti a trarne il giusto effetto. E quando ciò avveniva e avviene, in realtà, ne avevamo e ne abbiamo piena contezza.

⁵³ Fedro (2002: I, 5).

Bibliografia

- Anaya S. J. 2004, *Indigenous People in International Law*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- Annoni A. 2012, *L'occupazione "ostile" nel diritto internazionale contemporaneo*, Giappichelli, Torino.
- Augusti E. 2022, *Migrare come abitare. Una storia del diritto internazionale in Europa tra XVI e XIX secolo*, Giappichelli, Torino.
- Barber S. 1998, *Regicide and Republicanism. Politics and Ethics in the English Revolution (1646-1659)*, Edinburgh University Press, Edinburgh.
- Biedendorf J. 2019, *Cosmopolitanism and the Development of the International Criminal Court. Non-Governmental Organizations' Advocacy and Transnational Human Rights*, Fairleigh Dickinson University Press, Vancouver-Madison-Teaneck-Wroxtton.
- Bilotti D. 2019, *Considerazioni sul genocidio: ipotesi di comparazione e conseguenze nella tutela del diritto di libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), n. 9.
- Boulter S. 2024, *Natural Law Liberalism and the Malaise of Modernity*, Palgrave-MacMillan-Springer Nature, Cham.
- Buratti A. 2006, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Giuffè, Milano.
- Burgio A. 1991, *Introduzione*, in Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano.
- Cacciatori M. 2024, *The International Criminal Court and the Prosecution of Sitting Heads of State. Democracy, Enforcement, and Symbolism of a Revolutionary Practice in International Politics*, Palgrave-MacMillan-Springer Nature, Cham.
- Cannizzaro E. 2011, *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano.
- de Mariana J. 1599, *De Rege et Regis Institutione. Libri III ad Philippum III. Hispanie Regem Catholicum*, Pietro Roderico, Monaco.
- de Mariana J. 2011, *A Treatise on the Alteration of Money*, Christian's Library Press, Grand Rapids.
- de Vitoria F. 1996, *Relectio de Indis. La questione degli indios*, Levante, Bari.
- de Vitoria F. 2005, *De Iure Belli*, Galli C., a cura di, Laterza, Roma-Bari.
- Di Marco G. A. 1999, *Thomas Hobbes nel decisionismo giuridico di Carl Schmitt*, Guida, Napoli.
- Fantappiè C. 2020, *Sistemi giuridici e certezza del diritto. Tre modelli*, in Minelli C., a cura di, *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice pio benedettino*, Giappichelli, Torino.
- Fedro. 2002, *Le favole*, in Zanoncelli A., a cura di, Giunti, Firenze.
- Ferrante M. 2008, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Giuffrè, Milano.
- Fini M. 1989, *Elogio della guerra*, Mondadori, Milano.
- Gaita R. 2005, *Refocusing Genocide: a Philosophical Responsibility*, in Roth J., ed., *Genocide and Human Rights. A Philosophical Guide*, Palgrave-MacMillan, Basingstoke-New York.
- Gerosa L. 1996, *Diritto canonico. Fonti e metodo*, Jaca Book, Milano.
- Gianturco E. 1947, *Opere giuridiche, II, Teoria generale – Scritti vari – Successioni – Obbligazioni*, Libreria dello Stato, Roma.
- Gioberti V. 1846, *Il gesuita moderno*, Bonamici, Losanna.
- Gozzi G. 2019, *Rights and Civilizations : A History and Philosophy of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge-New York.
- Graff E. C. 2021, *Religion, Feminism, Slavery, Politics, and Economics in the First Modern Novel*, Lexington, London.
- Gramsci A. 1949, *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno*, Einaudi, Torino.
- Green T. A. 2014, *Freedom and Criminal Responsibility in American Legal Thought*, Cambridge University Press, Cambridge-New York.
- Gregg S. 2007, *The Commercial Society. Foundations and Challenges in a Global Age*, Rowman & Littlefield, Lanham-Boulder-New York-Toronto-Plymouth.

- Grice-Hutchinson M. 1952, *The School of Salamanca: Readings in Spanish Monetary Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- Hassan M. H. 2017, *Civil Disobedience in Islam. A Contemporary Debate*, Palgrave-MacMillan-Springer Nature, Cham.
- Huerta de Soto J. 1999, *Juan de Mariana: the Influence of the Spanish Scholastics*, in Holcombe R. G., ed., *Great Austrian Economists*, Ludwig von Mises Institute, Auburn.
- Huerta de Soto J. 2009, *The Theory of Dynamic Efficiency*, Routledge, Abingdon-New York.
- Imseis A. 2023, *The United Nations and the Question of Palestine. Rule by Law and the Structure of International Legal Subalternity*, Cambridge University Press, Cambridge-New York.
- Jinno T. 2021, *Tyrannicide as an Act of Divine Justice. The Doctrines of Tyrannicide of John of Salisbury and Juan de Mariana*, in Id, Alfieri F., a cura di, *Christianity and Violence in the Middle Ages and Early Modern Period*, De Gruyter, Berlin-Boston.
- Kalmanovitz P. 2020, *The Laws of War in International Thought*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- Kolers A. 2016, *A Moral Theory of Solidarity*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- Kruse Colin G. 2012, *Paul's Letters to the Romans*, Apollos, Nottingham.
- Lampredi G. M. 1818, *Diritto pubblico universale ossia diritto di natura e delle genti*, Torri Libraio, Pavia.
- Lehman-Wilzig S. 2000, *The Paradox of Israeli Civil Disobedience and Political Revolt in Light of the Jewish Tradition*, in Cohen-Almagor R., ed., *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance. Essays in honor and memory of Yitzhak Rabin*, The University of Michigan Press, Ann Arbor.
- Loughlin M. 2022, *Against Constitutionalism, The President and Fellows of Harvard College*, Harvard.
- Marotta Rangel V. 2012, *The Solidarity Principle, Francisco de Vitoria and the Protection of Indigenous People*, in AA. VV., *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, Nijhoff, Leiden-Boston.
- Martinelli M. 2021, *Il servizio della carità tra l'Enciclica Deus Caritas Est e la Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio "Intima Ecclesiae Natura". Gli sviluppi di un modello*, in Cavana P., a cura di, *Gli enti ecclesiastici nella riforma del Terzo Settore*, Giappichelli, Torino.
- Masera L. 2020, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Giappichelli, Torino.
- Mattox J. M. 2006, *Saint Augustine and the Theory of Just War*, Continuum, London-New York.
- Molteni Mastai Ferretti G. 2002, *Tra Celeste e terrestre. Il diritto canonico nella personale coniugazione di Gabriele Molteni Mastai Ferretti*, Varnier G., a cura di, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- Mortimer S. 2021, *Reformation, Resistance and Reason of State (1517-1625)*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- Musselli L. 2007, *Chiesa e società politica dalla fine del mondo antico alla "Renovatio imperii"*, in Leziroli G., a cura di, *La Chiesa e l'Europa*, Pellegrini, Cosenza.
- Newton M., May L. 2014, *Proportionality in International Law*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- O' Halloran K. 2018, *Religious Discrimination and Cultural Context*, Cambridge University Press, Cambridge-New York.
- Oriqué D. T. 2021, *The Unheard Voice of Law in Bartolomé De Las Casas's Brevisima Relacion de la Distrucìon de las Indias*, Routledge, Abingdon-New York.
- Roach S. C. 2006, *Politicizing the International Criminal Court. The Convergence of Politics, Ethics, and Law*, Rowman & Littlefield, Lanham-Boulder-New York-Toronto-Plymouth.
- Rosenthal E. I. J. 1962, *Political Thought in Medieval Islam. An Introductory Outline*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Sarti N. 2016, *Il Medioevo dei diritti*, in AA. VV., *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Giappichelli, Torino.
- Tessitore G. 2008, *Cesare Beccaria: l'uomo e il mito. Attualizzazione e realtà storica*, Franco Angeli, Milano.
- Tucidide 2012, *La Guerra del Peloponneso*, Garzanti, Milano.

- Ventura L. 2014, *Il diritto di resistenza*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- Veronesi P. 2017, *Colpe di Stato. I crimini di guerra e contro l'umanità davanti alla Corte costituzionale*, Franco Angeli, Milano.
- Villari P. 1898, *The Life and Times of Niccolò Machiavelli*, Fisher Unwin, London.
- Viley M. 1986, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano.
- Vitale E. 2004, *Ius Migrandi. Figure di erranti al di qua della cosmopoli*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Walzer M. 2000, *La rivoluzione dei santi. Il puritanesimo alle origini del radicalismo politico*, Claudiana, Torino.
- Walzer M. 1990, *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Liguori, Napoli.

domenico_bilotti@yahoo.it

Publicato online il 22 dicembre 2024