

JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

Vol. IV, Anno 2007



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

<http://www.juragentium.org/>

Segreteria@juragentium.org

ISSN 1826-8269

Vol. IV, Anno 2007

Redazione

Luca Baccelli, Nicolò Bellanca, Pablo Eiroa, Orsetta Giolo, Leonardo Marchettoni (segretario organizzativo), Juan Manuel Otero, Renata Pepicelli, Paola Persano, Stefano Pietropaoli, Katia Poneti, Ilaria Possenti, Lucia Re (vicedirettore), Filippo Ruschi (segretario di redazione), Emilio Santoro, Sara Turchetti, Francesco Vertova (webmaster), Silvia Vida, Danilo Zolo (direttore)

Comitato scientifico

Margot Badran, Raja Bahlul, Richard Bellamy, Franco Cassano, Alessandro Colombo, Giovanni Andrea Cornia, Pietro Costa, Alessandro Dal Lago, Alessandra Facchi, Richard Falk, Luigi Ferrajoli, Gustavo Gozzi, Ali El Kenz, Predrag Matvejević, Tecla Mazzaresse, Abdullahi Ahmed An-Na'im, Giuseppe Palmisano, Geminello Preterossi, Eduardo Rabenhorst, Hamadi Redissi, Marco Revelli, Armando Salvatore, Giuseppe Tosi, Wang Zhenmin

Indice

SAGGI **6**

**L'INTERVENTO UMANITARIO ARMATO FRA ETICA E DIRITTO
INTERNAZIONALE** **7**
DANILO ZOLO

GUERRA GIUSTA, NEMICO INGIUSTO: SCHMITT INTERPRETE DI KANT **25**
FRANCESCO MANCUSO

SPACE, LAW AND POWER IN CARL SCHMITT **44**
FILIPPO RUSCHI

IL "TRIBUNALE MISTO" DI TANGERI (1925-1952) **55**
FRANCESCO TAMBURINI

**ALLE ORIGINI DELLA MODERNITÀ: I DIRITTI DEGLI INDIGENI DEL NUOVO
MONDO** **87**
GIUSEPPE TOSI

LES RELATIONS ENTRE LES CIVILISATIONS ISLAMIQUE ET OCCIDENTALE
YADH BEN ACHOUR **107**

LA DETENZIONE DEGLI STRANIERI NELLE CARCERI EUROPEE **123**
LUCIA RE

**LA CONFERENZA DI BARCELLONA: UNA VERA SVOLTA NEI RAPPORTI
EURO-MEDITERRANEI?** **132**
VALENTINA M. DONINI

LETTURE **144**

MAMADOU VA A MORIRE **145**
LUCIA RE

O MEDO NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO **148**
LOÏC WACQUANT

IL DIRITTO DEI POPOLI DI RAWLS: REALISMO O UTOPIA? **151**
LEONARDO MARCHETTONI

TEORIE DELLA PACE E DELLA GUERRA **157**
THOMAS CASADEI

SAGGI

L'intervento umanitario armato fra etica e diritto internazionale

Danilo Zolo

Secondo molti autori inglesi e statunitensi un attacco militare contro uno Stato le cui autorità politiche si siano macchiate di gravi violazioni dei diritti umani coinciderebbe senz'altro, salvo rare eccezioni, con il trionfo dei valori universali della comunità internazionale e non con gli interessi particolari dello Stato impegnato nell'azione bellica. Si potrebbe sostenere, come ha scritto il giurista statunitense Michael Glennon, che in questo caso - come è avvenuto nel 1999 nella guerra della Nato per la questione del Kosovo - l'uso della forza non sarebbe altro che lo strumento per realizzare il "grande ideale della giustizia" (1), ben oltre il formalismo di chi venera i canoni mumificati del diritto internazionale e si oppone all'uso della forza che non sia formalmente legittimato dalle istituzioni internazionali. Se la forza delle armi viene usata per fare giustizia, "il diritto seguirà", legittimando il fatto compiuto in forme codificate o per via consuetudinaria. Il rispetto della sovranità degli Stati, come ha sostenuto fra gli altri Michael Ignatieff, è problema del tutto secondario rispetto al dovere di tutelare i diritti dell'uomo facendone valere l'universalità anche con l'uso della forza. All'universalità dei diritti umani non può che corrispondere l'universalità degli interventi armati necessari per tutelarli. (2).

Le cose non vanno e non possono andare così, ha scritto autorevolmente Thomas Franck (3), che non tace la sua diffidenza nei confronti di una apologia indiscriminata dell'uso della forza per finalità umanitarie. Franck pensa con saggezza - e, bisogna dire, del tutto ovviamente - che è necessario discriminare fra interventi umanitari "genuini" ed interventi umanitari insinceri e opportunistici. Può accadere che l'emergenza umanitaria sia pura invenzione di una potenza che si propone di interferire nella *domestic jurisdiction* di un altro Stato per ragioni politiche e/o economiche. Oppure può accadere che una guerra civile di ridotte dimensioni venga gonfiata di proposito da parte di una grande potenza per giustificare l'aggressione contro un paese militarmente debole che essa ha deciso di occupare per ragioni strategiche.

A mio parere non si può che concordare con Franck sull'esigenza di un rigoroso accertamento delle motivazioni e delle finalità di chi usa la forza dichiarando la propria generosa vocazione "umanitaria". Come dimenticare il radicale scetticismo di Carl Schmitt, espresso nella celebre massima: *wer Menschheit sagt, will betriegen?* Chi cerca di vestire il suo attacco militare con panni umanitari è un impostore: in realtà egli cerca di consacrare la propria guerra come "guerra giusta" e di degradare moralmente il proprio avversario, di isolarlo come nemico dell'umanità e di essergli ostile sino all'estrema disumanità (4). Franck sembra consapevole di questo altissimo rischio. E tuttavia, a mio parere, egli non indica dei criteri normativi che consentano di distinguere con sicurezza fra i (poco probabili) interventi umanitari "genuini" e i (molto più probabili) interventi umanitari "falsi". Egli accosta contesti storici assai difficilmente comparabili in termini giuridici e tanto meno in termini etici. La nozione contemporanea di "intervento umanitario" è a mio parere indissociabile dall'emergere della dottrina dei diritti umani e in particolare dalla internazionalizzazione di tali diritti con la Dichiarazione universale del 1948 e i Trattati internazionali successivi, in



particolare il Trattato dei diritti economici, sociali e culturali, e il Trattato sui diritti civili e politici, entrambi del 1966.

Oltre a ciò, è a mio parere un errore di prospettiva storico-politica non tener conto della profonda novità degli “interventi umanitari” che si sono succeduti nella seconda metà del secolo scorso, in particolare dopo la caduta dell’impero sovietico e la fine dell’assetto bipolare delle relazioni internazionali. Fin dagli anni sessanta del Novecento, varie istituzioni internazionali avevano sostenuto il principio dell’”intervento umanitario” come diritto di ingerenza della comunità internazionale entro i confini di uno Stato per accertare un’eventuale violazione dei diritti umani e per portare soccorso alle popolazioni colpite. Negli Stati Uniti, nel corso della presidenza Carter, l’argomento della tutela internazionale dei diritti umani era stato ufficialmente proposto come un motivo legittimo di interferenza negli affari interni di uno Stato (5).

Ma è negli anni novanta che la prospettiva dell’ingerenza umanitaria diviene l’elemento chiave della strategia statunitense e avanza crescenti pretese di legittimità etica e giuridica. In parallelo, prende corpo in Occidente la tendenza a sostituire, anche terminologicamente, il “diritto internazionale umanitario” al “diritto internazionale di guerra”. Quest’ultimo, come è noto, era il risultato del lungo processo di secolarizzazione dei principi etico-religiosi della dottrina del *bellum justum* e si riferiva agli Stati nazionali come soggetti primari del diritto internazionale, impegnati a tutelare la propria sovranità e integrità politica e territoriale. Ora si sostiene che il nuovo “diritto internazionale umanitario” legittima in varie forme - sanzioni di carattere economico, missioni di *peace-enforcing*, giurisdizioni penali internazionali *ad hoc* - la possibilità che la sovranità degli Stati subisca deroghe in funzione della protezione internazionale dei diritti umani (6).

Negli anni novanta il tema dell’interventismo umanitario diviene di grande attualità anche grazie a una serie di documenti delle più alte autorità degli Stati Uniti. La ricorrente giustificazione dell’uso unilaterale della forza come *humanitarian intervention* è una prassi che ha radici proprio in questi documenti. Già nell’agosto del 1990 il Presidente degli Stati Uniti, George Bush, aveva tracciato le linee di un progetto di pacificazione del mondo, che aveva battezzato col nome di *new world order*. Gli Stati Uniti, aveva sostenuto Bush, avevano vinto l’ultima guerra mondiale - la guerra fredda - e dunque spettava a loro il compito di progettare lo sviluppo futuro dell’ordine internazionale e di indicarne i principi e le regole (7). L’anno successivo il progetto di George Bush venne perfezionato con la direttiva *National Security Strategy of the United States* (8). E agli inizi del 1992 le linee strategiche delineate dal Presidente vennero sviluppate nella direttiva *Defence Planning Guidance* (9).

Nel frattempo un’ampia letteratura specialistica andava elaborando le implicazioni strategico-militari della nozione di “sicurezza globale” (*global security*) che era al centro di questi documenti (10). Il crollo dell’impero sovietico e la fine della guerra fredda - si sosteneva - avevano aperto una nuova era, nella quale si era attenuato il pericolo di una guerra nucleare di ampie proporzioni. Gli Stati Uniti avevano perciò a portata di mano la “straordinaria possibilità” di costruire un sistema internazionale giusto e pacifico, ispirato ai valori della libertà, dello Stato di diritto, della democrazia, dell’economia di mercato. Data l’accresciuta complessità e interdipendenza dei fattori internazionali, gli “interessi vitali” dei paesi industriali - si aggiungeva - erano divenuti



più vulnerabili. A rischio erano il libero e regolare accesso alle fonti energetiche, l'approvvigionamento delle materie prime, la libertà e la sicurezza dei traffici marittimi ed aerei, la stabilità dei mercati mondiali, in particolare di quelli finanziari.

L'organizzazione di un sistema di *global security* comportava perciò due essenziali innovazioni strategiche. Era necessaria anzitutto una correzione della strategia difensiva della NATO, non più impegnata a contrastare il patto di Varsavia, ormai dissolto. Il tradizionale quadro geografico dell'Alleanza atlantica doveva dilatarsi fino a tener conto dei crescenti rischi di disordine internazionale provenienti da una molteplicità di aree regionali (11). In un mondo non più bipolare il sodalizio transatlantico che garantiva la presenza militare degli Stati Uniti in Europa andava fondato su nuove basi. Il nuovo atlantismo doveva essere espressione di una strategia proiettiva e non difensiva, espansiva e non solo reattiva, dinamica e flessibile e non statica e rigida.

In secondo luogo, e questo è il punto decisivo, la strategia della *global security* esige che le grandi potenze, responsabili dell'ordine mondiale, dessero ormai per superato il vecchio principio vestfaliano della non ingerenza nella *domestic jurisdiction* degli Stati nazionali. Esse avrebbero dovuto esercitare e legittimare un loro diritto-dovere di "ingerenza umanitaria" (*humanitarian intervention*) nei casi in cui si rendesse necessario intervenire con la forza per risolvere crisi interne a singoli Stati, in modo particolare per prevenire o reprimere gravi violazioni dei diritti umani.

Questa strategia ha trovato conferma teorica e attuazione pratica subito dopo la guerra del Golfo del 1991, grazie all'attivismo del governo statunitense e di quello britannico, che pur senza alcun consenso esplicito delle Nazioni Unite si sono impegnati nell'operazione umanitaria *Provide Comfort* sia nell'Iraq settentrionale che in quello meridionale. Successivamente, nel triennio 1992-94, la politica degli interventi umanitari si è affermata al di fuori di qualsiasi riferimento normativo, compresa la Carta delle Nazioni Unite. L'intervento degli Stati Uniti e di alcune altre potenze in Somalia, motivato dalla necessità di garantire l'afflusso di soccorsi alimentari e sanitari, si è rapidamente trasformato in un sanguinoso conflitto militare i cui obiettivi si sono allontanati sempre più dalle finalità istituzionali delle Nazioni Unite, fino a coincidere con gli interessi di alcune potenti compagnie petrolifere. Altrettanto incerte e tragicamente controverse sono state per lungo tempo le prospettive di un analogo intervento "umanitario" nei territori della ex Jugoslavia. Alla fine, il compito dell'intervento è stato assunto dalle forze della NATO, come se questa organizzazione, figlia della guerra fredda, fosse ormai un'emanazione delle Nazioni Unite e non una struttura politico-militare schierata a difesa degli interessi occidentali e di fatto dominata dagli Stati Uniti. L'attività militare della NATO nei territori della ex Jugoslavia nel corso della guerra bosniaca (1992-95) e soprattutto della guerra per il Kosovo (1999) si è fatta sempre più intrusiva con il tacito assenso delle Nazioni Unite.

A mio parere è solo entro questo contesto strategico e normativo che si può cogliere il significato che nei rapporti internazionali ha assunto nell'ultimo quindicennio la problematica degli 'interventi umanitari', in particolare degli interventi umanitari decisi dalla NATO. Ed è soltanto entro questo contesto che può essere individuato un eventuale criterio di discriminazione fra interventi umanitari "genuini" e interventi umanitari "falsi", come Franck dichiara di voler fare. E il criterio di discriminazione da adottare non può che riferirsi, come vedremo, anzitutto al diritto internazionale vigente,



in particolare alla Carta delle Nazioni Unite e ai Trattati, oltre che al diritto internazionale consuetudinario. Ed è dunque necessario lasciare da parte sia le vicende storiche precedenti il secondo conflitto mondiale, sia ogni generico riferimento ai principi o criteri normativi dell'”etica internazionale”, intesa come livello normativo superiore e prevalente rispetto al diritto internazionale.

Il ricorso ai principi di un'”etica internazionale” di carattere universalistico e deontologico è nella grande maggioranza dei casi un riferimento strumentale - tipico è il caso dell'etica militare di Michael Walzer - a premesse normative influenzate da valutazioni politiche, da credenze religiose e da universi simbolici molto diversi fra loro. E si tratta inoltre di premesse normative manipolabili sulla base di dottrine meta-etiche disperate e divergenti, a partire dalla opposizione weberiana fra etica dei principi ed etica della responsabilità. Edward Carr ha sostenuto lapidariamente che non è la politica internazionale che può essere concepita come una funzione dell'etica, ma è l'etica internazionale che si presta a essere usata come una funzione della politica nazionale. Secondo Carr - e la tesi mi sembra nuovamente di grande attualità dopo il crollo del muro di Berlino - questo aspetto era particolarmente evidente nell'etica internazionale elaborata dalla cultura anglosassone nella prima metà del Novecento. Essa ha teso a scambiare inconsapevolmente ma sistematicamente, l'interesse particolare del mondo britannico e nordamericano con l'interesse generale dell'umanità (12).

Quella che in Occidente, in modo tutto particolare entro la cultura anglosassone, è stata chiamata “etica internazionale” è in realtà una superfetazione della tradizione giudaico-cristiana assunta come *ordinary morality* o come *common sense of moral justice* (13). Si ritiene - come hanno sostenuto fra gli altri Charles Beitz, Stanley Hoffmann, Joseph Nye, Michael Walzer - che essa non richiede alcuna giustificazione sul piano filosofico ed epistemologico, perché si dà per scontato che sia dotata di una razionalità universalmente riconosciuta e di una autorità normativa superiore a quella di ogni altra possibile tradizione morale (14). In realtà essa è priva di fonti normative autorevoli e autorizzate e non è sostenuta da alcun consenso internazionale. In questo essa è profondamente diversa dal diritto internazionale moderno che nonostante la sua scarsa efficacia operativa, si presenta come un ordinamento giuridico consolidato, dotato di fonti normative autorevoli come gli Stati nazionali, articolato in istituzioni e sorretto da un diffuso riconoscimento e consenso internazionale.

Ma - e questo è un punto decisivo -, secondo autori come Franck, Glennon e Allen Buchanan, il riferimento all'etica è necessario perché a loro parere il diritto internazionale non fornisce in tema di *humanitarian intervention* prescrizioni ragionevoli e moralmente accettabili (15). E le Nazioni Unite, a loro parere, non dispongono di procedure decisionali e di strumenti pratici adeguati: in molti casi l'intervento militare umanitario non può che essere illegale perché l'illegalità è la condizione della sua tempestività e della sua efficacia. Questo è stato provato *a contrario* dal genocidio del Ruanda ed è stato provato in positivo - sostiene Franck - dalla guerra decisa dalla NATO nel 1999 contro la Repubblica Federale Jugoslava. In casi come questo, violare il diritto internazionale è un imperativo morale e lo è stato in modo particolare nel caso della decisione presa dagli Stati Uniti - e quindi dalla NATO - di intervenire nei Balcani per prevenire il rischio di “an imminent genocide in Kosovo”.



In questo caso, si ritiene, la violazione del diritto internazionale è stata irreprensibile, oltre che benemerita, perché si è trattato di un uso della forza che la maggioranza del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha di fatto considerato come un intervento in buona fede da parte di una “decent coalition of the willing”. Ritenere che una norma internazionale impedisca un intervento di questo tipo è dare credito ad un diritto internazionale irragionevole e che viene perciò giustamente disatteso. A mio parere questo è un punto centrale, perché la guerra per il Kosovo è stata la vicenda più importante e significativa in tema di “interventi umanitari” nell’ultimo decennio del Novecento, come molti studiosi ritengono (16). Essa è stata presentata infatti come la più morale e la più giusta delle “nuove guerre”: un intervento per fermare il genocidio perpetrato da un regime oppressivo e da un tiranno sanguinario.

1. Il caso della guerra per il Kosovo

Per quanto riguarda l’intervento della NATO contro la Repubblica Federale Jugoslava, molti autori sostengono che si è trattato di un caso nel quale l’intervento ha avuto indiscutibili effetti umanitari”. A loro parere si è trattato di un intervento la cui assoluta necessità è stata provata a guerra conclusa dalle autorità della NATO, assieme alla loro buona fede nell’aver tentato ogni possibile alternativa all’uso della forza e di averla usata nella misura e per un tempo strettamente necessari. Se non ci fosse stato l’intervento delle armate occidentali molte più persone avrebbero perso la vita a causa della spietata repressione delle milizie serbe nei confronti della minoranza kosovaro-albanese. Questo sarebbe un criterio decisivo per distinguere un intervento umanitario “genuino” da un intervento umanitario “falso” o comunque sbagliato. L’uso della forza per ragioni umanitarie è giustificabile - sostiene in particolare Franck (17) - se si può dimostrare che l’intervento ha salvato più vite di quante ne ha sacrificate.

Sul piano teorico generale ritengo che il criterio proposto da Frank per individuare l’autenticità e la legittimità di un intervento umanitario armato - il calcolo a posteriori delle vite umane risparmiate - sia impraticabile oltre che giuridicamente insostenibile. Per quanto riguarda il Kosovo, è indiscutibile che nella regione non era in corso alcun genocidio a carico della minoranza kosovaro-albanese, né che ce ne fosse il pericolo: neppure le autorità politiche e militari della NATO hanno mai sostenuto una tesi di questo genere. Si trattava in realtà di una guerra civile che vedeva da una parte le milizie serbe e dall’altra l’Esercito di Liberazione del Kosovo (*Ushtria Çlirimtare ë Kosovës*, in sigla Uçk), è cioè un’organizzazione caratterizzata dall’estremismo nazionalistico e dall’uso sistematico del terrorismo. Alla spietata repressione praticata dal governo di Belgrado contro il movimento indipendentista corrispondeva la guerriglia di non meno di diecimila soldati armati, in larga parte equipaggiati con risorse provenienti dalle comunità kosovare all’estero: dalla Svizzera, dalla Germania e soprattutto dagli Stati Uniti, dove al Congresso operava una consistente *lobby* filokosovara, guidata dal senatore Robert Dole (18). E l’amministrazione statunitense aveva già più volte dichiarato di considerare il Kosovo, assai più della Bosnia-Erzegovina, uno spazio geopolitico che coinvolgeva interessi strategici fondamentali per la sicurezza nazionale americana (19).

In Kosovo era in corso una guerra civile non particolarmente violenta e sanguinosa, soprattutto se paragonata con conflitti in atto nella stessa area mediterranea, come la



tragedia del popolo palestinese e come la guerra civile di Algeria dove, nello stesso periodo, erano stati trucidati circa novantamila civili, nella più assoluta indifferenza delle potenze occidentali. In Kosovo, il numero delle vittime causate dalla guerra civile nel corso dell'anno precedente all'attacco della NATO non aveva superato le duemila unità (20), mentre i morti durante i due mesi e mezzo dell'intervento della NATO sono stati circa tremila. E gli orrori della 'pulizia etnica', attribuiti alle milizie serbe e imputati alla esclusiva responsabilità politica (e penale) del governo di Belgrado, vanno considerati con prudenza, in particolare se riferiti al Kosovo. Persino la strage di Raçak, del 15 gennaio 1999, che è stata assunta come l'emblema della barbarie serba, ed è stato il pretesto decisivo per l'attacco militare della NATO contro la Repubblica Federale Jugoslava, è molto controversa e tutt'altro che ben documentata (21).

Che Raçak sia stato un pretesto è provato *ad abundantiam* dalla condotta tenuta dagli Stati Uniti alla conferenza di Rambouillet, convocata il 6 febbraio 1999, dal "Gruppo di contatto". Gli Stati Uniti avevano già deciso che il Kosovo sarebbe stato comunque sottratto alla Serbia e si erano impegnati in questo senso con il leaders dell'UçK. L'obiettivo sarebbe stato raggiunto o con la pressione della diplomazia coercitiva o con la forza delle armi, del resto già pronte da mesi, a partire dall'*Activation order* del Consiglio Atlantico dell'ottobre 1998. Per questo a Rambouillet gli Stati Uniti avevano chiesto un'ulteriore limitazione della sovranità territoriale della Serbia: il diritto delle milizie NATO di accesso incondizionato ai territori della Repubblica Federale Jugoslava (22). Come era stato riconosciuto persino da Henry Kissinger, si era trattato di un *Diktat* inaccettabile, poiché imponeva al governo di Belgrado di riconoscere la Nato come forza militare di occupazione dell'intero territorio serbo e montenegrino (23).

Del resto, per evitare l'intervento militare della NATO non era servito a nulla l'atteggiamento distensivo tenuto dal governo serbo in applicazione all'accordo Holbrooke-Milosevic dell'ottobre 1998. Sottoscrivendo quell'accordo Milosevic aveva accettato che la crisi del Kosovo venisse internazionalizzata e aveva inoltre acconsentito a rilevanti limitazioni della sovranità jugoslava: aveva accettato che le frontiere del Kosovo venissero varcate dai duemila osservatori dell'Osce, che una parte dei territori fosse pattugliata da semiblandati forniti dai paesi dell'Osce e che i cieli della Jugoslavia meridionale venissero aperti al monitoraggio degli aerei della NATO. Milosevic aveva inoltre ritirato gran parte delle forze di sicurezza serbe dall'area del Kosovo e aveva dato esecuzione all'"accordo scolastico" con Ibrahim Rugova, restituendo agli albanesi gli edifici del campus di Prishtina (24). Ma nonostante queste concessioni e queste aperture di dialogo con i rappresentanti democratici della resistenza kosovara, la richiesta jugoslava che venisse annullato l'*Activation order* impartito alla NATO dal Consiglio Atlantico non era stata accolta.

A tutto questo occorre aggiungere che l'intervento militare delle armate statunitensi ed europee ha fatto strage di alcune migliaia di persone innocenti e ha sacrificato i diritti più elementari di decine di migliaia di altre persone. Nel corso di oltre diecimila missioni d'attacco da parte di circa mille aerei alleati e l'uso di oltre 23 mila ordigni esplosivi, tra missili, bombe e proiettili di vario tipo, la NATO ha inoltre distrutto le strutture civili e produttive di un intero paese. La Serbia e la Voivodina sono state sottoposte ininterrottamente per 78 giorni a bombardamenti da parte di aerei che



volavano ad una quota tanto alta da renderli irraggiungibili dalla difesa contraerea e da moltiplicare gli “effetti collaterali”, che sono stati devastanti. *Human Rights Watch* ha raccolto le prove di almeno 500 morti fra i civili jugoslavi in circa novanta incidenti mortali provocati da ordigni finiti fuori bersaglio. In questo modo, ha scritto David Luban, l'intervento umanitario della NATO

sent a message that could hardly be lost on the world: that Americans considered one American life to be worth thousand of Yugoslav lifes - hardly a resounding endorsement of the doctrine of universal human rights (25).

Le autorità della NATO hanno ammesso ufficialmente, o non hanno smentito, l'uccisione, la mutilazione o il ferimento grave “per errore” di civili serbi, kosovaro-albanesi e zingari in numerosi casi e hanno riconosciuto di aver bombardato industrie chimiche, fabbriche di automobili, treni in corsa (carbonizzandone i passeggeri), convogli di profughi, mercati pubblici, ospedali e prigioni (23 morti nella prigione di Istok Kosovo). Non per errore, ma con un'azione preordinata e rivendicata dai comandi della NATO, un bombardamento missilistico ha distrutto, nella notte fra il 23 e il 24 aprile 1999, l'edificio della televisione di Belgrado, dove si trovavano al lavoro 150 persone, fra giornalisti e impiegati, uccidendone sedici e ferendone altrettanti. Questa azione, essendo stata intenzionalmente diretta contro civili, ha violato la Convenzione di Ginevra del 1949, che vieta ogni attacco deliberato contro la popolazione civile. Infine, nella notte fra il 7 e l'8 maggio, alcuni missili della NATO hanno colpito l'Ambasciata cinese di Belgrado, uccidendo tre persone e ferendone venti.

Oltre a tutto ciò, i bombardieri statunitensi e britannici hanno usato bombe a grappolo (*cluster bombs*) i cui ordigni equivalgono alle mine anti-uomo che colpiscono e sfigurano soprattutto i bambini, ciò che è accaduto e sta tuttora accadendo in Kosovo e nel resto della Serbia. Inoltre, per ammissione del Segretario generale della NATO, il britannico George Robertson, i bombardieri A10 *tank-buster*, in esclusiva dotazione degli Stati Uniti, hanno sganciato, nel corso di cento missioni, 31 mila proiettili all'uranio impoverito (*depleted uranium*, in sigla *DU*) (26). Dopo l'esplosione della testata l'uranio si diffonde contaminando il suolo, l'acqua e l'aria e si inserisce nella catena alimentare producendo un aumento della radioattività ambientale e questa può generare tumori maligni, leucemie, malformazioni dei feti, malattie infantili e ha già causato la morte di centinaia di persone, inclusi un numero elevato di militari della NATO (27). Dunque, anche in questo caso la NATO ha violato le Convenzioni di Ginevra che vietano l'uso di armi chimiche, velenose o che provochino sofferenze inutili. Per tacere delle contaminazioni ambientali provocate dai bombardamenti di Pancevo e Novi Sad e delle distruzioni del patrimonio culturale di città come Prishtina, Pec, Djakovica, Novi Sad e Belgrado, compresa la chiesa medievale di Gracanica, nei pressi di Prishtina, che l'Unesco aveva dichiarato patrimonio dell'umanità e che è andata completamente distrutta.

Quanto al calcolo a posteriori delle vittime - posto che abbia qualche senso fare la somma e la sottrazione del numero dei cadaveri come in una specie di immenso obitorio “umanitario” - è importante ricordare che la guerra voluta dalla NATO non ha mai arrestato la violenza e lo spargimento del sangue in Kosovo. Come ogni altra guerra, la guerra del Kosovo ha lasciato una lunga scia di odio, di paura, di corruzione, di



JURA GENTIUM



prostituzione, di miseria e di morte. La discriminazione etnica, la repressione e la violazione sistematica dei diritti umani - come ha più volte denunciato Amnesty International (28) - è continuata spietatamente, ma in direzione inversa: contro i serbi ormai sconfitti, per opera dei terroristi dell'Uçk, dell'Esercito di liberazione di Presevo, Medvedja e Bujanovac (Uçpmb) e del Corpo di Sicurezza del Kosovo (Tmk).

I profughi serbi e rom sono stati oltre 300 mila, mentre duemila persone, in maggioranza di etnia serba, sono state uccise o sono scomparse. E circa 150 monasteri e chiese ortodosse sono stati distrutti, come l'Unesco ha di recente denunciato. E tutto ciò è accaduto nonostante la presenza in Kosovo di massicci reparti militari della NATO, e nonostante che gli Stati Uniti, secondo una logica che è arduo definire "umanitaria", abbiano illegalmente costruito nel cuore del Kosovo un'imponente base militare - la più grande che essi hanno costruito dopo la guerra del Vietnam -, dopo aver spianato tre intere colline coltivate a frumento. Si tratta di Camp Bondsteel, in prossimità di Urosevaç, che può ospitare sino a 5 mila militari e dove sono stati rinchiusi clandestinamente anche detenuti provenienti dall'Afghanistan e dall'Iraq.

Se tutto quanto è stato sin qui esposto ha un minimo fondamento, allora è ben difficile accettare il giudizio di Franck e di altri autori, secondo il quale "the 'clean hands' of participants in NATO's action was unassailable, in the sense that its members evidently had no territorial designs on Kosovo and appeared to be fighting a war for purely humanitarian objectives and mostly with means calibrated to avoid excessive and collateral damage" (29).

È invece il caso di ricordare che nell'aprile 1999, mentre da oltre un mese erano in corso gli attacchi aerei della NATO contro la Federazione Jugoslava, l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo, Mary Robinson, aveva duramente criticato i bombardamenti della NATO in Jugoslavia. A parere della Robinson il Consiglio di Sicurezza aveva il dovere di valutare se la campagna militare della NATO fosse conforme ai principi di legalità della Carta delle Nazioni Unite, e di pronunciarsi urgentemente in proposito. La Robinson riteneva che i civili sottoposti ai martellanti bombardamenti della NATO subivano una grave violazione dei loro diritti umani. E aggiungeva che il Tribunale dell'Aia per la ex Jugoslavia aveva il compito di passare al vaglio i comportamenti dei membri dell'Uçk e dei membri della NATO, e non solo quelli delle milizie serbe. La NATO non poteva essere considerata il solo giudice competente a decidere le modalità di una guerra che coinvolgeva persone e obiettivi civili (30). Qualche settimana più tardi, mentre i bombardamenti della NATO continuavano senza sosta, il diplomatico brasiliano Sergio Vieira de Mello, alla testa di una delegazione delle Nazioni Unite nei territori della Serbia e del Kosovo, aveva assunto una posizione non meno critica. In una affollata conferenza-stampa a Belgrado, de Mello aveva denunciato il "disastro umanitario" provocato dai bombardamenti della NATO e aveva dichiarato che in Kosovo anche i miliziani dell'Uçk, e non solo i serbi, erano imputabili di gravi violazioni e soprusi.

Se è così, cade anche l'idea secondo la quale l'intervento della NATO in Kosovo fosse stato impedito dall'"esercizio arbitrario" o dalla minaccia dell'"esercizio arbitrario" del potere di veto [*arbitrary exercise of, or threat of, a veto*] da parte di uno o più membri permanenti del Consiglio di Sicurezza. E cade l'idea che la NATO abbia rimediato ad un *institutional failure*, cancellando gli effetti della paralisi imposta al Consiglio di



Sicurezza dalla Russia e dalla Cina per interessi clientelari [*to protect a client state*]. Va detto, anzitutto, che l'esercizio del potere di veto - per quanto possa essere ritenuto assai poco democratico - non è mai in sé stesso arbitrario, ma è del tutto legale alla luce della Carta delle Nazioni Unite, come lo è stato nel caso del veto contro la proposta di censura della NATO deciso da Stati Uniti, Gran Bretagna e Francia. Ma, oltre a questo, nel caso della guerra per il Kosovo, l'opposizione della Russia e della Cina (e dell'India) all'uso unilaterale della forza da parte della NATO, non solo corrispondeva alle aspettative di governi che rappresentavano la stragrande maggioranza della popolazione mondiale, ma era perfettamente in linea con la Carta delle Nazioni Unite e con il diritto internazionale generale.

Come è noto, la Carta delle Nazioni Unite consente l'uso della forza da parte di uno Stato solo per legittima difesa, in presenza di un attacco militare in atto [*if an armed attack occurs*] da parte di un altro Stato (art. 51), mentre riserva al Consiglio di Sicurezza il potere di usare la forza nel caso in cui uno Stato violi o minacci di violare la pace internazionale, in particolare dando vita ad una guerra di aggressione. E questo non era certo il caso di una modesta guerra civile scoppiata all'interno di un paese piccolo, debole e isolato come la Serbia, qualunque fosse il parere contrario di Kofi Annan, un Segretario Generale orientato ad assecondare i punti di vista degli Stati Uniti, ai quali, come è noto, doveva la sua nomina. La sua giustificazione a posteriori dell'intervento militare della NATO, che a suo parere aveva evitato il rischio di un genocidio, non era più fondata né più attendibile delle ben diverse valutazioni di Mary Robinson e di Sergio Viera de Mello. E non andrebbero sottovalutate le numerose condanne e proteste ufficiali contro l'illegale azione della NATO, provenienti dalle più varie aree geopolitiche del mondo, inclusi i 12 Paesi latino-americani del "Gruppo di Rio" e i 114 Stati del "Movimento dei non allineati" (31).

2. Il calcolo delle vite umane risparmiate

Mi sono dilungato sulla vicenda del Kosovo sia per mostrare che il criterio proposto per individuare l'autenticità e la legittimità di un intervento umanitario armato - il calcolo delle vite umane risparmiate - non è sostenibile.

Si tratta anzitutto di un criterio a posteriori, che non offre alcuna indicazione per quanto riguarda la decisione da prendere circa l'esistenza di una grave emergenza umanitaria e circa la necessità di un intervento armato unilaterale anziché, in ipotesi, di un intervento di *peace-keeping*, o di *peace-building*, e cioè di interposizione, monitoraggio e assistenza civile con il consenso di entrambi i belligeranti. Per un verso, è del tutto imprevedibile il numero delle vittime che una guerra civile può provocare, anche in un futuro molto prossimo, soprattutto se i contendenti - o uno di essi - usano armi di distruzione di massa o metodi terroristici. E per un altro verso, il bilancio sia preventivo che consuntivo delle vittime di un intervento militare di ampie proporzioni è sempre controverso e, spesso, impossibile da definirsi in termini empirici, come fu il caso della guerra del Golfo del 1991.

Ma l'argomento decisivo non può che essere di carattere normativo, con riferimento all'ordinamento giuridico internazionale e non a una presunta etica internazionale da usare a piacere per piegare il diritto alle proprie convenienze. Il primo punto è che una



guerra decisa unilateralmente da uno Stato o da una alleanza fra Stati contro uno Stato sovrano è, alla luce della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale generale, una guerra di aggressione e cioè un crimine internazionale gravissimo, al punto che la sentenza del Tribunale di Norimberga lo ha definito “crimine internazionale supremo”. È appena il caso di sottolineare che il divieto dell’uso unilaterale e preventivo della forza militare enunciato dall’art. 2 (4) della Carta è il pilastro che sorregge l’intera struttura delle Nazioni Unite. La guerra di aggressione, nonostante i tentativi che le grandi potenze hanno fatto negli ultimi decenni per impedire che si arrivasse a una definizione rigorosa di “aggressione” (32), coincide con l’uso preventivo e unilaterale della forza da parte di uno Stato, quali che siano le motivazioni che esso adduce. La guerra scatenata dalla NATO contro la Repubblica Federale Serba nel 1999 è da questo punto di vista - ma non solo da questo - equivalente alla guerra scatenata dagli Stati Uniti e dalla Gran Bretagna contro l’Iraq nel 2003, una guerra di cui nessun giurista ha mai osato negare il carattere aggressivo e quindi illegale.

Un secondo punto, altrettanto rilevante, riguarda il divieto di usare la violenza contro la popolazione civile, divieto che la quarta Convenzione di Ginevra pone a carico dei belligeranti. Nessuno ha il diritto di sopprimere la vita di (migliaia di) persone innocenti nel corso di operazioni militari che, grazie dell’uso di mezzi di distruzione di massa, non possono non fare strage anzitutto della popolazione civile. Nel caso del Kosovo, ciò è accaduto sistematicamente, con un cinico ricorso da parte delle autorità militari della NATO alla formula degli “effetti collaterali”. Si è trattato in realtà di crimini di guerra e di crimini contro l’umanità che la Procura generale del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, se non fosse stata legata a filo doppio con le autorità della NATO, avrebbe sottoposto a indagini, incriminandone i responsabili. Al contrario, come è noto, la Procura non ha svolto alcuna indagine ed ha archiviato tutte le denunce contro la NATO che le sono state formalmente presentate (33).

C’è un terzo argomento, giuridicamente di grande rilievo. Ci si può chiedere se le autorità politiche di un Stato, o di una alleanza militare fra Stati, abbiano il diritto di sopprimere in modo indiscriminato la vita di persone sicuramente innocenti - donne, bambini, anziani, malati, detenuti, nomadi -, barattando la loro vita con quella di altre persone, supposte in pericolo di morte e supposte innocenti. Chi ha il potere di negare il diritto alla vita di persone innocenti, usando strumenti di distruzione di massa “per fare giustizia”? Se è vero che il diritto alla vita è un diritto fondamentale e personalissimo, allora la dottrina dei diritti dell’uomo non può essere concepita come una dottrina utilitaristica che valuta in aggregato la vita e la morte delle persone, sommando e sottraendo il bene della vita e il male della morte come se fossero fungibili e interscambiabili. A mio parere, le autorità di una alleanza militare come la NATO non possono esercitare il potere di vita e di morte su persone innocenti, quasi fossero una reincarnazione dei pontefici romani che in nome di Dio benedivano le armate cattoliche che facevano strage di infedeli. È noto che nei mesi precedenti alla guerra per il Kosovo esponenti di primo piano dell’amministrazione statunitense, come il vicesegretario di Stato Strobe Talbott, avevano dichiarato che la NATO si attribuiva il diritto di decidere l’uso della forza in modo del tutto indipendente rispetto ad ogni altra istituzione internazionale, le Nazioni Unite comprese (34).



JURA GENTIUM



Infine, è doveroso chiedersi, più in generale, se la guerra moderna, con i suoi strumenti di distruzione di massa, può essere “appaltata” da parte delle Nazioni Unite a grandi potenze o ad alleanze militari come la NATO, attribuendo loro il compito di proteggere valori ritenuti universali come i diritti umani. Ci troviamo qui di fronte ad una evidente aporia: sostenere che tutti gli individui sono soggetti dell’ordinamento internazionale in quanto titolari di diritti inviolabili e inalienabili significa attribuire loro anzitutto il diritto alla vita, riconosciuto dall’articolo 3 della *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* del 1948. In secondo luogo significa riconoscere loro, come vuole ancora la *Dichiarazione universale*, i diritti fondamentali di *habeas corpus*: nessuno può essere sottoposto a trattamenti ostili che comportino una lesione della sua integrità fisica, della sua libertà, dei suoi rapporti affettivi e dei suoi beni, se non in seguito all’accertamento di suoi comportamenti consapevolmente contrari a normative penali. E questo accertamento richiede che siano adottate le procedure giudiziarie “in un equo e pubblico dibattimento, davanti a un tribunale indipendente e imparziale”. Infine la *Dichiarazione universale*, all’art. 7, riconosce il diritto di tutti gli uomini ad un eguale trattamento giuridico.

La legittimazione della “guerra umanitaria” equivale ad una contraddittoria negazione di tutti questi principi. Nel caso della guerra per il Kosovo, ad esempio, una sentenza di morte collettiva è stata di fatto applicata a migliaia di cittadini jugoslavi prescindendo da qualsiasi indagine sulle loro responsabilità personali. Ed è stato violato anche il principio dell’eguaglianza del trattamento giuridico: non si dovrebbe dimenticare che nei territori della ex Jugoslavia la pretesa tutela umanitaria dei diritti dell’uomo è stata simultaneamente perseguita secondo due approcci incompatibili fra loro. Il Tribunale dell’Aja per la ex-Jugoslavia ha esercitato il suo potere repressivo applicando il principio secondo il quale nessuno può essere sottoposto a sanzioni penali se non perché è stato giudicato responsabile di crimini personalmente e consapevolmente commessi. Per di più lo Statuto del Tribunale dell’Aja ha escluso la pena di morte dal novero delle sue sanzioni. Questo trattamento, rispettoso, almeno formalmente, di alcuni importanti principi di *rule of law*, è stato riservato ad una esigua minoranza di cittadini della ex Jugoslavia, spesso appartenenti alle alte gerarchie politiche o militari, indiziati di illeciti internazionali. Migliaia di semplici cittadini hanno invece subito un trattamento molto diverso: quello di micidiali bombardamenti, che non solo hanno distrutto vite umane ma hanno procurato danni gravissimi alle strutture civili e produttive di un intero paese, moltiplicando i mutilati, i feriti, gli orfani, i rifugiati, i miseri e i senza tetto.

Il divieto della guerra di aggressione proclamato dalla Carta delle Nazioni Unite non può essere considerato da nessuno, in nessun caso, come una norma irragionevole se è vero che la guerra moderna è la più radicale negazione dei diritti soggettivi. La guerra moderna, condotta con ordigni sempre più sofisticati e micidiali, ha per sua natura la funzione di distruggere - senza proporzioni, senza distinzioni e senza limiti - la vita, i beni e i diritti delle persone. Solo chi sottovaluta - e non ha mai provato o visto da vicino - gli effetti distruttivi e sanguinari della guerra moderna può esaltarla come uno strumento idoneo per la tutela dei diritti e per la realizzazione della giustizia. *Dulce bellum inexpertis*, ammoniva Erasmo da Rotterdam già molti secoli fa.



3. L'intervento umanitario alla luce del diritto internazionale

La guerra per il Kosovo sembrava aver consacrato la prassi dell'interventismo umanitario, dal momento che la motivazione umanitaria era stata assunta nel modo più esplicito come *justa causa* di una guerra unilaterale e asimmetrica. Si era infatti ritenuto che l'uso della forza internazionale per motivazioni umanitarie fosse legittima non soltanto in opposizione al principio di non ingerenza nella *domestic jurisdiction* di uno Stato sovrano, ma anche in contrasto con la Carta delle Nazioni Unite, con i principi della statuto e della sentenza del Tribunale di Norimberga, oltre che con il diritto internazionale generale.

Di fronte a questa autentica eversione del diritto internazionale la reazione delle Nazioni Unite era stata di sostanziale inerzia e subordinazione alla volontà delle potenze occidentali. Il Consiglio di Sicurezza e il Segretariato generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan, aveva legittimato a posteriori la "svolta umanitaria", imposta dalla massima potenza occidentale, senza sollevare la minima obiezione di principio, ed anzi attribuendole il crisma della piena legittimità internazionale. E tuttavia, la tesi secondo la quale la finalità della protezione dei diritti dell'uomo può essere assunta come prevalente rispetto all'integrità della *domestic jurisdiction* degli Stati, tale quindi da giustificare l'uso della forza, non è affatto pacifica e può essere contrastata con validi argomenti giuridici. Questo vale sia nel caso in cui l'uso della forza sia stato autorizzato dalle istituzioni internazionali, sia, e tanto più, se non sia stato autorizzato, come è avvenuto nella guerra per il Kosovo.

Si può anzitutto sostenere, assieme a Bruno Simma, che non esiste una norma consuetudinaria che in deroga alla Carta delle Nazioni Unite e al diritto internazionale generale conferisca al Consiglio di Sicurezza il potere di autorizzare l'uso della forza in situazioni di emergenza umanitaria (35). Una norma consuetudinaria di questo tipo dovrebbe emergere dal comportamento uniforme degli Stati e dal generale convincimento che si tratti di una prassi legale. Ma la prassi è tutt'altro che uniforme dal punto di vista della regolarità dei comportamenti sanzionatori. In alcuni casi, ad esempio in Somalia nel 1992, si è fatto ricorso all'intervento armato, mentre in altri casi, si pensi alla Cecenia, si è ritenuto sufficiente lo strumento diplomatico nella forma di una (platonica) censura nei confronti delle autorità moscovite. In altri casi ancora - la sanguinosa repressione della minoranza curda da parte della Turchia -, non vi è stata alcuna reazione della comunità internazionale.

Argomenti altrettanto validi si possono opporre alle tesi dei molti autori che, in particolare negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, hanno sostenuto la legittimità dell'uso della forza per ragioni umanitarie anche senza l'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza. Le strategie argomentative che sono state usate a questo fine sono sostanzialmente tre:

1. Secondo la posizione più radicale, sostenuta da autori come Michael Ignatieff, Fernando Tesón e Robert Keohane (36), la tutela internazionale dei diritti dell'uomo è legittima e doverosa indipendentemente dal rispetto o meno delle prescrizioni dell'ordinamento giuridico internazionale. Le norme della Carta delle Nazioni Unite che regolano l'uso della forza si rivelano sempre più superate, vincolate come sono ad una concezione westfaliana dei rapporti internazionali. Il dogma della sovranità degli Stati



nazionali deve essere abbandonato e si deve riconoscere che il rispetto della loro *domestic jurisdiction* è un valore strumentale che non può impedire alla comunità internazionale di intervenire, anche con la forza, per impedire o per fermare atrocità come, ad esempio, il genocidio ruandese. In questi casi l'omissione di soccorso da parte della comunità internazionale è un comportamento molto più censurabile di un intervento militare non rispettoso delle norme scritte del diritto internazionale vigente.

2. Un secondo gruppo di autori - fra questi Michael Glennon (37) e Antonio Cassese (38) - sottolinea l'esigenza di aggiornare il diritto internazionale introducendo nuove norme che consentano e disciplinino l'intervento armato per ragioni umanitarie. In questa direzione si sono pronunciati anche Kofi Annan e i 16 membri dello High Level Panel da lui convocato nel dicembre 2004. Secondo il Segretario generale e i suoi consiglieri era necessario che l'uso della forza da parte del Consiglio di Sicurezza, previsto dal Capitolo VII della Carta, includesse anche la cosiddetta "responsabilità collettiva internazionale di proteggere" [*the collective international responsibility to protect*] (39). Occorreva cioè prevedere una nuova modalità di intervento del Consiglio di Sicurezza: l'intervento armato contro uno Stato responsabile di gravi violazioni dei diritti fondamentali dei propri cittadini, anche se non tale da compromette la pace e l'ordine internazionale. Questa medesima tesi era già stata avanzata dalla International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), istituita per iniziativa del governo canadese, nella sua relazione *The Responsibility to Protect*, pubblicata nel dicembre 2001 e messa a disposizione delle Nazioni Unite. Infine era intervenuta la risoluzione 1674 del 28 aprile 2006 del Consiglio di sicurezza che agli articoli 4 e 26 confermava la dottrina della Responsibility to Protect e che prevedeva la possibilità che il Consiglio di sicurezza, in presenza di una grave violazione dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, dichiarasse che si trattava di una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale e adottasse le misure adeguate (40). Molto più avanti si era spinto Antonio Cassese, che aveva proposto un aggiornamento del diritto internazionale che disciplinasse con norme generali l'intervento umanitario armato in assenza dell'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza. Cassese aveva riconosciuto che la NATO aveva commesso una grave violazione della Carta delle Nazioni Unite attaccando la Repubblica jugoslava e tuttavia aveva sostenuto che l'uso della forza era stato legittimo, perché la vicenda della guerra per il Kosovo era stata la prova che si stava creando "una nuova legittimazione nel diritto internazionale dell'uso della forza" (41). Era illusorio attendersi che in futuro il principio vestfaliano del carattere inviolabile della sovranità degli Stati venisse rispettato dalle grandi potenze. Compito del giurista non era quello di opporsi alla tendenza "umanitaria" in atto, ma era quello di precisare le condizioni perché tale tendenza desse luogo ad un regime internazionale che prevedesse una nuova ipotesi di uso legittimo della forza prescindendo dal Consiglio di Sicurezza (42).

3. Infine, altri autori, in particolare Jane Stromseth (43), hanno sostenuto l'inutilità e persino l'erroneità di un tentativo di codificare un nuovo diritto internazionale umanitario che, a certe condizioni, giustificasse l'uso della forza in presenza di "catastrofi umanitarie". Tale era, a suo giudizio, la situazione del Kosovo nel 1999, che aveva reso necessario l'intervento militare della NATO, intervento esemplarmente rispettoso del diritto di guerra (44). Piuttosto era necessaria un'interpretazione flessibile ed evolutiva delle norme dell'ordinamento internazionale in modo da favorire la formazione di una



nuova consuetudine che superasse il dogma della sovranità statale. Non si trattava di scrivere nuove norme di diritto internazionale e di pretenderne una rigorosa interpretazione e applicazione, come aveva proposto Cassese. Anzi, il carattere incerto dello statuto giuridico dell'intervento umanitario doveva essere mantenuto, poiché l'incertezza normativa era il terreno più fertile per una graduale emergenza, caso dopo caso, di un consenso della comunità internazionale sull'uso umanitario della forza.

4. Fondamentalismo umanitario

Questa sorta di militarismo umanitario, merita a mio parere, in tutte le sue tre versioni, di essere criticato sul piano teorico e contrastato sul terreno politico (45). Non si tratta minimamente di opporre all'etica internazionale sostenuta dei fautori dell'intervento umanitario armato una diversa - ed eventualmente superiore - etica internazionale. Si tratta piuttosto di rivendicare in termini politici e giuridici il rispetto e l'applicazione delle norme e dei principi del diritto internazionale vigente, in particolare le norme della Carta delle Nazioni Unite e i Trattati a difesa della pace e dell'ordine internazionale e della tutela dei diritti umani. Il militarismo umanitario che tenta di introdurre nel corpo del diritto internazionale vigente nuove motivazioni che legittimino l'uso unilaterale e asimmetrico della forza militare è di fatto schierato a favore degli interessi delle grandi potenze, in particolare di quelle occidentali. La moltiplicazione delle ragioni che si pretende legittimino sul piano giuridico o su quello etico il ricorso alla violenza non può che produrre un ulteriore indebolimento della capacità normativa e regolativa del diritto internazionale, che è già molto limitata. La conseguenza finale è che i meccanismi istituzionali e normativi di controllo dell'uso della forza internazionale diventino del tutto evanescenti e che l'intero apparato delle Nazioni Unite si riduca a funzioni adattive di legittimazione dello *statu quo* imposto da alcuni Stati con l'uso, o la minaccia dell'uso, del loro strapotere militare. Le proposte "umanitarie" di una aperta violazione del diritto internazionale in nome di superiori principi etici, così come le ipotesi di un "aggiornamento" militarista del diritto internazionale in forme codificate o in forme consuetudinarie, erodono in eguale misura la prospettiva di relazioni internazionali meno spietate e minimamente pacifiche.

L'ideologia occidentale della *humanitarian intervention*, con la sua pretesa di diffondere nel mondo intero i valori occidentali - e tali sono i valori sottesi alla dottrina dei diritti umani e della democrazia -, coincide in realtà con una strategia generale di promozione di "interessi vitali" dei singoli Stati "umanitari" - o di alleanze fra Stati -, presentati come interessi della comunità internazionale e che dovrebbero pertanto prevalere sul particolarismo delle sovranità nazionali. Il processo regressivo che porta dalla ricerca multilaterale della sicurezza collettiva alla pratica di guerre unilaterali e asimmetriche comporta un tendenziale ritorno alla situazione "anarchica" precedente alla fondazione delle istituzioni internazionali del secolo scorso, come la Società delle Nazioni e le Nazioni Unite. In un contesto tendenzialmente anarchico, la sempre più diffusa pretesa di ricorso legittimo all'uso della forza da parte delle grandi potenze non è estranea alla parallela diffusione del cosiddetto *global terrorism*. Liberare il mondo dal flagello del terrorismo eliminandone le cause non può che essere il principale obiettivo di un diritto e di istituzioni internazionali fedeli al loro compito primario: ridurre gli effetti sanguinari e devastanti delle nuove guerre.



JURA GENTIUM



La guerra della NATO per il Kosovo ha mostrato al mondo intero l'assoluta supremazia tecnologica, informatica e militare delle armate occidentali. E ha provato la volontà degli Stati Uniti di far uso della propria supremazia militare senza tener conto del diritto internazionale, attribuendosi un assoluto *jus ad bellum* che avrebbe trovato la sua estrema espressione qualche anno più tardi nella guerra di aggressione contro l'Iraq. Il terrorismo, in particolare quello di matrice islamica, può essere interpretato come la replica anarchica e nichilista al nichilismo di chi intende dominare il mondo grazie all'uso sistematico della forza. Il fondamentalismo terroristico è la replica al fondamentalismo di un potere che tende ad assumere caratteristiche egemoniche e dispotiche su scala globale.

Non ci sono dubbi che oggi sia necessaria una tutela internazionale - e non solo nazionale - dei diritti soggettivi, per quanto sia illusorio pensare che sia possibile costruire una sorta di Stato di diritto cosmopolitico che trascenda le strutture degli Stati nazionali. Se gli obiettivi del diritto internazionale sono la sicurezza e la pace, allora il problema è di rendere compatibili gli interventi transnazionali a tutela dei diritti soggettivi con la diversità delle culture, con l'identità e la dignità dei popoli, con l'integrità delle strutture giuridico-politiche di cui essi si siano liberamente dotati. Ed è fondamentale riconoscere che l'uso della forza militare da parte delle grandi potenze non può cancellare le ragioni profonde che in tutto il mondo - si pensi se non altro alla questione palestinese, a quella irachena e a quella cecena - sono alla base della esplosioni di guerre civili, di conflitti etnici spietati, sino alla pulizia etnica e al genocidio. Le guerre civili hanno motivazioni profonde che non possono essere soffocate militarmente e che occorre invece cercare di arginare lasciando ai popoli coinvolti il ruolo di protagonisti centrali sia della guerra che del processo di pace. L'intervento militare - inevitabilmente tardivo - non solo non risolve ma molto spesso aggrava le situazioni conflittuali, aggiungendo atrocità ad atrocità, sofferenze a sofferenze, come hanno mostrato, oltre al Kosovo, il caso della Somalia, dell'Afghanistan e, clamorosamente, quello dell'Iraq. Se è così, non può che essere respinta l'ambizione di singole potenze o di alleanze militari come la NATO ad erigersi a custodi della universalità dei diritti umani e delle istituzioni democratiche. Il rispetto dei diritti e la subordinazione del potere a regole democratiche sono beni delicatissimi che soltanto lo sviluppo civile, la conquista di un livello minimo di benessere economico e soprattutto l'impegno culturale e la lotta politica possono produrre localmente, secondo i tempi e i modi di culture che spesso sono lontanissime dalla tradizione occidentale dello Stato di diritto e della dottrina dei diritti umani. Tutto il resto - compresa la retorica della *responsibility to protect* - rischia di non essere altro che imperialismo culturale e, nei casi più gravi, imperialismo *tout court*.

Note

1. Cfr. M.J. Glennon, "The New Interventionism", *Foreign Affairs*, 78 (1999), 3, p. 7.
2. Cfr. M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, 2001, pp. 37-48.



3. Si veda T.M. Frank, "Interpretation and change in the law of humanitarian intervention", in J.L. Holzgrefe and R.O. Keohane (eds), *Humanitarian Intervention*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
4. Cfr. C. Schmitt, *Begriff des Politischen*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1963.
5. Cfr. N. Albala, "Limites du droit d'ingérence", *Manière de voir*, 45 (1999), pp. 82-3.
6. Si veda: J. Gardam (ed.), *Humanitarian Law*, Brookfield, Ashgate, 1999.
7. Mi permetto di rinviare al mio *Cosmopolis*, Cambridge, Polity Press, 1997, in particolare alle pp. 35-38.
8. Cfr. The President of the United States, *National Security Strategy of the United States*, Washington, The White House, 1991.
9. Il documento, redatto da uno *staff* di funzionari del Dipartimento di Stato e del Pentagono, venne pubblicato dal *New York Times* l'8/3/1992 e successivamente rielaborato.
10. Cfr., fra i molti altri, P. Wolfowitz, "An American Perspective", in E. Grove (a cura di), *Global Security*, London, Brassey's, 1991, pp. 19-28; R. Art, "A Defensible Defense: America's Grand Strategy after the Cold War", *International Security*, 15 (1991), 1, pp. 5-53; J.L. Gaddis, "Toward the Post-Cold War World", *Foreign Affairs*, 70 (1991), 2, pp. 102-22.
11. Cfr. M. Wörner, "Global Security: The Challenge for NATO", in E. Grove (ed.), *Global Security*, cit., pp. 100-5.
12. Cfr. E.H. Carr., *The Twenty Years' Crisis 1919-1939*.
13. Cf. T.M. Franck, "Interpretation and change in the law of humanitarian intervention", in J.L. Holzgrefe and R.O. Keohane (eds), *op. cit.*, p. 216.
14. Cf. C.R. Beitz, *Political Theory and International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1979; S. Hoffmann, *Duties Beyond Borders*, Syracuse, Syracuse University Press, 1981; J.S. Nye, Jr., *Nuclear Ethics*, New York, The Free Press, 1986; M. Walzer, *Just and Unjust Wars*, New York, Basic Books, 1992.
15. Cfr. A. Buchanan, "Reforming the international law of humanitarian intervention", in J.L. Holzgrefe and R.O. Keohane (eds), *op. cit.*, pp. 130-73.
16. Cfr. R.O. Keohane, "Introduction", in J.L. Holzgrefe and R.O. Keohane (eds), *op. cit.*, pp. 1-11.
17. Cfr. T.M. Franck, "Interpretation and change in the law of humanitarian intervention", in J.L. Holzgrefe and R.O. Keohane (eds), *op. cit.*, passim.
18. Cfr. M. Vickers and J. Pettifer, *Albania*, London, Hurst and Company, 1997; P. Mastrolilli, "La lobby albanese in America", *Limes*, (1998), 3, pp. 287-90.
19. Nel 1994 il presidente Clinton aveva incaricato il nuovo Segretario di Stato, Lawrence Eagleburger, di inviare un breve telegramma al suo ambasciatore a Belgrado, con l'incarico di leggerlo personalmente a Milosevic. Il testo del telegramma diceva: "In caso di conflitto in Kosovo causato da un'azione serba, gli Stati Uniti saranno pronti



a utilizzare forze militari contro i serbi in Kosovo e contro la stessa Serbia”, cfr. M. Calvo-Platero, “Le tentazioni di una superpotenza”, in E. Berselli, *et al.*, *La pace e la guerra*, Milano, Il Sole 24 Ore, 1999, pp. 126-7.

20. Questo dato, confortato dal parere del Consiglio per la Difesa dei Diritti Umani e delle Libertà di Prishtina, viene oggi generalmente accettato e vale da solo a smentire sia le dichiarazioni del ministro della difesa degli Stati Uniti, William Cohen, che il 16 maggio 1999 aveva denunciato l’uccisione di centomila kosovaro-albanesi, sia la cifra ufficiale della Nato, che era di diecimila vittime; cfr. A. Lodovisi, “La grande dissipazione”, *Guerre e pace*, 7 (1999), 60, p. 14.

21. Oggi ci sono molti dubbi, che la commissione di inchiesta finlandese non è stata in grado di dissolvere, sulle responsabilità dell’eccidio, sulle sue modalità e sulla stessa identità di una parte delle vittime: per gli uni si è trattato di un massacro di civili inermi compiuto dalla polizia serba, per gli altri è stato il risultato di sparatorie provocate da agguati dell’Uçk contro pattuglie serbe (come hanno testimoniato alcuni osservatori italiani dell’Osce), poi ‘costruito’ come un eccidio efferato e raccapricciante a fini propagandistici; cfr. R. Morozzo della Rocca, “La via verso la guerra”, *cit.*, pp. 24-5.

22. Art. 8 dell’appendice B al capitolo 7 dell’*Interim Agreement for Peace and Selfgovernment in Kosovo*, UN Doc. S/1999/648 (1999), del 7/6/1999.

23. Si veda H. Kissinger, “US Intervention in Kosovo is a Mistake”, *The Boston Globe*, 1/3/1999.

24. Cfr. R. Morozzo della Rocca, *op. cit.*, pp. 20-21.

25. Cfr. D. Luban, “Intervention and Civilization: Some Unhappy Lessons of the Kosovo War”, in P. De Greiff and C. Cronin (eds), *Global Justice and Transnational Politics*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 2002, p. 82.

26. Dalle dichiarazioni del sottosegretario italiano alla Difesa, Paolo Guerrini; cfr. M. Nese, “Allarme insensato”, *Corriere della Sera*, 11/3/2000, p. 10.

27. Si veda F. Gustincich, “I misteri del Kosovo radioattivo”, *Limes*, (1999), 4, pp. 231-3.

28. Cfr. Amnesty International Report 2007, Serbia. Human Rights Committee 86th Session, July 2006, Index EUR 70/001/2006; Amnesty International Report, *Kosovo (Serbia). The United Nations in Kosovo. A Legacy of Impunity*, 8 November 2006, Index: Eur 70/015/2006.

29. Cfr. T.M. Franck, “Interpretation and change in the law of humanitarian intervention”, in J.L. Holzgrefe and R.O. Keohane (eds), *op. cit.*, p. 226.

30. Cfr. M. Robinson, *Report on the Human Rights Situation Involving Kosovo* (30/4/1999).

31. Si veda S. Zappalà, “Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo”, *Rivista di diritto internazionale*, 1999, p. 975 ss.

32. Cfr. G. Gaja, “The Long Journey towards Repressing Aggression”, in A. Cassese, P. Gaeta and J.R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 427-8.



33. Mi permetto di rinviare al mio *Invoking Humanity*, London, Continuum International, 2002, pp. 5, 106-120.
34. “We must be careful not to subordinate NATO to any other international body or compromise the integrity of its command structure. [...] the Alliance must reserve the right and the freedom to act when its members, by consent, deem it necessary”; cfr. S. Talbott, *Address*, Bonn, 4 febbraio 1999, citato in B. Simma, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *European Journal of International Law*, 10 (1999), 1, p. 15.
35. Cfr. B. Simma, *op. cit.*, p. 3; secondo Simma “In the contemporary international law, as codified in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (articles 53 and 64), the prohibition enunciated in Article 2(4) of the Charter is part of *jus cogens*, i.e. it is accepted and recognized by the international community of states as whole as a norm from which no derogation is permitted”.
36. Cfr. M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, cit., passim; Id., “State failure and nation-building”, in J.L. Holzgrefe and R.O. Keohane (eds), *op. cit.*, pp. 299-321; F.R. Tesón, “The liberal case for humanitarian intervention”, cit., passim; R.O. Keohane, “Political authority after intervention: gradation in sovereignty”, in J.L. Holzgrefe and R.O. Keohane (eds), *op. cit.*, pp. 272-298.
37. Cfr. M.J. Glennon, *op. cit.*, passim.
38. Cfr. A. Cassese, “Ex iniuria ius oritur”, *European Journal of International Law*, 10 (1999) 1, pp. 23-5. Contra: B. Simma, *op. cit.*, pp. 1-6; C.M. Chinkin, “Kosovo: A ‘Good’ or ‘Bad’ War?”, *American Journal of International Law*, 93 (1999) 4, pp. 841-47.
39. Si veda il rapporto [A More Secure World: Our Shared Responsibility](#).
40. United Nations Security Council, Resolution 1674, 28/4/2006, S/RES/1674(2006); per una acuta critica del documento e dell’intera dottrina della *responsibility to protect* si veda J.E. Alvarez, *The Schizophrenias of R2P*, Panel Presentation at the 2007 Hague Joint Conference on Contemporary Issues of International Law, The Hague, The Netherlands, 30/6/2007.
41. Cfr. A. Cassese, “Le cinque regole per una guerra giusta”, in N. Bobbio, *et al.*, *L’ultima crociata?*, Roma, I libri di Reset, 1999, p. 28.
42. Cfr. A. Cassese, “Zolo sbaglia, il diritto va aggiornato”, *ibid.*, pp. 34-8.
43. Cfr. J. Stromseth, “Rethinking humanitarian intervention: the case for incremental change”, in J.L. Holzgrefe and R.O. Keohane (eds), *op. cit.*, pp. 232-72.
44. *Ibid.*, p. 249.
45. Cf. in questo senso: B. Simma, *op. cit.*, passim; D. Luban, “Intervention and Civilization: Some Unhappy Lessons of the Kosovo War”, cit., pp. 79-115; R.W. Miller, “Respectable Oppressors, Hypocritical Liberators: Morality, Intervention, and Reality”, in D.K. Chatterjee and D.E. Scheid (eds), *Ethics and Foreign Intervention*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003; M. Byers and S. Chesrerman, “Changing the rules about rules? Unilateral humanitarian intervention and the future of international law”, in L. Holzgrefe and R.O. Keohane (eds), *op. cit.*, pp. 177-203.

Guerra giusta, nemico ingiusto: Schmitt interprete di Kant

Francesco Mancuso

1. Delle profonde ambiguità che innervano il rapporto originario e dialettico tra violenza e politica/diritto, il fenomeno della guerra, intesa come violenza ‘qualificata’ e atto pubblico (grozianamente: ‘solenne’) compiuto da uno Stato sovrano verso altri Stati sovrani, è la rappresentazione più evidente, anche e soprattutto a partire dalle sue trasformazioni, che riguardano sia il quadro di riferimento (il sistema internazionale composto da entità sovrane, trasformatosi già dalla fine della seconda guerra mondiale, e da lì, attraverso tappe successive, con il 1989 e il Nine-Eleven 2001 come vere e proprie ‘date assiali’ (1), ulteriormente modificatosi), sia le relazioni con la pace e il diritto, sia la percezione stessa del fenomeno bellico (2).

Le mutazioni del concetto di ‘guerra’ non sono il segno di una sua progressiva neutralizzazione e limitazione. Al contrario, se non da un punto di vista quantitativo, senz’altro da un punto di vista qualitativo i nostri tempi vedono non solo un’intensificazione della violenza su scala planetaria, ma anche un parallelo indebolimento di alcuni principi giuridici fondamentali e la preoccupante riemersione dell’idea etica (e premoderna) di ‘guerra giusta’. Se, come scrive Carl Schmitt, “tutte le questioni importanti dell’ordinamento giuridico internazionale finiscono per convergere sul concetto di guerra giusta” (3), allora il mezzo essenziale per comprendere le mutazioni del concetto di ‘guerra’ e la riemersione dell’idea di guerra giusta è costituito dalla rappresentazione, o meglio, dalla qualificazione del ‘nemico’ (4). Da questa prospettiva è possibile osservare uno degli snodi concettuali decisivi della filosofia del diritto internazionale, e la lettura che Schmitt dà di un capitolo centrale del pensiero internazionalistico di Immanuel Kant è una sorta di messa in luce, problematica essa stessa, di una aporia che si cela nell’evoluzione del diritto internazionale moderno, e che riemerge prepotentemente nel diritto internazionale contemporaneo: il problema del “*Quis judicabit?*” e della possibilità dell’intensificazione della polemicità del ‘politico’ attraverso il passaggio dalla figura del nemico ‘reale’ a quella del nemico ‘assoluto’. Questo è un punto che riguarda specificamente la teoria schmittiana e l’analisi presente in essa del difficile equilibrio tra ‘ordine’ e ‘disordine’ che impedisce la degenerazione del ‘politico’ in caos agonale assoluto, in negazione di se stesso.

L’evoluzione del diritto internazionale nel ventesimo secolo è stata caratterizzata dal tentativo di recidere il nesso tra sovranità e *jus ad bellum*. A partire dalla fine della seconda guerra mondiale (ma con il notevole precedente del Patto Briand-Kellogg), la proibizione dell’utilizzo della forza per la risoluzione delle controversie internazionali è divenuto vero e proprio *jus cogens*, valore supremo essenziale e inderogabile (l’uso della forza è legittimo, oltre che per autodifesa, solo ed esclusivamente previa autorizzazione del Consiglio di Sicurezza, e unicamente per il ristabilimento della pace) (5). Oggi, tuttavia, la guerra, il ‘fatto’ della guerra (non le sue denominazioni politicamente corrette) è stato rilegittimato dopo un lungo periodo in cui esso è stato considerato al di fuori “da ogni criterio di legittimazione e di legalizzazione” (6). Così, il diritto internazionale vede quasi contemporaneamente entrare in crisi due suoi



elementi fondativi e solo apparentemente concorrenti, il principio “statista” e il principio cosmopolitico (7), in favore di un paradigma ibrido che va modellandosi con elementi tradizionali confusamente rimescolati in forme nuove e che può essere condensato nell’efficace espressione “legittimazione dello ‘stato di natura’ internazionale” (8). In altri termini, va in cortocircuito, e non importa qui valutare se questo sia un fenomeno contingente o necessitato (9), la conciliazione tra modello hobbesiano e modello kantiano, per cui quest’ultimo non è più il senso della fuoriuscita da quello stato di natura che il primo modello, quello sovranista-hobbesiano, attesta essere l’insuperabile orizzonte delle relazioni internazionali, ma costituisce viceversa, sulla base di un ‘cattivo’ universalismo, il fattore legittimante della reintroduzione unilateralistica dello *jus ad omnia* proprio dello stato di natura (10). In termini meno netti, si potrebbe dire che entra in palese contraddizione l’universalità dei principi e la parzialità della salvaguardia, che immediatamente erode la prima: *nemo judex in sua causa*. Si tratta in ogni caso di una vera e propria ‘normalizzazione’ dell’eccezione, o di un’eccezione permanente, emergenziale, non avente alcuna destinazione ordinativa e neutralizzatrice, e dichiaratamente ostile a qualunque ‘messa in forma’-limitazione giuridica. A dimostrazione di questa tendenza involutiva ed eversiva, una molteplicità di fenomeni: la dissoluzione - assiologica anzitutto - dell’equazione guerra=crimine, una volta nominalmente sublimatosi il fenomeno bellico in ‘operazione di polizia internazionale’ (specialmente in assenza di legittimazione e di garanzie giurisdizionali internazionali rispetto ai crimini di violazione del diritto internazionale); la trasfigurazione della guerra di autodifesa rispetto ad un’aggressione esterna in ‘guerra preventiva’ e unilaterale, anche in assenza di minacce dirette; l’introduzione della figura fortemente ideologica e unilateralistica di ‘Stato canaglia’ (*rogue State*); lo scavalcamiento, sul piano della condotta degli affari internazionali, dell’etica della responsabilità da parte di un’etica della convinzione che spesso è soltanto mera, paretiana ‘derivazione’ coprente interessi materiali (economici, strategici, ecc.) specifici e localizzati. Il risultato più catastrofico è quello, ancipite, che non solo la guerra non è più il ‘tabù’ dell’odierno diritto internazionale, ma che “si sta verificando la tendenza a considerare quello militare come l’unico strumento concepibile e disponibile per ogni azione di politica internazionale: compreso il negoziato” (11).

Oggi si parla di ‘guerra’ in due sensi diversi eppure complementari, quasi come se non ci fosse alcuna soluzione di continuità tra l’‘interventismo umanitario’ dei primi anni ‘90 e i recenti, e già falliti sul piano della realtà effettuale, tentativi di mobilitazione reattiva della cosiddetta *War on Terror*: o come ‘guerra’ umanitaria e “virtuosa”, ossimoro che tenterebbe di legittimare il fenomeno bellico imbellettandolo come strumento di tutela e affermazione dei diritti umani (con la parallela crisi del principio di non-ingerenza, rifiutato in nome di argomenti moralistici) (12), oppure, e ciò a partire dal settembre 2001, come ‘guerra al terrorismo’: guerra cioè ad un soggetto criminale, il terrorismo internazionale, organizzato e armato, reticolare e non localizzabile territorialmente, che paradossalmente si traduce in interventi militari contro Stati accusati di fiancheggiare le organizzazioni terroristiche. Quindi da un lato si utilizza un concetto, quello di ‘guerra’, che ha sicuramente un notevole impatto retorico, ma che pone la concreta minaccia terroristica, soggettivizzandola, su un piano differente da quello della criminalità, anche politica; dall’altro si criminalizzano Stati sovrani accusati (nel caso dell’Iraq sulla base di prove false) di fiancheggiare il terrorismo e di preparare



l'uso di armi di distruzione di massa. Il criminale diventa 'nemico' (nel senso classico-politico del termine), il 'nemico' diventa criminale (13). Un cortocircuito concettuale e politico che, vedendo il 'nemico' dappertutto (ma giudicandolo come l'assolutamente 'altro'), lo smarrisce, lo favorisce, indirettamente lo sostiene.

Un ulteriore effetto del trascolorimento della valenza semantica di 'guerra' è la crisi di quel faticoso, instabile, relativo, precario, ma pur storicamente esperito tentativo di limitazione dell'assolutezza, intesa sia come intensità, sia come estensione temporale, della 'guerra' stessa.

La "forza di tensione e la violenza dello sforzo bellico" sono ridotte, come sottolinea Clausewitz, dal fatto che la guerra non è determinata dall'obbiettivo di produrre risultati assoluti e definitivi, bensì da uno "scopo politico" che "dà la misura" (14). Quale misura può esserci più, in linea di principio, se lo scopo politico si confonde e si dissimula all'interno di una serie di discorsi legittimanti che vanno dalla riesumazione dell'idea teologica di 'guerra giusta' all'utilizzazione strumentale della retorica dei diritti umani (magari procedente insieme a discutibili riflessioni sulla liceità della tortura e dell'imprigionamento senza imputazioni) (15), sino alla delineazione di un inedito diritto penale dei nemici? Ciò che viene meno, nella 'guerra infinita', è esattamente quella conservazione della "possibilità della pace" che per Hegel è resa possibile, assieme al riconoscimento reciproco dei contendenti sul piano agonale, dal nesso costitutivo tra diritto e politica; nesso che viene brutalmente spezzato dalla 'moralizzazione' del discorso bellico, che viene completamente distratto dal 'politico' e assolutizzato (16). La 'moralizzazione' assoluta e discriminatoria si configura, in assenza di un 'terzo' giudicante o almeno 'autorizzante', come il vettore più potente della polemicità del 'politico': anzi, da 'altro da sé' del politico, la 'morale' assoluta diventa il politico stesso nelle sue intensificazioni più nichilistiche e distruttive.

In più, come è stato lucidamente notato, la guerra globale azzera le distinzioni classiche: "L'erosione delle distinzioni tra pubblico e privato, militare e civile, interno ed esterno rende in ultima analisi problematica la stessa distinzione tra guerra e pace" (17). Il problema si fa ancora più stringente se si analizza il tema della qualificazione del nemico. La categoria di 'Stato canaglia' segna una vera e propria svolta 'discriminatoria' del diritto internazionale. Svolta che in realtà era già in atto con la teorizzazione e l'attuazione dell'interventismo bellico-umanitario: in entrambi i casi è dichiarata unilateralmente, e perdipiù su un piano 'egemonico', una intrinseca dissimmetria, anzitutto morale, dei contendenti. Al di là della questione, pur importante ma non teoricamente decisiva, della corrispondenza tra criteri definitivi (18) e azioni effettive, è proprio una così sanzionata dissimmetria a fornire una risorsa fondamentale per una rilegittimazione del fenomeno bellico, il cui orientamento verso un nemico 'perpetuo', ma anche verso un nemico 'inumano' ne sancisce la indeterminatezza e la potenziale infinità (19). Scrive Schmitt: "proclamare il concetto di *umanità*, richiamarsi all'umanità, monopolizzare questa parola: tutto ciò potrebbe manifestare soltanto ... la terribile pretesa che al nemico va tolta la qualità di uomo, che esso dev'essere dichiarato *hors-la-loi* e *hors-l'humanité* e quindi che la guerra dev'essere portata fino all'estrema inumanità" (20).

La categoria di 'Stato canaglia', che si accompagna alla dottrina della 'guerra preventiva', sembra essere l'applicazione alle relazioni interstatuali della figura,



prevista come soggetto oppositivo nel *'bellum piraticum'*, dell'*'hostis humani generis'*, rispetto al quale non valgono tutte le limitazioni politiche e giuridiche di un diritto internazionale che, al contrario, va confondendosi con una sorta di diritto penale asimmetrico basato su retoriche manicheistiche e fondamentalistiche (si pensi ai continui riferimenti all'*'axis of evil'*) (21). Un problema ulteriore, ma decisivo, è che lo Stato *'outlaw'* è dichiarato tale in modo unilaterale. E l'unilateralismo è oltremodo accentuato, in questa che possiamo definire, usando le parole di Schmitt, una "costruzione concettuale propria del diritto internazionale di tipo penal-criminalistico" (22), dal rifiuto verso la sottoposizione a quella giurisdizione penale internazionale che si intende costituire con il Tribunale penale internazionale. Come è stato affermato, "il ricorso al dispositivo giudiziario sostituisce alla logica polemogena della colpa collettiva la logica politicamente neutralizzante della responsabilità individuale" (23). In questo caso abbiamo una sorta di fusione di logica polemogena e logica criminalizzante, nell'assenza (o nel rifiuto) della terzietà (e delle sue logiche - almeno tendenzialmente - universalistiche e *'neutralizzanti'*).

2. Non è quindi un mero interesse storiografico che ci muove al ripercorrimento della lettura critica schmittiana di Kant, bensì la constatazione della latenza, nella tradizione del pensiero giuspolitico della modernità, di una sorta di *'principio d'eccezione'* costituito dalla possibilità di una guerra *'assoluta'* contro un nemico *'assoluto'*, una messa tra parentesi (ma anche una *'conservazione'* in vista di una sua *'utilizzabilità'*) della intensificazione al massimo grado del conflittualismo politico. L'eccezione è costitutiva del *'politico'*, secondo la griglia interpretativa schmittiana. Ma l'intensificazione assoluta del conflittualismo rappresenta, secondo le coordinate teoriche schmittiane, il *'rovesciamento'* del *'politico'*, la perdita di quell'equilibrio, in stato di tensione e perennemente esposto alla contingenza, tra ordine e disordine. Questo è un punto decisivo che riguarda e coinvolge il nucleo teorico del pensiero di Schmitt: la distinzione e la coimplicazione di guerra e politica, che si struttura in forme diverse a seconda che si tratti di politica interna e di politica esterna. Su questo livello si evidenzia un elemento di forte ambiguità, o meglio, un'aporia della prestazione teorica schmittiana, giacché la *'possibilità'* dell'eccezione, ossia la possibilità di una "lotta reale" come "tensione specificamente *politica*" (24), si accompagna ad un incanalamento dell'energia conflittualistica basato sul presupposto della destinazione *'ordinativa'* della distinzione amico/nemico, e sul non superamento di un certo "grado di intensità" (25). E.W. Böckenförde ha specificato con grande precisione questo aspetto della teoria di Schmitt, richiamando l'attenzione sul fatto che *nello* Stato, inteso come unità politica "in sé pacificata", la distinzione amico/nemico non scompare, giacché nel suo ambito "permangono tutti i confronti, i conflitti e i contrasti *sotto* il livello di un raggruppamento amico-nemico" (26): la distinzione amico/nemico, perché possa essere compatibile con l'ordine politico, deve essere relativizzata e mantenuta al di sotto della soglia del conflitto aperto. Deve essere cioè una distinzione *'potenziale'*. La conseguenza è che la "relativizzazione" del conflitto sul piano interno si traduce, per la teoria schmittiana, in una sorta di privilegiamento della politica estera *'classica'* (il *'classico'* si riferisce alla identificazione, la cui crisi è il reagente originario della riflessione di Schmitt, tra *'statale'* e *'politico'*) rispetto alla politica interna (intesa più propriamente "come polizia") neutralizzata e *'relativizzata'* (27). A differenza della *'neutralizzazione'* interna, la decisione dello Stato sull'amicizia, ostilità e neutralità è,



JURA GENTIUM



secondo Schmitt, “politica in senso ampio, alta politica”, monopolio della decisione sovrana riassunta nello *jus ad bellum*.

L’attestazione di un nesso tra (relativa) pacificazione interna ed espressione *extra moenia civitatis* delle energie conflittualistiche non produce, nella ricostruzione schmittiana, la conseguenza che nello stato di natura delle relazioni interstatuali si apra il varco del conflitto assoluto permanente: anzi, il nemico ha uno *status*, è riconosciuto, pertanto la guerra “può essere limitata e circoscritta”. Anche sul piano esterno si arriva quindi, nonostante il campo delle relazioni internazionali sia il luogo della “alta politica”, ad una “relativizzazione dell’ostilità”. Con una differenza fondamentale: che mentre sul piano interno l’ordine politico contiene sempre un principio di esclusione centrato su un’istanza sovrana (come se fosse una ‘guerra civile’ normativizzata, oppure una latenza della frattura conflittualistica), mantenendo all’orizzonte la possibilità della guerra civile (intesa sia come ‘origine’ della politica, che come esito della massimizzazione del conflitto, e dunque come *sconfitta* del politico, ossia dell’equilibrio tra ordine e conflitto), sul piano esterno la guerra non è data come possibilità, ma come realtà concreta, che però viene limitata e moderata dal riconoscimento dei contendenti.

È evidente che nel primo caso la ‘relativizzazione’ (che non potrà mai essere ‘compiuta’ e definitiva) è data da un contesto politico-giuridico-istituzionale vigente sino a che non vi sia il superamento di un certo grado di conflitto, che nel secondo caso è assente: il diritto internazionale per Schmitt si sostanzia quasi esclusivamente nel “riconoscimento del diritto alla guerra” (cioè del nemico legittimo). Ma se il ‘politico’ è il grado di intensità di associazione o di dissociazione, è evidente che la sua matrice originaria risiede nella guerra civile, non nella guerra interstatale, giacché è nella guerra civile che si palesano il massimo grado di intensità del conflitto e la nettezza della decisione sull’ostilità: e d’altro canto proprio perché la guerra civile si configura come ostilità assoluta, essa ha spesso, per Schmitt, e potremmo dire hobbesianamente, una connotazione totalmente negativa: *exeundum e statu naturali*. La guerra civile è interruzione della relazione tra ordine (politica e diritto) e conflitto, è conflitto assoluto, *dissociazione senza associazione, senza riconoscimento reciproco* delle parti in lotta. La guerra e il nemico ‘assoluti’ sono la sconfirma del nesso (hegeliano)-schmittiano tra logoi e guerra. Non è, come afferma Schmitt, la negazione (liberale) del conflitto (o la sua trasmutazione in ‘competizione’) che prelude necessariamente al conflitto assoluto, ma è esattamente la logica polemogena stessa che ha una ineluttabile destinazione alla nientificazione del senso politico.

Ma proprio qui, attraverso un utilizzo di Schmitt ‘contro’ Schmitt, si evidenzia un’altra possibile aporia del discorso schmittiano: la guerra civile è solo dissociazione estrema, e sconfitta del ‘politico’, oppure ‘può’ avere potenzialità ordogenetiche? Tutta la questione del potere costituente, così attentamente analizzata dal giurista tedesco, orienta verso l’idea di una primazia logico-concettuale della idea di guerra civile nei suoi rapporti con il ‘politico’ e il ‘giuridico’.

Pur essendo il luogo della massima intensificazione dell’energia conflittualistica ‘senza’ riconoscimento dei contendenti, la guerra civile è una situazione che ‘può’ inaugurare l’edificazione di un nuovo ordine: l’“appello al cielo” è una dichiarazione di conflittualità assoluta per il ristabilimento di un ordine politico infranto. Così, tuttavia,



si è ancora in un pensiero che si mantiene entro le coordinate della ‘continuità’ politico-istituzionale (pensiero che ha grande fortuna nella tradizione giuspolitica occidentale, e che, ad esempio, possiamo ritrovare nel ‘900 nelle celebri riflessioni di Santi Romano sul rapporto tra rivoluzione e diritto); ben più radicale è un autore pur caro a Schmitt, Sieyès, che reputava essenziale per la costruzione (e non, a differenza di Locke, il ristabilimento) dell’ordine rivoluzionario, del *Novus ordo*, l’eliminazione del nemico interno (giudicato appunto come nemico assoluto).

La guerra civile è quindi la *silhouette* della nuova guerra interstatale; ma non perché, come ritiene Schmitt, la fine del monopolio della sovranità e dell’equivalenza tra ‘politico’ e ‘statale’ abbia comportato l’effetto della sostituzione della guerra interstatale (limitata) con una guerra civile mondiale: la *Welt-Bürgerkrieg*. L’emergenza della figura del ‘nemico assoluto’, che sostituisce quella, limitata e ‘positiva’, del ‘nemico reale’, si pone per Schmitt come attestazione del nesso di causa ed effetto esistente tra neutralizzazione *passiva* della sovranità esterna e assolutizzazione moralistica/dissoluzione dei limiti della guerra esterna. Al contrario, si potrebbe più agevolmente ricavare dalla logica stessa del ‘politico’ l’esito ‘iperpoliticizzante’ (e autoannichilente) del conflitto assoluto e totale, dove si spezza la tensione tra ordine e conflitto e si smarrisce ogni potenzialità costituente e ordinativa (28), sia sul piano interno che su quello esterno. Da qui un’aporia quasi insolubile del pensiero schmittiano, che imputa ad ‘altro’ (la neutralizzazione passiva, l’ideologizzazione, la tecnica, l’universalismo) quella che sembra essere la logica stessa del ‘politico’, ossia il destino del suo autoannichilimento in forme di conflittualismo assoluto.

Il problema risalta ancor di più quando si affronta il tema del ‘nemico assoluto’: questo è un principio di eccezione che, ed è molto significativo che Schmitt ometta il problema, non scompare nemmeno in alcuni dei teorici della neutralizzazione *attiva* della violenza interstatale, da attuarsi mediante un processo di deteologizzazione del diritto internazionale e di circoscrizione del problema del diritto naturale. Figura a questo rilievo particolarmente significativa è Vattel, uno degli ultimi teorici dello *jus publicum europaeum*, il quale teorizzò la *guerre en forme* e il ‘nemico giusto’; individuò, sviluppando la ‘pubblicizzazione’ groziana della figura del nemico, la distinzione tra *hostis* e *inimicus* (29); neutralizzò il potenziale controversistico racchiuso nel diritto naturale, e tuttavia non eliminò affatto la figura del nemico assolutamente ingiusto, nei confronti del quale vengono messe tra parentesi le norme dello *jus in bello* e dinanzi alla quale cade la connessione tra forma politica statale e possibilità della guerra come fenomeno pubblico e relativamente determinato (e limitato) (30). Questa eccezione senza norma compare improvvisamente nel discorso di Vattel, ed è agente sia sul piano interno che su quello esterno. Rispetto al primo, Vattel perpetua il discorso tradizionale sul diritto di resistenza, innervandolo però, ed è questa la grande novità, con il riferimento alla potenza politica costituente della ‘Nation’. Il nemico illegittimo non è il sedizioso, ma è colui o coloro che violano le clausole del patto sociale. Sicché la guerra mossa, una volta attivata la potenza politica della nazione, contro costoro (che sono i veri *re-bellantes*) è una guerra *sostanzialmente legittima*.

L’eccezione alla norma, alla formalizzazione neutralizzante, è uno snodo decisivo per comprendere l’oscillazione politico-morale prerivoluzionaria di Vattel. Nel suo discorso, tuttavia, è ben ferma la convinzione che si tratta appunto di un’eccezione



(peraltro definita con criteri precisi soltanto quando attivata sul piano interno) tant'è vero che gran parte del suo *Droit des Gens* è dedicato alla neutralizzazione del potenziale controversistico e discriminatorio dell'idea di giustizia 'assoluta', giacché la *justa causa* è intrinsecamente impregiudicabile. Ed è ben chiaro a Vattel che gli effetti della discriminazione dell'avversario sono una intensificazione dell'energia politica conflittualistica tale da dissolvere l'istituto giuridico della guerra e da annientare i limiti giuridici alle potenze "acherontiche" del fenomeno bellico: scrive Schmitt, "la guerra è così eliminata, ma solo perché i nemici non si riconoscono più reciprocamente sul medesimo piano morale e giuridico" (31).

3. La latenza dell'eccezione, presente nell'attivazione della figura del nemico "massimamente ingiusto", coinvolge, come abbiamo visto, tutta la prestazione schmittiana sul 'politico' e sulle connessioni con l'idea di guerra; prestazione che senz'altro, sul piano interno alla forma-Stato, ne mette in discussione una interpretazione pacificata ed geometricamente neutralizzata (il conflitto produce l'ordine, che a sua volta contiene dentro di sé la possibilità del conflitto, l'"appello al cielo" come elemento di aggregazione in vista di una nuova forma politica, ma anche di disaggregazione assoluta: guerra civile, *stasis*); ma che sul piano esterno, viceversa, attribuisce un'eccessiva e forse mitologica capacità morfologica e neutralizzante allo *jus publicum* europeo storicamente orientato e situato.

Il 'politico' - questa la cifra tragica del pensiero schmittiano - inteso come "grado di intensità di un'associazione o di una dissociazione di uomini", può 'autosuperarsi' sul piano internazionale in forme "intensive e disumane" attraverso la squalificazione del nemico. I fattori di questo autosuperamento del politico sono per Schmitt molteplici: il principale tra essi è sicuramente lo sviluppo tecnologico-bellico. Scrive nella *Teoria del Partigiano*: i "mezzi distruttivi assoluti richiedono un nemico assoluto, proprio per non apparire disumani" (32). Il secondo fattore decisivo è l'ideologizzazione, originariamente 'giacobina' (33) (e poi marx-leninista) del conflitto, che comporta, come conseguenza di quella che (non un giacobino ma un girondino come) Brissot chiamava la "*croisade de la liberté universelle*", l'assolutizzazione del nemico: la "tragica ironia", che Schmitt non coglie in Vattel, viene invece individuata in Rousseau, che da un lato, con la sua teoria della guerra come *relation d'État à État*, rappresenta il culmine della riflessione sullo *justus hostis* e sulla guerra statale; dall'altro, costituisce il riferimento teorico principale per il rifiuto giacobino della "liquidazione della guerra civile" e della "limitazione della guerra esterna", e per la loro sostituzione della "guerra puramente statale con la guerra di popolo e la *levée en masse* democratica" (34). Schmitt non prende minimamente in considerazione la possibilità che l'assolutizzazione della guerra derivi da una torsione ipersovranista, cioè da una concezione della sovranità come assoluta e arbitraria 'illimitabilità', come hobbesiano *jus ad omnia*, come quello che Habermas chiama esattamente il "potere di autoaffermazione selvaggio verso l'esterno e giuridicamente non sottomesso" (35). Al contrario, per Schmitt l'evoluzione del diritto internazionale nel Novecento si rivela come una 'falsa' giuridificazione celante un'immensa potenzialità discriminatoria e polemogena.

In parte responsabile, paradossalmente, di una torsione del concetto di nemico che è al tempo stesso apparentemente spoliticizzante (il conflitto viene rimosso e criminalizzato) e iperpolitica (per il grado d'intensità degli effetti della 'criminalizzazione' del nemico),



è secondo Schmitt l'ideologia cosmopolitica e democratica del XX sec., alla quale Kant dà un contributo decisivo quasi 'riteologizzante', ed è questa la ragione per cui il filosofo di Königsberg rappresenta per lui una vera e propria di testa di moro teorica. Come risulterà evidente, molto più della "reintroduzione" della guerra giusta (funzionale a Kant per dimostrare la necessità di fuoriuscire dallo stato di natura delle relazioni internazionali), quello che Schmitt non tollera è il tentativo kantiano di pensare una 'giuridificazione' della politica, o meglio: la sua costituzionalizzazione.

4. Il problema della reviviscenza della guerra giusta è quindi la cifra di tutta la riflessione internazionalistica schmittiana, il cui orientamento ideologico-politico immediato è condensato nel sottotitolo di una raccolta di saggi del 1940: *im Kampf mit Weimar - Genf - Versailles*. In più ampia prospettiva, essa va collocata nel quadro del declino della moderna statualità. Non è possibile discutere in questa sede il senso e le motivazioni del grande affresco schmittiano (sebbene, rispetto alle seconde, non si può non concordare con quanto rilevato da Hasso Hofmann, secondo il quale i "tragici eventi tedeschi tra il 1933 e il 1945 impallidiscono in una totale mancanza di importanza ed ogni questione di colpa diventa, secondo quel che si dice, senza senso") (36), né è il caso di sottolineare la distanza tra l'apologia della connessione tra spazio e diritto e della neutralizzazione dei rapporti interstatali operata dallo *Jus publicum Europaeum*, e il fatto che la dottrina imperialistica tedesca ne rappresentò una patente e ripetuta violazione (37). Basti solo ricordare che gli scritti dedicati al diritto internazionale sono, come si è già accennato, il punto di incontro di una pluralità di tematiche decisive per la riflessione del giurista tedesco: la teoria del *Nomos*, il problema del 'politico', il rapporto tra 'politico' e guerra, la funzione neutralizzante della statualità moderna, la lucida critica ai falsi universalismi (38). L'opera più importante, in questo contesto, è *Il Nomos della terra*, e all'interno del capitolo specificamente dedicato allo *Jus publicum Europaeum* è possibile leggere la trattazione de *Il nemico ingiusto in Kant*. Il paragrafo non casualmente segue quello dedicato a Pufendorf, Bynkershoek e Vattel: prima di giungere alla trattazione della tematica kantiana del nemico ingiusto, che giudica essere una grande e irreversibile 'lesione' teorica allo *Jus publicum Europaeum*, Schmitt traccia un quadro della trasformazione delle guerre medievali (faide, ossia guerre private; crociate, ossia guerre di religione) in guerre statali. In relazione a queste ultime Schmitt parla specificamente di un "concetto umanizzato di guerra", basantesi su due elementi cruciali: 1) formalizzazione (e dunque esclusione) del problema della giustizia sostanziale (*justa causa*) della guerra (*bellum utrimque justum*); 2) definizione del concetto di *justus hostis*.

La *Hegung des Krieges*, la moderazione della guerra, è il prodotto dell'azione congiunta di questi due fattori di neutralizzazione e razionalizzazione del conflitto, operanti sul piano interno (attraverso il principio ordogenetico del *cuius regio eius religio*, attraverso la monopolizzazione del potere, con la conseguente esclusione dal 'politico' delle *potestates indirectae*, e infine mediante la 'positivizzazione' del diritto, che fa sì che "le leggi dello Stato siano indipendenti da ogni contenuto sostanziale di giustizia e di verità, religiosa o giuridica, e che abbiano valore, come norme di comando, solo in forza della determinatezza positiva della decisione statale") (39); e sul piano esterno, attraverso il riconoscimento interstatale che hegelianamente avviene proprio con il conflitto: lo *jus ad bellum*, prerogativa delle sovranità, fonda (con la conseguenza di limitare 'politicamente' e dunque di ordinare la distruttività assoluta dell'evento bellico) lo *jus*



in bello, non in quanto formalizzazione giuridica positiva, bensì come conseguenza storica e concreta (Schmitt parla di “forza vincolante di un *ordinamento spaziale eurocentrico*”) (40). La criminalizzazione del nemico vige in due soli casi: rispetto al nemico interno (“traditore” e *rebellis*) (41); rispetto alle popolazioni extraeuropee, come ‘titolo’ della conquista.

A grandi linee, l’evoluzione del diritto internazionale moderno consiste per Schmitt nel passaggio epocale da una concezione dei concetti giuridici internazionalistici “ecclesiastica e teologico-morale” ad una “giuridico-statuale” (42). Il quadro descritto da Schmitt è il modello eurocentrico (con incanalamento delle energie conflittuali e discriminatorie all’esterno delle “linee globali” stabilite nel modello pluricentrico vestfaliano) il cui cardine è quel principio di sovranità che rappresenta uno snodo concettuale decisivo anche per la teoria kantiana. Nel momento in cui la sovranità statuale declina, il modello della ‘guerra civile’-ideologica prende secondo Schmitt il sopravvento sul modello neutralizzato (ma interno all’Europa) del *bellum utrimque justum*, che è fattore della limitazione della guerra, concepita in tal modo come “misurazione regolata delle forze che termina con la realizzazione di un nuovo equilibrio” (43). All’ideologia liberale, apparentemente spoliticizzante, Schmitt imputa la trasfigurazione del rifiuto della guerra in vettore di energia discriminatoria e annichilente, totalmente asimmetrica verso un *hostis* dichiarato unilateralmente *injustus* (e poco rileva per Schmitt che il nemico ingiusto sia tale eticamente o giuridicamente), nonché quella che chiama “trasformazione fondamentale subita dai concetti di nemico, guerra, *ordo* concreto e giustizia” (44).

All’origine della teoria politico-internazionalistica ‘liberale’, ‘democratica’ e ‘cosmopolitica’ del XX secolo, la teoria kantiana rappresenta il principale antecedente della “soppressione normativistica del diritto internazionale interstatale europeo” (45). Ad essa, Schmitt, pur costretto a riconoscerle una parziale conformità con i principi dello *jus publicum* (“gli Stati stanno gli uni di fronte agli altri come persone morali equiparate, e ognuno di essi ha il medesimo diritto alla guerra”) (46), il rifiuto del *bellum punitivum*, del *bellum subjogatorium* e della guerra di sterminio (*bellum internecinum*), imputa però la “sorprendente” reintroduzione della figura del nemico ingiusto, nonché una “completa confusione” della dottrina dello *justus hostis*.

5. Nella esposizione di Schmitt, che si accentra quasi esclusivamente sulla *Rechtslehre*, i punti rivelativi e problematici dei testi kantiani sono: l’incertezza tra “riconoscimento e negazione” del ‘nemico giusto’ e il riferimento non neutrale, anzi criminalizzante, alla figura penalistica della ‘amnistia’: l’improvvisa introduzione della figura del nemico ingiusto, la scarsa definizione di criteri che consentono di qualificare un nemico come ingiusto, l’esitazione dinanzi alla “estreme conseguenze” dell’identificazione tra nemico e criminale. In breve, l’“etica filosofica” kantiana, attraverso la reintroduzione della figura del nemico ingiusto (peraltro sganciata dalla delineazione novecentesca del *crime de l’attaque*), azzererebbe, secondo Schmitt, la grande “creazione dei giuristi dello *Jus publicum Europaeum*”, “così come in precedenza era stata negata dalla teologia” (47).

Indirettamente, Schmitt imputa a Kant una responsabilità molto grave: la rieticizzazione del diritto internazionale, con tutto il conseguente potenziale controversistico e iperconflittualistico che ne deriva. In assenza di terzo, chi deciderà inoltre sulla ‘ingiustizia’ del nemico? In questo caso Schmitt ha buon gioco nel cogliere l’esitazione



kantiana rispetto alla sovranità: come è noto, Kant non prevede cessioni o limitazioni di sovranità nell'ambito della confederazione degli Stati: "in luogo dell'idea positiva di una *repubblica universale* (...) rimane soltanto il surrogato *negativo* di una *lega* permanente e sempre più estesa, come unico strumento possibile che ponga al riparo dalla guerra e arresti il torrente delle tendenze ostili contrarie al diritto" (48).

Tuttavia, pur non essendo assolutamente estraneo al discorso kantiano il rifiuto *etico* della guerra ("massimo ostacolo della moralità", scrive Kant nel *Conflitto delle facoltà in tre sezioni*), la grande novità da esso apportata consiste 1) nella ricerca di una soluzione giuridica al problema della guerra e 2) nello stabilimento di un nesso indissolubile tra libertà repubblicana, costituzione interna e pacificazione dei rapporti internazionali. Ma, al di là del rifiuto complessivo, da parte di Schmitt, del modello cosmopolitico kantiano, vale a dire del tentativo di superamento insieme 'politico' e 'giuridico' della situazione di anarchia internazionale, conta in questa sede rilevare se Kant sia responsabile della 'moralizzazione' del diritto internazionale, una tendenza manifesta in quello che già nel 1995 Habermas definiva - paventando una (puntualmente verificatasi) negativa eterogenesi dei fini - '*Menschenrechts-fundamentalismus*': vale a dire una "legittimazione morale, ammantata con una pseudolegittimazione giuridica, a un intervento armato che di fatto fosse soltanto la lotta di una parte contro un'altra" (49).

Sebbene ci sia un collegamento strettissimo, bisogna decisamente distinguere il tema della guerra giusta da quello del nemico ingiusto: quanto alla prima, è innegabile che per Kant la guerra è un male, rispetto al quale cade il "veto" della ragion pratica, e in quanto tale non può essere giustificata. Certamente, esistono condizioni per cui una guerra può essere legalmente 'permessa', ma in una situazione di diritto 'provvisorio' (*Metaphysische Anfrangsründe der Rechtslehre*, § 61) qual è quella vigente nello stato di natura degli Stati: situazione nella quale uno Stato "persegue il proprio diritto (...) con la propria *forza*; giacché nello stato di natura ciò non può accadere mediante un *processo*" (§ 56). Il riferimento kantiano al nemico ingiusto, giudicato da Schmitt una mossa per annientare la figura del *justus hostis* e per introdurre un concetto di guerra discriminatorio, serve in realtà a dimostrare la assoluta *ingiustizia* dello stato di natura, e dunque della guerra. Nello stato di natura *tutti* i nemici sono ingiusti, proprio perché lo stato di natura è una situazione di assenza di giustizia: come ha scritto Hobbes, e di queste parole Kant era profondo conoscitore: "A questa guerra [lo stato di natura] di ogni uomo contro ogni altro uomo, consegue anche questo, che *niente può essere ingiusto*. Le nozioni di ciò che è retto e di ciò che è torto, della giustizia e dell'ingiustizia, non hanno luogo qui" (50). Ed è in questo snodo concettuale che si cela un possibile rovesciamento della critica schmittiana: quando Kant afferma che "il diritto di uno Stato verso un *nemico ingiusto* non ha limiti" (riguardo al "grado"), sottintende evidentemente che in assenza di qualunque limite giuridico e politico, una concezione 'ipertrofica' della sovranità, intesa come assoluto arbitrio, *jus ad omnia*, conduce il conflittualismo al massimo grado, con l'effetto di eliminare quei "principi" che rendono "possibile uscire" dallo stato di natura, perpetuandolo. Ma ancora di più, il nemico ingiusto, con buona pace di tutti coloro che includono Kant tra i teorici della guerra giusta (51), è una figura che viene descritta da Kant in una situazione (lo stato di natura), in cui "ogni Stato è giudice in casa propria", cioè in una situazione non-giuridica che impedisce ogni universalizzabilità. Sicché è evidente che 1), la



JURA GENTIUM



qualificazione del ‘nemico ingiusto’ non può che essere sempre unilateralistica (e dunque ingiusta essa stessa) e 2), quei criteri così laschi che permetterebbero di identificare il ‘nemico ingiusto’, che è quello “la cui volontà pubblicamente espressa (sia a parole o con i fatti) tradisce una massima secondo cui, se fosse resa regola universale, non sarebbe possibile alcuno stato di pace tra i popoli, e lo stato di natura dovrebbe essere perpetuato”, criteri che tanto scandalizzano Schmitt (“Una guerra preventiva contro un simile nemico sarebbe ancor più di una guerra giusta. Sarebbe una crociata. Poiché abbiamo qui a che fare non già con un semplice criminale, ma con un *nemico* ingiusto, con uno che perpetua lo stato di natura”) (52), in effetti servono a dimostrare paradossalmente l’ingiustizia *in sé* della guerra e a sottolineare la necessaria spirale entropica innescata da atti di ostilità intensi che fatalmente conducono alla guerra di sterminio (*bellum internecinum*): come scrive nel sesto articolo preliminare per la pace perpetua tra gli Stati, da un lato i nemici ‘devono’ riconoscersi l’un l’altro, mantenendo “una qualche fiducia nella disposizione d’animo”; dall’altro l’impossibilità di una guerra giusta è dimostrata dal fatto che “la guerra è (...) solo il triste mezzo necessario allo stato di natura (dove non esiste tribunale che possa giudicare secondo diritto) per affermare con la forza il proprio diritto, non potendo in tale stato esser considerata nemico ingiusto nessuna delle due parti (perché ciò presuppone una sentenza giudiziaria) e decidendo solo l’*esito* del combattimento (come nel cosiddetto giudizio di Dio) da quale parte stia il diritto: ma tra i due non è concepibile una guerra punitiva (*bellum punitivum*) poiché tra essi non sussiste rapporto di superiore ad inferiore”. Quest’ultima affermazione, profondamente condizionata dalle tesi di Pufendorf, Wolff, Vattel, è decisiva rispetto alla non condivisione, da parte di Kant, della teoria (etica e premoderna) della guerra giusta. Certo, il pensiero di Kant non è il pensiero di un pacifista assoluto né di un negatore dei conflitti (tant’è vero che per lui la guerra di autodifesa non è propriamente ‘giusta’, sebbene ‘giustificabile’); al contrario, l’idea di una ‘pace perpetua’ è pensata, con tragica ironia, come un’idea fondamentalmente tanatologica.

E tuttavia sembra essere una notevole forzatura del pensiero kantiano quella che vede in esso una ‘riesumazione’ dell’idea sostanzialistica di guerra giusta: sia l’analisi non adiafora di Schmitt, sia i tentativi di arruolare Kant tra i teorici della *just war* e del *anticipatory attack*, vedono in modo unilaterale, e critico nel primo caso, acritico nel secondo, la centralità dell’idea dei diritti umani come paradossale elemento di giustificazione, politica e morale, dell’evento più distruttivo del principale diritto dell’uomo: quello alla vita. In luogo di una giuridificazione e di una neutralizzazione del conflittualismo dei rapporti internazionali, si avrebbe una fondamentalistica e pseudouniversalistica legittimazione della guerra. In realtà, la strategia kantiana, strutturata sulla base del rifiuto di ogni cosmopolitismo *à la Wolff (Weltstaat)*, cerca di collegare, in un nesso produttivo di pace, costituzione repubblicana e rapporti internazionali, aprendo ad una prospettiva cosmopolitico-costituzionalistica che si sviluppa come moto interno agli Stati, espansivo e non impositivo (53): come ha scritto Habermas, l’ostilità di Schmitt nei confronti della teoria di Kant deriva dalla centralità, evidente in quest’ultima, della “funzione di razionalizzazione del dominio che la costituzione deve assumersi sia all’interno, sia al di là dello Stato nazionale”. Razionalizzazione del dominio che però, sul piano internazionale, deve fare necessariamente i conti con il problema della terzietà e della legittimazione. Lo stesso



Habermas, peraltro, sembra assumere dalla critica schmittiana, depurata dalla sua concezione della politica “di stampo esistenzialistico”, una suggestione rilevante: la trasfigurazione dell’universalismo in unilateralismo “egemonico”, e i rischi di tale trasmutazione (54). Ciò senza rinunciare alla centralità dei diritti umani: “Il fondamentalismo dei diritti umani non viene scongiurato rinunciando alle politiche in loro favore, bensì soltanto trasformando cosmopoliticamente in una situazione di legalità lo stato di natura ancora vigente tra gli stati” (55). Evitare la dissoluzione del diritto internazionale, ma anche una esiziale *tirannia dei valori*, ovvero l’”imposizione unilaterale in punta di baionetta” del “nucleo universalistico della democrazia e dei diritti umani”, è oggi una sfida decisiva e terribile. In luogo di un falso universalismo reattivo, unilateralistico e polemogeno, è necessario improntare la comprensione e l’azione ad “un universalismo egualitario che impone un decentramento della propria prospettiva: impone di derelativizzare il proprio sguardo aprendolo alle prospettive interpretative degli altri, visti come pari” (56). Soltanto così è possibile spezzare il legame entropico tra possibilità di ordine e ostilità, e impedire la trasformazione dell’eccezione in norma, consapevoli della latenza dell’eccezione, rispetto alla norma. E tuttavia, proprio per questo, oggi, riprendere la lezione kantiana vuol dire anche rileggere Schmitt, affrontando, senza rimozioni e semplificazioni, senza falsi ottimismo, le latenze e le contraddizioni del suo ‘scandaloso’ scandagliare l’”opaco nucleo decisionistico della politica” (57).

Note

1. Sulla significatività dell’11 settembre non c’è accordo. C’è chi sostiene che questa data non rappresenti soltanto il precipitato della “crisi spaziale e categoriale della politica moderna”, ma che abbia anche una “qualità teologica” (C. Galli, *La guerra globale*, Laterza, Roma-Bari, 2002); e c’è chi invece ritiene che “la trasformazione della guerra e delle sue protesi ideologiche è stata accelerata, non ‘causata’” dall’attentato terroristico dell’11/9/2001 (D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 97). Si tratta, credo, di una *discordia concors* perché, se da un lato è innegabile che l’11/9 è una data fortemente simbolica, quasi una data ‘assiale’, dall’altro è evidente che le lente e decisive trasformazioni della guerra, del suo diventare guerra pre e iper-moderna, del suo caricamento ideologico, sono databili immediatamente dopo la caduta del muro di Berlino: non è senza significato che l’intervento statunitense a Panama venne significativamente ribattezzato *Operation Just Cause* (dic. 1989).

2. Cfr. A. Colombo, *La guerra ineguale*, il Mulino, Bologna, 2006 e C. Galli (a cura di), *Guerra*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

3. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, trad. it. Adelphi, Milano, 1991, p. 132.

4. Un’efficace analisi del nesso tra concezioni della sovranità e qualificazione del nemico è quella di W.G. Wouter, *From Justus Hostis to Rogue State. The Concept of the Enemy in International Legal Thinking*, “International Journal for the Semiotics of Law”, n. 17, 2004.



5. Sul tema vedi F. Viola, *Ius gentium e Ius cogens. Alle radici del diritto internazionale dei diritti umani*, in V. Possenti (a cura di), *Pace e guerra tra le nazioni. Annuario di filosofia 2006*, Guerini e Associati, Milano, 2006.

6. N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1991³, p. 65. Il riferimento di Bobbio andava innanzitutto alla guerra termonucleare, ma kantianamente si estendeva a tutte le guerre con eccezione di quelle di autodifesa. La sua sofferta riflessione sulla legittimità della guerra a partire dalla prima guerra del Golfo è ancora oggi una lettura di grande interesse.

7. Le forme attuali della crisi del diritto internazionale si evidenziano nella crisi del principio della eguaglianza formale degli Stati (paradigma statale, portato del modello vestfaliano), e del principio a tendenza sovranazionale e cosmopolitica, sancito dalla carta dell'Onu, secondo il quale l'uso della forza è consentito, oltre che per autodifesa, soltanto dopo l'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza, ed esclusivamente per il ristabilimento della pace. Nella crisi precipitano conseguentemente le istituzioni internazionali-sovranzionali, la cui funzione è stata storicamente essere al tempo stesso strumento e limite delle grandi potenze.

8. G. Preterossi, *L'occidente contro se stesso*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 43.

9. Secondo M. Revelli, "la distanza tra la variante 'giusglobalista' d'origine kantiana e la variante hobbesiana del paradigma politico della modernità" va "radicalmente riducendosi, fino a cancellare, o quasi - nello spazio dilatato della globalizzazione- le differenze di sostanza tra le due", giacché la variante kantiana, pur depurata e "incivilita" si affida anch'essa "al ruolo salvifico della violenza monopolizzata come condizione di efficacia e di effettività della Norma", Id., *La critica alla sovranità dello Stato e allo stato di natura nei rapporti internazionali nel XX secolo*, in V. Possenti (a cura di), *Pace e guerra tra le nazioni*, cit., p. 99. Si noti tuttavia che una così proclamata indistinzione assoluta tra forza (legittima) e violenza, e la negazione del rapporto, centrale per il 'giuridico', tra validità, valore ed effettività equivalgono ad una lettura iperpoliticizzante della forma giuridica e delle sue presunte 'esclusioni' che va ben oltre il 'criticismo', e che si espone al rischio di una profonda svalutazione delle sue (residuali) potenzialità catecontiche; svalutazione, peraltro, speculare a quanto sostenuto da posizioni radicalmente neoliberaliste. Oltre l' 'incivilimento' - a volte, questo è vero, solo proclamato e retorico - del diritto, oltre le 'formule giuridiche', cosa rimane, se non l'arbitrio più sfrenato?

10. L'attore di maggiore rilievo sul piano internazionale, l'iperpotenza americana, "si dibatte tra le politiche unilaterali e quelle di valorizzazione delle organizzazioni internazionali per la propria causa, tra la pretesa di fondare la propria azione nel diritto e la tentazione a forzarne le regole quando percepite contrarie agli interessi nazionali", cfr. A. de Guttry - F. Pagani, *Sfida all'ordine mondiale. L'11 settembre e la risposta della comunità internazionale*, Donzelli, Roma, 2002, p. 133.

11. F. Mini, *La guerra dopo la guerra. Soldati, burocrati e mercenari nell'epoca della pace virtuale*, Einaudi, Torino, p. 79.

12. A mero titolo d'esempio: "Put simply, non-interventionism is a doctrine that strongly supports the international status quo; it is, therefore, blind to moral dimension of politics. Such a view cannot possibly have a place in an ethical theory of



international law rooted in human rights”, F. Téson, *Humanitarian Intervention*, Irvington-on-Hudson, NY, 1997. In ambito statunitense sono numerosi gli interventi di denuncia della “downward spiral of terror and counter-terror” ispirati dal pensiero critico schmittiano. A titolo d’esempio, vedi W.E. Scheuermann, *Carl Schmitt and the Road to Abu Ghraib*, “Constellations”, vol. 13, n. 1, 2006.

13. Significativa è l’emersione di un vero e proprio ‘diritto penale del nemico’, descritta ad es. da Günther Jakobs.

14. K. von Clausewitz, *Della guerra*, trad. it. Milano 1970. pp. 28 e 27.

15. A questo proposito non si può non essere d’accordo con S. Rodotà (*Quei diritti violati ma irrinunciabili*, in “la Repubblica”, 19/5/2004, p. 36), quando afferma con nettezza la radicale estraneità tra ‘democrazia’, le cui “radici sono in valori irrinunciabili, in fini non negoziabili”, e forme estreme e organizzate di lesione al corpo e alla dignità umana come la tortura. Peraltro, appare evidente la contraddittorietà dei discorsi contemporanei di legittimazione, in nome dei diritti umani, della guerra nelle sue attuali forme di esplicazione, altamente distruttive e poco selettive: al di là del fatto inoppugnabile che la guerra contemporanea ha segnato un ribaltamento, a sfavore delle ultime, del rapporto tra vittime militari e vittime civili, appare evidente il fatto che è innanzitutto la guerra a rappresentare la più violenta negazione del diritto alla vita degli individui.

16. L’obiezione che Hegel mosse a Kant si appuntava sulla “accidentalità” dell’applicazione del discorso morale (o religioso) al problema della pace internazionale. In questo caso invece è possibile parlare di una assolutizzazione della morale che sta alla base della riemersione della ‘politica assoluta’, nel senso dato a questa espressione da Alessandro Pizzorno.

17. M. Kaldor, *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell’età globale*, trad. it. Carocci, Roma, 2003², p. 40.

18. “In the 1990s we witnessed the emergence of a small number of rogue states that, while different in important ways, share a number of attributes. These states:

- brutalize their own people and squander their national resources for the personal gain of the rulers;
- display no regard for international law, threaten their neighbors, and callously violate international treaties to which they are party;
- are determined to acquire weapons of mass destruction, along with other advanced military technology, to be used as threats or offensively to achieve the aggressive designs of these regimes;
- sponsor terrorism around the globe; and
- reject basic human values and hate the United States and everything for which it stands”.

19. Scrive L. Bazzicalupo, in *L’impossibile neutralità: tra diritto umanitario e identità strategiche*, in A. Amendola, L. Bazzicalupo (a cura di), *Dopo il Nomos del moderno*, ESI, Napoli, 2006, p. 40: “All’azzeramento delle mediazioni annunciato dal gesto terrorista risponde, infatti, la guerra globale al terrorismo spazialmente asimmetrica,



grandiosamente sproporzionata, giuridicamente illimitata: una guerra che non ha bisogno di giustificazioni, di *mise en forme* giuridica, perché si tratta di necessità, di sopravvivenza. *Azione e reazione*".

20. C. Schmitt, *Il concetto di 'politico'*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, trad. it. il Mulino, Bologna, 1972, p. 139. Sulla "asimmetria" del concetto di 'umanità' cfr. *La rivoluzione legale mondiale*, trad. it. in C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Neri Pozza, Vicenza, 2005, p. 214.

21. Interessanti notazioni storiche in E. De Rienzo, *Il diritto delle armi. Guerra e politica nell'Europa moderna*, FrancoAngeli, Milano, 2005, pp. 149 e ss. La asimmetria morale e l'universalismo ad intermittenza, giocano un ruolo importante anche in alcuni recenti teorizzazioni (si pensi a Rawls, Walzer, Ignatieff). Un giudizio ambivalente su questi temi è quello di Habermas: "il problematico concetto dei cosiddetti 'Stati canaglia' (John Rawls usa l'espressione più neutra di *outlaw States*) segnala non soltanto la penetrazione di una mentalità fondamentalistica nella retorica della potenza-guida dell'Occidente, bensì anche la materializzazione della *prassi di riconoscimento del diritto internazionale*", per cui vi è una 'giusta' discriminazione delegittimante di Stati che "infrangono i criteri di sicurezza e i diritti umani sanciti dalle Nazioni Unite". Vedi J. Habermas, *La costituzionalizzazione del diritto ha ancora una possibilità?*, in Id., *L'Occidente diviso*, trad. it. Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 170. Sulla retorica bellicistico-moralistica e sulla recezione distorta di un certo schmittismo-*easy* nell'ambito del pensiero neo-conservatore statunitense, cfr. A. Norris, "Us" and "them": *the Politics of American self-assertion after 9/11*, in "Metaphilosophy", n. 3, 2004, p. 258: "Moralistic rhetoric and immoral deeds seem here to call each other forth, and, for all of the evident fundamentalist religiosity of leading members of the Bush administration, the meanings of the political terms in play - *terrorist, freedom fighter, liberation, prevention, even war* - seem to be determined less by objective or even simply enduring criteria than by the exigencies of a conflict between *us* and *them*".

22. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., p. 194.

23. P.P. Portinaro, *Crimini politici e giustizia internazionale. Ricerca storica e questioni teoriche*, Working Papers 5, Dipartimento di Studi politici, Università degli studi di Torino, 2005, p. 11.

24. C. Schmitt, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 138.

25. *Ivi*, p. 121.

26. E.W. Böckenforde, *Il concetto di "politico" come chiave per intendere l'opera giuspubblicistica di Carl Schmitt*, trad. it. in Id., *Diritto e secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 2007 (a cura e con *Prefazione* di G. Preterossi), p. 117.

27. C. Schmitt, *Premessa a Il concetto di 'politico'*, cit., p. 91.

28. Su questi temi, vedi E. Laclau, *On "Real" and "Absolute" Enemies*, "The New Centennial Review", vol. 5, n. 1, 2005. L'autore vede nella teoria schmittiana una linea di continuità, anzi, una vera e propria 'progressione' nella successione delle figure 'nemico convenzionale', 'nemico reale' e 'nemico assoluto' (laddove lo stesso Schmitt, nella *Premessa* del 1963 a *Il concetto di 'politico'* lamentava una non sufficiente *distinzione e separazione* delle tre figure), e, sulla base della sua (di Laclau) teoria



‘conflittualista’ della democrazia, ritiene di poter individuare, con discutibile riferimento alle tesi gramsciane su ‘guerra di movimento’-‘guerra di posizione’, un “set of possibilities” per evitare l’esito apocalittico della assolutizzazione del nemico, mantenendo la ‘produttività’ politica del concetto. Al contrario, siamo convinti che l’aporia che si cela nella riflessione di Schmitt nasca appunto dalla tesi, più volte ripetuta dall’autore tedesco, che alla base dell’esito apocalittico e iperconflittualistico della guerra assoluta non ci sia una torsione ‘iperpoliticizzante’, ma o un’apparente spoliticizzazione, oppure un’ideologizzazione che prescinde dal riconoscimento del nemico. Per cui la ‘progressione’ nella successione delle figure del nemico esprime soltanto una latenza inespressa (e inesprimibile) della prestazione teoretica schmittiana. Il migliore saggio su questi temi, oltre all’imprescindibile *Genealogia della politica* di C. Galli (il Mulino, Bologna, 1996), rimane quello di M. Surdi, *I confini del politico. Note su politico e guerra in Carl Schmitt*, “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1979.

29. J. Freund (*Il nemico nella guerra e nella pace*, trad. it. in “Behemoth”, 5-1989, p. 43) afferma che quella di Schmitt non è altro che una ripresa e un approfondimento della distinzione vatteliana.

30. Su Vattel mi permetto di rinviare al mio *Diritto, Stato, sovranità. Il pensiero politico-giuridico di Emer de Vattel tra assolutismo e Rivoluzione*, ESI, Napoli, 2002.

31. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., p. 138.

32. C. Schmitt, *Teoria del partigiano. Note complementari al concetto di politico*, trad. it. Il Saggiatore, Milano, 1981, p. 74. Vedi anche Id., *Il Nomos della terra*, cit., p. 430: “la discriminazione del nemico quale criminale e la contemporanea implicazione della *justa causa* vanno di pari passo con il potenziamento dei mezzi di annientamento e con lo sradicamento spaziale del teatro di guerra. Il potenziamento dei mezzi tecnici di annientamento spalanca l’abisso di una discriminazione giuridica e morale altrettanto distruttiva”.

33. Schmitt avrebbe dovuto con maggiore adeguatezza storica imputare la responsabilità ai Girondini. Su questo temi rimane fondamentale il saggio di R. Schnur, *Idea della pace mondiale e guerra civile mondiale 1791/92*, in Id., *Rivoluzione e guerra civile*, trad. it. Giuffrè, Milano, 1986, con utile *Introduzione* di P.P. Portinaro. Scrive Schnur: “Per quanto occasioni di sentirsi minacciata gli avversari offrirono alla repubblica, lo scoppio della guerra non era da ricondursi alle macchinazioni belliche della monarchia, ma piuttosto allo scarico di tensioni dell’utopia” (p. 77). Un altro personaggio significativo è Anacharsis Cloots: “i successi della missione per la pace perpetua non sono per Cloots conquiste vecchio stile, bensì applicazione quotidiana delle dichiarazioni dei diritti dell’uomo, conquiste dunque nelle quali sconfitti sono solo i tiranni e vincitrice è soltanto la libertà, che non soggiace ad alcuna valutazione morale o giuridica, giacché è essa stessa la morale e il diritto” (p. 83).

34. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., p. 178.

35. J. Habermas, *La costituzionalizzazione del diritto ha ancora una possibilità?*, cit., p. 118.



36. H. Hofmann, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, trad. it. ESI, Napoli, 1999, p. 245. Ancora più esplicito Hofmann alla n. 44 della stessa pagina: “Un obiettivo concreto è il tentativo di dimostrare che la guerra tedesca di aggressione del 1939 non era un crimine dal punto di vista del diritto internazionale”.

37. J.L. Villacañas Berlanga nel suo importante saggio *The Nomos of the Earth and the Scandal of Kant: Commentaries on Carl Schmitt's Book*, “The South Atlantic Quarterly”, 2-2005, p. 279, sottolinea giustamente che “the doctrine of the Greater German Reich (...) was not that of *jus publicum Europaeum*. The invasion of Belgium did not respect this law. The creation of the German Reich as a ‘great sphere’ was not *jus publicum Europaeum*”. E. Balibar nota che la teoria internazionalistica di Schmitt, completamente afasica nei confronti della II Guerra Mondiale (“comme s’il n’y avait pas eu du nazisme”) è incomprensibile senza un riferimento alle conseguenze della I Guerra Mondiale. Cfr. Id., *Walzer, Schmitt et la question de la guerre juste*, paper presentato al *Simposio Internacional “Las teorías de la Guerra Justa en el siglo XVI y sus expresiones contemporáneas”*, 2003.

38. In un notevole saggio dedicato all’interpretazione delle radici teologiche del *Nomos der Erde*, M. Koskenniemi (*International Law as Political Theology: How to Read Nomos der Erde?*, “Constellations”, n. 4, 2004) ha sottolineato a ragione il fatto che Schmitt non rifiuta l’universalismo ‘tout court’, ma il falso universalismo discriminatorio. È interessante notare che l’apologia schmittiana della figura degli *hostes aequaliter justis* equivale sostanzialmente ad un apprezzamento positivo al nucleo di quell’idea di ‘eguaglianza giuridica’ degli Stati valutata come principio fondamentale anche da Kelsen (sul tema vedi. F. Mancuso, *Eguaglianza giuridica degli Stati come principio di legalità: Kelsen tra Civitas maxima e sovranità*, in A. Amendola, L. Bazzicalupo, *Dopo il Nomos del moderno*, cit.), denso (questo, non l’idea di guerra giusta) di sostanza etica. La differenza fondamentale sta nel fatto che per Schmitt la situazione di ‘anarchia’ interstatale non è una “situazione priva di diritto”, C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., p. 173. Sulla violazione dell’eguaglianza giuridica degli Stati, sancita dal Trattato di Versailles, è fondamentale l’opera del 1938 *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988. Cfr. J.L. Villacañas Berlanga, *Dalla guerra neutrale alla guerra discriminatoria. Hegel e Carl Schmitt*, trad. it. in *Filosofia e guerra nell’età dell’idealismo tedesco*, a cura di G. Rametta, FrancoAngeli, Milano, 2003, p. 225: “La denazionalizzazione della guerra implicava un universalismo che al fondo scioglieva ogni diritto particolare nei diritti dell’umanità (...). Il problema centrale di questo concetto discriminatorio della guerra era che, nonostante la premessa universalistica, esso non era né normativo, né teorico”.

39. C. Schmitt, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, trad. it. in Id., *Scritti su Thomas Hobbes*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 94.

40. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., p. 174.

41. *Ivi*, p. 195. Importante il riferimento schmittiano a Richard Zouch: “I traditori e i ribelli, che conducono una guerra contro i loro principi o il loro Stato, non possiedono - come i pirati sul mare - alcuni *jura belli*. Quali *justi hostes* sono intesi gli avversari di guerra nei confronti dei quali devono essere osservate le regole di guerra del diritto internazionale”.



42. “*Silete theologi in munere alieno!*” è l’intimazione gentiliana che suggella la svolta. Cfr. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., pp. 133-134 e Id., *Ex Captivitate Salus*, trad. it. Adelphi, Milano, 1987, pp. 71-80.

43. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., p. 201.

44. *Ivi*, p. 136.

45. *Ivi*, p. 202.

46. Il passo della *Rechtslehre* kantiana è questo: “(...) uno Stato, considerato in quanto singola persona morale contro un altro Stato nello stato di libertà naturale, dunque anche nello stato di guerra permanente, ha come compito sia il diritto *alla* guerra, sia il diritto *nella* guerra, sia il diritto di reciproca costrizione a uscire da questo stato di guerra”, in I. Kant, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, trad. it. Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 271.

47. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., p. 206.

48. I. Kant, *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, trad. it. Editori Riuniti, Roma, 1989, p. 16.

49. Vedi ad es. D. Zolo, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000.

50. T. Hobbes, *Leviatano*, trad. it. La Nuova Italia, Firenze, 1987, cap. XIII, p. 122. Corsivo mio.

51. Vedi B. Orend, *Kant’s Just War Theory*, in “Journal of the History of Philosophy”, n. 2, 1999 (per la lettura ‘walzeriana’ data da Orend della teoria kantiana, “It seems that Kant’s just war theory is quite coherent and both morally and politically defensible”, p. 352. Molto più prudente, sebbene non del tutto condivisibile, è la posizione di G. Cavallar, *Guerre giuste. Le guerre del Golfo del 1991 e del 2003 e il diritto internazionale filosofico: prospettive kantiane*, trad. it. in AA.VV., *Kant e l’idea di Europa*, Il Melangolo, Genova, 2005: “Kant ha operato (...) una *Aufhebung* della dottrina tradizionale della guerra giusta: essa viene prima negata (diritto e guerra si contraddicono tra loro) e poi mantenuta in forma modificata, vale a dire come soluzione provvisoria da superare, all’interno di un nuovo sistema di diritto internazionale”, p. 95.

52. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., p. 203.

53. Per la prospettiva interpretativa che legge la dottrina internazionalistica di Kant come il primo tentativo di costituzionalizzazione del diritto internazionale (fortemente debitore, come già notava W.B. Gallie, nei confronti delle formulazioni repubblicane di Vattel e Rousseau), vedi H. Brunkhorst, *The Right to War: Hegemonial Geopolitics or Civic Constitutionalism?*, in “Constellations”, n. 4, 2004: “Only a constitution that transforms *all* law into self-legislation, and thus transforms positive law from a repressive instrument for keeping the peace into the *existence of the free will*, can do away with the *bellum omnes contra omnes* in the interpersonal as well as the international state of nature. *Not peace, but freedom through law* is the Kant’s message”, pp. 516-517.

54. Cfr. J. Habermas, *L’idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*, trad. it. in Id., *L’inclusione dell’altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 2002²



55. *Ivi*, p. 215.

56. J. Habermas, *La pace dei vincitori*, trad. it. in “Internazionale”, 9/15 maggio 2003, p. 24.

57. Due recenti saggi che affrontano il rapporto Schmitt-Kant sono quelli di F. Vander, *Kant, Schmitt e la guerra preventiva*, manifestolibri, Roma, 2005 H.-G. Schmitz, *Kants Lehre vom hostis injustus und Carl Schmitts Kritik dieser Konzeption*, “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, n. 3, 2003.

Space, Law and Power in Carl Schmitt

Filippo Ruschi

1. The Sea: Another Place

At a time when national systems have been shaken by that host of social, political and cultural phenomena known as globalization, in a moment when “liquid modernity”, as Bauman calls it, is eroding the most established categories of legal and political vocabulary, Schmitt’s reflections remain a privileged observation point. (1)

Nomos der Erde as a lighthouse from which to observe the restless waves of modernity? To Schmitt’s readers, the sea metaphor for globalization will not seem out of place: if the state system, with its distinct territory and circumscribed normative space, is by definition “telluric”, then the transnational order today *in fieri* cannot but be compared to the sea, thanks to its “liquid” nature. And we can therefore interpret contemporaneity starting precisely from the dichotomy developed by Schmitt, theorist of “ocean-like spaces”, between *Landnahme* and *Seenahme*.

Occupation of the sea belongs to the modern age. For navigators during the classical and medieval ages, the ocean was something wholly uncharted: an empty, threatening expanse, a non-space where myths were born. In his wanderings Odysseus was careful not to go beyond the Pillars of Hercules, and when this occurred, as we read in the sixteenth canto of Dante’s *Inferno* - that is, when Ulysses sailed beyond “*quella foce stretta dov’Ercule segnò li suoi riguardi*”, not only did he lose his life, but his soul was damned for all eternity.

It is not by chance that the ancient sea-empires developed within closed seas: their “sea appropriations” did not go beyond the Mediterranean and Baltic basins. As Schmitt points out, “all pre-global systems were essentially land-based, even if they included sea dominions and thalassocracies”. (2) Hence we can speak of continental, river, sea civilizations, but certainly not of oceanic civilizations, thus implicitly acknowledging the revolutionary feature of the *ordo* that came about with the discovery of the New World.

The prevailing vision was thus a ‘telluric’ vision linked to the dogma of land appropriation, the division of physical spaces, the sacred definition of boundaries. The waves of the sea, on the other hand, would not only escape *dominium*, according to the declaration of Ulpian, who observed that “*mari quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest*” (3); they also would not tolerate the *imperium*, if it is true what Antoninus Pius says, according to Meianus, about the *Lex Rhodia de iactu*: “*Εγώ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης*”. (4) Even the rule of the emperor, therefore, came to a halt before the waves.

As *res communis omnium* the sea was out of the jurisdiction of the *dominus mundi* and therefore legally immeasurable, foreign to any legal title. (5) Even in the Middle Ages, moreover, the Pope and the Emperor -although both political actors with strongly ‘continental’ interests - avoided regulating maritime law, instead letting it develop according to custom. (6)



Thus the sea belonged to another *ordo*: it represented an anarchic space in which not only legal but also moral categories were subverted. A late humanist such as Andrea Alciato could therefore write “pirata minus delinquit, quia in mari delinquit”. (7) Nothing particularly astonishing, as historians teach and chroniclers certify: the merchants who sailed the seas on their frail vessels could easily shed the clothes of the peaceful tradesman in order to don those of a pirate, as occurred in the well-known exploits of Landolfo Rufolo, narrated by Boccaccio.

For pre-modern men the sea was therefore a boundless, indistinct space and, as such, a source of mistrust, uneasiness, and anxiety. The issue even had eschatological implications: as Schmitt himself reminds us, it is written in the Apocalypse that when the new Jerusalem purified from sin comes about, the sea will no longer exist. (8) And it is not by chance that the first Crusaders - people deeply rooted to the land, led by a French-German aristocracy little accustomed to marine spaces - often preferred taking the difficult Balkan and Anatolian route rather than sailing from Italian ports in their march towards the Holy Land.

2. Lines and Rules

The return of Columbus to Europe on 15 March 1493 had a disruptive effect on the international system. The first ones to have a clear understanding of the repercussions of the Genoese navigator's fortunate journey were the very same who had financed the undertaking: the sovereigns of Spain. Feverish diplomatic activity began. It was necessary to oppose the kind of monopoly on explorations that the Lusitanian crown had secured for itself starting from the 'heroic' times of Henry the Navigator and the penetration along the coasts of Africa in the first half of the fifteenth century. (9) Less than two months after Columbus' arrival (3-4 May 1493) Pope Alexander VI issued a number of bulls that, indicating the progress of the Spanish-Lusitanian negotiations, assigned the Indies to the two Iberian kingdoms and established as the borderline between the respective areas of influence the meridian passing a hundred miles from the Azores. (10) It was, however, an ambiguous determination, one that would lead to the Tordesillas agreement in July 1494 and later to a move of the Lusitanian sphere of influence towards the West.

It is not appropriate here to propose an articulated reflection on the legal significance of the Alexandrian bulls, nor to dwell upon the titles that the Kingdom of Castilla could have presented to justify the *Conquista*. What I think is important to point out, once again following Schmitt's *lectio*, has to do with the inherent novelty contained in the concept of *raya*. The spatial boundary that divided the Spanish-Lusitanian areas of expansion was undoubtedly an absolute innovation in terms of the relationship between space and law: territory lost any orographic specificity, and that which Schmitt defines very effectively as “global linear thinking” came into being. (11)

But the break with the past must be re-evaluated in its true light: the negotiations between the Kingdom of Portugal and the Kingdom of Castilla followed a shared *traditio* and *ordo*. The language of the agreement between the two Iberian kingdoms was deeply indebted to the universalism of the medieval political doctrine. The two political entities recognized themselves in a shared ethical-normative system and the



pontifical mediation was nothing other than an appeal to an *auctoritas* that both deemed superior. Unity and continuity: these are the keys through which we can interpret the Spanish/Lusitanian expansionism in the Americas. From this standpoint, the *Conquista* can be read as a process of homologation, of a *reductio ad unitatem* of that which is different. It is not by accident that, both in the universities and in the courts, one of the most controversial questions - and the debate at the School of Salamanca demonstrates this - concerned the possibility of adapting the Old World's legal and political categories to the Americas. But it was the spatial organization of power itself that had a strong unitary nature. (12) Madrid refused - or perhaps was simply unable - to understand the specificity of the spaces that the *Conquista* had granted it. A survey of Spanish colonial legislation shows an attempt to replicate a concept of space that became increasingly obsolete over the years, with the reintroduction of legal institutions and regulations peculiar to the European experience. Finally, we need to recognize - as Schmitt points out - that the *rayas* would not make a distinction between the occupation of land and of sea. (13) In fact, notwithstanding their absolute novelty, these lines of division continued to be conceived of as 'physical' boundaries, as an instrument for the 'quantitative' division of geo-political and geo-juridical spaces.

Compared with this first paradigm, the subsequent development of "global linear thinking" had a radically disruptive effect, bringing major changes to the international system. Contrary to the archetype of the *rayas*, which could still be attributed to medieval semantics and was unable to express the specificity of the oceanic spaces, the new *Nomos*, which had already begun to take shape by the mid-sixteenth century, would find its distinctive feature in the distinction between *Landnahme* - land appropriation - and *Seenahme* - sea appropriation -. And the modern conception of the freedom of sea space would derive from the foundational characteristic of the *jus publicum Europaeum*, the separation between land and sea, (14) where, however, freedom meant anomy. The expanses of the seas were free not because they were available to all international actors, but because they were without regulations, at the mercy of anarchy and of the free and ruthless use of violence sanctioned by the amity lines. (15)

The event that led to the practice of amity lines is well-known. The 1559 peace agreement of Cateau Cambresis had tried to bring an end to the tension between the Empire and the Kingdom of France that had been troubling European politics for decades. The delegations in charge of the negotiations sought to stabilize the European borders; however, they did not believe it was advisable to extend the application of the agreement to the Indies. Thus the regulations agreed upon in Cateau Cambresis would be fully enforced east of the first meridian, whereas to the west "might should make right, and violence done by either party to the other should not be regarded as in contravention of treaties". (16)

It was in fact the first example of a new, but highly disruptive, practice which had great success in the diplomatic world at the time. "No peace beyond the line" was the unanimous call shared by all the courts in Europe. The validity of the *jus gentium* would come to an end at the meridian of the El Hierro island. (17) Beyond that would prevail the law of the strongest.

On the other hand, in a Europe traumatized by religious schisms, the absence of an *auctoritas*, a shared *ordo*, had prevented the adoption of solutions other than that of a



substantial anomaly. And it is no wonder that the strongest objections to the illegitimacy of the *Conquista*, and to the practice of the *rayas*, came from enthusiastic supporters of the Reformation such as England and the Netherlands. Nor was it by chance that, starting from Gentili and Grotius, the great promoters of the freedom of the seas were Protestant. Finally, it was not by chance, either, that even in Catholic France - Spain's arch-rival on the oceans, too, in the early part of the sixteenth century - it was the Huguenots, in their determination to oppose Spanish expansionism, who cried "mare sit commune". The Reformation was deeply rooted in the cities of the Atlantic coast - La Rochelle was to be the last stronghold of the Huguenots - which could not bear that the monopoly of trade with the Indies should be held by the *Casa de Contratación de Sevilla*. (18)

Aside from possible historiographic interpretations, it is certain that an unsolvable friction developed between the two *Raumordnungsbegriffe* - one based on continuity, the other on difference.

In assessing reactions to the monopolistic claims of the Empire, we might ask to what extent the claim concerning the freedom of the seas was itself grounded in a rhetoric of continuity inspired by the legal system that had characterized maritime navigation since the Middle Ages. However, returning once again to Schmitt, we should exercise caution in drawing analogies with pre-modern maritime law. To jurists trained with the *Corpus Iuris Civilis* the expanse of the sea was *res communes omnium*. Anybody had the right to exploit the sea's resources and plough its waves. On the other hand, the *Ordnung* that began to come into being following Cateau Cambresis conceived of the Atlantic as a space without rules, as a 'no man's sea' where men could give full rein to their acquisitive passions. With the *amity lines* the only rule was that of the mightiest, sanctioned by naval guns. It was the triumph of Hobbes's state of nature, of an anthropology characterized by the saying *homo homini lupus*.

To better understand the absolute anomaly that characterized the oceans in the early modern age, we need only think of the protection often granted to the *Confrérie de la côte* by the anti-Spanish powers. And this at the time when Alberico Gentili - to cite just one well-known example - drawing inspiration from the medieval notion of *hostis humani generis*, even doubted whether the *lex naturalis* could be applied in favor of a pirate. If the states of the Old Continent could act in violation not only of the rules of the *bellum iustum* but even of the most sacred principles of natural law, then justification is to be found in the exceptional, wholly subversive nature granted by the amity lines to the New World's sea and land spaces. (19)

3. Ordo Britannicus

Starting with the Peace of Westphalia, the practice of the amity lines began to fail. Spain had by now entered into a slow but steady decline. The Anglo-French settlements in the New World had instead become solid realities both from a military and a juridical and political perspective. London and Paris, in turn, were aware of the economic potential of the territories acquired overseas: colonial expansion into the American continent had begun, and a situation of endemic conflict was no longer of use to anyone.



The Franco-Spanish treaty ratified in Ratisbon in 1684 is a perfect example of this trend-reversal in the colonial policy of the time, as it expressly called for the cessation of all hostilities “in et extra Europam, tam cis quam trans lineam”. (20) This new political climate generated much reflection on what might be the best tools for establishing a legal system in the territories of the New World. It is not surprising that, in the most glorious years of natural law, the ideology of ‘natural frontiers’, which prevailed in the treaties of jurists as well as in the practice of chancelleries, was proposed with enthusiasm for the Americas as well. Thus the ancient image of an occupation ‘by division’, of a *limes* based on physical geography, was revived, though updated in its juridical forms and techniques.

The fate of oceanic spaces was to be different: for a long time the legal regime of seas was characterized by the anarchy of amity lines practice. This did not mean, however, that oceanic spaces would be relegated to total anomy, and waves denied any rule. As Schmitt has suggested, the sea remained a juridically ‘neutral’ expanse for much of the nineteenth century, beyond the reach of any sovereign system. Since it was neither state territory, nor colonial space, nor an area that could be occupied, oceanic space was deemed free of any kind of state authority. (21) Sea routes, however, had become all-important for the economy of the Old Continent and it was necessary to establish a stable order. Thus in the age of Enlightenment, a ‘parallel’ system would arise alongside the *jus publicum Europaeum*, with the same attributes as the latter: it too was universal, it too acknowledged the validity of the fundamental juridical institutions of the *ius belli*, starting from that of the *ius predae*. It too was, to quote Schmitt once again, aware of the value of freedom. (22)

It was England - and it could not be otherwise - which understood all the implications of the dualism between the legal system of the land and that of the sea, and became the depositary of a precise *Raumordnungsbegriff*, the vestal of the balance between land and sea. Clearly, it was a balance that would not affect English maritime supremacy. What were the features of this hegemony? Examining Schmitt’s premises in depth, we can identify one of the fundamental paradigms of English power politics in the dual concept of freedom of trade/freedom of war - one that was bound to bloom fully on the seas, both cause and effect of the English thalassocracy.

Thus at least until the first half of the nineteenth century - a significant change would come about with the Treaty of Paris in 1856 - an agonistic concept of the oceans prevailed; they were considered as places of conflict, where matters of trade competition were relentlessly intertwined with those of the *ius predae*. It is hardly necessary to point out how precisely this right was constantly being claimed by St. James’s Court itself. But the best proof of the single-mindedness of English claims can be found, more than in the Admiralty’s regulations, in the cool reception given by both British diplomacy and jurisprudence to the “free ship, free goods” principle, a principle that was meant to protect neutral trade during war operations: the events related to the so-called “Doctrine of the continuous journey” or to the “Rule of war of 1756” are emblematic. (23)

It should not be surprising, therefore, that maritime law has been influenced only recently by the law of treaties. Land and sea have generated distinct legal systems, principles, concepts, and particular uses. The absolute originality of maritime law



represents an independent normative *genus*, as distinct from legal systems of the land. Its peculiar form has developed within an environment in which customary practices and power politics have generated original hybridizations.

After defeating Spain first, and later Netherlands and France, England “became the agency of the spatial turn to a new ‘nomos’ of the earth, and, potentially, even the operational base for the later leap into the total rootlessness of modern technology”. (24) As soon as the *ordo Britannicus* was established, a de-spatialized, disruptive order came about, one that radically opposed any previous archetype. It was the triumph of U-topia - to quote Schmitt once again - intended as the denial of any localization, any territorial determination. (25) From this perspective, the uniform emptiness of the expanse of the sea excluded any partition or specificity. The sea was a *tabula rasa* that was not divided into those physical spaces - mountains, rivers, forests - that were the space incubator of national legal systems.

Thus a delocalized but generally global set of rules was linked to a normative body based on both custom and the *lex mercatoria*. A system independent of the law of the state was connected to a normative system that, as we have seen, would escape the laws of the state from the start, as it was the product of mercantile practice and of spontaneous agreements among traders perfected by jurists.

It is hardly necessary to note that this union was anything but accidental, since it stemmed from a precise ideological framework: the mercantile ideology, already contained *in nuce* in the well-known *Navigation Act* issued by Cromwell in 1651. And it was certainly due also to the pressure exerted by the trade companies which, starting from the seventeenth century, were the main protagonists in oceanic commercial traffic. (26) These powerful organizations, with their hybrid legal *status*, poised ambiguously between civil and public law, learned how to take advantage of the closeness among a ‘spontaneous’ normative system, the *lex mercatoria*, a juridical and political system independent of the law of the state, the *nomos* of the sea, and an international context where the balance of the continental powers gave free rein to a *Machtpolitik* on the oceans. As Christopher Connery has pointed out with crude realism, the freedom of the sea predicted by Grotius was built upon the guns of the English fleets. (27)

4. The New West

Has the story now come to an end? Should this hybridization be relegated definitively to international law’s past? I don’t believe so. I would like to note, while avoiding dangerous anachronisms, that the order in force on oceans in the modern age - and Schmitt, far ahead of his times, seemed to realize this, although he did not state so explicitly - in some way foreshadowed today’s heavily ‘de-structured’ transnational law. Schmitt’s theory is an important starting-point in this sense for reflecting on the link between global law and the order arising from the breakdown of the *jus publicum Europaeum*. It is an order in which oceans seem to prevail over land, where the ‘liquid’ law of markets seems to overrule the ‘telluric’ law of states.

This interpretation of Schmitt’s internationalist theory may seem less risky if we look at the evolution of the *ordo britannicus* bearing in mind the suggestive image of a global law as epigone of sea law.



With the progressive decline in English maritime supremacy that was already detectable by the end of the nineteenth century, ‘classic’ British naval doctrine, based as much on the dogma of the sacredness of ocean trade as on the effectiveness of merchant ships’ broadsides, found an enthusiastic supporter on the other side of the Atlantic in the person of rear admiral Alfred Mahan. A herald of the thalassocracy of the United States and a *maître à penser* of navalist geopolitics, with his *The Influence of Sea Power Upon the French Revolution and Empire, 1793-1812* (1892) Mahan wielded an extraordinary influence both on political circles in Washington and on naval-strategy scholars at the *Naval War College* in Newport. (28)

Sea power: according to Mahan, this was the key to supremacy. The recipe was even banal in its simplicity: on the one hand, a powerful merchant fleet supported by navy guns, on the other an exercise of maritime power aimed as much at blockading the trade routes of opponents as at wiping out the naval squadrons of enemies. And the monopoly of sea lanes needed to be implemented in the first place by controlling the approach to the blue waters - the open sea -, to be achieved, in the view of the realistic Mahan, with both the instruments of international law and the naval panoply. (29) Mahan’s arguments dampened the enthusiasm of the United States, whose geopolitical interests centered on expansion into the *Wild West* and on the setting-up of a “neutral” space in line with the Monroe doctrine. But the sudden success of Mahan’s book was thanks to President Theodore Roosevelt, an assiduous scholar of naval politics, who shortly thereafter, in the years immediately following the 1898 conflict between Spain and the United States, was able to put Mahan’s theories to test. (30)

What is Schmitt’s judgment of the author who succeeded better than anyone else in formalizing the foundations of the power of the United States? In the opinion of some, *Land und Meer* could even be interpreted as a response to Mahan, largely inspired by Hegelian philosophy.(31) This interpretation pits a “telluric” Schmitt against an ‘oceanic’ Mahan. However, caution is called for, as Schmitt’s stance is ambiguous: while it is true that Mahan’s doctrine, which was well- known and debated by both *Kriegsmarine* circles and *Geopolitik* theorists, is discussed explicitly in *Land und Meer*, in the later *Nomos der Erde* reference to it is subtle and hidden.

It is worthwhile reflecting on this change of tune. In *Land und Meer* Schmitt praises Mahan’s clear-sighted characterization of the Anglo-Saxon *Seemacht* as well as the solidity of his geopolitical perspective. And yet, observes Schmitt, the U.S. admiral did not understand that the upheaval brought about by industry had an impact precisely on the essential point, i.e. the elementary relationship between man and sea. From this perspective Mahan’s arguments seem irreversibly outdated, as they concern a technologically-primitive age. It is a hasty judgment, however: the sections that Schmitt dedicated to the triumph of machine over man in *Land und Meer* are among the most suggestive, in their epic force, but probably not the most successful. As Schmitt puts it, technology has turned on its head the relationship between the whale and the fisherman armed with a harpoon, but it has by no means altered the image of the sea as a place where power politics can freely express itself, manifesting itself in a variety of forms until it becomes *Ordnung*.

One might hypothesize that Schmitt was aware that his comments in *Nomos der Erde* regarding the crisis of naval power may have appeared somewhat hasty, especially since



he made them as the Anglo-American bombing of German cities was being intensified. This is why his criticism regarding Mahan's theories is muted in *Nomos der Erde*. Schmitt was aware that even while Mahan's navalism might appear *âgée*, even if his strategic vision might be considered obsolete, the validity of his *Raumordnungsbegriff* was beyond dispute. In fact, it was directly from the sea - or rather from occupation of the sea - that the new *ordo* would arise and mark the definitive collapse of the *jus publicum Europaeum*.

It was an *ordo* once again sanctified by a "global line": on 3 October 1939 the neutralization of the waters of the so-called Western hemisphere was decided at the Pan-American conference called in Panama under the auspices of another Roosevelt, Franklin Delano. The objective was to safeguard ongoing war operations by arranging a "safety belt" three hundred miles from the American coasts. It was a *Seenahme* that reproduced, once again, the opposition between anomy and conflict on the one hand and law and peace on the other. As Schmitt points out, "the global line was a type of quarantine, of pest control, which cordoned off a contaminated area from a healthy country." (32)

Above all it is a *Seenahme* based on sound ideological foundations: the singularity of America as a place of justice and peace. It is a kind of 'civil religion' that, as Schmitt points out, is rooted in the Calvinist sense of predestination as practiced by the pilgrim fathers and that was renewed and strengthened through the expectations of the millions of Europeans who, escaping from the Old Continent, landed in America "to begin a new life in virginal conditions". (33) The world was hence once more divided up, this time into zones of law and zones of violence. (34) Previously, though, this partition had been the result of a reflection, an agreement among different parties, whereas the position of the United States, according to Schmitt, was an act of pure rule. And this was all the more important, since this partition was an ethical-moral distinction even more than a political and military option.

The line of the Western hemisphere was short-lived: the United States would shortly become involved in the conflict. The spaces that had been 'neutralized' in 1939 became the battlefield of the decisive Battle of the Atlantic in 1941. In the *Maelstrom* of World War II, the Panama Declaration risks looking like a mere accident of history, the object of the scholarly attention of historians of diplomacy. But it is not. We ought instead to follow Schmitt's suggestions and stress the disruptive consequence of this new global line. In particular, we should emphasize that "the line of the Western hemisphere" was the cornerstone and criterion for a new legal order, since it once and for all underlined that the United States had become aware of its role as a global power. It is hardly necessary to point out how in this disposition for power, *in nuce* as the terrestrial sphere was being divided up, the legacy of the *ordo britannicus* became manifest.

The story is far from over. Even though the practice of the "lines" seems outdated today - as it probably seemed also to an international law scholar prior to the Panama Conference - Schmitt's work does not deserve to be relegated to the archives of the history of internationalist theory. On the contrary, it seems remarkably fresh and, almost fifty years after the publication of *Nomos der Erde*, shows an understanding of today's changing hegemonic dynamics and an ability to pinpoint with precision tensions in the international order.



In the work of Schmitt, therefore, even more than a geographical concept, the ocean is a powerful metaphor for a de-territorialized space, one without boundaries or frontiers. To rule the oceans means to wield limitless power. Such an absence of limits can be interpreted in two ways: from the geopolitical perspective, it means power without space constraints, which can be wielded on a possibly global scale. At the same time, it represents a precise *Raumordnungsbegriff*: he who has occupied the sea will possess a de-localized, universalistic and invasive *ordo*. And, again using the water metaphor, it shall be a fluid one, able to erode the foundations of the most ‘telluric’ state-sovereignty (35).

Notes

1. Cf. Z. Bauman, *Liquid Modernity*, Polity Press, Oxford 2000.
2. Cf. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncker & Humblot, Berlin 1974, Engl. trans., *The ‘Nomos’ of the Earth in the International Law of the ‘Jus Publicum Europaeum’*, Telos Press, New York 2003, p. 49.
3. D., 8, 4, 13pr. (Ulp., VI opin.).
4. D., 14, 2, *De lege Rhodia de iactu*.
5. *Res nullius* or *res communis omnium*? Scholars still debate the real meaning of the sea for Roman law. See A. A. CASSI, *Ius Commune tra Vecchio e Nuovo Mondo*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 114-139.
6. See W. G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtgeschichte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1984, Engl. trans., *The Epochs of International Law*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2000, p. 132
7. Quoted in C. Schmitt, *The ‘Nomos’ of the Earth*, cit., p. 44.
8. See C. Schmitt, *The ‘Nomos’ of the Earth*, cit., p. 43.
9. On the Portuguese expansion see B. W. Diffie - G. D. Winius, *Foundations of the Portuguese Empire. 1415-1580*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1977 and M. Newitt, *A History of Portuguese Overseas Expansion, 1400-1688*, Routledge, London 2005. In a comparative way see also H. Bull, *European States and African Political Communities*, in H. Bull, A. Watson (eds), *The Expansion of International Society*, Oxford University Press, Oxford 1984, pp. 99-114.
10. On the papal bulls see the ‘classic’ H. Van Der Linden, *Alexander VI and the Demarcation of the Maritime Colonial Domains of Spain and Portugal, 1493-1494*, “The American Historical Review”, 22 (1916), 1, pp. 1-20. For a legal framework see also A. Garcia Gallo, *Los Orìgenes españoles de las instituciones americanas. Estudio de derecho indiano*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1984, pp. 311-659, and W. G. Grewe, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 229-236 and A. A. Cassi, *Ius Commune tra Vecchio e Nuovo Mondo*, cit., pp. 85-114.
11. See C. Schmitt, *The ‘Nomos’ of the Earth*, cit., p. 87.



12. See C. Schmitt, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Klett-Cotta, Stuttgart 1954, Engl. trans., *Land and Sea*, Plutarch Press, Washington D.C. 1997.
13. See C. Schmitt, *The 'Nomos' of the Earth*, cit., p. 92.
14. *Ivi*, pp. 181-184.
15. On the amity lines *ivi*, pp. 92-99.
16. Cf. F. G. Davenport, *European Treaties bearing on the History of the United States and Its Dependencies Vol. I*, Carnegie Institute, Washington 1917-37, p. 220, quoted in W. G. Grewe, *The Epochs of International Law*, cit., p. 155.
17. The island of El Hierro, is the westernmost of Canary islands. On the importance of the archipelago in pre-modern international law see G. Fahl, *Der Grundsatz der Freiheit der Meere in der Staatenpraxis von 1493 bis 1648: Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Heymanns, Berlin 1969.
18. On the connection between trade and oceanic spaces see P. E. Steinberg, *The Social Construction of the Ocean*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, pp. 68-109.
19. On piracy as a social and legal phenomenon see W. G. Grewe, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 304-312. On the importance of pirates as non-State actors see J. E. Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton University Press, Princeton (N. J.) 1996.
20. Quoted in W. G. Grewe, *The Epochs of International Law*, cit., p. 160.
21. See C. Schmitt, *The 'Nomos' of the Earth*, cit., p. 172.
22. *Ivi*, p. 173.
23. Cf. S. Mannoni, *Potenza e ragione*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 206-260. See also W. G. Grewe, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 407-412.
24. See C. Schmitt, *The 'Nomos' of the Earth*, cit., p. 178.
25. *Ibidem*.
26. On trading companies and the modern international legal system see W. G. Grewe, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 298-304. See also J. E. Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*, cit., pp. 32-42 and 59-68.
27. Cfr. C. L. Connery, *Ideologies of Land and Sea: Alfred Thayer Mahan, Carl Schmitt, and the Shaping of Global Myth Elements*, "Boundary"; 28 (2001) 2, pp. 173-203, see in particular p. 183.
28. On the thought of Mahan see P. A. Crowl, *Alfred Thayer Mahan: The Naval Historian*, in P. Paret (ed.), *Makers of Modern Strategy*, Oxford University Press, Oxford 1986, and J. Tetsuro Sumida, *Inventing Grand Strategy and Teaching Command. The Classic Works of Alfred Thayer Mahan Reconsidered*, John Hopkins University Center, Baltimore (Md.) 1997.
29. On the influence of Mahan in the international legal doctrine cf. S. Mannoni, *Potenza e ragione*, cit., pp. 184-186.



JURA GENTIUM



30. See R. W. Turk, *The Ambiguous Relationship, Theodore Roosevelt and Alfred Thayer Mahan*, Greenwood, New York 1987.

31. As suggested in C. L. Connery, *Ideologies of Land and Sea: Alfred Thayer Mahan*, cit., p. 190.

32. Cf. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., p. 290.

33. *Ivi*, p. 291.

34. On amity lines and *ius belli*, see E. Gould, *Zones of Law, Zones of Violence: The Legal Geography of the British Atlantic, circa 1772*, “William and Mary Quarterly”, 60 (2003), 3, pp. 471-510.

35. An earlier version has been published in “Eurasia. Rivista di studi geopolitici”, 4 (2007), 4, pp. 177-189. See also F. Ruschi, [*Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmit*](#), “Quaderni Fiorentini per storia del pensiero giuridico moderno”, XXXIII-XXXIV (2004-2005), pp. 379-462.

Il “tribunale misto” di Tangeri (1925-1952)

Balance of power, diritto e mentalità coloniale

Francesco Tamburini

Posta all'intersezione delle rotte che uniscono nel senso dei meridiani l'Europa e l'Africa, la città marocchina di Tangeri rappresenta un nodo cruciale sia dal punto di vista militare che da quello economico. Oltre a essere, assieme a Gibilterra, una postazione di controllo sullo stretto in cui il Mar Mediterraneo incontra l'Oceano Atlantico, Tangeri è uno dei principali punti di contatto tra Europa e Africa. Essa si trova quindi all'incrocio di due fondamentali direttrici del Mediterraneo.

Consapevoli della posizione strategica della città, Spagna, Francia e Inghilterra instaurarono nel 1923 una amministrazione internazionale che governò Tangeri e il suo *hinterland* dal 1925 al 1940 e poi dal 1945 al 1956. Tale amministrazione fu uno dei più longevi tentativi di cooperazione multinazionale volta alla garanzia della sicurezza e della neutralità di un territorio geopoliticamente rilevante. Sin dal 1914 le potenze europee avevano cercato di internazionalizzare la costa africana dello Stretto di Gibilterra, mantenendo nell'area dominata da Tangeri lo *status quo* che aveva caratterizzato l'Impero marocchino prima della creazione del protettorato francese e spagnolo.

Il presente lavoro si propone di esaminare l'amministrazione della giustizia a Tangeri, e in particolare il funzionamento del “Tribunale Misto”, tra il 1923 e il 1952, anno in cui vennero emanati gli atti che, riformando l'amministrazione internazionale, ne preannunciarono l'abolizione, avvenuta nel 1956 con l'indipendenza del Marocco.

La struttura giuridica creata a Tangeri merita di essere studiata in quanto, al di là dei suoi innegabili difetti, costituì senza dubbio un ambizioso esperimento, unico nel suo genere nel campo del diritto e delle organizzazioni internazionali. Tale unicità fu dovuta in particolare all'applicazione a Tangeri dell'istituto delle capitolazioni, ossia di quella serie di privilegi concessi ai cittadini europei, sottratti alla giurisdizione dei tribunali locali e soggetti esclusivamente alla propria legge nazionale. Ai diplomatici stranieri accreditati veniva riconosciuta la competenza esclusiva in tutte le cause che interessavano i loro connazionali. Nel caso di controversie tra stranieri e cittadini locali era necessario investire della causa il tribunale del convenuto. La domanda giudiziale doveva essere inoltrata dall'attore mediante la propria autorità nazionale, ovvero l'autorità consolare per gli stranieri ed il giudice sciariatico (*qaid*) per i marocchini. Nelle cause tra stranieri appartenenti a più Stati stranieri, entrava invece in gioco un tribunale formato dai consoli accreditati a Tangeri. Unica eccezione a questo sistema era rappresentata dalle cause riguardanti gli immobili situati in territorio marocchino, gestite dai *qaid* che applicavano la legge islamica. Le capitolazioni offrivano agli stranieri anche esenzioni dalla tassazione locale, libertà ed immunità personali (inviolabilità delle persone e dei beni, libertà di culto e religione), e infine libertà di commercio, in base alla clausola della nazione più favorita. L'attività commerciale europea, sostenuta dal “regime della porta aperta”, aveva inoltre reso indispensabile l'ausilio di una grande quantità di impiegati marocchini (intermediari, messaggeri,



JURA GENTIUM



segretari e interpreti), che erano nominati dalle legazioni straniere e godevano automaticamente degli stessi privilegi concessi ai cittadini della nazione protettrice (1), secondo il cosiddetto “sistema delle protezioni”.

Fu difficile trovare un sistema giuridico e amministrativo che, oltre a internazionalizzare Tangeri, si potesse efficacemente applicare alla complessa e frammentata realtà della città. Il 25 giugno 1923 a Parigi, Inghilterra, Spagna e Francia iniziarono delle trattative al fine di creare un regime internazionale e amministrare Tangeri tramite una articolata amministrazione che garantisse la neutralità della città marocchina. I lavori si conclusero il 18 dicembre con l'accettazione e la firma da parte delle tre potenze della bozza definitiva degli accordi, composti da una Convenzione di 56 articoli (2) riguardanti il cosiddetto “Statuto di Tangeri”, un regolamento della gendarmeria e due *dahir* (decreto sultanale), uno per l'organizzazione amministrativa e l'altro per l'esercizio della giurisdizione. Il testo fu poi trasmesso, per la sua approvazione definitiva, a tutti gli Stati aderenti all'Atto Generale di Algeciras, con l'eccezione di Germania e Austria (esautorate di ogni privilegio in Marocco dopo i trattati di pace del 1919) e Unione Sovietica (completamente disinteressata alla questione).

La Convenzione dette vita ad una zona permanentemente neutralizzata (artt. 2-3), strutturata come una sorta di “Stato in miniatura” gestito, nella cornice di un “condominio internazionale”, da quattro organi principali: Amministratore, Comitato di Controllo, Assemblea Legislativa e Tribunale Misto.

Il Sultano, al quale spettava la sovranità su Tangeri, era rappresentato dal *Mendub* (dalla radice del verbo arabo *nadaba*, delegare), il quale riassumeva in sé le figure del *Naib* e del *Pasha*, fungendo da collegamento fra l'amministrazione internazionale e quella dello Stato marocchino (art. 29). Il *Mendub*, nominato dal Sultano (3) e coadiuvato da due *Khalifa*, aveva ampi poteri per quanto riguardava la popolazione indigena, assicurando che l'ordine pubblico, le tasse e lo Statuto fossero da questa rispettate. L'amministrazione della popolazione locale e degli interessi dei musulmani continuavano ad essere esercitati dal personale marocchino nominato dal Sultano (ad esempio il *qadi* o l'amministratore dei beni *hubus*). Inoltre - e si tratta di un elemento importante - ebrei e musulmani, in campo giudiziario, avevano i propri tribunali, rispettivamente rabbinici e sciariatici.

L'Amministratore, oltre a rappresentare la Zona Internazionale di fronte a terze parti, incarnava il potere esecutivo, eseguendo le decisioni dell'Assemblea Legislativa e rispondendo dei propri atti di fronte al Comitato di Controllo (4). Ai suoi ordini si trovavano due Amministratori aggiunti o Direttori, responsabili rispettivamente per l'igiene e la beneficenza e per le finanze, e due ingegneri, uno per le opere pubbliche e un altro per i lavori municipali.

L'Assemblea Legislativa rappresentava il potere legislativo a Tangeri ed era presieduta dal *Mendub*, assistito da tre vice-presidenti (uno francese, uno inglese e uno spagnolo) e si componeva di 26 membri, non retribuiti, provenienti dalla comunità internazionale e marocchina. Questi funzionari duravano in carica quattro anni (non reiterabili) ed erano nominati dai rispettivi consolati di appartenenza. Più precisamente, quattro erano francesi, quattro spagnoli, tre britannici, due italiani, uno statunitense, uno belga, uno portoghese, e infine uno olandese. La popolazione locale invece era rappresentata da sei



JURA GENTIUM

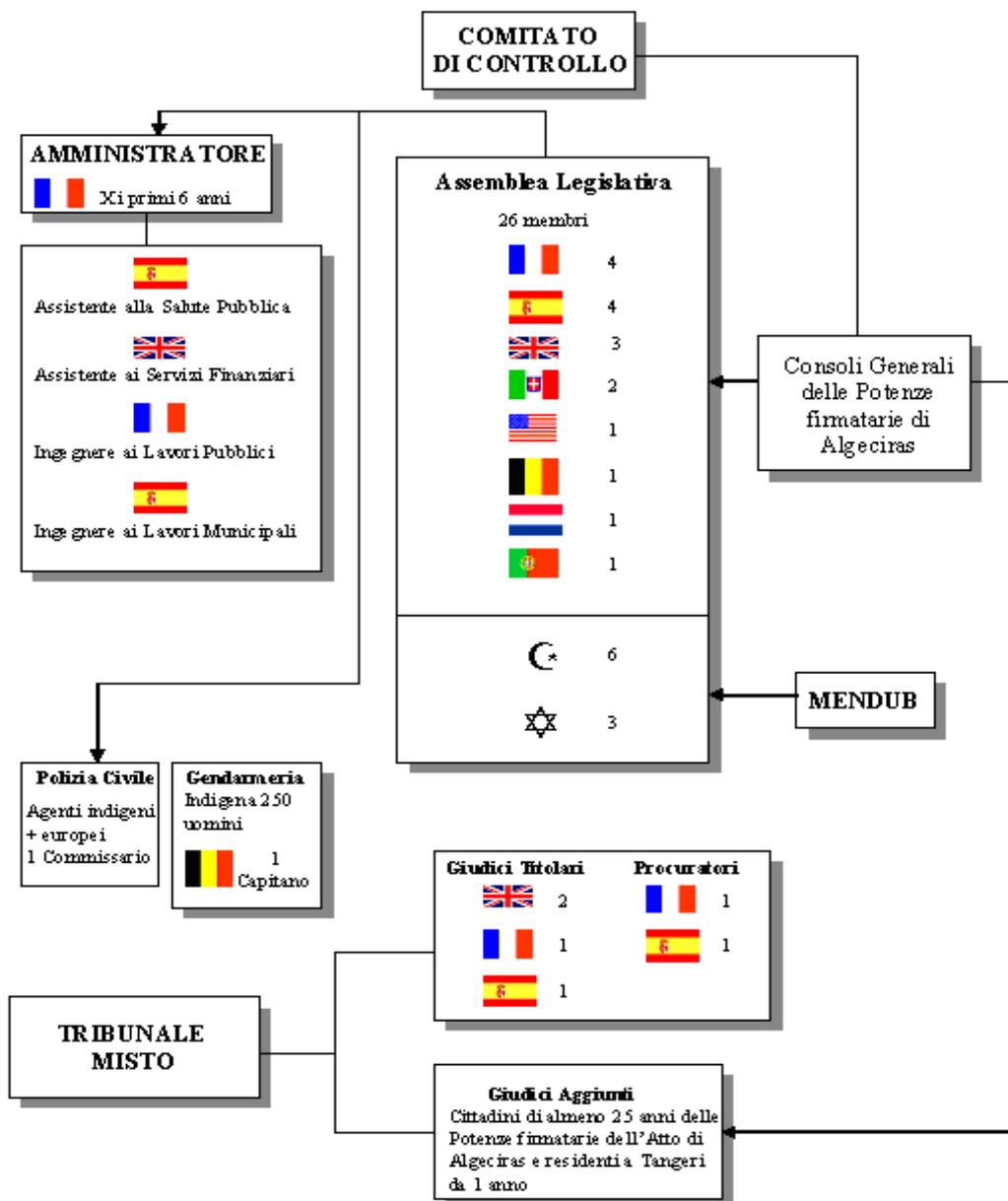


musulmani scelti dal *Mendub* e da tre israeliti, sempre scelti dal delegato del Sultano ma eletti da una lista di nove personaggi presentati dalla comunità israelita di Tangeri.

Il Comitato di Controllo era composto dai consoli delle potenze firmatarie dell'Atto di Algeciras e aveva la funzione di sorvegliare che lo Statuto del regime internazionale fosse rispettato. La presidenza del Comitato ruotava annualmente tra i consoli. Secondo la Convenzione, il suo primo presidente sarebbe stato scelto a sorte, mentre i successivi avrebbero seguito l'ordine alfabetico delle potenze rappresentate. Il Comitato di Controllo non aveva potere di iniziativa legislativa, ma poteva imporre il suo veto ai progetti di legge dell'Assemblea Legislativa, la quale non aveva alcuna possibilità di appello se non quella di rivolgersi alla Corte Permanente di Giustizia Internazionale dell'Aja.



Statuto di Tangeri, 18 dicembre 1923



Al Tribunale Misto la Convenzione dedicò solo due articoli, il 13 e il 48, i quali si limitarono ad abolire espressamente il regime delle capitolazioni e il sistema delle protezioni. Le fonti della nuova istituzione, che si basò essenzialmente sull'esperienza della giurisprudenza francese, furono affidate ad uno speciale *dahir*, emanato il 16 febbraio 1924 (5), il quale dette vita ad un organismo assai complesso che non aveva eguali nella storia dei tribunali internazionali, distinguendosi anche dai tribunali misti in Egitto, dove le capitolazioni, e conseguentemente i tribunali consolari, continuavano a sussistere (6).



JURA GENTIUM



Il *dahir* del 1924 venne ritenuto la pietra angolare del sistema giuridico tangerino, stabilendo che non potesse essere modificato senza l'assenso di tutte le potenze firmatarie dell'Atto di Algeciras. Il Tribunale Misto prevedeva:

a) quattro “giudici titolari” (due britannici, uno francese e uno spagnolo) nominati con *dahir* del sultano su presentazione dei rispettivi governi. La loro funzione era incompatibile con qualsiasi altra professione e potevano essere revocati dal Sultano, dopo consultazione dell'Assemblea Generale dei giudici titolari.

b) due magistrati scelti dai quadri della magistratura spagnola e francese, che avrebbero svolto la funzione di *Procurateurs près le Tribunal Mixte* presso le varie sezioni in cui era diviso il Tribunale. I procuratori erano nominati e potevano essere revocati con le stesse modalità dei giudici titolari. Il magistrato francese rappresentava il Pubblico Ministero nella Sezione di Prima Istanza correzionale e nella giurisdizione d'appello correzionale. Il magistrato spagnolo invece rappresentava il Pubblico Ministero nella Sezione civile di Prima Istanza e nella giurisdizione d'appello civile. Il suo intervento nelle materie commerciali e amministrative era facoltativa.

c) un numero indeterminato di “giudici aggiunti” scelti, per un incarico triennale, reiterabile, tra i cittadini degli Stati firmatari di Algeciras che avessero compiuto 25 anni di età e che risiedessero da almeno un anno a Tangeri.

d) dall'Assemblea Generale dei Titolari, formata dai quattro giudici titolari e dai due *Procurateurs*, con la funzione di assicurare il funzionamento generale del Tribunale, e investita di altri compiti particolari, tra cui quelli di comporre la lista dei giudici aggiunti dopo la loro presentazione da parte dei rispettivi consoli, di designare annualmente i giureconsulti musulmani in casi di litigi immobiliari, e di prendere qualsiasi decisione regolamentare in merito al Tribunale e ai suoi componenti (7). Le sole lingue usate negli atti e nel dibattimento erano quella francese e quella spagnola e le citazioni e le notifiche erano valide anche se il destinatario avesse affermato di ignorare questi due idiomi (8). Assai singolare erano le notificazioni delle condanne in contumacia, le quali erano comunicate al reo affiggendo copia della sentenza sulla porta del suo domicilio e rese note pubblicamente per le vie e piazze di Tangeri mediante ‘strilloni’ muniti di tamburo o tromba.

Sia i giudici titolari che i procuratori dovevano rispondere a determinati requisiti professionali (ossia provenire dai quadri della magistratura inglese, francese o spagnola), godevano di uno stipendio (9) e la loro funzione era incompatibile con qualsiasi altra professione retribuita. I giudici aggiunti, invece, la cui funzione poteva essere associata in parte a quella dei giurati delle Corti di Assise ed in parte a quella dei giudici onorari europei, erano semplicemente dei privati cittadini che potevano esercitare qualsiasi mestiere o professione, eccetto quella dell'avvocato o di funzionario dell'Amministrazione della Zona di Tangeri. Essi non godevano di uno stipendio ed erano incaricati di assistere ai procedimenti giudiziari al fine di garantire ai propri connazionali una procedura imparziale (10). La composizione del Tribunale Misto aveva suscitato grande perplessità soprattutto da parte dell'Italia, che ne era stata all'inizio totalmente esclusa. Il console italiano a Tangeri, Giuseppe Brambilla, aveva chiesto ai diplomatici britannici e francesi perchè non si fosse adottata una giurisdizione veramente internazionale come si era fatto in Egitto e a Shanghai (11), chiamando a essere rappresentati tutti i rappresentanti delle potenze di Algeciras. La risposta fu che



JURA GENTIUM



non si era voluto gravare eccessivamente sul bilancio dell'amministrazione, il che, secondo Brambilla era una motivazione che non aveva senso "perchè l'aumento dei giudici da sei ad otto, non importerebbe che 60 mila franchi di spesa annua ed anche se si aumentasse la retribuzione prevista all'art.22 (giudicata dai più assolutamente insufficiente) la maggiore spesa non cesserebbe dall'essere insignificante" (12).

La competenza del Tribunale Misto si estendeva alla materia civile, commerciale e penale e al contenzioso amministrativo e aveva come soggetti tutte le persone fisiche e giuridiche straniere residenti stabilmente o temporaneamente nella Zona Internazionale. Anche i cittadini marocchini potevano essere attori o convenuti di fronte al Tribunale nel caso di una controversia con uno straniero (13). Tuttavia, in base al codice sulla condizione civile degli stranieri, le persone fisiche straniere per tutte le questioni relative al loro statuto personale (diritto di famiglia, successioni, ecc...) dovevano sottostare alla loro legge nazionale. Pertanto, ad esempio, il diritto di contrarre matrimonio era regolato dalla legge nazionale di ognuno dei futuri coniugi e la trasmissione ereditaria dei beni mobili ed immobili siti nella Zona Internazionale era regolata dalla legge nazionale del defunto.

Ad ogni buon conto, tali competenze facevano distinguere il Tribunale Misto dai tribunali misti egiziani, i quali non potevano dirimere cause aventi per oggetto due cittadini europei, le quali invece spettavano ai tribunali consolari. Da sottolineare che, al di fuori da queste competenze, come già accennato, i cittadini marocchini musulmani e israeliti erano soggetti rispettivamente ai tribunali sciariatici e a quelli rabbinici. In merito a questi ultimi, un *dahir* sultaniale del 15 febbraio 1925 predispose un tribunale rabbinico e un notariato *ad hoc*. Tale tribunale era competente per tutti gli affari riguardanti i diritti personali e le successioni degli israeliti marocchini ed era composto da un presidente, due giudici ed un segretario (14).

Il Tribunale Misto, come ho accennato, si suddivideva in numerose sezioni: 1) Un giudice di Pace scelto tra i membri titolari che si occupava di piccoli crimini, cause civili e commerciali su beni mobili fino a 1.000 franchi marocchini senza appello, e da 3.000 con appello. 2) Un giudice istruttore, scelto tra i membri titolari. 3) Una Sezione d'Accusa, composta da un membro titolare e da due membri aggiunti, esaminava se sussistevano prove sufficienti per portare la causa di fronte al Tribunale Criminale. 4) Una Sezione di Prima Istanza, composta da un titolare e da due aggiunti competente in materia civile, amministrativa e commerciale, ed avente anche la funzione di giurisdizione d'appello contro le sentenze del giudice di pace. Se uno dei tre giudici titolari fosse stato impossibilitato a partecipare al giudizio, i giudici aggiunti sarebbero stati invece tre. 5) Un Tribunale d'Appello composto da tre membri titolari e due aggiunti, competente come giurisdizione di secondo grado per le materie civile amministrativa e commerciale e le cui decisioni non avevano possibilità di ricorso o ulteriore appello. In materia immobiliare erano previsti due giureconsulti musulmani sia nella prima che seconda istanza, i quali non avevano però diritto di voto ma solamente funzione consultativa. Questi due personaggi erano nominati direttamente dall'Assemblea Generale dei giudici su presentazione del Sultano, il quale traeva i nominativi da una lista di otto candidati. 6) Un Tribunale Criminale (assimilabile alla nostra Corte di Assise) che si riuniva tre volte l'anno, ovvero il primo lunedì di ogni mese di marzo, luglio e novembre. Non aveva appello, anche se al Sultano era riservato



JURA GENTIUM



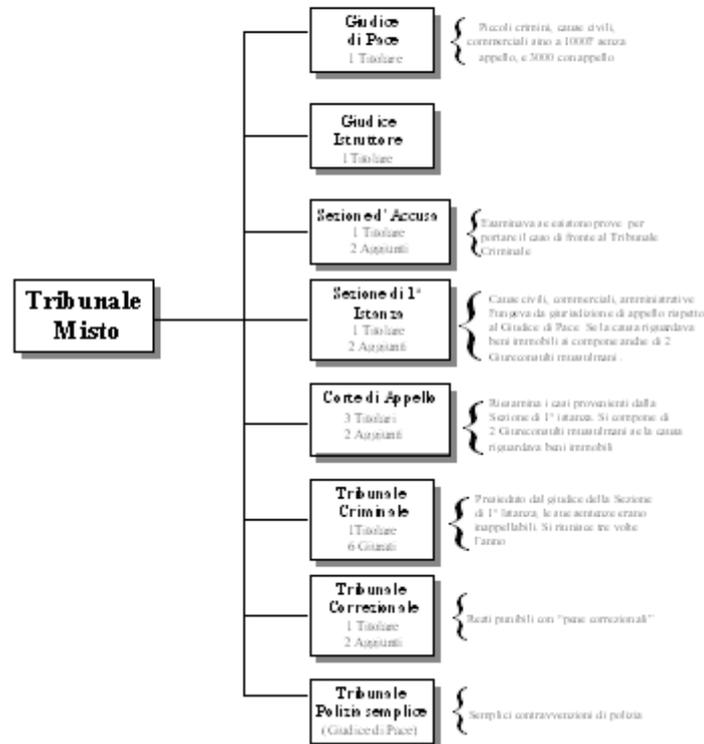
il diritto di condonare e commutare le pene inflitte, e si componeva di un giudice titolare, che era anche il Presidente della sezione di Prima Istanza, e da sei giurati che giudicavano della colpevolezza. Senza l'esplicito assenso del Sultano e senza il parere conforme di tutti i magistrati titolari, nessuna sentenza capitale comminata da questo tribunale poteva essere eseguita (15). Nel caso in cui il Presidente del Tribunale Criminale non fosse stato d'accordo con i giurati sulla sentenza, la causa era rinviata alla seguente sessione del Tribunale, presieduta da un magistrato titolare che avrebbe designato l'Assemblea generale dei titolari, ad esclusione di coloro che si fossero occupati precedentemente del processo. L'accusato era definitivamente prosciolto se in questo secondo processo non si fosse raggiunta la maggioranza con l'assenso del Presidente. 7) Tribunale Correzionale, composto da un giudice titolare e due aggiunti, per i reati che prevedevano dai 6 giorni ai 5 anni di prigione, multe o sequestri. 8) Tribunale di Polizia Semplice, presieduto dal Giudice di Pace che si occupava delle contravvenzioni di polizia e dove un commissario di polizia svolgeva la funzione di Pubblico Ministero (16).

Particolarmente complicata era la scelta della nazionalità dei giudici aggiunti nei vari procedimenti. Mentre infatti la designazione dei giudici titolari (britannici, francesi o spagnoli) era fissata indipendentemente dalla nazionalità dell'attore o del convenuto, i giudici aggiunti avevano un sistema molto articolato nella Sezione di Prima Istanza e nel Tribunale d'Appello (art. 6 D.O.J.), ossia: A) Se le parti avevano uguale nazionalità i due giudici aggiunti dovevano appartenere alla stessa nazionalità; B) Se le parti appartenevano a diverse nazionalità, avente ciascuna un connazionale come giudice aggiunto, i due giudici aggiunti sarebbero appartenuti rispettivamente alle due nazionalità; C) Se le parti appartenevano a più di due nazionalità si effettuava un sorteggio dell'udienza per determinare la nazionalità dei giudici aggiunti; D) Se una delle parti fosse appartenuta ad uno Stato che non avesse avuto giudici aggiunti, ad esempio Germania, Austria, Ungheria o qualsiasi Potenza non firmataria dell'Atto di Algeciras, poteva essa stessa scegliere la nazionalità del giudice aggiunto; E) Se le parti appartenevano ad una amministrazione pubblica o ad una persona giuridica avente sede in Marocco si seguiva il caso D.



TRIBUNALE MISTO

Statuto del 1923 e *Dahir* 16 febbraio 1924



Un sistema diverso invece vigeva per il Tribunale Criminale (art. 10 D.O.J.): A) Se l'accusato era un marocchino la giuria comprendeva tre marocchini, un inglese, un francese ed uno spagnolo (17); B) Se l'accusato non era marocchino, i membri della giuria erano estratti a sorte da una lista di giurati della sua stessa nazionalità (18); C) In caso di una nazionalità che non appartenesse ad alcuna lista, l'accusato poteva scegliere quella da cui tirare a sorte; D) In caso di accusati di più nazionalità la giuria si componeva di un numero uguale di giurati per ogni nazionalità.

Va sottolineato come la giustizia fosse emanata in nome del Sultano, poiché nella Convenzione non era stata espressa nessuna delega riguardo all'amministrazione della Giustizia a favore del regime internazionale, tant'è che, almeno formalmente, era il Sultano che nominava i magistrati, promulgando i codici legislativi del Tribunale Misto con il potere di concedere la Grazia. L'art. 32 della Convenzione prevedeva che i codici ed i testi regolamentari e fiscali della Zona fossero redatti da una commissione di giuristi francesi, spagnoli ad inglesi, i cui lavori sarebbero dovuti terminare entro tre mesi dalla firma della Convenzione. Nel novembre del 1924 la commissione, composta dallo spagnolo Lacambra, magistrato a Tetuán, dall'inglese Fitzgerald, avvocato presso il Tribunale Misto d'Egitto, e dal francese Gentil, consigliere della Corte di Parigi, elaborò sette codici: penale, procedura penale e civile, di commercio, delle obbligazioni e contratti, dell'immatricolazione degli immobili, della condizione civile degli stranieri. Tutti i codici furono poi promulgati con un *dahir* il 15 gennaio 1925, assieme ai codici



fiscali e dei regolamenti (19). Il codice penale (262 articoli) e quello di procedura penale (20) (348 articoli) erano fondamentalmente basati sul diritto francese, ritenendosi che il sistema penale francese fosse così ben codificato al punto da non doverne creare uno completamente *ex novo* (21). Anche il codice di procedura civile (589 articoli) fu mutuato dalle fonti francesi, ad esclusione però della parte relativa all'organizzazione del Tribunale Misto, prevedendo anche un minuzioso prezzario (*Frais de Justice*) per ogni atto e procedura extra-giudiziaria scaturita dal Tribunale misto, nonché per gli atti notarili (22). Il codice di commercio (655 articoli) e quello delle obbligazioni e contratti (1.408 articoli) erano tra i più voluminosi ed erano modellati su quelli della Zona francese e spagnola. Il codice sullo status degli stranieri era assai breve (solo 21 articoli) e fondamentalmente si basava su quello adottato dalla Francia in Tunisia. Il codice della registrazione dei beni immobili (90 articoli) era stato infine concepito per offrire ai titoli di proprietà immobiliare, detenuti nella stragrande maggioranza dei casi da europei, la protezione e le garanzie dell'Autorità della Zona.

Il codice penale tangerino, come già detto di derivazione francese, suddivideva le pene da comminare in pene di polizia (contravvenzioni), pene correzionali (delitti) e pene criminali (crimini). Le pene di polizia erano: la prigione da uno a cinque giorni, l'ammenda (23) e il sequestro. Le pene in materia criminale erano: la morte; l'ergastolo (che però non superava i trenta anni), l'incarcerazione da undici a venti anni e da sei a dieci anni. Le pene in materia correzionale erano: l'incarcerazione da sei giorni a cinque anni; pena pecuniaria, confisca.

Dal codice di procedura civile francese fu preso in prestito anche l'istituto del *référé* o procedimento di urgenza, con il quale, nei casi particolarmente urgenti o dove fosse stato necessario eseguire velocemente una sentenza esecutiva (ad esempio un sequestro), il presidente della Sezione di Prima Istanza avrebbe agito come giudice dei Procedimenti di Urgenza o giudice dei *référés*, evitando i tempi lunghi del normale percorso giudiziario. Addirittura tale giudice poteva decidere di fissare le udienze la domenica e i giorni festivi (artt. 202-208, Tit. V. cap. II, Codice Procedura Civile) (24).

Di tutto l'apparato giurisdizionale va messa soprattutto in evidenza la mancanza di una Corte di Cassazione. Secondo infatti l'art. 300 del codice di procedura penale "aucun pourvoi en cassation n'est possible contre les décisions de la jurisdiction internationale de Tanger", anche se dopo una sentenza penale il convenuto aveva la possibilità impugnarla chiedendo una "révision" in presenza di specifiche e dettagliate circostanze, ad esempio se dopo una condanna per omicidio fossero venute alla luce prove che indicassero l'esistenza in vita della vittima o, per altri crimini, si fosse scoperto che uno dei testimoni del processo era stato precedentemente condannato per falsa testimonianza (art. 301) (25). Simile procedura esisteva anche in materia civile tramite la così detta *demande en rétraction*, che veniva attivata dal convenuto in caso di errori di forma nella sentenza (26).

Per quanto riguarda la professione di avvocato, era necessario avere l'abilitazione in uno dei Paesi firmatari dell'Atto di Algeciras ed ottenere il gradimento dell'Assemblea Generale dei giudici titolari. Sebbene fosse previsto sin dal 1925 un Ordine degli Avvocati di Tangeri, questo venne creato però solamente il 21 dicembre 1949, regolando assai dettagliatamente la professione forense (27). A mero titolo di curiosità: sia gli avvocati che i giudici furono abilitati a sedere in tribunale vestendo le proprie



toghe nazionali, ma a parte alcune ‘coraggiose’ eccezioni, i togati britannici rinunciarono, per ovvi motivi climatici, ad indossare la tradizionale parrucca.

Secondo gli accordi del 1923, l’amministrazione internazionale avrebbe dovuto entrare in vigore il 1 luglio 1924, ma il ritardo nella compilazione e nella traduzione dei codici nelle tre lingue ufficiali della Zona (francese, spagnolo ed arabo) resero necessari numerosi rinvii (1° agosto, 1° novembre, 15 gennaio). Solo il 1° giugno 1925 la Zona Internazionale di Tangeri fu in grado di prendere ufficialmente vita, senza però che Olanda, Portogallo, Italia e Stati Uniti aderissero alla Convenzione. L’Olanda aderì il 5 ottobre 1925 ed il Portogallo solamente il 28 gennaio 1926. Stati Uniti e Italia dichiararono invece di rinunciare a partecipare all’amministrazione di Tangeri. Washington non desiderò legarsi ad accordi che avrebbero potuto limitare la propria libertà d’azione, mentre l’Italia di Mussolini considerò gli accordi di Parigi come *res inter alios acta*, rivendicando, sin dal 1923, una diretta partecipazione alla conferenza di Parigi in quanto “grande Potenza mediterranea”, lamentando di non aver partecipato alla stesura dello Statuto assieme alle tre Potenze (28). Il Tribunale Misto (29) fu in grado di funzionare completamente e a pieno regime solo a partire dal 15 dicembre 1925, ovvero dopo lo stabilimento effettivo del Tribunale Criminale.

Il 17 giugno 1926 fu emanato dall’amministrazione internazionale anche un regolamento per il regime penitenziario, il quale prevedeva la rigida separazione, oltre che naturalmente tra sessi diversi, anche tra detenuti stranieri e indigeni. Gli europei venivano ulteriormente differenziati da una uniforme e dal regime alimentare, che era diverso per i detenuti musulmani e israeliti, i quali erano sottomessi a quanto prescritto in materia dai regolamenti delle prigioni marocchine (30). Particolarmente severe, almeno per gli standard odierni, erano le pene previste in caso di insubordinazione, risse o mancanza di rispetto verso il personale carcerario (31).

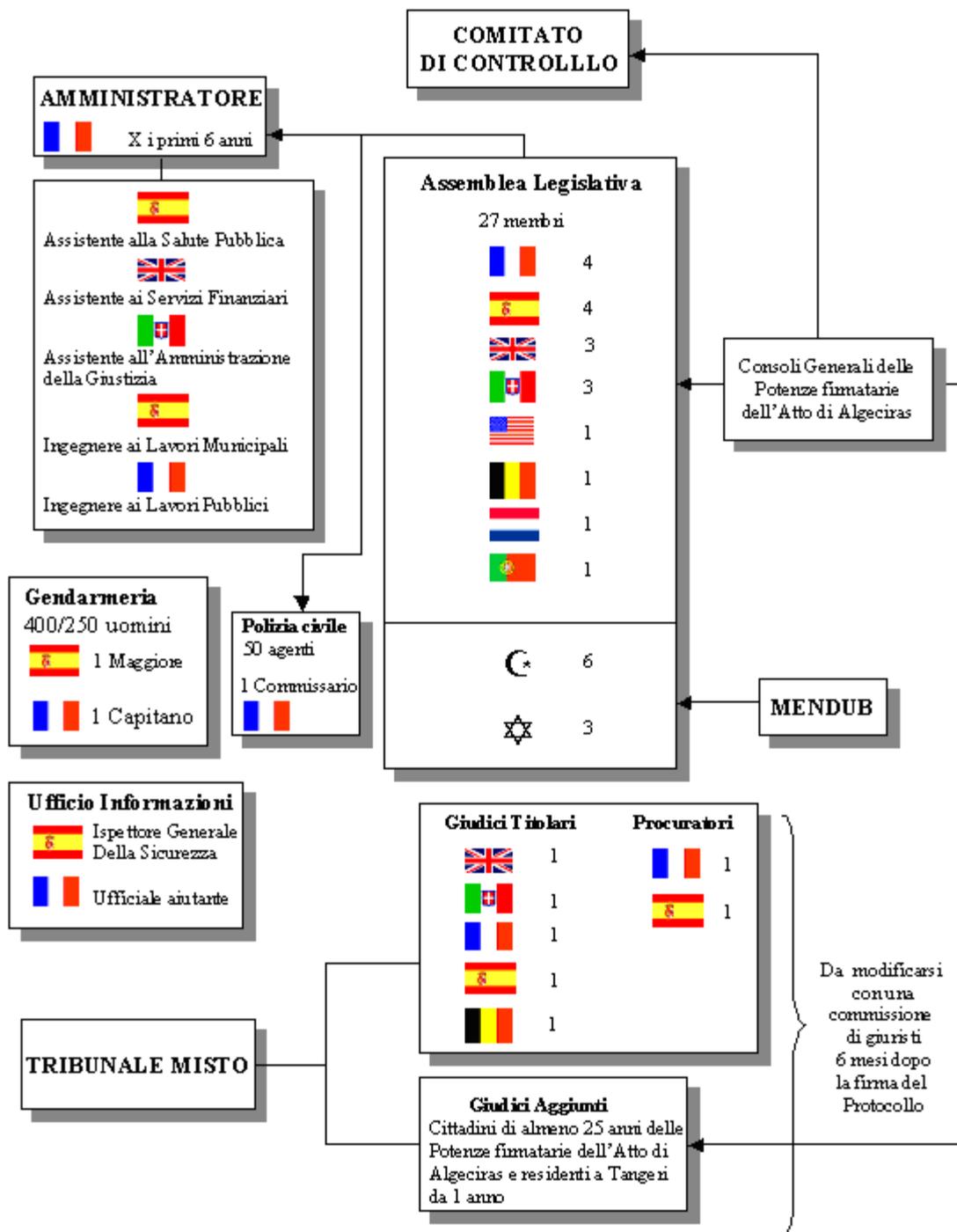
Il Tribunale misto di Tangeri funzionò nella composizione precedentemente descritta sino al 1928, anno in cui lo Statuto del 1923 fu emendato in numerose sue parti. In questo arco di tempo si fecero palesi alcuni dei suoi difetti più gravi, ovvero l’assenza di una Corte di Cassazione e di un tribunale minorile, il numero esiguo di giudici titolari, la scarsa preparazione dei giudici aggiunti, la mancanza di un’autorità superiore che coordinasse l’azione dei giudici, l’evidente squilibrio tra sentenze favorevoli ai cittadini europei rispetto a quelli autoctoni ed infine la mancata rappresentanza di giuristi musulmani e israeliti. Da più parti si levarono voci critiche proprio su quest’ultimo punto, sottolineando che, se si fosse desiderato effettivamente internazionalizzare la giustizia a Tangeri, si sarebbero dovuti tutelare i diritti dei musulmani e degli ebrei all’interno del Tribunale Misto, nel quale non avevano praticamente nessuna rappresentanza. In tal senso si espresse l’avvocato Ferdinando Malmusi, personaggio molto in vista della comunità italiana di Tangeri e futuro giudice titolare presso lo stesso Tribunale (32).

Senza entrare nei motivi politico-internazionali che portarono alla revisione dello Statuto del 1923, è qui sufficiente accennare ai cambiamenti che furono operati da Francia, Inghilterra, Spagna e Italia tramite il Protocollo del 25 luglio del 1928 (33), con il quale vennero modificati tredici articoli della Convenzione del 1923. L’Italia ottenne un membro in più nell’Assemblea Legislativa, un amministratore aggiunto ai servizi



giudiziari, e il Tribunale Misto fu arricchito di due giudici titolari, uno belga (che sostituiva un britannico) e uno italiano.

Protocollo del 25 luglio 1928



Si stabilì inoltre che entro sei mesi dalla firma del Protocollo si sarebbe costituita una speciale commissione di giuristi per modificare il Tribunale Misto, secondo uno schema



di riforma che oltre a prevedere la creazione di una presidenza del Tribunale Misto e di una Corte di Appello separata dalle altre Corti, prendeva in considerazione il desiderio di Spagna e Francia di essere rappresentati da un loro magistrato nella Corte di 1^a Istanza e di Appello, e - soprattutto - prevedeva la creazione di una Corte di Cassazione con magistrati di una Corte Suprema di un Paese che non era rappresentato nel Tribunale Misto (34). Al nuovo accordo per Tangeri, a cui fu dato esecuzione in Italia con un apposito Regio Decreto (35), volle rimanere estraneo il governo degli Stati Uniti, che seguì la linea di condotta che aveva tenuto nel 1923 (36). La defezione degli Stati Uniti ebbe come immediata ed infausta conseguenza che per i cittadini statunitensi a Tangeri continuarono ad operare in materia di giustizia i tribunali consolari (37). Ciò rese l'applicazione della giustizia nella Zona estremamente difficile, poiché non fu mai chiaro quale tribunale dovesse essere investito della questione ogni qual volta un cittadino statunitense aveva una causa con un cittadino delle nazioni firmatarie dello Statuto. Aderirono invece al nuovo Statuto il Belgio (25 luglio 1928), la Svezia (19 ottobre 1928), l'Olanda (12 giugno 1929) ed il Portogallo (15 gennaio 1929). Vale la pena sottolineare, inoltre, che, prima di aderire all'amministrazione internazionale, l'Italia si preoccupò di stipulare un accordo con la Francia, tramite uno scambio di lettere tra l'ambasciatore a Parigi Manzoni ed il presidente Briand, secondo il quale la pena di morte non sarebbe stata applicata agli italiani residenti a Tangeri (38).

In campo giuridico, le più importanti innovazioni del 1928 vanno individuate nell'introduzione dei giudici belga ed italiano e nell'amministratore aggiunto ai servizi giudiziari. In merito a questa figura, fortemente voluta dall'Italia, va ricordato che essa aveva sotto la sua autorità i servizi amministrativi dei tribunali internazionali, l'amministrazione penitenziaria (compresa la gestione delle carceri dove erano confinati i cittadini europei), il controllo sulle pubblicazioni ufficiali, ossia il "Bulletin Officiel" nelle tre lingue ufficiali ed infine l'esecuzione dei giudizi resi dal Tribunale Misto in materia penale. Il nuovo amministratore aggiunto, inoltre, in qualità di consigliere legale dell'amministrazione internazionale, aveva anche il compito di fornire interpretazioni su leggi e regolamenti della Zona. Sebbene la figura dell'amministratore aggiunto italiano fosse senza alcun dubbio rilevante all'interno dell'amministrazione, va aggiunto che i servizi ad esso affidati furono sempre ritenuti dalle altre nazioni contraenti il risultato di un bisogno politico-diplomatico e non di una reale necessità amministrativa. Le funzioni dell'amministratore aggiunto italiano rimasero a lungo tempo non perfettamente specificate e ciò fu fonte di conflitti di competenza con lo stesso Tribunale Misto (39). In ogni caso, la carica di amministratore aggiunto fu affidata al giudice Giuseppe Marchegiano, che la resse, salvo brevi intervalli, sino alla scomparsa del regime internazionale nel 1956. Contemporaneamente cessò di esistere il tribunale consolare italiano, che, sino a quel momento aveva curato gli interessi e risolto le controversie dei cittadini italiani a Tangeri (40).

Tra le modifiche più significative allo Statuto c'è da segnalare inoltre lo "Statuto dei funzionari dell'amministrazione internazionale", redatto dall'amministratore aggiunto italiano ed approvato prima dall'Assemblea Legislativa e poi definitivamente dal Comitato di Controllo il 25 agosto 1930. Tale statuto modificava radicalmente il precedente regolamento del personale, elaborato dall'Amministratore Alberge ed emanato il 16 aprile 1926, rivelatosi nel tempo inadeguato dal punto di vista tecnico-giuridico, in quanto lasciava all'Amministratore ogni discrezionalità riguardo alla



valutazione del merito, all'avanzamento e al trattamento economico dei funzionari. Il regolamento predisposto da Marchegiano, per sua stessa ammissione, si ispirava all'ordinamento legislativo del Protettorato francese, ma anche e soprattutto alla "nuova dottrina dello Stato fascista", "prescindendo da ogni vieto principio privatistico, per fondarsi sul caposaldo dell'assoluta subordinazione gerarchica del funzionario, che allo Stato deve ogni sua attività spirituale e materiale (41)". Tant'è che si proponeva ai funzionari la "promessa solenne", anziché il giuramento, per non andare incontro, come disse Marchegiano, ai principi social-democratici francesi e spagnoli. A caposaldo dell'organizzazione amministrativa si poneva il concetto di "gerarchia", che si snodava attraverso la "categoria" (A, B e C) e la "classe". La categoria A comprendeva i funzionari, come ad esempio i giudici del Tribunale Misto, che traevano la loro origine dallo Statuto e la cui nomina avveniva su designazione delle Potenze firmatarie od aderenti alla Convenzione. La categoria B, suddivisa in classi costituenti i gradini della gerarchia amministrativa, comprendeva invece quei funzionari stabili e di ruolo amministrativo, o tecnico, di nomina locale. Alla categoria C appartenevano, infine, i funzionari non in pianta stabile. Ogni deliberazione concernente la carriera del personale (avanzamento, classificazione, promozione e disciplina) era affidata alla Commissione d'avanzamento, prevista dall'art. 22 della legge e composta dall'Amministratore e dai tre amministratori aggiunti, più i due ingegneri capi dei servizi tecnici se si trattava di adottare deliberazioni concernenti funzionari dei suddetti reparti. Gli amministratori aggiunti avevano rispetto all'Amministratore un rapporto di "pares inter pares", annullando in tal modo non solo la predominanza che esso godeva nel precedente regolamento, ma mettendo sullo stesso livello le quattro Potenze firmatarie, che godevano così tutte di una equa rappresentanza e riducevano il predominio franco-spagnolo sancito dalla Convenzione del 1923.

Come si è accennato, il Protocollo del 1928 aveva previsto la formazione di una speciale commissione composta da giuristi italiani, francesi, spagnoli ed inglesi per studiare la revisione dell'ordinamento giudiziario internazionale e nello specifico il Tribunale Misto. La commissione si riunì per la prima volta a Parigi il 22 marzo 1929 e l'Italia vi fu rappresentata da Massimo Pilotti, Presidente di Corte di Appello, affiancato in aprile dal Consigliere di Cassazione Ugo Aloisi, e da Raffaele Boscarelli, Consigliere presso la Regia Ambasciata a Parigi.

I lavori della commissione si paralizzarono quasi subito, non essendovi identità di vedute, soprattutto tra la delegazione francese e quella spagnola, riguardo al progetto avanzato dal delegato francese Paul Dumas, che contemplava la creazione di sette giudici permanenti (due francesi, due spagnoli, un inglese, un italiano ed un belga), affiancati da due Consiglieri di appello (francesi e spagnoli) che avrebbero dovuto essere inviati periodicamente a Tangeri. Il console a Tangeri De Facendis non risparmiò critiche sia al progetto di Dumas che alla stessa amministrazione della Giustizia nella Zona Internazionale in senso lato (42). Il 31 maggio la commissione sospese i lavori in seguito alla morte del delegato spagnolo, Goyénece, poi sostituito dall'ambasciatore spagnolo a Parigi, Las Bercenas. Le sedute ripresero l'11 luglio e furono nuovamente sospese il 13 a causa della malattia di Dumas, non prima però di aver fissato in un Protocollo lo stato dei lavori, aderendo in linea di massima al progetto proposto dalla delegazione britannica.



Il Protocollo del 13 luglio gettò le basi di una riforma giudiziaria che avrebbe dovuto, attraverso un complesso equilibrio di poteri, mettere d'accordo le diverse compagini nazionali. La riforma prevedeva l'organizzazione di una Corte d'Appello di nuova istituzione, la cui Presidenza sarebbe spettata ad un consigliere residente francese e a uno spagnolo, a rotazione triennale (seguendo una proposta italiana). Gli altri membri della Corte sarebbero stati foranei ed avrebbero seduto per sessioni, ossia: uno sarebbe stato spagnolo o francese a seconda della Presidenza, mentre un altro giudice sarebbe appartenuto all'Inghilterra, all'Italia, all'Olanda od al Portogallo, attraverso sessioni molto brevi, affinché i magistrati di tutte le Potenze rappresentate nella Corte potessero prendere parte a turno ai suoi lavori durante l'anno giudiziario. Le funzioni del Pubblico Ministero sarebbero invece state affidate ad un consigliere della Corte francese o spagnolo, sempre secondo la nazionalità della Presidenza. Il progetto di Corte di Appello, proposto dall'Italia, era semplicemente costituito da tre giudici e sotto la Presidenza di un magistrato belga, ma non fu accettato per la strenua opposizione della Francia e della Spagna. Per quanto riguardava il Tribunale di Prima Istanza se ne attribuiva la Presidenza solo all'Inghilterra ed all'Italia a turni triennali e sarebbe stato composto da cinque giudici (belga, francese, italiano, spagnolo, inglese). In questo schema quindi venivano ad essere privilegiate l'Italia e la Gran Bretagna che occupavano posti di rilievo nella sezione della magistratura più importante. C'era da aspettarsi, quindi, così come poi avvenne, che Spagna e Francia avrebbero fatto di tutto per ribaltare la situazione alla riapertura dei lavori. Gli altri punti programmatici furono quelli dei rapporti tra l'Amministratore della Zona e la giurisdizione internazionale, oltre a quello relativo alle attribuzioni dell'amministratore aggiunto ai servizi giuridici. In merito al primo punto si giunse solo ad una affermazione di principio per la quale l'Amministratore della Zona avrebbe avuto sempre la possibilità di far presente ai giudici per mezzo del Pubblico Ministero il proprio punto di vista su tematiche che interessassero il governo della Zona. L'amministratore aggiunto fu oggetto di ampi ed aspri scontri tra le Potenze, soprattutto da parte spagnola, che fecero in modo di dover rimandare ogni discussione alle successive sedute.

La delegazione francese e quella spagnola presentarono a dicembre altri progetti, prima ancora che la commissione avesse modo di riunirsi. La delegazione italiana propose numerosi emendamenti su entrambi i progetti, soprattutto per quanto riguardava le funzioni dell'amministratore aggiunto, i cui poteri erano stati fortemente ridotti nel progetto spagnolo, andando anche contro la lettera del Protocollo del 1928. Al progetto franco-spagnolo ne seguì un altro redatto dai quattro delegati, Pilotti, Dumas, De Urdangarin e Fitzgerald. Ma sia la revisione dei codici che quella dell'organizzazione giudiziaria incontrarono ostacoli insormontabili dovuti, secondo Manzoni, all'azione degli altri delegati che al momento dell'approvazione definitiva si dissociavano per seguire i propri interessi nazionali. Soprattutto Francia e Spagna furono sempre restie a modificare la giurisdizione internazionale del 1923-24, poiché essa garantiva a questi Paesi una invidiabile posizione di forza. Infatti, grazie ai procuratori e ai giudici titolari, Madrid e Parigi controllavano agilmente la giustizia a Tangeri. Tutta la materia continuò a vivere nell'incertezza, come in un limbo, poiché nessuno in definitiva aveva la reale intenzione di definire la situazione. Forse l'unico Stato a volere che si arrivasse ad una situazione stabile e certa nel campo del diritto nella Zona Internazionale era proprio l'Italia che, attraverso Marchegiano, aveva tutto da guadagnare dallo



stabilimento di una vera giustizia di stampo internazionale a Tangeri. Fatto è che il giudice italiano, proprio a causa della mancata definizione e codificazione dei propri poteri si trovò spesso ad esercitare un potere imperfetto, come ad esempio la principale delle sue funzioni, e cioè la direzione dei servizi amministrativi della Giustizia, che l'Assemblea dei giudici titolari rifiutò di cedergli. Solamente grazie all'intervento del Comitato di Controllo, Marchegiano ottenne come palliativo di poter essere per tutte le materie il destinatario e il tramite di ogni atto e richiesta del Tribunale Misto.

L'impossibilità di conciliare le esigenze della Giustizia con gli interessi politici dei singoli Stati rappresentati nella Commissione dei tecnici di Parigi fu messa in evidenza da Ferdinando Malmusi, il quale pose l'accento sulla peculiarità del Tribunale Misto, che non aveva eguali né nel diritto internazionale né negli istituti giuridici europei e la cui riforma doveva pertanto fondarsi necessariamente sulle particolarissime condizioni locali (43). Queste ultime però non furono prese nella giusta considerazione dai delegati riuniti a Parigi, i quali assai probabilmente ignoravano la vera realtà che contraddistingueva il funzionamento della Giustizia a Tangeri, descritta a tinte fosche dal Malmusi, che criticò aspramente sia i giurati che i giudici aggiunti, i quali costituivano uno dei cardini del Tribunale Misto:

“Gli elementi sociali fra cui vengono scelti tanto gli uni quanto gli altri non offrono garanzie di nessuna specie. In Tangeri regna la passione politica o il più mal compreso chauvinismo; esistono antipatie religiose profonde; il livello dell'istruzione media è bassissimo; nullo o quasi nelle masse, in senso morale o di responsabilità civica. Quanto ai giudici aggiunti essi sono quasi sempre incapaci di esprimere un'opinione, seppur ne hanno mai una, la loro attitudine passiva rende ancor più difficile il compito del titolare che dovrà stendere la sentenza” (44).

La voluta staticità della situazione giudiziaria spinse Marchegiano, il 12 giugno 1931, ad adire presso il Comitato di Controllo, affinché questo organismo si adoperasse almeno a mettere in atto le disposizioni relative ai poteri dell'amministratore aggiunto contenute nel Protocollo del 1928. Il Comitato di Controllo, quindi, il 25 giugno, invitò l'amministratore aggiunto a redigere un progetto di *Dahir* che regolasse tutta la materia. Marchegiano presentò il progetto di *dahir* (45) alle Potenze che componevano il Comitato di Controllo, che lo criticarono ampiamente, rilevandovi un'ingiustificata posizione di privilegio riservata alla figura dell'amministratore aggiunto ai servizi giuridici, oltre ad uno sviamento dai principi del Protocollo del 1928.

Ulteriore caos fu creato dall'Assemblea dei magistrati che, con lo scopo di togliere valore alla figura dell'amministratore aggiunto, statuiti che il destinatario di tutta la corrispondenza ed il tramite di ogni rapporto giuridico dovesse essere l'Amministratore della Zona, poiché esso rappresentava l'organizzazione internazionale nei confronti di terze parti. Dato che la Commissione di giuristi non era stata più convocata, fu deciso di sottoporre la revisione dell'organizzazione giudiziaria ad una sottocommissione “locale”, composta dai funzionari dei quattro consolati a Tangeri. Ma anche quest'ultima soluzione non si rivelò efficace, anzi, complicò ancora una volta di più la materia, poiché la sottocommissione consolare, soprattutto da parte francese e spagnola, sentendosi come investita di un potere *ex-novo*, non si riconobbe come la continuatrice



dei lavori della Commissione giuridica di Parigi. Ancora una volta la supremazia degli interessi nazionalistici aveva prevalso sull'effettivo funzionamento dell'organizzazione internazionale di Tangeri (46).

Nel 1932, il console italiano a Tangeri, conte Giovanni Capasso, concluse che era stato un errore portare tutta la discussione della questione a Tangeri e che sarebbe convenuto riconvocare in seduta plenaria la vecchia Commissione di giuristi di Parigi, affidandogli l'originario compito, ossia la riorganizzazione giudiziaria e la definizione delle funzioni dell'amministratore aggiunto italiano. Più di ogni cosa, secondo Capasso, era stato letale l'ambiente ristretto di Tangeri:

“Dove le gelosie e le suscettibilità internazionali assumono, a volte, forme esasperanti e sproporzionate alla stessa entità della materia in esame, e dove è difficile differenziare la funzione della persona che l'incarna, il problema delle attribuzioni dell'amministratore-aggiunto, italiano pro-tempore, finì per assumere il carattere di una nostra affermazione di prestigio e, più ancora, un carattere personalistico pro o contro l'estensione delle attribuzioni del Cav. Uff. Marchegiano” (47).

Il console si riferiva certo agli interessi italiani nella Zona e, nello specifico, nell'amministrazione della giustizia, però il suo rapporto pone in debito risalto il difficile ambiente tangerino, spesso sottoposto alle volubilità ed i capricci del gioco delle diplomazie europee, le quali avevano a cuore più che l'internazionalizzazione dell'area i propri interessi nazionali.

Le Potenze preferirono temporeggiare e rimandare alle calende greche la soluzione di un problema che avrebbe permesso un'equa amministrazione della giustizia, sacrificandola in previsione di vantaggi futuri che sarebbero giunti con la scadenza della Convenzione del 1923 (maggio 1936), la quale poteva essere rinnovata o decadere. Non era poi sicuro che il sistema internazionale sarebbe sopravvissuto alla disastrosa situazione finanziaria, che dimostrò tutta la sua gravità nei primi anni Trenta (48), e, ben consapevoli di tale eventualità, le Potenze preferirono non instaurare fastidiose quanto lunghe trattative per apportare cambiamenti, che molto probabilmente poi non sarebbero serviti a nulla. La crisi economica che interessò la Zona Internazionale fu dovuta in gran parte anche alla sua costosa struttura amministrativa, della quale anche il Tribunale Misto faceva parte. La costosa sovrastruttura amministrativa, composta da 4 amministratori aggiunti, 7 magistrati, 6 cancellieri, 2 ingegneri, 250 gendarmi, 100 poliziotti e una pleiade di funzionari costituiva una costante emorragia per le casse tangerine. Nel 1931 si prevedero per l'anno a seguire spese per 25 milioni di franchi marocchini e solo 20 milioni di entrate. Il sistema fu sul punto di crollare come un gigantesco castello di carte. Si tentò in ogni modo di fare delle economie, soprattutto cercando di limitare le spese in campo amministrativo e armonizzare i compiti dei funzionari. Anche il Tribunale Misto fu interessato da queste piccole economie. Non esistendo a Tangeri locali adatti per far espiare pene detentive lunghe e gravi, l'Assemblea Legislativa, il 21 luglio 1925, aveva deliberato che fossero intavolate delle discussioni con i paesi aderenti allo Statuto, affinché ogni condannato a pene superiori ad un anno potesse scontare la pena nei carceri del proprio paese d'origine. Ciò era dovuto non solo alla mancanza di un locale che rispondesse alle esigenze della tecnica



carceraria, ma anche alle condizioni finanziarie della Zona Internazionale. I costi del detenuto, infatti, sarebbero stati sempre a carico dell'amministrazione internazionale, ma la proposta dell'Assemblea Legislativa sarebbe stata in ogni caso più conveniente in quanto evitava l'allestimento ed il mantenimento a Tangeri di un regolare stabilimento carcerario. Francia, Spagna, Inghilterra e Portogallo giunsero alla fine degli anni Trenta ad intese con l'amministrazione internazionale, seguendo le indicazioni dell'Assemblea Legislativa. Quando, nel marzo del 1932, il Tribunale Misto condannò il suddito italiano Michele Castronovo, "conduttore di automobili", alla pena di un anno e nove mesi di reclusione per lesioni volontarie, il governo, ottenuto il *placet* dal Ministero di Giustizia, desiderò emulare le altre Potenze, stipulando con l'amministrazione un accordo seguendo le direttive dell'Assemblea Legislativa. Un accordo che, a dire il vero, aveva la sua ragione d'essere più sulla volontà italiana di non far scontare pene carcerarie ai propri sudditi a Tangeri che su quella di voler risparmiare sul bilancio delle casse della Zona Internazionale. Ad ogni buon conto non fu possibile ridurre però il già sottodimensionato personale del Tribunale, né decurtare i già magri stipendi dei giudici. La crisi fu in seguito a mala pena superata nel 1933, grazie ad un prestito di svariati milioni di franchi marocchini senza interessi concesso dal Protettorato francese e da quello spagnolo alle finanze dell'amministrazione internazionale.

| Tabella del personale amministrativo giuridico e dei costi del Tribunale Misto nel 1934 (49) | | | | | | | | | | |
|--|----------|---------|----------|---------|----------|---------|---------|---------|------------|---------|
| | Spagnoli | | Francesi | | Italiani | | Inglesì | | Marocchini | |
| | N. | franchi | N. | franchi | N. | franchi | N. | franchi | N. | franchi |
| Magistrati | 2 | 144.760 | 2 | 144.460 | 1 | 72.380 | 1 | 72.380 | | |
| Segretari | 1 | 37.506 | 2 | 79.430 | 1 | 30.480 | | | | |
| Commessi | 2 | 51.700 | | | | | | | | |
| Interpreti | | | 1 | 43.428 | | | | | | |
| Personale ausiliario | 2 | 23.683 | 1 | 11.280 | | | | | | |
| Uscieri | | | | | | | | | 5 | 51.322 |

Ad ogni modo, il non meno pressante problema della riforma della Giustizia a Tangeri non fu risolto, lasciando il Tribunale Misto senza alcune difese rispetto alle difficoltà che la Guerra Civile spagnola (50) prima e la Seconda Guerra mondiale poi avrebbero riversato sulla Zona Internazionale di Tangeri. Una organizzazione già sclerotizzata e inadeguata, che non seppe garantire quei requisiti di neutralità ed internazionalizzazione per cui era stata in origine creata. Ad esempio, nel 1936, durante la Guerra Civile spagnola, la legislazione penale fu abilmente manipolata dalla Presidenza del Comitato di Controllo, in quel momento detenuta dal console generale italiano, in funzione nettamente anti-repubblicana (51). Nello stesso periodo anche il Tribunale Misto subì le influenze dell'Italia, mediante il giudice titolare italiano, Ferdinando Malmusi, il quale



diresse in modo poco deontologico diverse sentenze. È bene rilevare, comunque, che non fu solo l'Italia ad abusare del proprio potere, ma tale fenomeno si verificò in modo piuttosto evidente anche tra le fila dei giudici aggiunti spagnoli, i quali furono spesso oggetto di critiche per avere favorito, specie in cause penali, l'emanazione di sentenze spudoratamente favorevoli ai propri connazionali (52).

La Zona Internazionale non fu in grado di sopravvivere all'impatto degli eventi della Seconda Guerra Mondiale e non fu capace di impedire che Francisco Franco la invadesse il 14 giugno 1940, annettendola al protettorato spagnolo con il pretesto di salvarla da un colpo di mano di Hitler o di Mussolini. Il 4 novembre la Spagna smantellò l'organizzazione internazionale facendo cessare il funzionamento del Comitato di Controllo, dell'Ufficio Informazioni e dell'Assemblea Legislativa. Il 23 novembre una legge del *Caudillo* stabilì che le norme da applicarsi nella Zona spagnola fossero estese anche all'ex-Zona Internazionale, che dipese interamente dall'Alto Commissario spagnolo a Tetuán. Anche la funzione di *Mendub* fu abolita, ripristinando il vecchio ufficio di *Pasha* e chiamando a ricoprire questo incarico il *qadi* di Tangeri (53). Paradossalmente, l'unica istituzione che fu mantenuta in vita dagli spagnoli fu quella che aveva funzionato meno bene, ovvero il Tribunale Misto, il quale continuò ad applicare tutti i codici elaborati nel 1924. Franco, in realtà, aveva lasciato operativo il Tribunale proprio per dimostrare alla comunità internazionale che la neutralità ed internazionalità di Tangeri era stata comunque rispettata, anche se poi nella pratica era evidente che la Zona era stata letteralmente fagocitata all'interno del protettorato spagnolo, divenendone una sua nuova regione amministrativa. Negli anni a venire la Spagna si sforzò di dimostrare che sotto la sua gestione tutta la Zona era progredita e migliorata, anche e soprattutto per quanto riguardava l'ordine pubblico. Uno studio del Ministero dell'Interno spagnolo, quasi sicuramente redatto a fini propagandistici, mise infatti in evidenza come sia i crimini fossero generalmente diminuiti, con un conseguente alleggerimento del lavoro del Tribunale Misto (54).

| ANNO | Crimini in senso lato | Omicidi | Reati di ordine pubblico (55) | Furti |
|-------------|----------------------------------|----------------|--|--------------|
| 1935 | 1.110 | 7 | 39 | 354 |
| 1940 | 1.221 | 6 | 16 | 556 |
| 1941 | 1.189 | 1 | 4 | 491 |
| 1942 | 1.293 | 2 | 6 | 558 |
| 1943 | 501 | 2 | 0 | 148 |
| 1944 | 600 | 2 | 0 | 174 |

Non esistono fonti attendibili di comparazione per stabilire se questi dati siano più o meno veritieri. È comunque probabile che tale risultato sia stato ottenuto non solo mediante la riorganizzazione del servizio di polizia a partire dal 1942, ma soprattutto



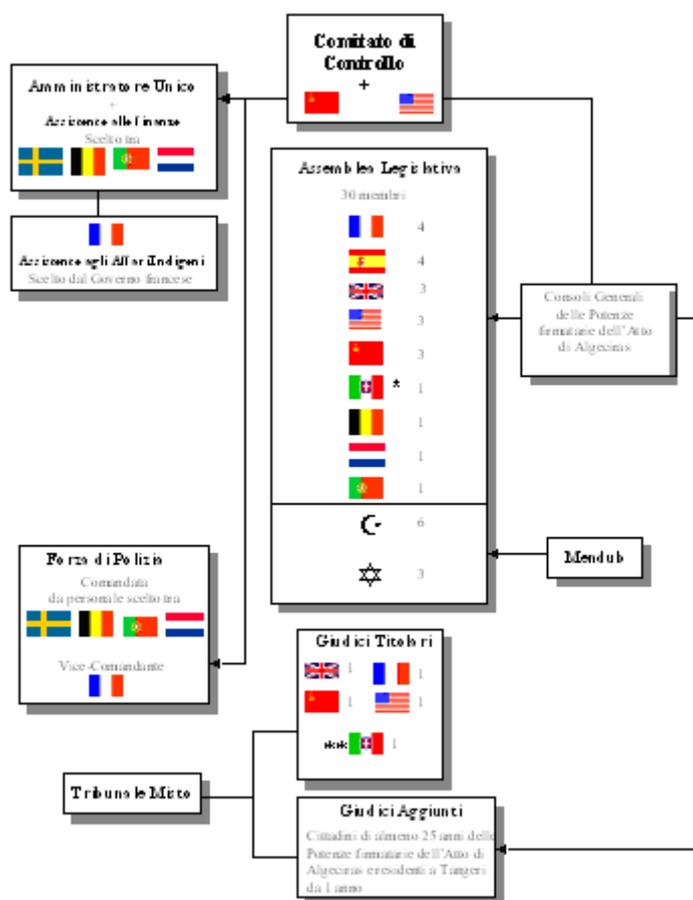
tramite l'estensione alla Zona Internazionale della forte limitazione delle libertà civili e politiche già in vigore in Spagna.

Il Tribunale Misto continuò a funzionare anche dopo la fine della Seconda Guerra mondiale, quando gli Alleati imposero alla Spagna franchista di abbandonare la Zona Internazionale (11 ottobre 1945) e di ripristinare i vecchi confini prebellici. La nuova configurazione amministrativa fu delineata dalla Conferenza quadripartita (Gran Bretagna, Francia, Stati Uniti ed Unione Sovietica) di Parigi il 31 agosto 1945. Tale conferenza dette luogo a due distinti atti: il primo, un accordo franco-inglese (Francia e Inghilterra erano le due sole nazioni ad avere sottoscritto la Convenzione del 1923 e le modificazioni del 1928) nel quale, in 11 articoli, si fissavano i dettagli del regime transitorio. Il secondo prevede un Atto Finale anglo-franco-americano-sovietico, comprensivo di nove risoluzioni contenenti i criteri generali da applicare nella restaurazione del regime internazionale e le norme per convocare la conferenza che avrebbe poi redatto lo Statuto permanente. Oltre a rendere nullo il Protocollo del 1928, si stabilì pure un ordinamento provvisorio e le norme per convocare una conferenza *ad hoc* che avrebbe redatto uno Statuto definitivo (56). Dall'ordinamento provvisorio furono escluse sia la Spagna che l'Italia. Il regime di Franco, colpevole di essere una creatura del nazi-fascismo, venne estromesso dal Comitato di Controllo per espressa volontà dei sovietici e privato sia degli amministratori aggiunti che del proprio giudice titolare, mentre la partecipazione dell'Italia venne ridotta a quella del 1923. Una partecipazione, quella italiana, destinata a rimanere comunque subordinata alla stipulazione del definitivo Trattato di Pace con gli Alleati. Secondo l'accordo quadripartito, nell'ordinamento giudiziario vi sarebbero stati solo giudici titolari inglesi, francesi, statunitensi e sovietici, poi però l'Unione Sovietica si disinteressò della Zona Internazionale, così che il Tribunale Misto necessitò urgentemente di un membro. Su pressioni della Francia, che desiderava estromettere definitivamente la Spagna dalla Zona, fu conseguentemente mantenuto il giudice titolare italiano, Giovanni Apostoli, che ricopriva tale carica dal gennaio del 1945 (57), dopo che Malmusi (che aveva aderito alla Repubblica Sociale Italiana) era stato costretto ad abbandonare Tangeri (58). Giuseppe Marchegiano rimase invece in stretto contatto con gli Alleati per i quali aveva elaborato sin dal 1944 uno studio confidenziale sulle modificazioni da apportare al regime internazionale (59).

Il Tribunale non brillò per efficienza, soprattutto per la sua componente multinazionale e per la non sempre eccellente preparazione dei suoi giudici. È passato alle cronache l'aneddoto di un Pubblico Ministero spagnolo che, non riuscendo a far capire al giudice belga quanti mesi di prigionia intendesse chiedere per un imputato, contò sulle dita delle mani e poi, non bastandogli, disegnò nell'aria i numeri restanti (60). In effetti i giudici titolari dovevano essere forniti di una grande pazienza, oltre che di una vasta preparazione linguistica per non perdersi nelle babeliche udienze del Tribunale Misto. Il coacervo di nazionalità presenti a Tangeri infatti causavano ritardi e lungaggini burocratiche che difficilmente potevano essere superate, poiché assai spesso, durante le udienze era necessario tradurre contemporaneamente in più lingue, le quali sovente non appartenevano a nazioni facenti parte dell'amministrazione internazionale. Il problema di ottenere traduttori qualificati fu sempre un grave problema per l'amministrazione internazionale e in particolare per il Tribunale Misto.



L'inefficienza più grave riguardò però soprattutto il numero di giudici titolari: in effetti sette giudici furono sempre insufficienti per gestire la giustizia in una città di 72.000 abitanti, di cui 13.000 europei (61).



* Sottoposto all'art.11 par. B dell'Accordo franco-inglese (62)

** Non previsto ma di fatto presente

Il numero sempre più elevato di sentenze mise negli anni sempre più in crisi il sistema giudiziario, che non poteva godere di un numero sufficiente di giudici e di Pubblici Ministeri. Non era raro (prima della riforma del 1928 ciò era quasi la norma) che lo stesso giudice che aveva giudicato in prima istanza, fosse coinvolto anche nel successivo grado dell'appello, inficiando ovviamente così l'imparzialità e la serenità del giudizio stesso.

Anche il problema della professionalità dei giudici aggiunti non fu mai adeguatamente superato, poiché, ricordiamolo, si trattava di semplici cittadini, spesso negozianti o commercianti, senza nessuna esperienza in campo legale e assai spesso con un grado minimo di istruzione. Questi giudici, non retribuiti, assai malvolentieri lasciavano le proprie redditizie occupazioni per correre alle udienze e sovente i processi non potevano



iniziare in orario proprio a causa della loro assenza. L'onore di avere voce in capitolo nella giustizia tangerina contava veramente poco per questi cittadini, rispetto al tempo perso nelle aule dei tribunali e sottratto alle loro attività. Per le loro defezioni non esisteva alcun tipo di sanzione e molto raramente essi si preoccupavano di avvertire la cancelleria del Tribunale Misto della loro assenza. La segreteria del tribunale era così costretta a fare innumerevoli telefonate per trovare un sostituto, con il conseguente allungamento dei tempi processuali (63). Non era infine raro che uscieri, ormai a processo iniziato, accorressero personalmente al domicilio del giudice aggiunto per sollecitarlo ad accorrere in tribunale, trasportandolo qui a spese dell'amministrazione internazionale.

Come nota di colore va riferito che il Tribunale Misto fu sempre una sorta di attrazione per Tangeri e per tutta la Zona Internazionale, in quanto, nonostante le ridotte dimensioni della sala delle udienze, ai processi assisteva sempre una grande e variegata folla, che seguiva con passione i dibattiti e l'andamento dei processi, i quali trovavano anche vasta eco nelle cronache dei giornali locali. Si è infatti detto con ragione che nessun teatro di Tangeri fu mai gremito quanto il Tribunale Misto. Ciò era dovuto non solo al tipo delle cause in corso, spesso alquanto bizzarre, ma anche ai, a dir poco, singolari avvocati del Tribunale, tra i quali ricordo almeno lo spagnolo Fernando De Castro, assai noto per bere generosi bicchieri di vino prima delle arringhe finali, con immaginabili effetti sull'andamento della causa (64).

Tuttavia, anche se in maniera imperfetta, la giustizia tangerina svolse il suo compito in maniera sempre via via sempre più efficiente. Basti dare uno sguardo superficiale al numero delle cause e delle sentenze emesse dal Tribunale Misto, dal 1926 al 1948 per rendersi conto che il funzionamento della giustizia non si arrestò mai. Il numero crescente di sentenze e casi giudiziari testimonia la differenza con i tribunali consolari, i quali non prevedevano, se non in casi eccezionali, il ricorso in appello (65). Ovviamente permangono seri dubbi sulla qualità delle sentenze, che, assai probabilmente, rimasero prigioniere degli stessi difetti che afflissero tutta la Zona Internazionale e tra i quali primeggiava lo strapotere di alcune nazioni rispetto alle altre, nonché la sottovalutazione dell'elemento autoctono. In pratica, il Tribunale Misto riverberò le incongruenze e le tensioni del "concerto europeo" e della suddivisione dei poteri tra nazioni europee a Tangeri, frutto di una mentalità coloniale dura a morire o ad essere anche parzialmente modificata. Ben sintetizzano tale concetto le parole del console italiano a Tangeri, cav. Domenico De Facendis, il quale nel 1931 ebbe a dire che:

“Il regime internazionale, a priori, non è certamente fatto per dare sviluppo ad un paese. Nasce di solito quale espediente diplomatico inteso a conciliare aspirazioni politiche in contrasto e portando con sé le divergenti tendenze che lo determinano fra permanenti neutralizzazioni reciproche, ostacola ogni iniziativa ed atrofizza ogni vitalità. Molti padroni, diversamente, anzi, contraddittoriamente, ispirati, non possono fare la fortuna di un paese” (66).

Ciò era sicuramente vero nel caso della Zona di Tangeri ed particolare per il Tribunale Misto, nel quale per lungo tempo, come si è già notato, l'influenza di alcune Potenze rispetto ad altre diresse in modo non sempre oggettivo l'applicazione della giustizia, curando più gli interessi nazionali che quelli del condominio internazionale. Ma non



solo; guidata, almeno apparentemente, dalla luce del mito dell'internazionalizzazione, l'amministrazione europea lasciò come in un cono d'ombra i diritti della popolazione autoctona. La rigida separazione, spesso anche fisica, che fu posta in essere tra europei e marocchini (musulmani ed ebrei) rese questi ultimi come prigionieri in una sorta di "apartheid giuridico", frutto di logiche legate al colonialismo e alla supposta superiorità dei colonizzatori.

L'ultima revisione dello Statuto, avvenuta nel novembre 1952, prevede una giurisdizione internazionale di nuova concezione (67). Tuttavia questo fu un tentativo tardivo e anacronistico, poiché l'indipendentismo marocchino si era già da tempo messo in moto e, nel giro di pochi anni, avrebbe travolto tutte le istituzioni internazionali di Tangeri.

Note

1. Hugo Wendel, *The protégé system in Morocco*, in "Journal of Modern History", Vol. 2, n.1, 1930, pp. 48-60.

2. *Convention regarding the organization of the Statute of the Tangier Zone*, Foreign Office, British Parliamentary Papers, H.M. Stationary Office, London, 1924; *Textes organiques et codes de la zone de Tanger*, Imprimerie Officielle du Protectorat, Rabat, 1925, pp.11-35. Manuel Díaz Merry, *Tánger: Tratados, Códigos, Leyes y Jurisprudencia de la Zona Internacional, clasificados, refundidos y puestos al día (Texto bilingüe)*, Distribuciones Ibéricas, Tánger 1950, pp. 179-227.

3. Il primo *Mendub* fu El Hadj Mohamed Bou Ashrin, già *pasha* di Fez.

4. Sino all'invasione spagnola della Zona Internazionale gli amministratori furono i francesi Paul Alberge (1925-1929) e Pierre Le Fur (1929-1940).

5. *Dahir chérifien du 16 février 1924 (10 rejev 1342) sur l'organisation d'une juridiction internationale à Tanger.* (da ora in poi D.O.J.), in *Textes organiques et codes de la zone de Tanger*, Imprimerie Officielle du Protectorat, Rabat, 1925, 2 voll., Vol.I, pp. 65-82.

6. In Egitto i tribunali misti (*mukhtalatat*) erano operativi sin dal 1875 ed applicavano tutta una serie di codici (penale, civile, commerciale) di derivazione francese, che regolavano i rapporti tra stranieri ed egiziani. La *sharia* continuava invece a regolare i rapporti tra musulmani in tribunali nazionali (*ahli*), mentre le altre minoranza, come i cristiano-copti, avevano i propri tribunali. Esistevano tre Corti di I istanza (Alessandria, Cairo e Mansourah) ed una Corte di Appello (Alessandria). La composizione delle Corti di I istanza era la seguente: Alessandria, 12 giudici stranieri e 6 nativi; Cairo, 13 stranieri e 6 nativi, Mansourah, 6 stranieri e 3 nativi. La Corte di Appello aveva infine 10 giudici stranieri e 5 nativi. Tutti i giudici erano nominati dallo Stato egiziano, ma quelli stranieri erano scelti dai rispettivi governi. Nelle materie civilistiche, le Corti di I^a istanza erano ulteriormente suddivise in: *Summary Court*, *Civil Court*, *Commercial Court* e *Tribunal de Référé*. Tale sistema fu abolito solamente il 15 ottobre 1949. Jules Alfred Wathélet, Guy Brunton, *Codes Egyptiens et lois usuelles en vigueur en Egypte*, Larquier, Bruxelles, 1919. Jasper Brinton, *The Mixed Courts of Egypt*, Yale University Press, New Haven, 1968; Byron Cannon, *Politics of law and the courts in the*



nineteenth-century Egypt, University of Utah Press, Salt Lake City, 1988; Mark Hoyle, *The Mixed Courts of Egypt*, Graham & Trotman, London-Boston, 1991.

7. L'Assemblea Generale nominava anche la segreteria del Tribunale Misto che si componeva di: un segretario capo, quattro segretari e due commessi. Questi si sarebbero occupati, oltre che della segreteria, anche del notariato e della contabilità, nonché delle notificazioni, citazioni, liquidazioni e fallimenti. La loro nazionalità era scelta tra i residenti francesi, spagnoli, britannici ed italiani (dopo la riforma del 1928) a Tangeri che avessero compiuto almeno 25 anni di età.

8. *Reglamento sobre el uso de los idiomas oficiales de 1 de diciembre de 1925*, Boletín Oficial de la Zona Internacional n. 3. Da sottolineare che l'art. 15 D.O.J. prevedeva espressamente un interprete arabo ufficiale nominato dall'Assemblea Generale dei giudici titolari, la quale determinava anche l'ammontare del suo stipendio fisso. In caso di traduzioni che non avessero riguardato la lingua araba si sarebbe fatto ricorso all'assunzione a tempo determinato di altri traduttori professionisti generalmente scelti tra il personale degli uffici dei consolati.

9. Lo stipendio dei magistrati, ritenuto inadeguato alla mole di lavoro, alle responsabilità ed al costo della vita di Tangeri, fu oggetto di numerose polemiche, soprattutto se si comparava con quello degli ingegneri affiancati all'Amministratore. Un magistrato guadagnava annualmente 30.000 franchi marocchini, più un indennizzo di 6.000 per l'alloggio (art. 22 D.O.J.), mentre un ingegnere dell'amministrazione internazionale ne guadagnava 38.000 (art.36 Conv.). Ciò contribuì sempre a fare del magistrato del Tribunale Misto una carriera poco ambita nell'ambito dei professionisti forensi. Il costo della vita a Tangeri poi era particolarmente caro, essendo tutta la zona internazionale porto franco, il che rendeva la città una sorta di 'piccola Svizzera' in territorio africano. Il governo spagnolo ad un certo punto accordò ai propri giudici titolari una indennità, variabile a seconda del tasso di cambio, a compensazione della svalutazione del franco. Un esempio che né l'Inghilterra, né la Spagna decisero di emulare. Robert George Fitzgerald, *L'Organisation de Tanger sous le régime international*, A. Pedone, Paris, 1927, p. 10.

10. Carlo Baldoni, *La Zona di Tangeri nel diritto internazionale e nel diritto marocchino*, Cedam, Padova, 1931, p. 25.

11. Dopo la prima Guerra dell'Oppio, numerosi porti lungo la costa cinese furono aperti ai mercanti occidentali e porzioni di queste città vennero assegnate, con appositi trattati, alla giurisdizione europea come "concessioni". Shanghai risultò divisa in due parti: una amministrata dal governo cinese e un'altra, formata dalle concessioni straniere, governata da un Consiglio Municipale, dal nome ufficiale di *Council for the Foreign Settlements North of the Yank-King-Pang*, facente gli interessi delle undici nazioni che avevano stipulato trattati con la Cina, e cioè Russia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Norvegia e Svezia, Portogallo, Spagna, Italia, Germania (Prussia), Danimarca (la Francia non era rappresentata per avere un proprio *Conseil Municipal*). Il Consiglio Municipale, che si occupava dell'amministrazione della giustizia, lavori pubblici e controllo del traffico, era composto da 9 membri, scelti annualmente da 27 residenti stranieri con particolari qualifiche di reddito, e per un *Gentlemen's agreement* erano: 6 inglesi, 2 americani ed 1 tedesco (giapponese dopo la Prima Guerra Mondiale). Dal 1921 i cinesi furono rappresentati da 5 membri. Il personale dell'amministrazione era



però all'80% britannico ed il solo italiano che vi figurava era il direttore dell'orchestra municipale, tale Mario Paci. Il tribunale misto di Shanghai operava esclusivamente per le cause nate tra cittadini europei e cinesi, mentre per quelle sorte tra cittadini occidentali, continuavano a sussistere i tribunali consolari. L'*International Settlement*, sulla cui bandiera campeggiava il motto latino "In uno omnia", si dissolse nel 1941 a causa dell'occupazione giapponese. William Lockwood, *The International settlement at Shanghai*, in "American Political Science Review", Vol. 28, n. 6, 1934, pp. 1030-1046. Charles Fraser, *The Status of the International settlement at Shanghai*, in "Journal of comparative legislation and international law", Serie III, Vol. 21, n. 1, 1939, pp. 38-53; Thomas Stephens, *Order and discipline in China: The Shanghai Mixed Court (1911-1927)*, University of Washington, Seattle, 1992.

12. ASDMAE, APM, b. 1425, *Osservazioni circa la Convenzione anglo-franco-spagnola per Tangeri firmata a Parigi il 18 dicembre 1923*, dattiloscritto di 41 pagine senza data, p. 37.

13. Enrico Catellani, *La riforma giurisdizionale a Tangeri*, in "Oriente Moderno", Vol.V, n.7, luglio 1925, pp. 329-345.

14. I membri del tribunale erano nominati dal Sultano su proposta della comunità ebraica di Tangeri che inviava una lista di tre personalità israelite con le necessarie capacità giuridiche. Le sentenze del Tribunale potevano essere impugnate davanti ad un tribunale d'appello composta da un presidente, scelto dall'Alto Tribunale Rabbinico di Rabat, e due giudici. *Justice Rabbiniqne, Dahir du 15 février 1925 portant organisation d'un tribunal rabbinique et du notariat israélite à Tanger*. Díaz Merry, *Tánger: Tratados, Códigos, Leyes*, op. cit., pp. 373-378. Charles Hamet, *La Communauté israélite de Tanger*, in "Memoire de CHEAM", n.1082, 1951.

15. Nella Zona Internazionale vigeva la pena di morte mediante fucilazione, prevista dagli artt.127 e 129 del Codice Penale prevista per i casi di omicidio ed introdotta con la legge del 29 dicembre 1925. La sentenza veniva eseguita alle sei del mattino da un plotone di 12 gendarmi designanti a sorte. La legge del 1925 recitava: "art.1 Tous individus condamnés à la peine de mort par le Tribunal Mixte de Tanger seront passés par les armes; art.2 Le peloton d'exécution sera composé de 12 gendarmes désignés par la sort; art. 3 L'exécution aura lieu avant six heures du matin; art. 4 Exemption faite pour les militaires et agents de la force publique, chargée du maintien de l'ordre, ainsi que pour les Magistrats et fonctionnaires de l'Administration pénitentiaire, pour l'avocat du condamné et le Ministre de son culte, nul ne pourrait assister à l'exécution s'il ne s'est muni au préalable d'une autorisation délivrée par l'Administration de la Zone". Díaz Merry, *Tánger, Tratados, Códigos, Leyes*, op. cit., p. 760. Durante tutto il corso dell'amministrazione internazionale la pena di morte fu comminata una sola volta nel 1939, in un caso di omicidio a scopo di rapina.

16. *Textes organiques et codes de la zone de Tanger*, op. cit., Vol. I, pp. 65-75.

17. Una grossa lacuna di questo sistema giuridico risiedeva nel fatto che i codici non contemplavano l'eventualità di una controversia mista, quando cioè delle due parti in causa in materia civile, amministrativa, commerciale o correzionale, una parte fosse stata europea e l'altra marocchina. Nelle sezioni civili infatti non si menzionarono



giudici marocchini, tranne i due giureconsulti musulmani che avevano voto consultivo nelle questioni immobiliari.

18. Era prevista una lista di giurati redatta ogni anno dall'Assemblea generale dei giudici titolari e divisa in nove categorie, secondo le nazionalità più rappresentative dei residenti a Tangeri (britannici, spagnoli, francesi, italiani, statunitensi, belgi, olandesi portoghesi e marocchini). Le liste si basavano su elenchi presentati dai vari consoli che segnalavano dei propri connazionali dalla "riconosciuta onorabilità" e con almeno 30 anni di età ed esisteva incompatibilità tra le loro funzioni e la carica di giudice aggiunto o titolare e di militare. Artt. 184 e 185 del *Code Procédure Criminelle*, in *Textes organiques et codes de la zone de Tanger*, op. cit., Vol.I, p. 399.

19. I testi regolamentari e fiscali erano ben diciassette e riguardavano: Regime delle associazioni, apertura e sfruttamento di stabilimenti per le bevande, esercizio per la professione di medico, farmacista, dentista, veterinario, ostetriche, apertura e sfruttamento di stabilimenti insalubri o pericolosi, conservazione di monumenti e luoghi storici, progetti di urbanizzazione, espropriazione per causa di utilità pubblica, clausole e condizioni agli appaltatori di opere pubbliche, occupazione temporanea di suolo pubblico, procedura per la delimitazione dei beni privati dello Stato, sfruttamento delle cave, regime minerario, contabilità pubblica, imposte sull'alcol imposte sul consumo dello zucchero, articolo coloniali e suoi succedanei, registrazioni e condizioni del trasferimento della proprietà immobile. (art. 33 Conv.).

20. Il codice di procedura penale tangerino fu elaborato con l'aiuto e secondo i principi del famoso penalista francese Jean-René Garraud (1849-1930).

21. Il codice penale francese dell'epoca era basato sul *code pénal impérial* del 12 febbraio 1810. È stato ritenuto da sempre così ben fatto che è stato rimpiazzato solamente il 1 marzo 1994. Marie-Hélène Renault, *Histoire du droit pénal du Xe siècle au XXI siècle*, Ellipse Marketing, Paris, 2005.

22. Le tariffe erano piuttosto elevate, soprattutto per la popolazione marocchina non certo abbiente. Basta pensare che per le traduzioni ufficiali dall'arabo in una lingua europea i traduttori del tribunale erano abilitati a chiedere 6 franchi la pagina, cifra altissima per l'epoca.

23. Le ammende si dividevano in tre classi: I^a classe, da 1 a 30 franchi; II^a classe, da 31 a 60 franchi; III^a classe da 61 a 99 franchi. Artt. 248-359, *Livre quatrième, contraventions de police et peines, Code pénal, Textes organiques et codes de la zone de Tanger*, op. cit., Vol.I, p. 351-359.

24. Da notare che in Egitto l'amministrazione della giustizia dei Tribunali Misti prevedeva espressamente un *Tribunal de Référé* ad hoc.

25. *Code de Procédure criminelle, Titre deuxième, Section cinquième des voies de recours extraordinaires de la révision*, in *Textes organiques et codes de la zone de Tanger*, op. cit., Vol.I, p. 423.

26. Art. 222 del *Code de Procédure civile, Chapitre V des voies extraordinaires pour attaquer les jugements*, in *Textes organiques et codes de la zone de Tanger*, op. cit., Vol.II, pp. 809-810.



27. Il nuovo regolamento prevedeva che per esercitare nella Zona Internazionale fosse necessario: il giudizio unanime dell'Assemblea Generale dei giudici titolari; avere domicilio e residenza a Tangeri; esercitare da almeno tre anni o almeno un anno di praticantato in uno studio legale se l'aspirante avvocato fosse nato a Tangeri. Curiosamente tale regolamento prescriveva l'obbligo di presentarsi alle udienze con la toga della nazione di appartenenza. Era prescritta la radiazione dall'Albo in caso di condanna definitiva per un reato considerato infamante ed oltraggioso, errori gravi e ripetuti inficianti la dignità professionale o qualsiasi atto grave incompatibile con le regole professionali. *Reglement de l'ordre des avocats de Tanger établi par l'Assemblée Générale des Magistrats Titulaires du Tribunal Mixte, par application de l'article 16, paragraphe 4, du Dahir du 16 février 1924 (10 radjeb 1342) sur l'organisation d'une juridiction internationale à Tanger.* L'Ordine degli Avvocati si occupava, tra l'altro, anche della difesa a titolo gratuito degli indigenti che non avessero potuto permettersi una adeguata assistenza legale. Manley Hudson, *The international Mixed Court of Tangier*, in "The American Journal of Comparative Law", Vol.21, n.2, 1927, pp.231-237.

28. F. Tamburini, *L'Italia e le trattative per lo Statuto di Tangeri del 1923*, in "Nuova Storia Contemporanea", anno X, n.1, gennaio-febbraio 2006, pp. 41-66. Tamburini, *L'accordo anglo-franco-spagnolo per Tangeri del 1923: problema strategico e giuridico per la politica estera fascista*, in "Clio", n.3, 2006, pp. 417-446.

29. La sede del Tribunale Misto fu fissata in Boulevard Pasteur e più tardi, nel 1937, fu spostata in locali più spaziosi in rue Washington, ridenominata, dopo l'indipendenza del Marocco nel 1956, rue Omar Ben Khattab. Il Tribunale pubblicò anche in lingua francese e spagnola un bollettino bimestrale a partire dal 15 novembre 1926, la "Gazette des Tribunaux de Tanger". Questa era diretta da A. Ménard e M.J. Palma-Navas, ambedue avvocati del Tribunale Misto.

30. In realtà la comunità israelitica protestò più di una volta per la mancata osservanza delle tradizioni ebraiche nei cibi forniti ai detenuti ebrei. L'amministrazione internazionale, anche per ovvi motivi di economia, prevede che i detenuti, previo consenso, potessero far pervenire dall'esterno viveri supplementari come pane, latte, legumi e carne. Michael Mitchel-Serels, *A history of the jews of Tangier in the Nineteenth and Twentieth centuries*, Sepher-Hermon Press, New York, 1991, p. 139; Artt. 6-7 *Reglamento sobre el regimen penitenciario de 17 de junio de 1926*, Boletín Oficial de la Zona Internacional, n. 9.

31. Ad esempio in caso di mancanza di rispetto per le guardie carcerarie era prevista una pena aggiuntiva che andava da uno ad otto giorni a pane e acqua, mentre per la rissa tra detenuti era sanzionata con la cella d'isolamento con la stessa alimentazione e per la stessa durata. Ibidem, art. 16.

32. "Allo scopo di ottenere l'unione morale di tutti gli abitanti della Zona internazionale, senza distinzione di nazionalità o di religione, sarebbe sommamente opportuno che, abolite, come è naturale le capitolazioni, sparissero le ineguaglianze di diritto che la Convenzione di Parigi del 1923 ha sancito tra stranieri ed indigeni (mussulmani ed israeliti). Se il sistema delle protezioni, come giusta conseguenza dell'abolizione del sistema capitolare, deve essere abrogato, una tale misura però deve essere generale ed il Tribunale Misto, istituito in forza dall'art. 48 della Convenzione



suddetta modificato in guisa che siano ammessi in seno ad esso, oltre ai giudici europei, magistrati mussulmani ed israeliti i quali giudichino, rispettivamente secondo le leggi coraniche e mosaiche”. Archivio Storico-Diplomatico del Ministero Affari Esteri (da ora in poi ASDMAE), Serie Politica Marocco, 1919-1930, (da ora in poi APM), b. 1430, *Eventuali modificazioni allo Statuto Speciale di Tangeri*, 16 febbraio 1927, da Ferdinando Malmusi a console italiano a Tangeri. Ferdinando era figlio di Giulio Malmusi (1841-1909), uno dei più abili e stimati agenti consolari italiani a Tangeri che resse tale Legazione dal 1895 al 1906.

33. Il testo in francese si trova in *Trattati e Convenzioni tra il Regno d'Italia e gli altri Stati, Atti conclusi dal 1 gennaio 1928 al 31 dicembre 1928*, Tip. del Ministero degli affari esteri, Roma, 1933, Vol. XXXVIII, pp. 317 e segg. Il testo in lingua inglese in *Conference of the emendament of the Tangier Statute, 1928*, H.M. Stationary Office, London, 1928.

34. Emile Rouard De Card, *Modifications du Statut de Tanger*, A. Pedone, Paris, 1928.

35. Regio Decreto Legge 25 agosto 1928, n. 2028, che dà esecuzione al Protocollo finale della Conferenza di Parigi, stipulato il 25 luglio 1928, fra l'Italia, la Francia, la Gran Bretagna e la Spagna relativo allo Statuto della Zona di Tangeri nonché alla Convenzione del 18 dicembre 1923 relativa al medesimo Statuto e modificata col Protocollo suddetto. Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, 25 agosto 1928, n. 267.

36. Foreign Relations of the United States, 1928, *Attitude of the United States toward proposed changes in the Status of Tangier*, Government Printing Office, Washington DC, 1943, Vol.III, pp. 367-374.

37. Kurt Nadelmann, *American consular jurisdiction and the Tangier international jurisdiction*, in “American Journal of International Law”, Vol. 49, n. 4, ottobre 1955, pp. 506-517.

38. “V.E. a bien voulu par sa lettre en date de ce jour, me faire connaître que si la peine de mort était prononcée, dans la zone de Tanger, conformément au Code Pénal en vigueur, contre un Sujet italien ou un individu extradé par le Gouvernement italien, le Gouvernement du Protectorat appellerait, d’une manière pressante, l’attention de sa Majesté le Sultan, en vue de l’instance en grâce pour la commutation de cette peine, sur l’état actuel de la législation en Italie à l’égard de la peine de mort. Ainsi se trouveront assurées aux sujets italiens et aux individus extradés par le Gouvernement royal des garanties analogues à celles qui leur sont données dans la zone française par l’accord franco-italien du 9 Mars 1916”. ASDMAE, APM, b. 1434, *Réponse de l’Ambassadeur d’Italie au Ministre des Affaires Etrangères de la République française*, 17 luglio 1928.

39. Graham H. Stuart, *The International City of Tangier*, Stanford University Press, Stanford, 1955, pp. 129-130.

40. L’ultima composizione del Tribunale Consolare italiano vedeva tra i suoi membri: Filippo Avellone, Mesod Benasayag, conte Andrea Brentan, Matteo Olcese, Carlo Petri. Giudici supplenti: Dott. Oreste Cappa, Antonio Mazziotta, Prof. Edoardo Moshetti, Antonio Onetto, Lorenzo Petri, Anselmo Ravella, Alfredo Giuliani, Bettino Mariani e Giacobbe Nahon. ASDMAE, APM, b. 1435, Verbale di nomina dei giudici del tribunale Consolare, 15 dicembre 1927.



41. ASDMAE, APM, b. 1436, 22 agosto 1930, da Direttore ai Servizi Finanziari a console generale a Tangeri. Allegato a questo rapporto vi è anche il testo della legge sul personale dell'amministrazione di Tangeri

42. "L'Amministrazione della Giustizia a Tangeri presenta le stesse anomalie che si riscontrano in tutta l'organizzazione della Zona Tangerina. Nella quale accanto ad un regime internazionale agisce l'azione protettrice francese per mezzo della sovranità sceriffiana, ond'è che l'amministrazione la quale provvede ai bisogni pubblici di tutta la Zona non ha poi la protezione delle persone e degli interessi mussulmani che è riservata alle autorità Sceriffiane. Così per la Giustizia: si parla di Tribunale Misto di Tangeri ma solo una parte della popolazione vi rimane sottoposta - e allora perchè Misto? E non internazionale? - dato che l'elemento mussulmano e quello israelita di sudditanza sceriffiana sono sottoposti alla giurisdizione che potrebbe chiamarsi arbitrio, del Rappresentante del Sultano e degli organi da esso dipendenti: vedi Francia". ASDMAE, APM, b. 1434, Telesp. n.1426/406, 18 novembre 1928, da console generale a Tangeri a ministro affari esteri.

43. "Il Tribunale Misto non può, né deve funzionare come qualsiasi altro tribunale europeo; l'organismo politico amministrativo tangerino, non ha riscontro in nessun altro organismo internazionale: a parte l'esistenza di qualche caratteristica secondaria è impossibile identificare la sua figura giuridica fra quelle già fissate dal diritto internazionale. Ne consegue logicamente che, non le condizioni necessarie all'esistenza di una qualsiasi comunità internazionale dovendo adattarsi a norme di legge regolatrici, ma, viceversa queste a quelle, la Zona internazionale di Tangeri non potrà avere che un'organizzazione a lei peculiare e tale che, adattandosi alle sue condizioni specialissime, sia suscettibile, per quanto possibile, di regolare uno stato di fatto e di diritto reso complicatissimo dalla convivenza nel suo territorio di popolazioni differenti per razza, nazionalità, religione, grado di civilizzazione e quindi di mentalità " ASDMAE, Affari Politici Marocco, Serie Politica 1931-1945 (da ora in poi APMA), b. 1, Rapporto del giudice Malmusi al console generale a Tangeri, poi inviato al Ministero della Giustizia, Telesp. n.202929, 27 gennaio 1931.

44. Ibidem

45. ASDMAE, APMA, b. 1, *Projet de Dahir définissant les attributions de l'Administrateur-Adjoint, chargé des services de l'Administration Internationale de la Zone de Tanger.*

46. Sulla questione dell'amministrazione della giustizia a Tangeri vedasi l'opera del giudice presso il Tribunale Misto, Albert Ménard, *Droit international et privé. Etude critique du Régime Spécial de la zone de Tanger*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932-1933, Vol.2.

47. ASDMAE, APMA, b. 3, Rapp. n.1113/328, 8 agosto 1932, da console generale a Tangeri a Ministero affari esteri.

48. Con una timida agricoltura che poteva sfruttare solamente 373 Km/q, neanche completamente coltivabili, con una industria allo stato embrionale, e con un commercio limitato, monopolizzato dalla Zona francese e spagnola e reso inconcludente da una legislazione farraginoso, la Zona soffrì perennemente di una preoccupante crisi finanziaria. D'altra parte lo Statuto vietava espressamente che il governo sceriffiano



potesse partecipare in alcun modo alle spese della Zona, pertanto se il suo bilancio era in deficit, nessun organismo superiore poteva prestargli soccorso, se non le Potenze stesse che avevano posto in essere il regime internazionale. Cosa che ovviamente si guardarono bene dal fare.

49. ASDMAE, APMA, b. 5, Allegato al rapp. n.1534/489, 17 ottobre 1934, da console generale a Tangeri a Ministero affari esteri. In questo schema curiosamente manca il costo del magistrato belga. Non è dato di sapere le ragioni per le quali il console italiano non abbia inserito anche lo stipendio del giudice titolare belga che, in ogni caso, guadagnava esattamente quanto gli altri colleghi. Tra i costi della Giustizia vanno inoltre inseriti i 65.800 franchi annui percepiti dall'amministratore aggiunto Giuseppe Marchegiano.

50. Da segnalare comunque che, a partire dal luglio 1936, molti avvocati spagnoli aderenti alla Repubblica si rifugiarono nella Zona Internazionale, dove poterono esercitare nella più completa libertà la loro professione.

51. Vedasi ad esempio ASDMAE, APMA, b.7, *Séance du Comité de Contrôle du 28 décembre 1936*.

52. ASDMAE, Affari Politici 1950-1957, Tangeri, b. 858, *Relazione sulla Convenzione relativa alla riforma della Giurisdizione Internazionale della Zona di Tangeri*, 17 novembre 1952 da Amministratore aggiunto Giuseppe Marchegiano a console generale a Tangeri Francesco Cellere.

53. Sull'occupazione spagnola di Tangeri vedasi, Tamburini, *L'impero dove non sorse mai il sole: Le chimeriche rivendicazioni afro-coloniali della Spagna durante la Seconda Guerra Mondiale*, in "Africana", n. XII, 2006, pp. 121-142.

54. *Tanger bajo la acción protectora de España durante el conflicto mundial*, Madrid, Ministerio de Asuntos exteriores, 1946, pp. 72-74.

55. In questi reati venivano fatti rientrare la turbativa dell'ordine pubblico, il possesso illegale di armi e esplosivi, i sabotaggi, i danni alla proprietà pubblica e privata.

56. La novità più rilevante dello Statuto provvisorio del 1945 fu l'introduzione di un Amministratore scelto tra i così detti Paesi neutrali, ossia, Belgio, Olanda, Svezia e Portogallo. *Final Act of the Conference concerning the re-establishment of the International régime in Tangier held in Paris in August 1945 between the Representatives of the Governments of the United States of America, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, France and the Union of the Soviet Socialist Republics, Paris, 31th august 1945*, H. M. Stationary Office, London, 1945. Dopo un breve periodo in cui fu richiamato Pierre Le Fur, gli amministratori furono il portoghese Luís Magalhães Correia (1945-1948), l'olandese Jonkheer Van Vredenburg (1948-1951) ed il portoghese José Luís Archer (1951-1952).

57. Il giudice Apostoli, magistrato di ruolo ed ex Pretore di Cortina d'Ampezzo, operò sino alla fine dell'Amministrazione Internazionale di Tangeri nel 1956, assieme agli altri giudici stranieri che furono: Alfred Wauters (Belgio), Jean Vallet (Francia), E. S. Le Mass (Gran Bretagna), Manuel Díaz (Spagna). Pierre Malo, *Le vrai visage de Tanger*, Éd. Internationales, Tanger, 1953, p. 42. Apostoli ebbe dei problemi con la giustizia italiana, che poi però si rivelarono infondati e risolti: "Si ritiene opportuno



comunicare che la Procura Generale presso la Corte Suprema di Cassazione con nota n. 56/1944 del 13 marzo corrente ha comunicato quanto appresso: Si procede disciplinarmente con istruttoria sommaria, a carico del Dr. Giovanni Apostoli, già Pretore di Cortina d'Ampezzo ed ora componente del Tribunale Internazionale di Tangeri. Allo stesso si addebita: 1) di avere, mentre era titolare della Procura di Cortina d'Ampezzo, tenuto un tenore di vita non compatibile colla dignità della carica e colle esigenze dell'Ufficio, al quale dedicava solo poche ore al giorno 2) di avere subaffittato l'alloggio da lui occupato quando ottenne da parte del Comune di Cortina la sistemazione in un locale della Procura dove andò ad abitare 3) di avere contratto debiti presso negozianti, ristoranti e alberghi a Cortina 4) di avere frequentato la compagnia di tale Gremmel Carlotta, di nazionalità francese, divorziata dal marito americano, che si diceva essere suo amante". ASDMAE, APMA, b. 22, Appunto per la Direzione Generale Affari Politici (Segreteria), n.61/03500/66, 26 marzo 1945.

58. Il 2 maggio 1944, su pressione statunitense, la Spagna era stata costretta a chiudere il consolato germanico e ad espellere non solo tutto il corpo diplomatico tedesco e gli agenti segreti nazisti, ma anche tutti i simpatizzanti italiani della R.S.I. ASDMAE, APMA, b. 22, Telesp. n.390/155, 8 maggio 1944, da consolato generale a Tangeri a Ministero affari esteri.

59. Marchegiano seguì a collaborare con gli Alleati anche dopo che fu incriminato dall'Alto Commissario Aggiunto per l'Epurazione, Mario Scoccimarro, con la conseguente richiesta di dispensa dal servizio e perdita al diritto alla pensione. Contro di lui fu anche intentato nel gennaio del 1945 un giudizio penale dalla Corte di Appello di Roma per falso ideologico e sequestro di persona. Tuttavia il Ministero degli esteri difese a spada tratta il Marchegiano, soprattutto perchè era l'unica personalità italiana su cui si poteva fare leva per poter ritornare tra gli amministratori di Tangeri. Il sottosegretario Zoppi cos' si espresse: "Il comm. Marchegiano gode a Tangeri, presso gli ambienti internazionali di quella zona, una posizione personale di particolare rilievo che in più occasioni si è rivelata utile all'azione di quel consolato generale. Il privare il consolato generale a Tangeri della possibilità di valersi, specie nell'attuale fase della nostra situazione politica internazionale, del prestigio e dell'azione del comm. Marchegiano, non può che avere per noi conseguenze deplorevoli per la nostra posizione a Tangeri 2) ma vi è di più. Il comm. Marchegiano, al momento in cui gli spagnoli occuparono Tangeri e posero provvisoriamente fine al regime internazionale, ricopriva la carica di amministratore della zona per gli affari giuridici e, cioè, una delle quattro più importanti previste dallo statuto. Nella eventualità, non imprevedibile di un prossimo ripristino dello statuto internazionale, essendo ovvio l'interesse dell'Italia a mantenere la posizione da essa sempre tenuta nell'amministrazione internazionale, vi è speranza di poter ottenere che il comm. Marchegiano ritorni automaticamente a ricoprire la carica suddetta. Un richiamo del Marchegiano nel momento attuale, renderebbe tale automatico ripristino della nostra situazione assai problematico. La Direzione Generale degli Affari Politici è edotta della situazione nella quale il Marchegiano sembra trovarsi in relazione alle vigenti leggi sull'epurazione; Tuttavia, essa ritiene che in primo luogo debbano tenersi presenti i nostri interessi internazionali quali sopra esposti; Nulla vieta che qualora il Marchegiano venisse a ricoprire col ritorno del regime internazionale, la carica che ci preme conservare, egli venga dopo qualche mese richiamato e sostituito con altro funzionario alla carica stessa che sarebbe,



nel frattempo, stata a noi assicurata”. ASDMAE, APMA, b. 21, Appunto per la Direzione Generale del Personale n.13/02209/361, 21 febbraio 1945.

60. Isaac Assayag, *Tanger ... un siècle d'histoire*, Éd. Marocaine et internationales, Tanger, 1981, p. 150.

61. Anonimo, *25 years of Mixed Courts of Tangier*, in “American Journal of Comparative Law”, Vol. 1, n. 1-2, 1952, p. 115-117.

62. “Le gouvernement italien, sera invité à adhérer au présent accord au moment dont conviendront les autres gouvernements, parties au dit accord et sous réserves de toutes dispositions d’un traité de paix avec l’Italie qui pourraient s’y apporter”. In pratica l’Italia avrebbe potuto aderire all’amministrazione provvisoria solo dopo la stipulazione del Trattato di Pace con le Potenze Alleate. Il Trattato di Parigi del 10 febbraio 1947 conterrà poi all’art. 41 (Parte II, Sezione VII) specifiche disposizioni sulla posizione italiana nel regime internazionale di Tangeri: “L’Italie accepte les dispositions de l’acte final du 31 Août et de l’Accord franco britannique du même jour sur le Statut de Tanger ainsi que toutes les dispositions que les Puissances signataires pourront adopter en vue de donner effet à ce instruments”.

63. L’impreparazione dei giudici, sia titolari che aggiunti, si estendeva, secondo il console italiano cav. Pellegrino Ghigi, anche a tutti gli altri funzionari dell’amministrazione: “Ingegneri senza laurea, funzionari tecnici senza tecnica. Gli uomini a posto mi sembrano pochissimi. Soprattutto i funzionari spagnoli difettano di capacità oltre che di disciplina e giungono talvolta a trascinare le loro beghe personali sulla stampa ed innanzi al Comitato di Controllo”. ASDMAE, APMA, b. 4, Rapp. n.222/93, 22 febbraio 1933, da console generale a Tangeri a Ministero affari esteri.

64. Assayag, *Tanger*, op. cit., p. 149.

65. I casi istruiti dai Pubblici Ministeri nel 1926 furono 335, nel 1935 passarono a 940, mentre nel 1948 furono ben 3.070. Le sentenze correzionali di 1ª istanza invece, da 126 nel 1926, nel 1948 passarono a 1.142. DÍAZ MERRY, *Tánger: Tratados, Códigos, Leyes*, op. cit. p. 33.

66. ASDMAE, APMA, b. 1, Telesp. n.735/206, 8 luglio 1931, da console generale a Tangeri a Ministero affari esteri.

67. La nuova amministrazione giudiziaria si basava su di un progetto elaborato dai giuristi anglo-olandesi, e trasformava il Tribunale Misto in Giurisdizione Internazionale. La Convenzione del 1952 abrogò l’istituto dei giudici aggiunti, mentre fu aumentato il numero dei giudici da 5 a 12, nominati dalle Potenze firmatarie dell’Atto di Algeciras, compreso il governo sceriffiano, ma non l’Unione Sovietica. Si era così contribuito ad una maggiore internazionalizzazione e ad eliminare lo strapotere di Francia e Spagna. I giudici infatti erano rispettivamente: 2 francesi, 2 spagnoli, 1 belga, 1 statunitense, 1 olandese, 1 italiano, 1 marocchino, 1 portoghese, 1 inglese, 1 svedese. La Magistratura requirente era composta da 2 Procuratori francese e spagnolo ed era investita delle funzioni di Pubblico Ministero e dell’Avvocatura di Stato (art. 3 Convenzione). La competenza della Giurisdizione Internazionale si estendeva alle cause tra cittadini delle Potenze straniere o tra stranieri e cittadini marocchini. Ne erano escluse, invece, le cause riguardanti i soli cittadini indigeni (musulmani ed israeliti), che erano regolati dai



JURA GENTIUM



tribunali sceriffiani o rabbinici. Tutto si snodava in due gradi di giurisdizione: il primo grado composto da un Tribunale Criminale con 3 magistrati e con una giuria di sei membri, designati a sorte da elenchi di cittadini di diversa nazionalità e dei quali solo la metà poteva appartenere alla nazionalità dell'imputato; un Tribunale di Polizia e di Pace, simile alla nostra Pretura, un Tribunale di 1^a Istanza, suddiviso in una sezione per il contenzioso civile, commerciale ed amministrativa ed un'altra per la materia correzionale. Il secondo da un tribunale d'Appello, suddiviso in una sezione civile e penale. Le sentenze di questa Corte erano definitive, non avendo accolto la Commissione degli esperti, per preoccupazioni finanziarie la proposta per istituire una Commissione Superiore di Cassazione, proposta da Marchegiano. Contro le sentenze del Tribunale di Appello non vi era che il "ricorso per revisione" nei limiti e subordinatamente all'esistenza delle condizioni previste dal Codice di Procedura Penale. Particolare rilevanza assumeva l'amministratore aggiunto (art. 25 Convenzione) che vedeva confermati ed ampliati i propri poteri rispetto al Consigliere giuridico, il quale aveva solamente poche e ben determinate funzioni (contenzioso amministrativo, elaborazione delle leggi e regolamenti, pareri giuridici). La nuova figura aveva principalmente il compito della nomina, dell'avanzamento e della disciplina del personale di cancellerie e della Segreteria della Giurisdizione. Rientrava inoltre nelle sue funzioni la vigilanza dell'amministrazione della Giustizia, la facoltà di richiedere ai magistrati del Pubblico Ministero informazioni sulle procedure in corso e sull'azione da essi svolta, nonché di fare al riguardo le proprie osservazioni e raccomandazioni, a cui i detti funzionari dovevano attenersi nelle requisitorie scritte. L'amministratore aggiunto, quindi, quasi come un Procuratore Generale, veniva ad esercitare il controllo sull'azione penale dal momento della commissione del reato fino al giudizio di merito. Tale controllo sottraeva a Francia e Spagna (ricordiamo che nella Magistratura requirente c'erano solo magistrati spagnoli e francesi) il monopolio insindacabile dell'azione penale, contribuendo ancora di più all'internazionalità della Giurisdizione. *Dahir de 10 juin 1953 (27 Ramadan 1372) portant réorganisation de la juridiction internationale de Tanger*, in Díaz Merry, *Tánger, Apéndice primero, modificaciones de los tratados, códigos, leyes de la Zona Internacional posteriores a 30 de abril de 1950*, Distribuciones Ibéricas, Tánger, 1956, pp. 36-57; *Convention relating to the reform of the International Jurisdiction in the Tangier Zone*, Foreign Office Series, London, 1955. Vedasi anche Tamburini, *L'amministrazione della Giustizia nella Zona Internazionale di Tangeri (1923-1957)*, in "Africa, Rivista trimestrale di studi e documentazione dell'Istituto Italiano per l'Africa e l'Oriente", a. LVII, n. 3-4, 2005, pp. 305-339.

Alle origini della modernità: i diritti degli indigeni del Nuovo Mondo

Giuseppe Tosi

Schiavi per natura e barbari

Con la riscoperta nel XIII secolo della *Politica* di Aristotele la dottrina degli “schiavi per natura” entra in circolazione negli ambienti medievali e, grazie all’immensa autorità del filosofo, trova una buona accoglienza. Essa poneva però alla coscienza cristiana medievale due questioni morali: l’evidente contrasto con la dottrina dell’universale uguaglianza e libertà originaria e naturale degli uomini e dei popoli e la mancanza di un referente empirico al quale applicarla. Per questo, sebbene fossero stati fatti vari tentativi, essa rimase, come ha osservato Gianfranco Fioravanti, una “categoria vuota” durante il basso Medioevo fino alla scoperta dei popoli del Nuovo Mondo. (1)

È solo nel contesto del dibattito sulla legittimità della *Conquista* dei nuovi territori d’oltremare che la dottrina acquista una sua rilevanza. Appariva plausibile ad alcuni teologi e giuristi che cercavano di giustificare il dato di fatto della *conquista* che si stava consumando, identificare nei nuovi popoli scoperti gli “schiavi naturali” di cui aveva parlato Aristotele. (2)

Il filosofo greco aveva sviluppato una dottrina il cui scopo principale era quello di giustificare il dato di fatto della schiavitù legale. Gli schiavi che Aristotele aveva in mente erano infatti sia quelli utilizzati per il lavoro domestico sia quelli che servivano come mano d’opera negli *ergastola* del tempo e fornivano il lavoro necessario al mantenimento di tutto il sistema, permettendo così l’esistenza di un ampio spazio di azione per i cittadini liberi. Allo stesso tempo, Aristotele aveva accennato alla possibilità che schiavi per natura fossero esclusivamente i barbari, presso i quali lo spazio riservato alla libertà dei cittadini era molto ridotto o inesistente. Fra i barbari perciò prevalevano i regimi dispotici e tirannici, che erano considerati contro natura dai Greci, ma naturali per le società come quelle barbariche nelle quali mancava “l’elemento che per natura comanda”, cioè gli uomini liberi. (3) Inoltre, nell’*Etica Nicomachea*, aveva fatto menzione di un altro tipo di barbari, cioè quelle popolazioni, poste agli estremi confini del mondo “civilizzato”, che praticavano costumi mostruosi e non vivevano sotto l’egida della legge. (4)

I popoli del Nuovo Mondo possedevano apparentemente queste due caratteristiche: erano infatti incapaci di autogoverno e avevano costumi selvaggi e contro natura. Questo valeva senz’altro per le prime popolazioni scoperte, quelle delle isole e delle coste dei Caraibi, le quali non possedevano forme di organizzazione statale e civile comparabili con le civiltà europee e praticavano costumi riprovevoli come il cannibalismo. Era facile quindi la loro identificazione con i selvaggi, i bruti e gli *amentes*, dell’esegesi medievale della *Politica* e dell’*Etica Nicomachea*.

Quanto alle grandi civiltà Maya, Azteca e Incas, che furono scoperte in un secondo momento, il discorso si faceva più complesso. Era impossibile, di fronte alle testimonianze circa il loro complesso grado di civiltà, negare che ciò fosse un chiaro



JURA GENTIUM



indizio della loro razionalità (*indicius usus rationis*) e della loro capacità di autogoverno. In questo caso, gli apologeti della conquista, per poter assimilare questi popoli agli aristotelici schiavi di natura, mettevano in evidenza gli aspetti lacunosi e manchevoli della loro civiltà, o il loro carattere tirannico e dispotico. Questo discorso si intrecciava con la denuncia dei delitti contro natura come i cruenti sacrifici umani che ne rafforzavano i tratti disumani e giustificavano la necessità dell'intervento dei *sapientiores* per convincerli, con la forza se fosse necessario, a praticare costumi più miti e cristiani, come afferma l'apologeta della *Conquista* Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573). (5)

La tesi era stata accolta con favore da teologi importanti come Johannes Maior, Bernardino de Meza, Matias de Paz, giuristi come il *licenciado* Gregorio e Palacios Rubios, cronisti come Fernandez de Oviedo (6) e aveva fatto breccia all'interno delle congregazioni missionarie (sebbene in modo più accentuato fra i Francescani che fra i Domenicani). Tale posizione rimase maggioritaria per decenni nelle *juntas* di teologi e giuristi che, fin dai tempi di Isabella e Fernando, si erano pronunciate sull'argomento e forniva una base teologica e giuridica alle risoluzioni del Consiglio delle Indie e del Consiglio della Corona che avevano il compito di sovrintendere a tutto il processo di conquista e colonizzazione.

Sepúlveda si inserirà, più tardi, in questa corrente, mettendoci di suo l'autorità e la fama acquisita come traduttore e interprete di Aristotele. Egli fa una lettura naturalista del pensiero politico di Aristotele: riprende alla lettera la dottrina della schiavitù naturale e la innesta sul tronco dell'agostinismo politico più radicale che pone al servizio della dottrina della guerra giusta e della sua compatibilità con il cristianesimo.

L'elemento dirompente che dà inizio ad una controtendenza e apre il dibattito sono le affermazioni che il padre Antón Montesinos, a nome della comunità domenicana diretta dal padre Pedro de Cordoba, espone nelle sue due famose prediche pronunciate nell'Avvento dell'anno 1511 sull'isola di Hispaniola davanti al Viceré e alle massime autorità coloniali. (7)

I teologi domenicani Francisco de Vitoria (1485-1546), che reggeva allora la cattedra di *Prima Theologia* a Salamanca, la più prestigiosa di Spagna, e Domingo De Soto (1494-1560), suo collaboratore, si sentirono allora nell'obbligo morale di intervenire anche senza essere sollecitati e le questioni che prima si dibattevano negli ambiti delle *Cortes*, cominciarono a risuonare nelle aule delle università più prestigiose come Salamanca e Alcalá. Le informazioni che arrivavano dalle Indie attraverso le testimonianze dei confratelli e le gesta di cui si vantavano i *conquistadores* erano più che allarmanti. Vitoria era pienamente al corrente di questi fatti e lo lascia intravedere nella sua famosa *Relectio de Indis* del 1537/38, (8) Domingo de Soto li affronterà nella *Relectio de Dominio de* 1535, oltre che nel famoso trattato *De Iustitia et Iure* del 1556. (9)

Occorreva ripensare tutto l'impianto teorico tradizionale che dava supporto alla conquista: non si trattava solo di applicare a un caso concreto delle teorie già elaborate, come aveva fatto Sepúlveda, ma di aprire nuovi cammini che venivano stimolati proprio dai problemi sollevati dal Nuovo Mondo.

Nel 1516, mentre Vitoria insegnava teologia all'Università di Parigi, entra in scena il principale protagonista del dibattito, Bartolomé de Las Casas (1484-1566), che



presentava al Cardinal Cisneros il suo primo *Memorial di denúncias* e veniva nominato ufficialmente *Protector de los Indios*; cinquant'anni dopo, nel 1566, pochi mesi prima della sua morte, il frate domenicano presenterà l'ultimo *Memorial al Consejo de Indias*. In questo lungo lasso di tempo, con eccezione della parentesi di studio e riflessione nel noviziato dei Domenicani nell'isola di Hispaniola fra il 1522 e il 1532, la sua figura domina tutto il dibattito e, in grande misura, lo suscita e lo condiziona.

Con il passare degli anni Las Casas assume posizioni sempre più radicali fino alla messa in questione di tutto il progetto di conquista e colonizzazione. Las Casas percorre quindi un cammino originale che nasce dalla sua ineguagliabile esperienza personale delle cose delle Indie e dalla sua "conversione" alla causa indigena. Il suo discorso si distingue per la passione nella difesa degli indigeni, per la relazione sempre costante fra teoria e pratica, ma anche per l'originalità nell'elaborazione teorica della dottrina. Egli non è infatti un semplice ripetitore dei maestri di Salamanca, non è solo un abile polemista, ma attinge a fonti proprie giuridiche, teologiche e filosofiche; sa utilizzare abilmente le mediazioni culturali e riesce a elaborare una dottrina politica coerente e significativa come mostrano alcuni studi recenti. (10)

In questa sommaria sintesi cercherò appunto di esporre le posizioni assunte dai principali protagonisti sui temi principali di questo dibattito che è così importante anche per i suoi sviluppi e le sue conseguenze sulla storia moderna dell'Occidente.

Proprietà (*dominium*) e diritto (*ius*)

I maestri di Salamanca collocavano la questione della schiavitù naturale dei popoli indigeni nell'ambito della discussione sul *dominium*: "*Utrum barbari essent veri domini ante adventum hispanorum*" (Se i barbari fossero veri signori prima dell'arrivo degli Spagnoli). Occorreva però risolvere il problema preliminare della collocazione del *dominium* nell'ambito del diritto e quindi della relazione fra *dominium* e *ius*. Vitoria e De Soto si trovano a dover decidere fra due concezioni della relazione fra *ius* e *dominium*. Da un lato la concezione "oggettiva" del diritto che aveva dominato la storia di questo concetto da Aristotele fino al sec. XIV, (11) sostenuta dalla tradizione e da Tommaso; dall'altra quella soggettiva (o ultrasoggettiva) degli *iuiores* (cioè i giuristi moderni).

I maestri di Salamanca ripristinano, per lo meno formalmente, la dottrina tomista. (12) Essi però finiscono per far propria la definizione degli *iuiores*, cioè l'identificazione fra *dominium* e *ius* e la definizione del *dominium* come facoltà o potere (*facultas et potestas*) di usare una cosa secondo gli usi permessi dalla legge, *accogliendo così la concezione soggettiva del diritto o meglio dei diritti dell'uomo*. Tale passaggio avviene in modo esplicito nella *Relectio de Indis*, nella quale l'identificazione fra *dominium* e *ius* è esplicitamente affermata. (13)

Sembra quindi acquisito, per un certo numero di interpreti, (14) che, nonostante una apparente fedeltà alle *auctoritates*, i teologi di Salamanca abbiano elaborato una rilettura dei testi che sfocia in una nuova concezione dell'uomo e del suo ruolo nell'ordinamento politico e giuridico che si veniva delineando. Così facendo, i maestri di teologia (e i giuristi che li hanno seguiti) hanno intrapreso il cammino che porta verso la costituzione di un diritto naturale soggettivo che preannuncia quello moderno. (15)



Secondo Paolo Grossi gli scolastici operano una fondazione antropologica della proprietà attuando una continuità logica tra il “me” e il “mio”, identificando il *dominium* come un attributo intrinseco del soggetto libero secondo una definizione che sarà poi fatta propria da Suarez: “affermare che i nostri atti sono liberi e che noi abbiamo dominio su di essi è la stessa cosa”. (16)

Questa operazione “costituiva il ‘mio’ quale ipostasi necessaria della mia individualità” ed è considerata da Grossi “un principio fisso, indiscusso e forse indiscutibile di tutti i maestri della Seconda Scolastica”. (17) Essa sarà poi coerentemente portata avanti dai teologi giuristi - con poche varianti ed eccezioni - fino a fare della proprietà come posizione di libertà del soggetto una caratteristica imprescindibile della sua *dignitas* (*dominium pertinet ad dignitatem*) e della sua perfezione come *ratio independentiae* e *ratio superioritatis* dell’uomo in relazione a tutto il creato, riflesso nell’uomo dell’immagine di Dio, supremo *Dominus*.

Su questa linea interpretativa si muove anche Brian Tierney, il quale avverte però, che la concezione soggettiva dei diritti naturali non nasce solo a partire dalle posizioni assunte dai teologi francescani e nominalisti nel dibattito sulla povertà, ma affonda le sue radici nella giurisprudenza medievale. (18) Di diverso avviso sono invece Richard Tuck, per il quale gli scolastici spagnoli rimangono ancorati alla dottrina oggettiva tomista, (19) e Philippe André Vincent secondo cui in Las Casas sarebbe assente una concezione soggettiva dei diritti naturali. (20)

Senza volerci addentrare in questo dibattito, riteniamo possibile ipotizzare una via mediana fra le due interpretazioni. Certamente i maestri di Salamanca si muovono secondo una concezione soggettiva dei diritti degli individui che ha come suo centro e fondamento la libertà umana. È inoltre plausibile, da una lettura dei testi, che sia stata proprio l’esigenza di rispondere alle questioni nuove e drammatiche poste dal Nuovo Mondo a fornire un contributo importante per questa “svolta” nella loro dottrina. Quando Vitoria afferma che gli indigeni sono *veri domini, publice et privatim*, implicitamente riconosce che il *dominium*, cioè la proprietà su se stessi, le proprie azioni e i propri beni costituisce una caratteristica intrinseca del soggetto, che tale caratteristica è tipica di tutti gli uomini per diritto naturale, che non può essere perduta nemmeno a causa del peccato.

Ma tale concezione rimane pur sempre all’interno di un sistema nel quale le esigenze di libertà del soggetto non sono limitate solamente dalla legge positiva degli Stati, come sarà poi nei tempi moderni, ma devono essere rese compatibili e armonizzate con la legge divina che governa e sovradetermina l’ordine naturale delle cose. Se così non fosse, essendo gli indigeni *veri domini*, anche i costumi, quali il cannibalismo e i sacrifici umani, che per tutti gli interlocutori erano dei “peccati contro natura”, sarebbero stati legittimi. Ma nessuno dei protagonisti del dibattito era disposto ad arrivare a questa forma di “tolleranza” e di “relativismo culturale”.

Sepúlveda “risolve” il problema identificando la legge naturale con la legge divina positiva e ha quindi buon gioco nel rivendicare l’intervento della Chiesa e della Corona per porre fine a questi crimini: essi costituiscono *eo ipso* causa di guerra giusta nella misura in cui vendicano la *iniuria* più grave di tutte, cioè quella verso Dio. La guerra santa proclamata verso i barbari e idolatri del Nuovo Mondo viene così legittimata. (21)



I maestri di Salamanca, fedeli alla tradizione tomista, mantengono la distinzione fra legge naturale e legge divina positiva, ma, anche per loro, i costumi indigeni rimangono sempre oggettivamente dei peccati che vanno contro l'ordine naturale delle cose stabilito da Dio; non avendo però la Chiesa e i principi cristiani giurisdizione (*iurisdictio*) sugli infedeli, rimettono a Dio il giudizio sugli "infedeli", e ammettono la guerra solo per salvare le vittime innocenti dai sacrifici umani e non per castigare gli indios dei loro peccati contro natura.

Las Casas si spinge fino ai limiti consentiti dall'ortodossia, ma non li supera, come pensa Todorov e non assume una visione prospettica e relativista delle culture, negando la verità e l'unicità della sua stessa religione. (22) Anche per il difensore degli *indios* i sacrifici umani e il cannibalismo rimangono oggettivamente dei peccati contro natura. Egli però cerca di rendere meno distante ciò che appare incomprendibile alla sua (e nostra) cultura, mostrando come tali pratiche aberranti e crudeli trovino una loro spiegazione solo se collocate all'interno del loro contesto culturale. Questa operazione di antropologia comparata non arriva però fino al punto di legittimarle: queste azioni sono errori probabili, ma pur sempre errori non giustificabili sul piano morale.

Il disaccordo di Las Casas nei riguardi di Sepúlveda è invece radicale quanto ai metodi utilizzati per l'estirpazione, anche per lui necessaria, di questi costumi: in nessun caso, afferma il Domenicano, è possibile intervenire con la forza, nemmeno per salvare vite innocenti, perché il danno che si arrecerebbe, e che di fatto si è già arrecato, è maggiore di quello che si vuole eliminare.

Il fondamento del dominio sta nell'immagine di Dio

Il *dominium* dell'uomo su se stesso, sugli altri esseri irrazionali e sui beni trova il suo fondamento ontologico nel principio biblico secondo il quale l'uomo è creato da Dio a sua immagine e somiglianza: *fundamentum dominii et imago Dei*. La presenza dell'immagine di Dio nell'uomo è testimoniata dalla razionalità e socialità dell'uomo come caratteristiche intrinseche e naturali che ne fanno un essere fine a se stesso e non un mezzo "per altro"; quindi un essere libero. A differenza di Aristotele, ma utilizzando i suoi stessi principi, i maestri di Salamanca estendono tale concezione a tutti gli uomini in virtù del ricorso al principio della perfezione della natura: la natura non può aver prodotto popoli interi nei quali non si sia realizzata la razionalità umana. Solo in rarissimi casi si possono riscontrare fenomeni *mostruosi*, che sono eccezioni in evidente contrasto con le manifestazioni normali e regolari della natura; tali sono i barbari *servi a natura* di cui parla Aristotele. (23)

La riflessione di Las Casas si muove nello stesso ambito dei maestri di Salamanca, apportando però il nuovo e originale contributo della dettagliata disanima dei quattro tipi di barbari. (24) Ogni uomo è un riflesso dell'immagine di Dio e quindi non possono esistere distinzioni "naturali" fra liberi e schiavi, ma tutti gli uomini hanno una comune identità. Anche quegli esseri umani che non manifestano caratteri di razionalità sono figli di Dio e vanno trattati come fratelli. Così dice Vitoria a rispetto degli *amentes*, (25) che possono soffrire offese (*pati iniurias*); così afferma Las Casas rispetto ai *barbari*: anche per loro Cristo ha sparso il suo sangue.



La concezione naturalista delle differenze fra gli uomini che è possibile leggere nella teoria aristotelica era incompatibile con la tradizione cristiana di un Dio provvido e buono: qualsiasi uomo, per quanto “inferiore”, vizioso, pagano, barbaro può sempre risollevarsi dalla sua condizione e convertirsi a Cristo. L’universalismo cristiano rendeva impossibile difendere una teoria della superiorità permanente di un popolo o civiltà. Anche Sepúlveda è obbligato in qualche modo a modificare la teoria aristotelica per poter giustificare l’azione “educatrice” dei *sapientiores* e ammettere quindi che gli *homunculi* possano diventare uomini. (26)

La discussione ritorna quindi al punto in cui era stata lasciata dai filosofi medievali nel loro tentativo di dare un referente empirico alla categoria “vuota” degli aristotelici “schiavi per natura”, categoria che era stata troppo sbrigativamente “riempita” dai teologi e dai giuristi che l’avevano applicata ai *barbari* del Nuovo Mondo. Gli indigeni sono davvero “schiavi per natura”? Sono uomini pienamente razionali oppure inferiori, degli *amentes*, o di poco superiori agli *amentes*?

Vitoria su questo punto è oscillante: da un lato riconosce che gli indios erano, senza alcun dubbio, veri signori pubblicamente e privatamente, come i cristiani (*sine dubio barbari erant et publice et privatim ita veri domini, sicut christiani*); e che pertanto non potevano essere privati, sia in quanto principi, sia in quanto singole persone, dei loro beni, come se non fossero veri padroni. (27) Dall’altro, sembra ritornare sui suoi passi: se essi sono davvero, *ut dicitur*, poco differenti dagli *amentes* e quindi incapaci di governarsi da soli hanno bisogno della tutela dei *sapientiores*. Questa tutela non giustifica la loro sottomissione forzata e la spoliazione dei loro beni, ma è comunque un *vulnus* al riconoscimento della loro capacità di dominio e autogoverno (28).

I maestri di Salamanca, a differenza di Sepúlveda, non riconoscono la naturalità della relazione *dominus/servus* perché essa va a unico beneficio del signore e non del servo; sostengono invece un tipo di relazione che deve essere esercitata in favore degli indigeni, in modo che, attraverso una buona educazione, possano essere condotti verso costumi e comportamenti più civili e umani. Le loro tesi non coincidono con quelle di Sepúlveda, ma appaiono, in alcuni punti cruciali, vicine a quelle del retore di Cordova che, da parte sua, non perderà occasione per citare l’autorità dei maestri di Salamanca in suo favore.

Las Casas si muove in modo diverso. Innanzitutto non manifesta nessun dubbio quanto alla piena umanità delle popolazioni indigene. L’immagine che ci presenta degli indigeni, sia delle civiltà più complesse e raffinate, sia dei popoli più “primitivi”, è sempre estremamente positiva, (29) al punto che alcuni interpreti vi hanno visto una delle fonti ispiratrici del mito del “buon selvaggio” rousseauiano. Las Casas inoltre non ha nessun timore di ferire l’orgoglio dei suoi connazionali, affermando che i veri barbari e selvaggi sono gli spagnoli che si comportano peggio degli animali più feroci. (30) Egli prende molto sul serio quel *sicut christiani* di Vitoria: gli indigeni sono a pieno titolo dei sudditi liberi dell’Imperatore e come tale devono essere trattati. Non si giustifica perciò il loro asservimento, la distruzione delle loro culture, e le pratiche per ridurli in schiavitù come il *repartimiento* e la *encomienda*, come non si giustificerebbe se così fossero trattati i sudditi spagnoli di sua Maestà. Occorre ripristinare i loro signori legittimi, restituire i loro beni ingiustamente sottratti e punire chi ha commesso tali atrocità e ingiustizie. L’unica forma di dominio legittima deriva dalla volontaria



sottomissione di queste nazioni all'autorità dell'Imperatore, che può chiedere in cambio unicamente quello che chiede agli altri suoi sudditi, cioè la riscossione dei tributi. La reciprocità dei diritti viene qui portata fino alle estreme conseguenze.

Che resta, allora dell'autorità dell'Imperatore e della legittimità del dominio politico degli spagnoli nel Nuovo Mondo? Il dibattito a questo punto si spinge inevitabilmente verso un terreno propriamente politico.

Dominio e giurisdizione

Il termine *dominium*, dice De Soto, è proprio dell'ambito del diritto privato; in termini aristotelici, dell'ambito domestico (*oikos*). (31) Quando viene utilizzato in ambito politico indica il regime dispotico di cui parla Aristotele, quel regime cioè nel quale il potere è esercitato a beneficio del monarca e non dei sudditi, che si addice solo ai regimi barbarici, dove tutti sono schiavi, e non ai greci, dove i cittadini sono liberi. In questo caso il termine più appropriato sarebbe quello di *potestas* o di *imperium* che hanno una specifica valenza politica. Siccome però esso viene utilizzato anche per indicare il potere politico si tratta di indagare l'uso che se ne può fare in questo campo.

Occorre, in primo luogo, distinguere fra *dominium* e *iurisdictio*. I re e i principi non hanno la proprietà delle persone e delle cose dei sudditi, ma solo una *iurisdictio*, che è cosa totalmente diversa perché non implica il possesso, ma solo il governo, l'amministrazione delle cose.

Si riconosce quindi l'esistenza di una sfera che viene sottratta al potere politico, cioè quella della libertà originaria dei sudditi su se stessi e sui loro beni; è un ambito "privato" che il principe non può invadere, ma deve solo difendere. Egli infatti è stato scelto dal popolo per governare in suo favore e per garantire la libertà di tutti e non per agire a proprio beneficio.

Las Casas, nel trattato politico intitolato *De Regia Potestate*, (32) parte da questo presupposto, che lo accomuna ai maestri di Salamanca, per criticare la concessione in perpetuità della schiavitù degli indigeni (*encomiendas*): il principe non può alienare qualcosa che non gli appartiene, ma che appartiene per diritto naturale al singolo individuo e al popolo nel suo insieme. Per giungere a questa conclusione Las Casas elabora una vera e propria dottrina politica che ha come suo fondamento l'originaria libertà non solo dei singoli, ma dei popoli: *Omnium una libertas*.

La schiavitù non appartiene al diritto naturale, ma è un "fenomeno accidentale imposto agli uomini dal caso e dalla fortuna": tutti gli uomini e i beni erano originariamente liberi per diritto naturale, per cui anche "presso gli infedeli esiste una legittima proprietà dei beni", come De Soto e Vitoria avevano affermato. Il popolo, eleggendo il re, non perse la sua libertà perché il potere di governare procede immediatamente dal popolo, che ne è la causa efficiente e finale, mentre il Re ha bisogno del consenso di tutti quando si tratta di questioni di interesse generale. (33)

Non dobbiamo qui, però, confondere il linguaggio degli scolastici con quello dei moderni. In Vitoria e Las Casas, convivono, senza contrasto, un momento naturalista e uno contrattualista dell'origine del potere politico che verranno poi separati a partire da Thomas Hobbes. Infatti, ciò che è originario non è l'individuo della tradizione



giusnaturalista che vive in uno stato di natura, nel quale è già titolare di diritti naturali; tale individuo è, per Aristotele, come per tutta la tradizione dell'aristotelismo politico, l'apolide, l'asociale, l'*ex lege* cioè il *barbarus simpliciter* dell'esegesi medievale della *Politica*.

Nello stato di natura originario gli individui sono invece già pensati non come una *multitudo* ma come un *populus*, come facenti parte di una comunità politica naturale che è espressione della naturale (cioè istintiva) socialità umana dello *zoón politikón*. Il momento propriamente contrattualistico (il *pactum subiectionis*) avviene solo quando la comunità, per sua libera scelta (*electio*) decide di sottomettersi all'autorità di un re. Lo stesso discorso vale per il carattere organico della comunità politica, perché, come afferma Las Casas: "unità politica non consiste in un'integrazione puramente organica, quanto piuttosto in una unione di volontà". (34)

Questa dottrina, nonostante presenti elementi di affinità con le successive teorie giusnaturaliste, non è però moderna: non solo per le differenze che abbiamo messo in evidenza, ma perché mantiene la concezione ministeriale del potere politico. In questo tutti gli interlocutori sono tributari in maniera diversa dell'agostinismo politico e differiscono solo nella sua interpretazione (35). Sepúlveda lo intende nel modo più tradizionale e ortodosso, alla maniera dei teologi teocratici e cesaropapisti come l'Ostiense e conferisce alla Chiesa il potere di coazione (*compelle intrare*). (36) Vitoria ne limita la portata, nella misura in cui assume il principio tomista che Cristo, e quindi la Chiesa, possiede la *potestas* negli affari temporali solo ed esclusivamente *in ordine ad spiritualia, sed escluso illo fine, nullam habebat*, ma ammette un uso ampio della forza in certe circostanze. (37) Las Casas riprende la concezione ministeriale in un duplice senso, attenendosi al significato letterale del termine: il re è *ministerium*, cioè servitore del popolo, perché, come aveva già affermato Aristotele, un potere esercitato a beneficio di chi comanda e non della collettività, non è legittimo. Il potere deve promuovere il bene comune; re e governanti non sono dei signori (*domini*) del loro regno ma dei rettori e degli amministratori della cosa pubblica. Ma il re, come cristiano, è anche un *ministerium* della Chiesa e quindi deve porre la sua autorità al servizio della sua missione evangelizzatrice.

Su questo punto esiste un elemento di dissenso importante fra Las Casas e i dottori di Salamanca. Mentre Vitoria e De Soto negavano all'Imperatore e al Papa non solo il *dominium*, ma anche la *iurisdictio totius orbis*, Las Casas afferma più volte una certa autorità suprema dell'Imperatore e del Papa sul mondo intero. Dobbiamo notare che tale concezione è però molto diversa da quella dei teologi imperiali o curiali. Per Las Casas, infatti, le due autorità universali non sono tali per diritto naturale (lo impedisce l'originaria e naturale libertà dei popoli), nemmeno per diritto delle genti o *ius commune*, ma solo per diritto divino, cioè in funzione del mandato che Cristo aveva dato alla Chiesa di evangelizzare il mondo, in virtù del quale tutti gli uomini sono, sebbene solo "in potenza" e non "in atto", sudditi di Cristo.

Tale mandato è però è stato vincolato strettamente dallo stesso Cristo che ha ordinato come "unico mezzo" la predicazione pacifica del vangelo, "come agnelli in mezzo ai lupi". La concezione ministeriale del potere politico trova quindi un limite molto chiaro e forte che impedisce la giustificazione delle "guerre sante" di conquista ammesse da Sepúlveda. Ma qui ci siamo già addentrati nel tema delle relazioni internazionali.



Il diritto internazionale: fra *ius gentium* e *ius inter gentes*

Su questo tema il testo paradigmatico è senz'altro quello della terza parte della *De Indis* relativo ai titoli legittimi. (38) In questa *Relectio*, Vitoria prende posizione in modo preciso per l'inclusione dello *ius gentium* nell'ambito del diritto naturale o derivato dal diritto naturale. Vitoria inoltre, sostituisce l'*omnes homines* della tradizione con l'*omnes gentes*, attribuendo quindi alle nazioni il ruolo di soggetti del diritto internazionale. (39)

Questa posizione è stata valutata dagli interpreti in modo del tutto opposto. Carl Schmitt ha sottolineato come, nonostante gli elementi di novità, la concezione vitoriana della *communitas orbis* non esca dai limiti della *Respublica Christiana*. Vitoria - egli afferma - non pone cristiani e non cristiani sullo stesso piano e non livella le differenze sociali, giuridiche e politiche prodottesi nel corso della storia dell'umanità. (40) Basti pensare alla dottrina dei *perpetui hostes* che escludeva i giudei e i saraceni, ma anche, come sottolinea Mechoulam, i popoli indigeni i quali, nonostante tutti i riconoscimenti del loro vero dominio, alla fine vengono qualificati come *perfidii hostes*. (41) Insomma rimane valida anche per Vitoria la concezione ministeriale del potere nonostante la sua critica al *totus orbis* dei teologi curiali e la conseguente delegittimazione della bolla di Alessandro VI *Inter Cætera*. Vitoria rimane quindi nell'ambito dello *ius gentium* della *Respublica Christiana* e non dello *ius inter gentes* del moderno *ius publicum Europæum*.

Luigi Ferrajoli, e con lui gli studiosi che hanno partecipato alla sessione del "Tribunale permanente dei diritti dei popoli", sottolineano invece che lo *ius prædicandi et annuntiandi evangelium* viene posto da Vitoria solo in seconda battuta (fatto abbastanza singolare per un teologo), quasi fosse una conseguenza e un corollario di un diritto originario e fondante che è lo *ius peregrinandi et degendi* e lo *ius commercii*. (42) Vitoria appare quindi come il teorico del moderno diritto internazionale che riconosce come unici soggetti di diritto le nazioni che non hanno più un'autorità sopranazionale alla quale sottomettersi (43) e come unico diritto che regola le loro relazioni internazionali quello del libero commercio delle merci, delle persone, delle idee; insomma come il teorico del liberalismo economico moderno.

È un diritto internazionale apparentemente ugualitario ma minato da una profonda asimmetria che permette, di fatto, solo ai popoli europei di usufruire del libero commercio e quindi di iniziare il lungo processo di conquista e colonizzazione del mondo intero.

Forse è possibile capire il perché di due concezioni così distanti su questo argomento, se le riferiamo ai diversi e opposti obiettivi che gli autori si prefiggono nel commentare queste pagine. Per Schmitt, "all'inizio del nuovo diritto internazionale europeo sta l'esclamazione di Alberico Gentili, che ingiunge ai teologi di tacere sulla questione della guerra giusta: *Silete theologi in munere alieno!*". (44) Solo con la fine dell'intromissione dei teologi nel campo giuridico e politico si è resa possibile la creazione di un nuovo diritto fondato sulla sovranità degli stati che ha permesso di considerare i nemici non più come *perpetui hostes*, ma come *iusti hostes*, e di razionalizzare e limitare i danni della la guerra. (45)

Ferrajoli invece ha un obiettivo del tutto opposto. Se da un lato riconosce in Vitoria il teorico del libero mercato, dall'altro ritiene che si debba riscattare l'aspetto politico del



sua teoria del diritto internazionale. Egli afferma che la dottrina della *communitas orbis*, è un'idea rivoluzionaria" (46) perché non si tratta dello *ius publicum europaeum* di Schmitt che non riconosce nessuna autorità giuridica o vincolo etico superiore a quello degli stati sovrani, bensì di una concezione del *totus orbis* nella quale il diritto delle genti vincola i rapporti tra gli Stati con forza di legge: l'umanità viene considerata come parte di una *respublica universalis* rappresentativa di tutto il genere umano. (47)

Le due letture sono condizionate dagli intenti diversi degli autori che rispondono ai problemi del dibattito contemporaneo sul diritto internazionale: per Schmitt si trattava di delegittimare l'autorità del tribunale di Norimberga che aveva trattato i vinti, lui compreso, non come *iusti hostes*, ma come criminali di guerra; per Ferrajoli l'intento era quello di fondare le relazioni internazionali su un "nuovo costituzionalismo" mondiale che, attraverso le autorità soprannazionali, potesse garantire l'effettività del diritto delle genti. (48)

Se rimaniamo nell'ambito delle intenzioni degli autori cinquecenteschi senza sovrapporre schemi e problemi a loro estranei, possiamo, forse, riuscire a comprendere meglio il loro pensiero. L'obiettivo principale di Vitoria è l'allargamento della *Respublica Christiana* fino all'inclusione dei nuovi popoli scoperti, i quali si dimostravano un terreno fertile per la propagazione della fede, una volta che essa fosse stata predicata nei dovuti modi, cioè pacificamente, con l'esempio, la predicazione ecc..., ma anche contro la loro volontà (*illis invitis*), ricorrendo alla guerra, nel caso ci si trovasse di fronte a un rifiuto violento alla propagazione del vangelo, che rendeva gli indigeni *perfidii hostes*.

Se avesse valore solo il principio della *communitas orbis* anche i saraceni, *perpetui hostes*, avrebbero potuto rivendicare il diritto di *peregrinari et degendi* e di annunciare la loro religione: (49) ma difficilmente Vitoria avrebbe ammesso una tale ipotesi. Ma le altre potenze cristiane non avevano forse anch'esse il diritto di libero commercio e della libera propagazione della fede? Per rafforzare questa obiezione Vitoria ricorre all'autorità suprema del Papa; solo a lui spetta decidere il modo più conveniente per la propagazione della fede. D'altra parte una volta enunciati i principi generali della naturale "sociabilità" e comunicazione, Vitoria forniva potenti argomenti alle potenze protestanti che infatti, a partire da Grozio, utilizzeranno i principi vitoriani per difendere la libertà dei mari, dei commerci e della predicazione del "loro" Vangelo.

Las Casas si muove anch'egli nell'ambito dell'allargamento della *Respublica Christiana* e non elabora una teoria generale dello *ius gentium* comparabile a quella di Vitoria. Il suo pensiero è, su questo punto, meno innovatore perché si fonda sul riconoscimento della *iurisdictio totius orbis* dell'Imperatore e di una certa *potestas spiritualis* universale del Papa, in base alla quale egli ritiene legittime le bolle di papa Alessandro VI. Egli elabora un progetto, per certi versi simile a quello degli erasmiani, di una *Monarchia Universalis*, (50) nella quale l'Imperatore governa su di una Federazione di Stati indigeni politicamente autonomi che mantengono i loro signori naturali, che si sono convertiti al cristianesimo attraverso un'evangelizzazione pacifica e si sono sottoposti volontariamente all'Imperatore. I sovrani hanno ricevuto dal Papa un "diritto-dovere esclusivo alla missione evangelizzatrice", che però esclude sia il ricorso alla guerra, sia la riduzione in schiavitù dei popoli indigeni e implica la restituzione di tutti i beni ingiustamente tolti agli indigeni.



Come afferma la storica italiana Carla Forti: “Non resta per la corona spagnola nelle Indie altro che il dovere di una predicazione che gli indios non sono tenuti ad ascoltare e non sono tenuti neanche a lasciar svolgere. Insomma, anche se sarebbe vano cercare il passo in cui Las Casas lo proclama, non è arbitraria la conclusione che per lui gli spagnoli debbano andarsene dal Nuovo Mondo: come è stata inequivocabilmente ingiusta la guerra di conquista, così è inevitabilmente ingiusto il dominio acquisito”. (51)

Pur condividendo la concezione ministeriale del potere tipica dell’agostinismo politico, Las Casas la svuota interamente di tutte le conseguenze più radicali nella misura in cui rifiuta di accettare l’uso della coazione e della guerra per la propaganda del Vangelo (*compelle intrare*).

Il punto discriminante si rivela allora la discussione sulla guerra giusta.

Il diritto di guerra

Il pensiero di Sepúlveda si sviluppa in un contesto “bellico” e “bellicista”. Il suo manifesto intento è giustificare la compatibilità fra militarismo e religione cristiana e l’uso della violenza e del terrore come indispensabile mezzo previo per aprire il cammino all’evangelizzazione. (52)

Le posizioni di Vitoria sono diverse, ma hanno degli evidenti punti di affinità con quelle del retore di Cordova. Quanto allo *ius ad bellum* Vitoria non ammette la liceità della guerra a motivo dell’infedeltà, dell’idolatria, della diversità di religione e nemmeno a causa dei peccati contro natura. Per il teologo di Salamanca e per i teologi e giuristi suoi discepoli che affrontano la *quaestio de bello*, la guerra è lecita e giusta nel caso di difesa della vita di innocenti, vittime del cannibalismo o dei sacrifici umani e in caso di resistenza violenta alla predicazione del Vangelo. (53) sempre come reazione ad una iniuria. Quanto allo *ius in bello* i suoi argomenti si muovono in un crescendo: all’inizio egli ammette la guerra puramente difensiva che non dà diritto a sottomettere il nemico e a farlo prigioniero (54) e ammette addirittura la possibilità che, per l’ignoranza invincibile dei barbari, la guerra possa essere giusta da entrambi i lati. (55) In seguito ammette la guerra preventiva e offensiva fino alla possibilità di trattare gli indigeni come perfidi nemici, spogliarli dei loro beni, ridurli in schiavitù, deporre i loro principi e sostituirli con altri, (56) utilizzando espressioni che sono molto vicine a quelle di Sepúlveda. (57) Vitoria infine non riconosce nella risposta armata degli indigeni una forma di legittima guerra di difesa dall’aggressione, ma una *iniuria* allo *ius praedicandi evangelium* che può essere riparata con la guerra. (58)

Las Casas, nonostante i toni del suo discorso antibellicista che ricordano quelli di Erasmo, (59) non è un irenista e un pacifista: giustifica l’uso della forza verso gli eretici (60) e le sue posizioni verso i mussulmani non sono meno dure di quelle di Vitoria. Però sulla liceità della guerra verso gli indigeni il dissenso di Las Casas sia rispetto alle posizioni di Sepúlveda che a quelle di Vitoria è totale: egli si dichiara sempre contrario all’uso della violenza e della forza come metodo di evangelizzazione e considera illegittime tutte le guerre condotte dagli spagnoli, anche quelle fatte per salvare vittime innocenti. Inoltre è l’unico a considerare legittime e giuste le guerre difensive degli indigeni contro le aggressioni e le atrocità dei *conquistadores*. (61)



In questo modo Las Casas non solo rifiutava il *compelle intrare* e tutta la “teologia della storia” che Sepúlveda aveva elaborato pretestuosamente su di esso a partire dall’esempio della conquista della Terra Promessa, (62) ma anche negava la legittimità al più potente argomento giuridico della conquista, cioè la guerra giusta. Se infatti Vitoria non riconosce un diritto di scoperta (*ius inventionis*), se ammette che gli *indios* erano *veri domini*, se la loro ipotetica condizione di servi naturali non era sufficiente per spogliarli dei loro beni e sottometterli violentemente agli spagnoli, se nemmeno l’idolatria e i peccati contro natura erano motivi di guerra giusta, rimaneva come unica giustificazione della conquista l’intervento armato per salvare degli innocenti e per rispondere alla resistenza armata allo *ius praedicandi evangelium*. L’attacco di Las Casas a quest’ultimo argomento toglieva ogni residua legittimità all’intera conquista: non solo non c’era nessuna *iniuria* da riparare, ma, al contrario dovevano essere riparate le *iniuriae* sofferte dagli indigeni che li avevano spinti a muovere una giusta guerra verso gli spagnoli: la conquista non aveva quindi più nessuna plausibile giustificazione teologica, giuridica e politica.

Aristotele e gli *indios*

Come hanno sottolineato vari interpreti, “in assenza di un adeguato vocabolario, gli Europei furono dapprima costretti a identificare l’ignoto con il noto, a pensare gli americani entro le categorie familiari della cultura classico-cristiana”. (63) Questo vale sia per le immagini più o meno fantastiche che gli europei proiettarono sul Nuovo Mondo, vedendo in esso quello che essi si aspettavano di vedere: dalle *Indie* di Colombo alle *amazoni* dei *conquistadores*, sia per il dibattito teorico: le categorie per interpretare il nuovo sono quelle messe a disposizione dalla tradizione.

D’altra parte questa è una caratteristica tipica della Scolastica che deve presentare la *novitas* come parte del bagaglio della tradizione e non come originale e inaudita. Le categorie fondamentali per comprendere il mondo erano quelle aristoteliche, riscoperte e reinterpretate dalle varie scuole medievali e rinascimentali. Il pensiero aristotelico viene chiamato in gioco non solo per la teoria della schiavitù naturale, ma costituisce l’orizzonte culturale comune, la *koiné* di lessico e di significati che tutti gli autori avevano a disposizione e che conoscevano bene.

Abbiamo riscontrato tre tipi di attitudini verso il pensiero aristotelico. Sepúlveda che conosceva più da vicino il pensiero di Aristotele come traduttore delle sue opere, ne dà un’interpretazione letterale, senza mai mettere in dubbio l’autorità del Filosofo. Ma, come è noto, la fedeltà letterale e acritica ad un grande pensatore non è sempre il miglior servizio che si presta al suo pensiero. Anche l’utilizzo ideologico della dottrina degli “schiavi per natura” lo avvicina al suo maestro: (64) come essa era servita ad Aristotele per legittimare la schiavitù legale, così serve a Sepúlveda per legittimare un altro stato di fatto, l’istituto dell’*encomienda*. Ed è in funzione della legittimazione dell’*encomienda* (cioè dell’assegnazione degli *indios* a padroni spagnoli, come schiavi da sfruttare) che egli apporta, senza dirlo, una correzione al pensiero di Aristotele ammettendo la possibilità che gli esseri e i popoli per natura inferiori possano giungere a un più alto grado di educazione e civiltà per poter ricevere il messaggio cristiano.



JURA GENTIUM



Gli scolastici di Salamanca mantengono formalmente il loro rispetto e la loro ammirazione per il filosofo, ma sono obbligati a rendere compatibile il suo pensiero con i principi del cristianesimo, come aveva fatto Tommaso. Vitoria e De Soto sostengono che Aristotele ha dimostrato *elegantemente e accuratamente* l'esistenza di "schiavi per natura", ma modificano la dottrina aristotelica in due punti essenziali: tolgono la relazione padrone/schiavo dall'ambito del diritto naturale e affermano che essa deve essere esercitata non per beneficio del padrone, ma dello schiavo. Per questo ammettono che gli indigeni possono e devono essere sottoposti a un tipo di governo che deve essere esercitato a beneficio loro e non degli Spagnoli. (65) Si discostano poi da Aristotele nel negare che possa esistere uno stato di inferiorità permanente, ma affermano che ogni condizione umana può essere migliorata e perfezionata con una buona educazione.

Anche Las Casas si dedica ad uno studio dettagliato, mediato da Tommaso, del filosofo greco, ma conserva una grande libertà di giudizio: a Juan de Quevedo che gli oppone l'autorità di Aristotele risponde che: "Aristotele è un pagano che brucia nel fuoco dell'inferno, la cui dottrina noi non abbiamo bisogno di seguire eccetto nel caso che sia conforme alla verità cristiana"; e nell'*Apologia* non esita a prendere congedo dal filosofo: "*Valeat Aristoteles! A Christo enim qui est Veritas Aeterna habemus: 'Diliges proximum tuum sicut teipsum'*". (66)

Ma il frate domenicano continua usando le categorie e gli argomenti aristotelici, mostrando una conoscenza precisa del testo, fin dove gli possono servire nella difesa degli indigeni: ricorre al principio della perfezione della natura per negare che intere popolazioni possano esistere in uno stato permanente di barbarie, mostra che l'alto grado di civiltà dei popoli indigeni è un chiaro segno di autogoverno e che quindi gli indigeni non possono essere confusi con i *servi a natura* di Aristotele. A differenza del filosofo greco nega inoltre che i barbari possano essere cacciati come bestie feroci perché, anche per essi, Cristo ha sparso il suo sangue e anche in essi è presente l'*imago Dei*. (67) Di fatto tutto il suo discorso è finalizzato allo "svuotamento" della categoria dei *barbari simpliciter* dei medievali che Maior e Sepúlveda avevano identificato negli indigeni: questa definizione rimane di nuovo senza un reale referente empirico come una pura ipotesi di ragione che si può applicare a casi isolati e mostruosi ma non a interi popoli.

Nonostante ciò, Las Casas mutua da Aristotele non solo il linguaggio, le categorie e i principi ma anche il metodo dialettico: il suo discorso prende l'avvio dai principi condivisi dagli interlocutori (gli *endoxa*) per arrivare, in modo dialettico, a conclusioni sempre più consistenti e coerenti attraverso gli espedienti della retorica forense. Il Frate Domenicano è certamente un missionario e un Vescovo, ma è soprattutto, il *Procurador de los indios*, titolo che gli viene conferito dagli stessi *caciques* indigeni che lo costituiscono come loro rappresentante presso le *Cortes*. (68) Per questo il suo discorso è una interminabile arringa di difesa intessuta di argomenti giuridici che egli utilizza con molta competenza, come ha osservato Tierney, e che si inserisce in quel tipo di dialettica che Aristotele chiama retorica giudiziaria. (69)

Affermare il carattere retorico del suo discorso non significa sminuirne la sua validità, ma aiuta forse a collocare il suo pensiero in una nuova luce e a spiegare il suo stile farraginoso, pieno di *excursus* e di ripetizioni: egli non si rivolge agli studenti dell'università ma ai giudici delle *Cortes* e della *juntas* che avevano il compito di



emettere delle sentenze, di promulgare delle leggi e di proporre soluzioni concrete. Il suo obiettivo è quello di convincere e “scoprire il possibile mezzo di persuasione riguardo a ciascun oggetto”. (70) Ed è questo che egli fece nel 1551, leggendo la sua monumentale *Apologia* davanti alla *junta* di Valladolid, composta dai maggiori teologi e giuristi dell’epoca durante cinque giorni consecutivi, (71) ed è questo che egli non smise mai di fare durante tutta la sua lunga battaglia in difesa dei diritti degli indigeni che mai avevano trovato un così tenace e abile avvocato difensore.

Alle origini della modernità

Abbiamo cercato, in questo saggio di esporre le posizioni di alcuni protagonisti del dibattito sulla “Conquista delle Indie”, e di cercare di capire i loro problemi, molti dei quali, pur nel cambiamento dei contesti e dei linguaggi, continuano ad essere i nostri problemi.

L’improvvisa e inaspettata apparizione di un intero continente e di popolazioni totalmente sconosciute poneva delle questioni nuove alla “coscienza” europea che allora si identificava con la coscienza cristiana. Come era possibile che intere popolazioni fossero rimaste, durante migliaia di anni, sconosciute agli europei e senza alcuna notizia del messaggio cristiano, praticando usi e costumi così diversi e per certi aspetti aberranti e contro natura? Ciò metteva in dubbio i concetti consolidati di tempo e di spazio che si fondavano sulla cronologia biblica e sulla geografia aristotelico-tolemaica, ma anche tutto l’edificio giusnaturalista veniva scosso profondamente. Infatti esso prevedeva che l’uomo potesse essere completamente tale solo riconoscendo e accettando il messaggio cristiano; ma affermava anche che senza di esso, tutti gli uomini, attraverso il lume della ragione naturale, fossero depositari delle verità fondamentali iscritte da Dio nei loro cuori e nelle loro menti.

I teologi non sapevano o non potevano portare una luce in questo cono d’ombra che si proiettava sul passato dal quale i nuovi popoli erano improvvisamente emersi, se non appellandosi ai voleri misteriosi di Dio. Ma la questione più urgente e drammatica riguardava il presente, cioè la maniera di includere questi nuovi popoli nella *Respublica Christiana* e di condurli alla conoscenza della vera religione.

Le civiltà iberiche, che per prime erano venute a contatto diretto con le nuove popolazioni, furono, per quasi due secoli, le uniche a occuparsi intensamente e sistematicamente dell’interpretazione, del significato e delle conseguenze di questo straordinario avvenimento storico.

La risposta più “facile” e immediata fu quella di Sepúlveda: riconoscere in questo fatto storico una manifestazione di superiorità. Per un misterioso disegno provvidenziale Dio aveva permesso che tali popoli inferiori cadessero sotto la dominazione di popoli a loro superiori che per questo avevano tutto il diritto di sottometterli: il cammino verso l’eurocentrismo era iniziato. L’Europa cominciava a sentirsi il centro del mondo, incaricata di una missione civilizzatrice universale condotta, inizialmente, in nome della religione, poi della civiltà, del progresso, della razza, e finalmente del libero mercato, dei diritti dell’uomo, della democrazia o di tutti questi motivi allo stesso tempo. Le successive filosofie della storia non saranno che potenti giustificazioni ideologiche di tale presupposto. Per questo, gli storici non registrano una discussione così accesa e



profonda da parte delle altre potenze coloniali europee: l'ideologia della superiorità culturale (quando non razziale) aveva ormai preso il sopravvento e bastava da sola a giustificare la colonizzazione. (72)

Ma, agli albori dell'espansione europea, la partita era ancora aperta e la coscienza dell'Europa come centro del mondo ancora in formazione; perciò fu possibile il sorgere di interpretazioni diverse che diedero origine al dibattito che abbiamo affrontato. Esse venivano espresse soprattutto dai missionari che vivevano un conflitto di identità, fra i doveri verso gli interessi dei nascenti Stati nazionali, e quelli della loro missione, che ne costituiva la ragion d'essere: portare il messaggio evangelico a tutti gli uomini indistintamente, senza eccezioni. Per molti di essi la missione religiosa e quella temporale si identificavano e agivano come agenti della "conquista spirituale" a fianco di quella "materiale"; altri percepirono l'impossibilità di conciliare le due appartenenze e cercarono altre strade.

Su questo terreno si mossero sia i maestri di Salamanca sia Bartolomé de Las Casas. Tutti concordavano che la scoperta del Nuovo Mondo significava un'opportunità unica per l'allargamento degli orizzonti della *Respublica Christiana*. I primi avevano però intuito che questo allargamento non poteva avere come soggetti le antiche autorità universali del Medioevo e che si apriva una nuova stagione dove le nazioni avrebbero giocato un ruolo primario.

Vitoria, attraverso lo *ius peregrinandi et degendi*, apre la stagione del nuovo diritto internazionale delle potenze europee fondato su una asimmetria ineliminabile fra i paesi centrali e periferici. Asimmetria che viene rafforzata dalla relazione di ambigua alleanza che egli stabilisce fra lo *ius commercii* e lo *ius praedicandi evangelium* e che offre argomenti per la giustificazione di una politica aggressiva di espansione coloniale. (73) Mentre Vitoria cerca degli argomenti che possano conciliare l'interesse del commercio e quello della fede, Las Casas denuncia *la cobicia por el oro* come il vero motivo e movente della *Conquista* e afferma che la vera idolatria da estirpare non è quella degli indigeni ma quella dei *conquistadores* per il dio oro. (74)

Las Casas rimase "ancora" nell'orizzonte della cristianità medievale e delle sue supreme autorità, l'Impero e il Papato. Egli mantenne la concezione ministeriale del potere: se Dio, nel suo misterioso piano provvidenziale, aveva lasciato queste popolazioni lontano dal suo messaggio e le aveva fatte "scoprire" dagli spagnoli ciò non costituiva un segno della superiorità degli stessi, ma della loro responsabilità verso tali popoli. Gli *indios* dovevano essere considerati come uomini pienamente razionali come noi e come nostro prossimo. Ciò comportava il rispetto, per diritto naturale e per carità cristiana, delle loro istituzioni politiche e dei loro costumi sociali e il dovere di portare a pieno compimento la loro umanità attraverso la propagazione pacifica e non violenta del Vangelo. Nonostante fosse espressa in categorie più antiche e tradizionali la proposta di Las Casas era quella che andava più a fondo nella radicalità dell'analisi, della denuncia e delle soluzioni.

Il pensiero dei maestri di Salamanca e di Las Casas fece scuola in Europa e non solo in ambito cattolico, ma esula totalmente dal nostro proposito affrontare la storia di questo influsso. Ci appare però suggestiva l'ipotesi di Brian Tierney secondo la quale la persistenza della dottrina dei diritti naturali elaborata dagli scolastici, ma che affonda le sue radici nella giurisprudenza medievale, può avere esercitato un influsso decisivo sul



giusnaturalismo moderno che apparirebbe così come una secolarizzazione dei principi cristiani. Tierney riferendosi al dibattito fra Karl Löwith e Hans Blumemberg sulla modernità come processo di secolarizzazione del cristianesimo suggerisce l'ipotesi che la teoria dei diritti naturali degli scolastici spagnoli del Cinquecento possa fornire degli elementi storiografici per dimostrare come essi costituiscano le figure di transizione che legano alcune teorie medievali e la loro versione moderna secolarizzata. (75)

Utilizzando questa chiave di lettura Tierney afferma che la vera novità degli scolastici è l'introduzione nel corpo del diritto naturale tomista del concetto dei diritti soggettivi. Il pensiero degli scolastici costituirebbe così il ponte attraverso il quale si effettua la transizione fra Medioevo e Modernità, inserendosi fra il diritto oggettivo degli antichi e i diritti soggettivi dei moderni.

Quanto all'America Latina è indubbio che l'esempio di Las Casas ispirò generazioni di missionari e di modelli di evangelizzazione, sia nel quotidiano della Chiesa latinoamericana sia negli esperimenti eccezionali come quello delle *reducciones* o *misiones* gesuitiche che realizzarono in grande scala i tentativi di evangelizzazione pacifica di Las Casas.

Nonostante tutte le atrocità, le ingiustizie e i tentativi di "pacificazione" c'è sempre stata in America Latina una resistenza tenace dei popoli indigeni alla loro assimilazione e a loro asservimento, una lotta tenace per il riconoscimento dei loro diritti che, dopo cinquecento anni, vengono ancora violati e calpestati. Emblematica è al riguardo la lotta dei popoli indigeni del Chiapas del Messico, in quella stessa regione dove Las Casas aveva tentato invano di esercitare la sua missione di Vescovo.

Per questo l'importanza storica del Procuratore degli *indios* è molto cresciuta in questi anni ed è stata rivalutata soprattutto dai movimenti di Liberazione dell'America Latina e in particolare dai teologi e filosofi della liberazione, che hanno riletto la storia del continente dal punto di vista dei vinti, dei poveri e di tutti quei soggetti che, durante questi lunghi secoli, sono state e continuano ad essere le vittime di una struttura sociale che affonda le sue radici nelle profonde ingiustizie dei primi tempi della conquista delle Americhe che Las Casas non aveva mai cessato di denunciare.

Note

1. Cf. G. Fioravanti, *Servi, rustici, barbari: interpretazioni medievali della "Politica" aristotelica*, in "Annali della Scuola Normale", Classe di Lettere e Filosofia, XI, 2 (1981), pp. 399-429.

2. Cf.: G. Tosi, *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo (1510-1573)*. "Veri domini" o "servi a natura"?, *Divus Thomas*, (33/2002), pp. 40-55.

3. Cf. Aristotele, *Politica*, I, 2, 1252b 5-9.

4. Cf. Id., *Etica Nicomachea*, VII, 1, 1145a 28-33; VII, 6, 1148b 18-25; VII, 6 1149a 7-12.

5. Cf. J. G. de Sepúlveda, *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*, a cura de A. Losada, Madrid 1984 (1951), p. 22; cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 132-147.



6. Cf. V. Carro, *La teologia y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, Salamanca 1951, pp. 287-292.
7. Citato in G. Gutierrez, *Alla ricerca dei poveri di Gesù Cristo. Il pensiero di Bartolomé de Las Casas*, Queriniana, Brescia 1995, pp. 43-44.
8. F. De Victoria, *Relectio de Indis*, I, 7, p. 10.
9. De Soto, Domingo: *Relección de Dominio*, a cura de Jaime Brufrau-Prats, Universidade de Grenada 1964.
10. Cf. I. Pérez Fernandez, *Cronologia comparada de las intervenciones de Las Casas y Vitoria en los asuntos de América*, in *I diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Vitoria e Bartolomé de Las Casas*, atti del Congresso Internazionale tenuto alla Pontificia Università S. Tommaso (Angelicum), Roma 4-6 marzo 1985, Massimo Editore, Milano 1988, pp. 539-568, a p. 567
11. Cf. D. Composta, *Il concetto di diritto nell'umanesimo giuridico di Francisco de Vitoria*, in *I diritti dell'uomo e la pace...*, cit., p. 273.
12. Cf. *ibid.*, p. 289.
13. Vitoria, F., *De Indis*, I, I, 12, p. 26.
14. Pur con motivazioni e giudizi diversi sono d'accordo su questo punto Michel Villey, Paolo Grossi, B. Tierney, Daniel Deckers; invece propendono per una stretta continuità fra i teologi di Salamanca e S. Tommaso, il padre Venancio Carro, Jaime Brufau Pratz e Philippe André Vincent. Cf: Villey, M.: *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique*, in "Quaderni Fiorentini per La Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 1973, n° 1, p. 54; P. Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico della seconda Scolastica*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", n° 1, 1973, p. 123. Tierney, B.: *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law (1150 - 1625)*, Emory University, Emory 1997. Deckers, D.: *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546)*, Freiburg i. Ue. -Freiburg i. Br., Universitätsverlag-Herder 1991. Carro, V.: *La teologia y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, Salamanca 1951, pp. 711. Brufau Prats, J. *La aportación de Domingos de Soto a la doctrina de los derechos del hombre y las posiciones de Bartolomé de las Casas*, in *Las Casas e la politique des droits de l'homme*, Aix-en-Provence 1976. Vincent, A. o. p.: *La dialectique lascasienne du droit naturel concret. Las Casas et les droits de l'homme*, in *I diritti dell'uomo e la pace...* cit., pp. 639-649.
15. Cf. P. Grossi, *La proprietà*, cit. p. 123.
16. *Ibid.*, pp. 134-135.
17. *Ibid.*, p. 139.
18. Cf. B. Tierney, *Aristotle and the American Indians-Again. Two critical discussion*, in "Cristianesimo nella Storia", Bologna 12 (1991), pp. 295-322, a p. 299.
19. Cf. R. Tuck, *Natural Rights Theories: their Origin and Development*, Cambridge University Press, Cambridge 1979, p. 46.



20. Cf. A. Vincent o. p., *La dialectique lascasienne...* cit., pp. 639-640.
21. Cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 132-147.
22. Cf. T. Todorov, *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Torino 1984 (1982); *Le morali della storia*, Torino 1995, pp. 231-233.
23. B. de Las Casas, *Apologia*, a cura di Angel Losada, in "Obras Completas", vol. 9, Madrid 1988.
24. Secondo la *Apologia* di Las Casas, i quattro tipi di barbari sono: gli uomini crudeli e inumani; quelli che non possiedono la scrittura; i barbari intesi in senso vero e proprio; tutti coloro che non conoscono Dio (cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 168-178).
25. Cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 121-122.
26. Gliozzi, G.: *Adamo e il nuovo mondo. La nascita dell'antropologia come ideologia coloniale: dalle genealogie bibliche alle idee razziali (1500-1700)*, La Nuova Italia, Firenze 1977, p. 279.
27. *De Indis*, I, I, 16, p. 30.
28. *Idem*, I, 3, 17, p. 97.
29. Cf. B. De Las Casas, *Brevissima relazione della distruzione delle Indie*, Mondadori, Milano 1991, pp. 29-30.
30. Cf. *ibid.*, pp. 30-31.
31. Cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 61-70.
32. Cf. Tosi, G. *Il de Regia Potestate di Bartolomé de Las Casas*. Atti e memorie dell'Accademia Galileiana di Scienze, Lettere e Arti, Padova: Vol. CXI, (1998-99), p. 25-50, 1999.
33. Cf. B. De Las Casas, *De Regia Potestate*, CSIC, Madrid 1984, p. 17.
34. *Ibid.*, p. 88.
35. L'opera classica sull'argomento rimane ancora quella di Arquilliere, H. X.: *L'augustinisme politique. Essai sur la formation des théories politiques du Moyen-âge*, Vrin, Paris 1955.
36. Cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 141-144.
37. Vitoria, *Relectio de Indis*, cit., 1, 2, 2, p. 40; I, 2, 4, p. 46.
38. Cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 109-128.
39. Vitoria, *Relectio de Indis*, cit., I, 3, 1, p. 77.
40. Cf. C. Schmitt, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello "ius publicum europeum"*, cit., pp. 109-110.
41. H. Mechoulam, *Vitoria, père du droit international?*, in "Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria", cit., pp. 15-17.
42. Cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 117-120.



43. Secondo Pierre Mesnard Vitoria è l'autore che "più ha contribuito a precisare l'idea di sovranità", che sarà poi chiaramente definita da Bodin; cf. P. Mesnard, *Il pensiero politico rinascimentale*, Laterza, Bari 1964, pp. 127-128.
44. Cf. C. Schmitt, *Il Nomos della terra...*, cit., p. 141.
45. Cf. *ibid.*, p. 133-134.
46. Ferrajoli, *La conquista delle Americhe...*, cit., pp. 442-443.
47. Cf. *ibid.*, p. 443.
48. Cf. *ibid.*, p. 461.
49. Cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 113-114.
50. Cf. A. Pagden, *Lords of all the World. Ideologies of Empire in Spain, Britain and France, c. 1500-c. 1800*, Yale University Press, New Haven-London 1995.
51. C. Forti, *La disputa sulla "guerra giusta" nella conquista spagnola dell'America*, in "Critica Storica", anno XXVII (1991-1992), pp. 251-296, a p. 290.
52. G. Sepúlveda, *Democrates Secundus...* cit. p. 73.
53. F. De Vitoria, *Relectio de Indis*, I, 3, 14, p. 93.
54. *ibid.*, I, 3, 5, p. 84.
55. *Ibidem*, I, 3, 5, p. 85.
56. *Ibidem*.
57. *Ibidem*, I, 3, 7, pp. 86-87:
58. F. De Vitoria, *Relectio de Jure Belli*, CSIC, Madrid 1981, III, 3.4 e III, 4. 5.
59. Francesca Cantù afferma che la totale e radicale condanna della guerra come mezzo di penetrazione religiosa da parte di Las Casas fa venire in mente "l'irenismo evangelico di stampo erasmiano, per il quale la conquista pacifica basata sul perfezionamento interiore è sempre preferibile alla crociata. In fin dei conti, che cos'è la guerra - scrive il Domenicano - se non 'multorum homicidium commune et latrocinium?"; F. Cantù, *Bartolomé de Las Casas nel quadro del suo tempo*, in *I diritti dell'uomo e la pace ... cit.*, p. 69. Il testo più importante per la discussione dell'evangelizzazione pacifica è il *De unico vocationis modo omnium gentium ad veram religionem*, cf. B. De Las Casas, *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*, testo latino e trad. in spagnolo, Mexico, 1942 (con introduzione di L. Hanke).
60. Las Casas accetta la dottrina di Tommaso che considerava l'eresia un delitto non solo contro l'unità della Chiesa ma anche una minaccia all'ordine sociale e quindi passibile persino della pena di morte. Secondo Gustavo Gutierrez: "Las Casas non sottopone a un rigoroso esame critico la posizione di Tommaso d'Aquino sull'eresia. Nelle Indie non era questo il suo problema. Se lo ricorda è per dimostrare che non è questo il caso degli abitanti di queste terre, e rifiuta quindi che il comportamento accettato da Tommaso nei confronti degli eretici venga loro applicato: essi vanno



condotti alla fede con la persuasione e non con la coercizione”; cf. G. Gutierrez, *Alla ricerca dei poveri di Gesù Cristo...* cit., p. 201.

61. B. de Las Casas, *Brevissima relazione...* cit., p. 42.

62. Cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 141-144.

63. G. Gliozzi, *Tre studi sulla scoperta culturale del nuovo mondo*, in “Rivista storica italiana”, p. 166.

64. Cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 133-138.

65. Vitoria, *Relectio de Indis*, cit., I, 3, 17, p. 97.

66. Las Casas, *Apologia*, cit., 3, 21, p. 99.

67. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 174-176.

68. *Idem*, pp. 166-167.

69. Aristotele, *Retorica I*, 1368b 1 - 1377b 12.

70. *Ibid.*, 1355b 25, p. 11.

71. Sul dibattito de Valladolid rimane sempre attuale l’opera classica di L. Hanke, *Aristotle and the American Indians. A study in Race prejudice in the modern world*, London-Chicago 1959, pp. 16-17.

72. Su questo aspetto hanno insistito i filosofi della liberazione latinoamericani. Cf. E. Dussel, *L’occultamento dell’altro. Alle origini del mito della modernità*, Celleno 1993, p. 23. Vedi dello stesso autore: *Filosofia della liberazione*, edizione italiana a cura di Armando Savignano, Brescia 1992 (1977, 1989 Mexico).

73. Cf. G. Tosi, *op. cit.*, pp. 114-120.

74. Cf. Rizzi, A.: *L’oro del Perú: la solidarietà dei poveri*, Quaderni ASAL, Bologna 1984; *Coscienza Cristiana e Nuovo Mondo*, Quaderni di S. Apollinare, Fiesole 1992.

75. B. Tierney, *Aristotle and the American Indians...* cit., p. 320.

Les relations entre les civilisations islamique et occidentale

Yadh Ben Achour

Le concept de civilisation est un concept extrêmement large qui englobe tous les éléments de la culture, des croyances, des moeurs, des langues, des mentalités et de l'esprit civique. C'est, en réalité, l'observateur ou l'analyste qui sélectionne arbitrairement un élément de cet ensemble pour parler, décrire ou juger une civilisation.

Ainsi, dans l'expression "civilisation africaine", nous sélectionnons, en tant qu'observateurs, des éléments d'identification commune à la fois géographiques, ethniques et raciaux pour parler d'un ensemble de populations. Il en est de même, lorsque nous évoquons la "civilisation occidentale".

Dans l'expression "civilisation arabe" nous procédons de la même manière, en sélectionnant cette fois-ci un élément linguistique et géographique.

On peut ainsi mesurer la complexité, l'enchevêtrement, mais surtout le caractère arbitraire des définitions avec des expressions comme "civilisation asiatique", "civilisation chinoise", "civilisation japonaise", "civilisation anglo-saxonne", "civilisation latine", "civilisation américaine", "civilisation française", "civilisation orientale", etc. Dans toutes ces hypothèses, c'est l'observateur ou le chercheur qui construit plus ou moins arbitrairement l'objet de son observation ou de sa recherche.

Il en est ainsi lorsque nous parlons de "civilisation islamique". Nous procédons, dans ce cas, par le même arbitraire. Il est évident, en effet, que la religion ne peut être, à elle seule, constitutive d'une civilisation. Cette "civilisation islamique" englobe des histoires, des populations, des géographies, des reliefs, des langues, des moeurs, infiniment disparates et éclatés. Dans cet ensemble, la religion a une place et un rang, parmi les autres éléments constitutifs d'une civilisation. Elle n'a ni monopole, ni exclusivité dans la définition d'une civilisation quelconque. Quoi de commun entre l'Indonésie, le Maroc, la Bosnie, la Turquie, l'Iran, l'Albanie, l'Arabie, et les Ouïgours ? Nous pourrions faire exactement la même remarque à propos de ce qu'on appelle communément "la civilisation occidentale".

Pourtant, si le mot existe, c'est qu'il correspond bien à quelque chose. Un mot, une expression, peuvent être arbitraires, flous, compréhensifs ; ils ne sont jamais délirants et désignent, en toute hypothèse, une réalité quelconque, un objet isolable, analysable selon des critères déterminés. Les mots doivent être pris au sérieux.

Ainsi, on désigne par "civilisation islamique" l'ensemble des nations et des populations, quelles que soient leurs citoyenneté, leurs cultures et leurs histoires particulières, qui se réclament de cette religion monothéiste et adhère à son credo fondamental. Pour pouvoir être à même de parler dans ce cas de "civilisation", nous entendons et admettons que cette religion, débordant largement le cadre étroit de la simple conviction religieuse, détermine et façonne par ailleurs des mentalités, des comportements sociaux, des visions du monde, de la morale des moeurs et du droit. Autrement dit, nous disons implicitement par là que la religion devient civilisation par



JURA GENTIUM



le simple effet de son insertion dans le tissu social, c'est-à-dire, en fait, de sa politisation.

Le concept de “civilisation occidentale” est encore plus arbitraire que celui de civilisation islamique. “Occidental” est un déterminant géographique relatif, puisque tout point sur le globe est à la fois oriental et occidental, selon la perspective. En tant que tel, il est strictement inopérant dans le concept actuel de “civilisation occidentale”, puisque cette dernière comprend des parties du monde, comme l'Amérique, l'Europe, l'Australie qui se situent dans toutes les parties de la planisphère. Quant à la Grèce, elle fut à la fois le berceau de l'Occident, dans sa période antique et elle fut orientale dans sa phase byzantine.

Si nous l'utilisons, c'est que nous reprenons implicitement la vieille division politique, raciale et culturelle du monde en “Orient” et “Occident”, apparue d'abord avec les Grecs, qui voulaient ainsi se distinguer face à l'empire oriental perse, puis avec la division de l'empire romain en empire romain d'Occident et en empire romain d'Orient, enfin au Moyen Âge, avec les croisades, et leur élan expansionniste vers le mythique “Orient”. Le terme “occidental” a fini par perdre toute connotation géographique, pour désigner en définitive des traits de culture de souche spécifiquement européenne, grecque, latine et slave sur le plan linguistique, chrétienne, sur le plan religieux. Dans son sens actuel, il désigne l'ensemble des cultures de souche européenne, juxtaposant à leur patrimoine classique les acquis de la modernité, c'est-à-dire la science et la technologie industrielle et numérique, la sécularisation de la vie sociale et politique, le mode de gouvernement libéral et démocratique.

Le résultat final, lorsque nous envisageons les rapports entre la civilisation islamique et occidentale, c'est de mettre face à face un groupe de populations et d'États qui se définissent par leur appartenance à une religion donnée, avec les conséquences que cela implique sur le plan des relations internationales, et un groupe de populations et d'États qui se définissent, au contraire, par leur commune appartenance à une culture sécularisée. En un mot, le face-à-face de la civilisation islamique et de la civilisation occidentale n'est rien d'autre que la confrontation entre une culture sécularisée et une culture confessionnelle. Cette question du choc des civilisations est une question sérieuse et épineuse. Il ne peut être question de se positionner arbitrairement et subjectivement par rapport à cette question, en affirmant péremptoirement sans analyse des opinions, sans recherche historique et sociologique, qu'un tel choc existe ou n'existe pas. Il faut procéder à une analyse minutieuse des faits et en particulier au niveau des relations internationales.

Quelles sont aujourd'hui les données de base ?

Trois problèmes majeurs semblent marquer le présent du monde islamique.

Le premier problème concerne les suites, parfois tragiques, de la décolonisation. Cette dernière a provoqué ou accentué des phénomènes migratoires complexes qui ont à la fois donné naissance à une forte présence islamique en occident et engendré la multiplication des “terres d'islam” à travers le monde, ce qui va donner lieu à de nouvelles formes de confrontation avec l'Occident.

Le deuxième, c'est que le monde musulman vit dans un climat de tensions internationales quasiment inédit, dans lequel les musulmans, avec leurs Etats, leurs



organisations internationales, leurs organisations non gouvernementales, leurs partis politiques, leur opinion publique et leur presse, se sentent victime d'une agression menée par l'Occident contre l'unité de l'Islam, sa civilisation, son expansion, ainsi que son développement matériel, économique et militaire. Dans ce contexte, la mondialisation est comprise comme une avancée supplémentaire du camp adverse, ce qui va alimenter la psychologie victimaire.

Le troisième concerne la mondialisation. Le rapport de l'islam à la mondialisation est ambigu (1). D'un côté, cette dernière lui apporte, sur le plan technologique de la communication, une force inégalée auparavant, en multipliant ses potentialités d'information de persuasion et de propagande.

Cependant, d'un autre côté, cette même mondialisation provoque, en retour, dans le monde de l'islam, l'aggravation de la psychologie victimaire et revancharde, dans la mesure où l'islam subit la mondialisation et la considère comme un prolongement de la civilisation occidentale. Cela contribue au développement et au renforcement du fondamentalisme.

En effet, cette mondialisation-occidentalisation va provoquer une crispation des musulmans autour d'une identité construite sur le modèle médinois de la cité islamique idéale, celle de l'origine première.

En fait, toutes les conditions historiques actuelles se conjuguent pour diriger la culture et l'opinion de l'islam dans le sens d'un fondamentalisme salafiste attaché à la lettre des textes, sélectionnant les éléments de sa version de l'histoire, de même que sa version du droit, hostile à la modernité, assimilé à l'Occident laïc et non croyant.

Sur le plan sociologique, les phénomènes migratoires sont une cause essentielle de développement de la psychologie victimaire que nous avons évoquée précédemment et qui nourrit l'état d'esprit fondamentaliste. L'exode rural perturbe gravement les fonctions civiques de la cité. La population issue de l'exode rural ne participe nullement au développement de l'esprit municipal. Elle provoque, au contraire, l'apparition d'une citoyenneté de rupture, revendicatrice et revancharde, aussi bien par rapport à l'establishment de la cité, que par rapport à l'Etat. La surpopulation périphérique des grandes cités aggrave toutes les crises. Sur son propre territoire le citoyen devient souvent un déraciné, en divorce avec son milieu. La quête d'un refuge, la recherche du sens, par delà l'Etat, deviennent, en conséquence, des questions centrales de sa vie et en particulier de sa vie politique. Le culturalisme conservateur offre à ce citoyen une réponse à première vue satisfaisante à ses problèmes vitaux.

Les migrations transnationales aboutissent approximativement au même résultat. Sur les nouvelles terres d'Islam, en Europe, aux États-Unis, au Canada, se constituent également des minorités périphériques ethnico-religieuses caractérisées par le déracinement, l'exclusion, l'absence d'intégration réelle et la crispation autour d'une identité inventée. La quête du refuge s'exprime ici alors par le démarquage et l'hostilité latente à l'égard du milieu. " Les mille et une colères des musulmans de sa Majesté (2) " trouveront leur consolation dans le culturalisme radical. Ce dernier, celui d'un Sayed Kotb, d'un Mawdûdi, ou d'un Hassan al Banna, là encore, va pouvoir offrir à la psychologie victimaire des raisons de croire ou d'espérer, de nier ou de haïr, des motifs pour agir, des utopies virtuelles, l'*Ummah*, la *Khilafa*, pour se reconnaître et se



rassembler, une technique de violence, le *jihad*, à leurs yeux salutaire pour s'affirmer. Fort de ses mots, ses valeurs et normes de conduite, le fondamentalisme se place donc volontairement en confrontation avec cet occident devenu mondialisation. Cette confrontation peut aller très loin et revêtir des formes de la violence sans limite et du terrorisme aveugle.

L'effet le plus immédiat de la mondialisation est de provoquer, en même temps qu'une expansion colossale du message, une multiplicité des figures de musulmans à travers le monde, ainsi qu'une occidentalisation des pratiques et des mœurs.

L'occidentalisation des pratiques et des mœurs

Plusieurs auteurs, comme Mahmoud Hussein (3), Olivier Roy, Arjun Appadural (4), Jocelyne Cesari, S. Bryan Turner (5), ont mis l'accent sur cet aspect. La mondialisation entraîne une occidentalisation des pratiques et des mœurs. Plusieurs raisons nous permettent de l'affirmer. La première, la plus évidente, c'est que la technologie de la communication et de la diffusion des idées est purement occidentale. La deuxième, c'est que la langue utilisée par les différents acteurs, dans la majeure partie des cas l'anglais, l'est également. La troisième raison, c'est l'émergence du sujet moderne, des choix individuels et de la subjectivité. Dans le contexte de cet islam virtuel, "sans territoire" et "sans histoire", l'engagement ne dépend plus de l'héritage ou de l'ancrage historique, mais d'un choix subjectif, individuel, en rupture avec les identités et les allégeances ethniques, avec l'Etat, avec les autorités religieuses établies, avec le groupe familial. Une individualisation des choix religieux est perceptible (6).

Occidentalisation ne signifie évidemment pas libéralisation. A ce propos Olivier Roy nous met en garde contre " ...un malentendu fréquent : l'idée que l'occidentalisation de l'islam conduit forcément à une "libéralisation" de l'islam. En fait, l'occidentalisation est non seulement compatible avec un nouveau discours fondamentaliste mais peut même le favoriser tout en adoptant largement une vision occidentale des valeurs et des enjeux... (7) "

Cette opinion est applicable à cet " *islam light* ", métropolitain, " *l'islam de marché* ", selon l'expression de Patrick Haenni (8), incarné en Egypte, en Indonésie, en Turquie, dans des productions télévisées de loisirs populistes, largement démagogiques, occidentalisées dans leur décor bourgeois, fondamentalistes dans leur esprit, colportant le message d'une culture managériale bigote et d'une société marchande vertueuse débarrassée de l'interventionnisme étatique et fondée sur la réussite personnelle bénie de Dieu, le charisme, la richesse et le brio, et animées par des personnalités médiatiques, comme Amr Khaled en Egypte, Abdullah Gymnastiar en Indonésie ou Fethullah Gülen en Turquie. " *Amour, gloire et beauté* ", manière islamique en quelque sorte. Ce phénomène est effectivement observable dans la rue et les jardins publics, en particulier dans le comportement des jeunes couples affichant, par leur tenue, leur adhésion à un islam rigoriste, mais s'adonnant à des loisirs et des plaisirs inconcevables dans la société et l'esprit civique traditionnels.



Le règne de l'antioccidentalisme

Cette occidentalisation ne doit cependant pas cacher le fond du message et des convictions, largement dominés par l'antioccidentalisme. Ce dernier est alimenté par la situation internationale, clairement comprise comme un vaste complot de l'Occident contre l'Islam, en tant que civilisation, culture et croyance. La colonisation, le démembrement de l'empire ottoman, la création de l'Etat d'Israël, l'affaire palestinienne, les affaires irakiennes, la loi française du 15 mars 2004 relative au port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, les collèges et les lycées publics appelés abusivement, mais significativement, loi sur le foulard islamique, l'affaire des caricatures, le discours du pape Benoît XVI, la question de l'entrée de la Turquie dans l'Union européenne, les invasions du Liban par Israël tous ces faits et événements de la politique internationale sont compris comme autant de signes et de manifestations d'hostilité fondamentale de l'Occident à l'égard de l'Islam.

À cela, il faut évidemment ajouter le regard négatif de l'opinion occidentale sur l'Islam et le statut défavorable des populations musulmanes issues de l'immigration.

Il ne faut également pas oublier que cette antioccidentalisme fait partie d'une longue tradition de pensée que l'on retrouve même chez les réformistes, pourtant adeptes d'un alignement relatif sur les modes de pensée et les institutions européennes.

Les porte-voix de cet antioccidentalisme, il faut les chercher aussi bien du côté des Etats comme l'Iran, le Soudan, l'Arabie Saoudite, le Pakistan, qui financent les partis politiques fondamentalistes, l'édition d'ouvrages, de magazines, de brochures, de centres islamiques animés par la méfiance, sinon la haine, à l'égard l'Occident, que du côté des mouvements piétistes et puritains, que des mouvements salafistes et des mouvements et groupes jihadistes, comme les Talibans, al Qaïda, la Jamaat islamiyya, le parti Jihad, le G.I.A, l'Armée de Mohamed en Jordanie ou au Pakistan, le Groupe Abu Sayyaf aux Philippines le Fath al Islam au Liban, etc. En tout état de cause, pour l'immense majorité des musulmans, l'Occident ne peut être l'ami des musulmans. Au minimum, il est l'étranger. Au maximum, il est l'ennemi héréditaire qu'il faut combattre.

Dans ce milieu ambiant, la mondialisation est comprise exclusivement comme le triomphe de la pensée unique occidentale au niveau des idées, des valeurs, des mœurs, de la politique et du droit, avec les risques de dissolution qu'elle comporte. À ce titre, sans esprit de repli, ni sentiment revanchard, certains auteurs revendiquent un droit à la différence sinon à la résistance, comme le proclament Mustapha Chérif (9) ou Tariq Ramadan (10).

Ce message était au cœur même du réformisme. Refusant l'unité du monde par l'europanisation, prônée par certains, cheikh Al Khidhr Ibn Husseïn répondait : " Il saute aux yeux de ceux qui considèrent avec discernement la civilisation européenne que celle-ci ne répond ni aux exigences de la raison, ni à celles du droit, *shar'*. La juste diversité des nations vaut mieux que leur unité sur l'erreur, *bâtil*. (11)"

Ces réactions sont accompagnées ou précédées d'un procès à la civilisation occidentale, notamment un procès moral. Ce procès constitue un thème classique de la littérature politique dans les pays d'islam. Il vise aussi bien le domaine des mœurs que celui de



l'économie, des finances, ou de la politique internationale. C'est ainsi qu'en 1922, Ahmed Riza, ancien président de la chambre des députés et du sénat de l'empire ottoman, écrivit un ouvrage qui eut à l'époque une certaine notoriété et dans lequel il dénonçait la fourberie, la mauvaise foi, le fanatisme, la tyrannie, la fausse liberté, l'arrogance, l'hypocrisie, l'injustice et la méthode des deux poids et deux mesures de la politique occidentale internationale. Cet ouvrage est intitulé : " La faillite morale de la politique occidentale en Orient ". La décadence morale de l'Occident ne lui permet pas pensait-il, d'imposer ses normes. Certaines de ses affirmations sont reprises intégralement aujourd'hui. Ainsi en est-il lorsqu'il écrit : "La politique maladroite et inique des puissances alliées a eu également sa répercussion en Orient; elle y a réveillé la susceptibilité des peuples, provoqué des protestations et fait naître un dégoût universel. Personne n'ajoute plus foi à la parole donnée, aux traités signés par les Etats européens et par l'Amérique. Les mots civilisation, humanité, religion, par lesquelles on a leurré le monde, n'inspirent plus que le doute et l'appréhension. Ces mots eux-mêmes ont fait faillite. (12)"

Les attaques les plus virulentes concernent le domaine des mœurs. On dénonce, comme le firent Hassan al Banna, Sayed Qotb et tant d'autres, la marchandisation des femmes par l'exhibitionnisme publicitaire du corps féminin, considéré comme obscène et attentatoire à la dignité de la femme, la polygamie occidentale qui ne dit pas son nom mais qui existe bel et bien comme le révèle la vie privée de certaines grandes personnalités occidentales, l'homosexualité qui provoque des ravages sociaux incommensurables, la sexualité débridée, signe de bestialité et violation du droit naturel, l'alcoolisme, la drogue... Tout cela pour conclure, à l'instar d'Ahmed Riza, que la décadence morale de l'Occident ne lui permet pas "au point de vue moral surtout, d'imposer des lois à la conscience des musulmans et de régler leurs actions (13)". Cet anticcidentalisme peut aboutir à des formes extrêmes d'agressivité mentale et de dénigrement alimentant, en même temps que d'autres facteurs, les discours de haine ou les actions de violence.

La crise internationale entre la civilisation islamique et l'Occident

Cet antagonisme se manifeste évidemment au niveau des relations internationales, comme le démontre amplement l'affaire des caricatures de Mahomet. Cette affaire révèle une incompatibilité entre deux styles de cultures, l'une laïque faisant prévaloir la liberté de conscience et la liberté d'expression sur la liberté de religion, l'autre confessionnelle ne pouvant admettre la critique ou ce qu'on appelle aujourd'hui " la diffamation des religions ".

L'affaire des caricatures, indépendamment du fait que le style caricatural n'est pas réellement intériorisé dans l'aire de la civilisation islamique, ne peut se comprendre que rapportée à son contexte particulier politique et psychologique. Les musulmans, " historiques " ou ceux " d'outre-mer ", souffrent, comme nous l'avons déjà indiqué, d'un complexe victimaire, alimenté objectivement par les politiques internationales des puissances occidentales. Pour les musulmans, ces caricatures, ce n'était pas vraiment pour rire. En fait, elles s'inscrivent dans un contexte lourdement pollué, par l'idée du complot séculaire de l'Occident contre l'Islam, ce qui explique ces réactions démesurées dans le monde musulman et ailleurs.



JURA GENTIUM



Cette affaire des caricatures a donné lieu à des protestations de toutes sortes des communautés islamiques aussi bien dans les pays occidentaux que dans l'ensemble du monde musulman. Dans ce dernier cas, nous avons assisté à des explosions de violence, notamment des agressions contre les personnes, les biens, ou les missions diplomatiques et consulaires de certains pays occidentaux. Ces agressions ont été fermement condamnées par le Conseil des ministres de l'Union européenne le 27 février 2006 qui a insisté sur le principe fondamental de la liberté d'expression qui doit s'exercer dans un esprit de respect des religions et autres croyances ou convictions (14).

Par une déclaration conjointe du 7 février 2006, le Secrétaire général des Nations Unies, le Haut Représentant de l'Union Européenne et le Secrétaire général de l'Organisation de la conférence islamique ont affirmé : “Nous comprenons la profonde blessure et l'immense indignation ressentie dans le monde musulman. Nous croyons que la liberté de la presse implique responsabilité retenue et devrait respecter les croyances...”

L'Organisation de la conférence islamique a pris l'initiative d'inscrire à l'ordre du jour de la 174e session du Conseil exécutif de l'UNESCO un point supplémentaire : “Liberté d'expression et respect des croyances symboles et valeurs religieux et des cultures” (15).

La résolution finale du Conseil exécutif de l'UNESCO adoptée à la 174e session “...7. défendant l'exercice de la liberté d'expression dans un esprit de respect mutuel et de compréhension mutuelle, exhorte au respect mutuel de la diversité culturelle, des convictions religieuses et des symboles religieux ;”

Sur cette ligne de démarcation, si difficile à définir, entre la liberté d'expression et le respect des convictions religieuses, l'UNESCO ne pouvait pas faire plus, ni mieux, que de couper la poire en deux.

Le véritable problème consiste à savoir si c'est la liberté d'expression, qui doit tolérer la liberté de religion, ou si c'est cette dernière qui doit tolérer la liberté d'expression. Dans le contexte occidental, il me semble que c'est plutôt la liberté d'expression, liberté première, qui doit tolérer l'existence de la liberté de religion devenue liberté de second rang par rapport à la liberté d'expression. Le tribunal correctionnel de Paris vient d'en donner un témoignage éclatant dans le jugement de sa 17^{ème} chambre rendu le 22 mars 2007. Répondant aux trois plaignants, l'Union des organisations islamiques de France, la Grande mosquée de Paris et la Ligue islamique mondiale, contre le directeur du journal satirique Charlie hebdo, le tribunal devait tout d'abord affirmer que deux des trois caricatures incriminées ne visaient pas l'ensemble de la communauté islamique mais les intégristes radicaux, et que, par conséquent, de ce point de vue, elles n'étaient porteuses d'aucune offense à caractère discriminatoire ou racial. Le tribunal reconnaît que le dessin, repris au journal danois Jyllands Posten, à l'origine de toute cette affaire, et qui montre le Prophète Mahomet coiffé d'un turban avec un boulet explosif est “ en soi et pris isolément de nature à outrager l'ensemble des adeptes de la foi musulmane”, mais que, replacé dans son contexte général et éditorial, il ne peut “qu'être regardé comme participant à la réflexion dans le cadre d'un débat d'idées sur des dérives de certains tenants d'un islam intégriste ayant donné lieu à des débats violents”. L'idée et les mots ne sont pas sans rappeler les affirmations de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Gunduz c. Turquie* du 4 décembre 2003. Le tribunal correctionnel devait arriver à la même conclusion que la cour de Strasbourg. Pour lui,



“les limites admissibles de la liberté d’expression n’ont pas été dépassées, les dessins litigieux participant au débat public d’intérêt général”.

Tel me semble être le point de divergence essentiel entre les civilisations islamique et européenne. Il se situe au niveau de l’ordre des priorités. Les uns disent la liberté de conscience et d’expression avant la liberté de religion, les autres renversent l’ordre des priorités. Ce problème capital alimente cet état de crise internationale entre la civilisation islamique et l’Occident.

En effet, une véritable crise internationale existe entre la civilisation islamique et l’Occident. Cette crise est entretenue des deux côtés par une série d’événements.

D’un côté, et pour ne prendre que quelques exemples, les déclarations du président du conseil italien Silvio Berlusconi le 26 septembre 2001 sur la supériorité de la civilisation occidentale, la loi française du 15 mars 2004 votée à propos du port du foulard islamique dans les écoles, l’affaire des caricatures en 2005-2006, le discours du pape Benoît XVI à Ratisbonne, le 12 septembre 2006, le projet américain de Grand Moyen-Orient.

De l’autre côté, la prise d’otages du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran en 1979, les attentats du 11 septembre 2001, les grandes opérations terroristes de Paris, Londres, Madrid, l’assassinat de Théo Van Gogh, les manifestations de foule et les attaques contre les consulats et ambassades occidentaux à propos de l’affaire des caricatures. Les enceintes internationales telles que l’Assemblée générale des Nations unies, l’Unesco, le Comité des droits de l’homme, le Conseil des droits de l’homme, deviennent évidemment, par la force des choses, l’écho de ces confrontations.

Ainsi, le Conseil des droits de l’homme a adopté par 24 voix contre 14 avec 9 abstentions une résolution au cours de sa 31e séance, le 30 mars 2007, dans laquelle il note “ avec une vive inquiétude que les déclarations dans lesquelles les religions - l’islam et les musulmans en particulier - sont attaqués auraient tendance à se multiplier ces dernières années dans les enceintes de défense des droits de l’homme ; se déclare profondément préoccupé par les tentatives visant à associer l’islam avec le terrorisme, la violence et les violations des droits de l’homme; note avec une vive inquiétude l’intensification de la campagne de diffamation des religions et le profilage ethnique et religieux des minorités musulmanes depuis les événements tragiques du 11 septembre 2001 ;... se déclare aussi préoccupé par les lois ou les mesures administratives qui ont été spécifiquement conçues afin de “ contrôler ” et “ surveiller ” les minorités musulmanes et arabes, les stigmatisant ainsi encore davantage et légitimant la discrimination dont elles sont victimes ;... Engage instamment les Etats à prendre des mesures énergiques pour interdire la diffusion, y compris par des institutions et organisations politiques, d’idées et de documents racistes et xénophobes visant toute religion où ses fidèles, qui constitue une incitation à la haine, à l’hostilité ou à la violence raciale et religieuse... Insiste sur le droit de chacun à la liberté d’expression, qui devrait s’exercer de façon responsable et peut donc être soumis à des restrictions, prescrites par la loi et nécessaire pour le respect des droits ou de la réputation d’autrui, la protection de la sécurité nationale ou de l’ordre public, de la santé ou de la morale publique, et le respect des religions et convictions ;... ”



De tels propos sont tout à fait significatifs de l'état d'hostilité latente ou déclarée entre le groupe des Etats appartenant à la civilisation islamique et ceux appartenant au " bloc occidental ". Le point de confrontation fondamentale se situe essentiellement entre la liberté d'expression et la liberté de religion. Tel est le noeud gordien des relations internationales dans le monde d'aujourd'hui.

La recherche du dialogue et l'évaluation positive des valeurs occidentales

La crise internationale des civilisations telle que nous venons de la décrire s'avère extrêmement inquiétante pour la paix dans le monde. En suivant son cours, elle pourrait aboutir aux pires ravages qu'a connus la planète. La majorité de l'opinion, aussi bien du côté occidental que du côté islamique, est tout à fait consciente des risques et des dangers. Ainsi, de nombreux Etats engagent résolument leur diplomatie vers la pacification de cette confrontation, par le dialogue des civilisations et des cultures. Par ailleurs, un travail intellectuel intense a lieu aussi bien au sein de l'Unesco et les organisations en régionale à caractère culturel, que par l'intermédiaire de la presse et de l'édition, en vue d'affirmer le dialogue des civilisations et la protection de la diversité culturelle.

Le dialogue des civilisations est donc le résultat forcé de cette confrontation toujours menaçante entre les impérialismes, l'hégémonie et l'injustice de la société internationale d'un côté, et le réflexe d'autodéfense qui atteint parfois le degré sacrificiel de la violence terroriste, d'un autre côté.

La volonté de dialogue entre les civilisations a déjà été affirmée dans la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies 53-22 du 4 novembre 1998, initiée par le président de la république islamique d'Iran. Les principes de cette résolution ont été réaffirmés plusieurs fois par la suite. Il est intéressant de noter que la résolution 55-23 adoptée le 13 novembre 2000 a bien mis l'accent sur la liaison entre eux la recherche de la paix et le dialogue des civilisations et que dans l'optique onusienne telle qu'elle a été exprimée par le secrétaire général des Nations unies, le dialogue des civilisations constitue " un nouveau modèle de relations internationales ".

L'Unesco a évidemment repris à son compte la thèse anti-Huntington. Exprimée par la résolution 31 du 17 novembre 1999 la philosophie de l'Unesco a été suivie d'un certain nombre d'actions et de programmes dans le cadre de l'année des Nations unies pour le dialogue entre les civilisations. Par ailleurs l'Unesco, suite à l'adoption de la déclaration universelle sur la diversité culturelle adoptée par la 31e session de la conférence générale de l'Unesco le 2 novembre 2001 a fini par élaborer une convention internationale le 20 octobre 2005 sur " la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles ". Volonté de paix par le dialogue interculturel, volonté " d'humaniser la mondialisation ", volonté de réaffirmer à la fois l'unité et la pluralité naturelle et spirituelle du genre humain, de considérer les biens et services culturels autrement que simples marchandises, enjeu du commerce mondial, telles sont les idées clés qui animent la déclaration puis la Convention de l'Unesco sur la diversité culturelle. Dans la Convention de l'Unesco la diversité culturelle reçoit une définition extrêmement large qui l'identifie quasiment au concept de civilisation. Avec cette signification élargie, la diversité culturelle a pour ambition de dépasser les



JURA GENTIUM



contradictions majeures de l'organisation du monde : contradiction entre l'unité de l'humain et les spécificités culturelles, contradiction entre le moderne et le traditionnel, entre l'Occident et le reste du monde, entre les civilisations supérieures et les civilisations inférieures, les grandes et les petites cultures, l'économie et la culture.

Cette même volonté se trouve au coeur du partenariat euro méditerranéen, dans le cadre du processus de Barcelone. La Déclaration de Barcelone se révèle particulièrement sensible à un problème de fond extrêmement important : éviter ou réduire les antagonismes entre les civilisations. Tel est le contenu de ce qu'on appelle la "troisième corbeille". Nous lisons dans la déclaration de Barcelone : "Les participants reconnaissent que les traditions de culture et de civilisations de part et d'autre de la Méditerranée, le dialogue entre ces cultures et les échanges humains, scientifiques et technologiques sont une composante essentielle du rapprochement et de la compréhension entre leurs peuples et d'amélioration de la perception mutuelle. Dans cet esprit, les participants conviennent de créer un partenariat dans les domaines social, culturel et humain. À cet effet :- ils réaffirment que le dialogue et le respect entre les cultures et les religions sont une condition nécessaire au rapprochement des peuples. À cet égard, ils soulignent l'importance du rôle que peuvent jouer les médias dans la connaissance et la compréhension réciproques des cultures, en tant que source d'enrichissement mutuel ;...".

Cette déclaration va se concrétiser par exemple par le programme d'action pour le dialogue entre les cultures et les civilisations adoptées par les 27 membres du partenariat euro méditerranéen au cours de la conférence ministérielle de Valence en avril 2002, la création de l'Assemblée parlementaire euro méditerranéenne, l'institution d'une Fondation Euro-méditerranéenne pour le dialogue des cultures. La politique de voisinage initié par Romano Prodi en mars 2003 prend en compte aussi bien la coopération dans le domaine politique de sécurité et de prévention des conflits sur la base de "valeurs partagées" que la promotion des contacts de peuple à peuple par l'éducation, la recherche, et la culture. Dans cette perspective, ont été élaborés les programmes euromed-héritage, Euromed-jeunesse et Euromed audio-visuel.

Sur cette question, il existe par conséquent un point de vue diplomatique ambitieux et optimiste. Ce point de vue ne doit pas être jugé exclusivement sur la base des accords d'association. L'objectif de ces accords est restreint : un objectif politique et sécuritaire, doublé d'une zone de libre-échange, avec ses règles particulières, notamment en matière de concurrence. Mais les accords d'association ne sont qu'un élément du processus de Barcelone, tel qu'il ressort de la déclaration du 28 novembre 1995. Ce dernier comprend trois niveaux : espace commun de paix et de sécurité, zone de libre-échange, partenariat social, culturel et humain. Il y est question de "compréhension entre les cultures".

Ces manifestations et élans vers le dialogue des civilisations ont touché les sphères les plus hautes de la diplomatie mondiale. C'est ainsi qu'à l'initiative du premier ministre espagnol M. Zapatero et du premier ministre turc M. Erdogan, a été créé auprès du Secrétariat général des Nations unies le "comité de l'Alliance des civilisations".

Dans le même ordre d'idées a été lancé "L'atelier culturel : Europe- Méditerranée- Golfe. Dialogue des peuples et des cultures" inauguré officiellement par le président Jacques Chirac à Paris en septembre 2006 et dont les travaux doivent se poursuivre à la fin du mois de juin 2007 à Séville puis en 2008 à Alexandrie. Pour l'organisation de



cette conférence originale, ni totalement privée, ni entièrement gouvernementale, ni exclusivement intellectuelle, ni totalement diplomatique, le gouvernement français a travaillé en partenariat avec la plate-forme non-gouvernementale euro méditerranéenne, ainsi qu'avec la fondation euro méditerranéenne Annah Lindh d'Alexandrie pour le dialogue entre les cultures. Organisé en ateliers thématiques au nombre de six (16). Dans son discours inaugural, le président Jacques Chirac a tout d'abord mis en lumière, avec réalisme, l'état des malentendus, des rancunes, de la peur et de l'incompréhension qui règne autour de la Méditerranée pour déboucher sur un appel qui est le suivant : "aujourd'hui, l'urgence nous sollicite. Il faut dissiper les stéréotypes, les peurs et les mauvais souvenirs afin de croiser enfin nos regards, de surmonter ce qui nous oppose et de construire notre avenir partagé." Sa conclusion, au coeur de notre sujet, est la suivante : "On ne résoudra rien par la force. On n'apaisera rien non plus par la caricature et l'exclusion. La diabolisation de l'Occident d'un côté, de l'autre la suspicion envers l'Islam, présenté comme réfractaire à la modernité, autant de dangereux stéréotypes qui doivent être combattus par un effort mené en commun. À l'esprit de croisade, fondé sur l'ignorance, au prosélytisme militant qu'inspire une vision totalitaire de l'humanité, opposons l'esprit de dialogue fondé sur la connaissance, la tolérance et la volonté d'ouverture."

L'appel au dialogue devait également faire l'objet de la déclaration d'Abou-Dhabi élaborée par un certain nombre d'intellectuels arabes, sous l'égide de l'Alecso, concernant la position arabe sur le dialogue et la diversité culturelle, de janvier 2006. Critiquant autant la culture standardisée et uniformisée imposée par la mondialisation et le pôle américain, que les actes inacceptables commis par les groupes extrémistes au nom de l'islam, la déclaration d'Abou-Dhabi affirme que "les Arabes et tous les peuples du monde ont, d'urgence, besoin de dialoguer entre eux afin de refonder les relations internationales sur la rationalité, afin que les principes de paix, de respect mutuel, de droit à la différence l'emportent sur la logique de la force et de l'hégémonie, sur le droit du plus fort, sur l'arrogance et le refus de l'autre." Cette déclaration met également en relief la pensée moderniste réformiste et libérale à l'intérieur même de la civilisation islamique.

Il ne faut pas oublier en effet que si la mondialisation favorise le développement du fondamentalisme, elle travaille également au service de l'éclosion et du développement d'un islam réformé, moderniste et libéral (17). Le paradoxe de la mondialisation, c'est qu'elle offre à l'Islam la possibilité d'un islam mondial mais le soumet aux contraintes du pluralisme, de la relativité et du consumérisme (18). Un auteur appartenant à l'ère de civilisation islamique, Darush Shayegan, n'hésite pas à intituler l'un de ses ouvrages : "La lumière vient de l'Occident". Il y affirme : "Le seul événement qui puisse faire barrage à la poussée viscérale de l'obscurantisme religieux, c'est, du côté du versant oriental, la réintégration des principes des lumières dans ce qu'ils ont de plus fondamental et, du côté du versant occidental, la réhabilitation du continent perdu de l'âme. (19)" Reprenant la thèse de Václav Havel, l'éminent auteur ajoute : "il n'y a plus de nos jours de blocs de civilisations homogènes opposés à d'autres. On a beau établir des oppositions binaires du genre : l'Occident et les autres, l'Ouest et l'Est, le Nord et le Sud, tout cela se dilue et se durcit à la fois dans des coagulations variées, dans des dosages extrêmement nuancés, dans des constellations se désintégrant et se reconstituant à chaque instant. (20)"



Il est vrai que le réformisme libéral a marqué la pensée islamique depuis la moitié du XIXe siècle. Son maître-mot pourrait être le titre du fameux ouvrage du poète et philosophe indien Mohammad Iqbal : “*Reconstruire la pensée religieuse de l’islam* (21)”. Ce dernier, familier avec la grande philosophie (22) et les sciences européennes modernes, a élevé la pensée islamique à un niveau philosophique rarement atteint par le réformisme. Les “*Plaidoyers pour un islam moderne*”, pour reprendre l’expression de Mohamed Talbi (23), marquent encore tout le parcours de l’Islam depuis plus d’un siècle et demi.

Malgré cette spectaculaire révolution de la pensée en terre d’islam, les plus grandes avancées de la pensée théologique, politique et juridique se réalisent dans les nouvelles terres occidentales de l’Islam. Il se développe en effet aujourd’hui en Europe, aux Etats-Unis, au Canada, un islam réellement novateur qui, tout en sauvegardant les présupposés dogmatiques et le culte, rejette cependant les apports, jugés aujourd’hui rétrogrades et archaïques, du corpus savant classique. Un renouveau de la pensée islamique y est à l’œuvre (24).

Ce renouveau s’incarne dans le réseau des musulmans progressistes aux Etats-Unis, aussi bien que dans l’émergence de nombreuses associations et lobbies dont le travail va déboucher sur l’intégration de l’islam dans la religion civile américaine (25) et l’acceptation des valeurs fondatrices de l’Amérique. Plus généralement, la question est de savoir comment se définir comme Américain et musulman, européen et musulman. Les difficultés de l’intégration sont infinies et les tentations du démarquage ou même du séparatisme, contrepartie du racisme et de la xénophobie, existent comme elles ont existé pour *Nation of Islam*, avant ses conversions (26).

Mais la force du destin occidental de l’Islam peut s’imposer, malgré le 11 septembre et les attentats de Paris, Londres ou Madrid. Le prouvent ces musulmans du for intérieur, ces musulmans non croyants mais de simple culture, ces musulmanes qui portent le voile à l’intérieur (27), ces *perennials movements* (28), ces partisans de la shari’a de minorité (29), ces nouveaux penseurs de l’islam, que sont Muqtadar Khan, Fazlu Rahman, Abdallah Naïm, Farid Esack, Khaled Abu el- Fadl, Ismael Al-Faruqi, Soheïb Ben Cheikh, l’équipe du CSID, *Center for the Study of Islam and Democracy*, défenseurs d’un islam des droits égaux de l’Homme, de la liberté, en particulier la liberté de conscience, de la démocratie et de la laïcité, du dialogue des religions. Le prouve également l’épanouissement des schismes pourchassés et persécutés en terre d’Islam, comme les Ahmadiyya ou les Bahais.

Ce renouveau peut aller fort loin, dépasser les interdits les plus tenaces, provoquer l’horreur et le scandale des biens pensants. Il en est ainsi lorsqu’il offre une affiche mondialisée par Internet aux “*courants maudits*” des musulmans gays, lesbiennes et transsexuels. (30) Sans aller jusque là, le mouvement féministe constitue le support le plus important de cette révolution islamique moderne.

Le militantisme féministe mené par Asma Barlas, Azizah Hibri, Ingrid Mattson, Amina Wadud, reprend en fait les idées de Qaçim Amine et Tahar Haddad, rappelant que les normes inégalitaires entre les sexes sont dues au contexte historique, qu’il faut revenir aux sources scripturaires de l’islam authentique, puiser dans les ressources infinies de l’ijtihad. En conséquence, le *gender jihad* répudie les règles concernant la répudiation, la polygamie, l’inégalité successorale, l’inégalité devant les règles du témoignage etc.



Mais tout cela n'est pas fondamentalement nouveau, à part le fait que la mondialisation donne aux événements une visibilité exceptionnelle. En revanche, la limite qu'on pouvait supposer infranchissable sera franchie, le vendredi 18 mars 2005, ce jour où Amina Wadud, dirigera publiquement la prière du vendredi à la tête d'une assemblée mixte de fidèles au *Sundaran Tagore Gallery* de New York. Ce geste inaugural fut condamné par les milieux de la religion officielle (31).

Conclusion

Ainsi, les rapports de l'Islam avec l'Occident sont à la fois complexes et contradictoires. Face au réel et à ses événements deux discours s'affrontent. Le premier consiste à plonger le regard dans ce réel, soit pour le décrire et l'analyser, comme le ferait un historien ou un analyste objectif, soit pour l'exploiter, l'aggraver et l'alimenter, comme le ferait un militant intégriste islamiste ou un fondamentaliste occidental de l'extrême droite, défendant pied à pied la pureté de la civilisation occidentale, sa supériorité, voire même son droit de soumettre le monde. Dans le premier cas, celui de l'islamiste radical, comme dans le deuxième, celui du fondamentaliste d'extrême droite occidental, le discours procède d'une perspective essentialiste qui croit fermement à la pureté des races, des cultures et des civilisations et à leur incommunicabilité.

Le deuxième discours est un discours volontariste dérivant d'une perspective humaniste. Ce deuxième discours prend acte de cette réalité tragique des heurts entre les civilisations, mais refuse de l'accepter et propose, par conséquent, de la dépasser par l'instauration d'un dialogue d'une entente ou d'une "alliance entre les civilisations". Il procède d'un point de vue éthique et normatif. Il est partagé aussi bien par des hommes politiques, des professionnels de la diplomatie internationale, que par des intellectuels appartenant aux deux aires de civilisation.

Le premier point de vue ne peut conduire qu'à la ruine et l'anéantissement. Le réel ne peut être laissé à lui-même. Même si on est convaincu que les idées et les normes ne peuvent diriger l'histoire immédiate, on sait que la paix fait partie, comme l'agression, des instincts humains. Le discours humaniste peut aider la concrétisation de cet instinct.

Notes

1. Sur l'islam et la mondialisation, voir l'ouvrage fondamental d'Olivier Roy, *L'islam mondialisé*, Edition le Seuil, Collection "la couleur des idées", septembre 2002.

2. Catherine Simon, "Les mille et une colères des musulmans de sa Majesté" *Le Monde*, 26 octobre 2006, p. 20.

3. Mahmoud Hussein, *Versant sud de la liberté. L'émergence de l'individu dans le tiers-monde*, La découverte, 1989.

4. Arjun Appadural, *Modernity at large. Cultural dimension of globalisation*. Univ. of Minnesota Press, Minneapolis, 1996. Traduction, *Après le colonialisme. Les conséquences culturelles de la globalisation*. Payot, 2001

5. Bryan S. Turner, *Orientalism, postmodernism and globalism*, Routledge, 1994, p. 92.

6. J. Cesari, *L'islam à l'épreuve...* op.cit., p.72 et ss.



7. O. Roy, *L'islam mondialisé*, op. cit., p.15.
8. Patrick Haenni, *L'islam de marché. L'autre révolution conservatrice*, Le seuil, coll. République des idées.2005.
9. Mustapha Chérif, *L'Islam, l'autre et la mondialisation*, ed. ANEP,2005.
10. Tariq Ramadhan, *Globalisation, muslim resistances*, en français, *Mondialisation et résistances musulmanes*, ed. Tawhid, 2004.
11. M. al Khidhr ibn Husseïn, *Rassâ'il al Islâh*, Epîtres réformistes, ed. abdelhalîm Bassyouni, imprimerie al Hidâyâ, 1939, t 1, p. 52.
12. Ahmed Riza, *La faillite morale de la politique occidentale en Orient*, Librairie Picart, Paris, 1922, p.26.
13. Ahmed Riza, op.cit., p.20.
14. Par une déclaration conjointe du 7 février 2006, le Secrétaire général des nations unies, le Haut Représentant de l'Union Européenne et le Secrétaire général de l'Organisation de la conférence islamique ont affirmé : "Nous comprenons la profonde blessure et l'immense indignation ressentie dans le monde musulman. Nous croyons que la liberté de la presse implique responsabilité retenue et devrait respecter les croyances..."
L'Organisation de la conférence islamique a pris l'initiative d'inscrire à l'ordre du jour de la 174e session du Conseil exécutif de l'UNESCO un point supplémentaire : "Liberté d'expression et respect des croyances symboles et valeurs religieux et des cultures". Nous pouvons lire dans la note explicative relative à ce point : "Si ces caricatures ont été l'expression d'une incitation à la haine et d'un mépris vis à vis d'une religion, elles ont constitué également une violation des lois internationales notamment de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, les différents actes et instruments relatifs aux droits économiques, sociaux culturels, ainsi qu'au respect des droits de l'homme...
Les caricatures du Prophète Mohamed ont déclenché des développements et des réactions populaires d'une telle ampleur qu'il est à craindre que le climat ainsi créé puisse être mis à profit par des minorités extrémistes pour provoquer un affrontement entre les cultures, les civilisations et les religions du monde...
La liberté d'expression peut aboutir, si l'on n'y prend garde, à des situations de violence et de haine raciale telles que vécues auparavant dans l'histoire récente et passée (nazisme, Rwanda, Bosnie etc.).
Si les quelques médias auteurs de ces caricatures ont pris argument de la liberté d'expression pour se justifier, il n'en demeure pas moins que lorsque celle-ci s'exerce au détriment de la dignité et de la sensibilité des cultures et des religions dans leur diversité, elle risque au contraire, de provoquer la violence.
Liberté d'expression et respect des croyances, valeurs et symboles religieux, non seulement doivent aller de pair, mais être mutuellement intégrés pour promouvoir la connaissance, la compréhension mutuelle et le dialogue."
La résolution finale du Conseil exécutif de l'UNESCO adoptée à la 174e session "...7. défendant l'exercice de la liberté d'expression dans un esprit de respect mutuel et de compréhension mutuelle, exhorte au respect mutuel de la diversité culturelle, des convictions religieuses et des symboles religieux".



Sur cette ligne de démarcation, si difficile à définir, entre la liberté d'expression et le respect des convictions religieuses, l'UNESCO ne pouvait pas faire plus, ni mieux, que de couper la poire en deux.

15. Nous pouvons lire dans la note explicative relative à ce point : “ Si ces caricatures ont été l'expression d'une incitation à la haine et d'un mépris vis à vis d'une religion, elles ont constitué également une violation des lois internationales notamment de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, les différents actes et instruments relatifs aux droits économiques, sociaux culturels, ainsi qu'au respect des droits de l'homme...

Les caricatures du Prophète Mohamed ont déclenché des développements et des réactions populaires d'une telle ampleur qu'il est à craindre que le climat ainsi créé puisse être mis à profit par des minorités extrémistes pour provoquer un affrontement entre les cultures, les civilisations et les religions du monde....

La liberté d'expression peut aboutir, si l'on n'y prend garde, à des situations de violence et de haine raciale telles que vécues auparavant dans l'histoire récente et passée (nazisme, Rwanda, Bosnie etc.).

Si les quelques médias auteurs de ces caricatures ont pris argument de la liberté d'expression pour se justifier, il n'en demeure pas moins que lorsque celle-ci s'exerce au détriment de la dignité et de la sensibilité des cultures et des religions dans leur diversité, elle risque au contraire, de provoquer la violence.

Liberté d'expression et respect des croyances, valeurs et symboles religieux, non seulement doivent aller de pair, mais être mutuellement intégrés pour promouvoir la connaissance, la compréhension mutuelle et le dialogue.”

16. Atelier 1, fracture culturelle, mémoire, histoire et préservation des patrimoines. Atelier 2, images et écrits. Atelier 3, fait religieux et société. Atelier 4, modernisation sociale. Atelier 5, éducation. Atelier 6, valeurs partagées, valeurs communes.

17. Sur lequel on peut consulter l'ouvrage de Charles Kurzman, *Liberal Islam*, O.U.P., 1998. Du même auteur, “*Liberal islam : prospects and challenges*”, Middle East Review of International Affairs, MERIA Journal, vol.3, N°3, september, 1999. Voir également Abdu Filali-Ansari, *Réformer l'Islam ? Une introduction aux débats contemporains*, La découverte, 2003.

18. Bryan s. Turner, op. cit, p. 77 et ss.

19. Darush Shayegan, “ La Lumière vient de l'Occident ”, Ed. de l'”Aube, 2001, p.15.

20. Darush Shayegan, “ La Lumière vient de l'Occident ”, Ed. de l'”Aube, 2001, p.23.

21. Mohammad Iqbal, *Reconstruire la pensée religieuse de l'Islam*, préface de Louis Massignon, Adrien - Maisonneuve, 1955

22. Les philosophes les plus souvent cités par Iqbal sont les philosophes grecs, Leibniz, Descartes, Kant, Nietzsche, Hegel, Schopenhauer, Bergson, Jung, Hamilton, Flint, Russel, Spengler. Parmi les scientifiques, il se réfère aux travaux de Newton, Planck et Einstein. Ses références islamiques sont essentiellement Roumi, Bistâmi, Ibn Arabi, Ghazali, Fakhreddine Razi, Ibn Khaldoun, Chah Wali allah Dahlaoui, J. E. Afghani.

23. Mohamed Talbi, *Plaidoyer pour un islam moderne*, Cérés éditions, Desclée de Brouwer, 1998.



24. J. Cesari, op.cit., p.231 à 253.

25. J. Cesari, op.cit., p.125 et ss.

26. J. Cesari, op.cit., p.43 et ss.

27. J. Cesari, op.cit., p.74.

28. J. Cesari, op.cit., p.81.

29. Comme Tareq Oubrou qui résout le problème de la conciliation de la citoyenneté française et de la conviction islamique en défendant l'idée "d'une communauté... dont les individus sont liés à la République, dans son unité et son indivisibilité par le lien de citoyenneté, lequel aux yeux de la Sharia est un contrat moral à respecter."

30. Comme la fondation al Fatiha. J. Cesari, op.cit., p. 178.

31. Ainsi en est-il de la fatwa du cheikh al Qardhaoui. Nous reproduisons ici un extrait de cette fetwa à partir du site islamophile.org. L'islam en français." Les quatre écoles juridiques islamiques, voire les huit écoles, se sont accordés à dire que la femme ne peut diriger un homme dans les prières prescrites, même si certains ont permis à la femme maîtrisant le Coran de diriger la prière au sein de sa famille, sachant que les hommes qui prieraient alors sous sa direction sont ses mahârim.

Aucun juristes musulmans, qu'il appartienne ou non à l'une des écoles suivies, n'a permis à la femme de prononcer le sermon du vendredi ou de diriger la prière des musulmans.

Si nous examinons les textes, nous ne trouverons aucun texte authentique et explicite interdisant à la femme de prononcer le sermon du vendredi ou de diriger la prière des musulmans. ”

La detenzione degli stranieri nelle carceri europee

Lucia Re

1. La sovrarappresentazione dei migranti nelle carceri europee

Con il mio intervento intendo portare l'attenzione su un fenomeno solo in parte noto e spesso male interpretato dall'opinione pubblica a causa delle ricorrenti campagne allarmistiche sulla criminalità degli stranieri. Si tratta della forte presenza di detenuti stranieri nelle carceri dei principali paesi dell'Unione europea, in particolare di quelli occidentali e meridionali. Salvo qualche accenno, lascerò da parte la situazione dei paesi dell'Europa dell'Est da poco entrati nell'Unione europea che presentano caratteristiche piuttosto singolari per quanto attiene i fenomeni migratori, le legislazioni penali e penitenziarie e le condizioni di reclusione. Basti pensare che la Polonia ha un tasso di detenzione di 235 detenuti ogni 100.000 abitanti, che è più del doppio del tasso medio europeo, e una presenza di stranieri in carcere, minima, pari allo 0,7% della popolazione detenuta (1).

L'alta percentuale di detenuti stranieri è invece una delle principali caratteristiche dei sistemi penitenziari dell'Europa occidentale e mediterranea. Gli stranieri sono sovrarappresentati (cioè presenti in modo sproporzionato rispetto al numero di stranieri residenti) negli istituti penitenziari dei principali paesi europei. La percentuale media degli stranieri reclusi nelle carceri di questi paesi supera infatti il 30% della popolazione detenuta, mentre la presenza straniera sul territorio si aggira intorno al 7% della popolazione (è questo anche il dato italiano secondo l'ultimo rapporto sulle migrazioni dell'Ismu, appena pubblicato).

La percentuale della popolazione detenuta di nazionalità straniera è inferiore alla media europea in alcuni dei paesi europei di più antica immigrazione, ad esempio nel Regno Unito, ma nei penitenziari di questi stessi paesi vi è una percentuale elevata di cittadini, figli di genitori immigrati. Le amministrazioni penitenziarie europee - ad eccezione di quella britannica - non distinguono questa categoria di detenuti da quella dei cittadini di origine 'autoctona', per la comprensibile preoccupazione che tale distinzione possa avere effetti discriminatori. Tuttavia, così facendo, se da un lato si è formalmente corretti nei confronti dei cittadini di origine straniera, dall'altro si occulta un dato preoccupante: in molti paesi europei una percentuale elevata di detenuti è di origine o di nazionalità straniera. Non solo, ma, soprattutto nei paesi dell'Europa nord-occidentale, è di religione islamica e *non è bianca* (il profilo 'razziale' appare più importante di quanto comunemente si pensi).

I detenuti di nazionalità straniera sono particolarmente numerosi nei paesi in cui l'immigrazione è recente e nei paesi che confinano con le aree di emigrazione, ad esempio con l'Europa dell'Est. Si pensi alla Germania e, soprattutto, all'Austria, dove la presenza straniera in carcere è un record europeo ed è pari al 45% (2), o all'Estonia - nuovo membro dell'Unione che confina con la Federazione russa - dove la percentuale di detenuti stranieri è pari al 36,4% (3).



Nei paesi dell'Europa mediterranea, che riuniscono le due condizioni sopraccitate - immigrazione recente e contiguità geografica con paesi di emigrazione - la detenzione dei migranti appare persino essere un tratto caratterizzante dei sistemi penitenziari nazionali. In Grecia, in Italia, e in Spagna e a Malta i detenuti stranieri sono in media il 35% del totale (4) e provengono in maggioranza dai paesi della sponda sud e della sponda est del Mediterraneo. In Italia quasi la metà dei detenuti stranieri è originaria del continente africano (5). Mentre circa il 32% dei detenuti stranieri proviene da Balcani ed est europeo (Romania, Albania ed ex-jugoslavia) (6). Complessivamente, più del 70% dei detenuti stranieri nelle carceri italiane proviene da paesi che sono alla periferia dell'Unione europea e che sono i paesi di diretta emigrazione verso l'Italia.

La sovrarappresentazione degli stranieri è ancora maggiore con riguardo alle donne e ai minori. In Italia le donne straniere sono il 42% (7) della popolazione detenuta femminile (sul dato incide molto la presenza di donne rom) e i minori stranieri reclusi negli istituti penali per i minorenni sono il 54,5% del totale (8). Inoltre, le presenze in carcere di minori stranieri sono in continuo aumento, in particolare nei penitenziari del centro-nord. La percentuale di minori stranieri presenti nei principali istituti penali per i minorenni del centro-nord Italia (Milano, Bologna, Torino, Roma e Firenze) è pari quasi all'80% e ormai anche nei penitenziari del sud (esclusi Napoli e la Sicilia) la presenza straniera è superiore o pari alla metà dei detenuti (9). Il tutto a fronte di una progressiva diminuzione degli ingressi in carcere dei minori italiani, per i quali il ricorso alla pena detentiva è divenuto una *extrema ratio*. Per i minori, come per gli adulti, i principali paesi di provenienza sono quelli 'prossimi' all'Italia (10).

La percentuale di stranieri detenuti è in aumento in tutti i paesi dell'Unione europea e non è proporzionata al corrispondente aumento, pur verificatosi, della popolazione straniera presente sul territorio. In Italia in un solo anno, il 2002, si è registrato un vero e proprio *boom* dell'incarcerazione degli stranieri: la percentuale di detenuti stranieri è passata da 29,5% al 31-5-01 a quasi il 32% al 30-6-02. Da allora è rimasta sostanzialmente stabile. Le date non sono forse insignificanti, poiché coincidono con il periodo di vigenza della legge attuale sull'immigrazione, la cosiddetta Bossi- Fini, che ha riformato il T.U. sull'immigrazione.

Ecco alcuni dati in altri paesi europei:

| | |
|--------------------|--|
| Austria | 45,1% al 1-11-2005 - molto aumentata negli ultimi 3 anni (Ministero della giustizia austriaco) |
| Grecia | 41,7% al 16-12-2004 (Ministero della giustizia greco) |
| Italia | 32% al 30-09-2006 - in lieve aumento dall'inizio degli anni duemila. -1% con l'approvazione dell'indulto (Ministero della giustizia) |
| Paesi Bassi | 31,7% al 1-7-2006 - in lieve diminuzione (National Agency of Correctional Institutions) |
| Spagna | 29,7% al 21-4-2006 - +4,3% dal 2002 (Direzione generale |



| | |
|--------------------------------|---|
| | dell'amministrazione penit. spagnola) |
| Germania | 28,2% al 31-3-2004 - stabile (Ministero della giustizia tedesco) |
| Svezia | 26,2% al 1-10-2005 - aumentata di più dell'1% in un anno (Ministero della giustizia svedese) - solo definitivi. |
| Francia | 21,1% al 1-4-2005 - in lieve diminuzione (Ministero della giustizia francese) |
| Portogallo | 18,5% al 31-12-2005 - aumentata del 6% dal 2002 (Ministero della giustizia portoghese) |
| Uk-Inghilterra e Galles | 13,6% al 31-10-2005 - +1,4% dal 2004 (Home Office Prison Service) |
| Finlandia | 8,0% al 1-4-2006 - stabile negli ultimi anni (Ministero della giustizia finlandese) |

2. Discriminazione e criminalizzazione degli stranieri

Alla base di queste percentuali vi sono diversi fattori fra loro connessi.

Negli ultimi anni una parte della sociologia, dei media e dell'opinione pubblica europea ha messo l'accento sulla devianza degli stranieri. I dati sulla presenza dei migranti nelle carceri europee sono stati interpretati da alcuni come un indice fedele del loro livello di devianza (Marzio Barbagli, *Immigrazione e criminalità in Italia*, Il mulino, Bologna 1998). Altri autori li hanno invece considerati come il sintomo di una diffusa discriminazione, legata sia alle precarie condizioni di vita dei migranti, sia alle difficoltà che essi incontrano quando entrano in relazione con i sistemi giudiziari europei. Per questi autori la forte presenza di migranti in carcere è in primo luogo il frutto di un processo di criminalizzazione (fra gli studi italiani si vedano: S. Palidda, *Devianza e criminalità tra gli immigrati*, Fondazione Cariplo- ISMU, Milano 1994; A. Dal Lago, *Non-persone*, Feltrinelli, Milano 1999; F. Quassoli, *Immigrazione uguale criminalità: rappresentazioni di senso comune e pratiche degli operatori di diritto*, in "Rassegna italiana di sociologia", 1, 1999, pp. 43-76).

I dati sulla criminalità, pur evidenziando alcune aree in cui gli stranieri sono particolarmente attivi (ad esempio la spaccio di sostanze stupefacenti e lo sfruttamento della prostituzione), non giustificano questa sovrarappresentazione degli stranieri in carcere. Dal Rapporto pubblicato dall'Istat nel 2004 su *Gli stranieri e il carcere: aspetti della detenzione* (Roma 2004) emerge ad esempio che fra il 1991 e il 1998 (anno di promulgazione del T.U. sull'immigrazione) gli stranieri in carcere sono aumentati molto più velocemente del numero di stranieri denunciati. Il ché per gli estensori del Rapporto è un chiaro segnale degli svantaggi che affliggono gli stranieri nell'iter processuale e nell'accesso alle misure alternative alla detenzione.

Difficile è poi negare che esiste un forte legame fra l'aumento degli stranieri detenuti e l'adozione di politiche restrittive in materia di immigrazione. Analogamente è evidente



il collegamento fra carcerazione degli stranieri e difficoltà di inserimento e di vita nelle società di arrivo.

I paesi impegnati in un controllo quasi militare delle proprie coste, come la Grecia, l'Italia o la Spagna, sono anche quelli in cui il numero degli stranieri in carcere è più elevato, mentre la presenza di stranieri sul territorio dello Stato resta inferiore alla media dei paesi dell'Europa del nord. La detenzione in carcere è divenuta in questi paesi uno dei principali strumenti di controllo e di repressione della immigrazione 'clandestina'. In particolare, il sistema penitenziario nell'Europa mediterranea ha assunto un ruolo importante come strumento di limitazione della libertà di movimento dei migranti all'interno dell'Unione europea. In Italia, gli ingressi in carcere per violazione di disposizioni relative al Testo Unico sull'immigrazione sono in costante crescita: dal 2004 al 2006 si è passati da 2.469 ingressi così motivati a 11.116 (12), un vero e proprio *boom*. Si deve considerare che questo genere di reati riguarda esclusivamente stranieri ed è dunque uno dei fattori che contribuiscono alla sovrarappresentazione degli stranieri in carcere.

I reati cosiddetti di immigrazione sono solo uno dei fattori attraverso i quali si realizza la criminalizzazione degli stranieri, lo strumento detentivo appare agire in vari modi per realizzare il controllo della immigrazione. Si noti, che i dati sopraccitati si riferiscono solo alla detenzione penale - alle carceri - e non comprendono gli stranieri reclusi nei centri di permanenza temporanea, che sono strutture detentive a tutti gli effetti. CPT e carceri configurano un sistema integrato di istituti di reclusione preposti alla segregazione degli stranieri.

Vorrei soffermarmi brevemente su questo punto.

Le carceri dell'Europa del sud assomigliano sempre di più a centri di permanenza temporanea nei quali sono detenuti i migranti destinati ad essere espulsi. Questo perché la maggioranza degli stranieri reclusi in carcere sono irregolari, o perché lo erano al momento della reclusione o perché lo diventano una volta usciti di prigione, non potendo organizzarsi nuovamente una vita da 'regolari'. L'espulsione segue dunque sovente la detenzione in carcere, quando non è direttamente usata, come avviene nella legge italiana, come strumento alternativo o aggiuntivo alla carcerazione (13). Secondo sporadiche ricerche condotte dal Dap nei maggiori penitenziari italiani, nel 2004, l'80% dei detenuti stranieri non aveva permesso di soggiorno al momento dell'ingresso in carcere (Istat, *op. cit.*, p. 8).

Il caso italiano non è in controtendenza rispetto all'orientamento diffuso nel resto d'Europa. La configurazione dell'espulsione come alternativa alla pena per i clandestini è presente nelle legislazioni di molti paesi europei, tanto da far pensare che nell'Unione europea si stia creando un "sistema penale dei migranti" che si differenzia dal "sistema penale dei cittadini" e si integra invece nel più generale sistema di controllo e di repressione dell'immigrazione.

In Francia il dibattito sulla "doppia pena" - pena detentiva ed espulsione - che colpisce gli stranieri è stato molto acceso dalla seconda metà degli anni Novanta. L'espressione "doppia pena" fa riferimento sia all'espulsione amministrativa degli stranieri che finiscono di scontare una condanna penale, sia all'espulsione decisa in sede giudiziaria - "interdiction du territoire français" - contestualmente a una condanna penale.



In tutta Europa va affermandosi una nuova concezione della detenzione come strumento di incapacitazione per cui l'obiettivo non è reinserire i condannati, ma espellerli dalla società. Nel caso dei migranti l'espulsione è uno strumento più efficace e meno costoso della reclusione in carcere. Allo stesso tempo, la detenzione in carcere e la detenzione amministrativa nei Centri di permanenza temporanea tendono ad assomigliarsi: la prima perde il carattere trattamentale, mentre la seconda acquista i tratti propri di una pena inflitta al di fuori di sufficienti garanzie procedurali e scontata in condizioni spesso disumane (14).

Le legislazioni restrittive in materia di immigrazione giocano dunque un ruolo molto rilevante nella criminalizzazione dei migranti. In alcuni casi esse ne favoriscono direttamente l'ingresso in carcere; in altri esse sono determinanti nel rendere precarie le condizioni di vita degli stranieri inducendoli a impiegarsi nei mercati informali e in quelli illegali. Generalmente le politiche migratorie restrittive combinano entrambi questi aspetti. Accanto ad esse, altre caratteristiche delle società di arrivo favoriscono il coinvolgimento dei migranti nelle attività criminali. Una ricerca condotta da Luigi Maria Solivetti nel 2004 (15), confrontando i dati sulla carcerazione dei migranti e alcuni dati sulle società di arrivo in 18 paesi dell'Europa occidentale, ha ad esempio mostrato una correlazione positiva fra indice di carcerazione degli stranieri e incidenza dell'economia sommersa. Vi è invece una correlazione negativa con alcune variabili come: la spesa complessiva pro capite per la protezione sociale, la percentuale di popolazione diplomata, la certezza del diritto (misurata dalla BM). Infine, l'indice di carcerazione è tanto più elevato quanto più è alto l'indice di clandestinità.

I paesi dell'Europa mediterranea, che hanno le più alte percentuali di detenuti stranieri, sono caratterizzati da un benessere economico relativamente minore rispetto ai paesi dell'Europa nord-occidentale, da una certa instabilità economica, da una più iniqua distribuzione del reddito, da un modesto livello culturale e da una rapida crescita della popolazione straniera di origine extraeuropea. Più alta è la diffusione dell'economia sommersa, di comportamenti illegali, della corruzione, ecc. nelle società di arrivo, più alto è il numero degli stranieri in carcere.

Quest'ultimo rispecchia dunque in parte la devianza dei non-cittadini, tuttavia essa non sembra definibile come "criminalità degli immigrati". Come ha sostenuto Dario Melossi: le radici della devianza sono sempre interne alla società in cui la devianza si manifesta (D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza*, Mondadori, Milano 2002, p. 283). Nel caso italiano, ad esempio: "le due attività centrali alle forme di devianza anche molto gravi di cui sono protagonisti gli immigrati - il mercato degli stupefacenti e quello della prostituzione di strada - (...) sono attività dirette a soddisfare bisogni che preesistevano all'immigrazione e che ancora oggi sono ampiamente definibili come italiani (...) Da questo punto di vista i criminali 'tunisini', 'marocchini', 'albanesi' e quanti altri non sono affatto tali, ma sono criminali a tutti gli effetti 'italiani'(...)" (D. Melossi, 2002, 283). I mercati illegali che soddisfano i bisogni di trasgressione e di svago dei cittadini europei necessitano di manodopera al pari degli altri mercati: essi creano quindi occasioni di emigrazione, che sono spesso più facili da cogliere e più fruttuose delle occasioni legali.

A questi fattori si devono aggiungere i diversi meccanismi di discriminazione razziale e/o etnica che sono presenti a tutti i livelli del sistema penale: dalle pratiche di polizia



alla fase d'esecuzione della pena, passando per il processo. Queste discriminazioni sono solo in parte consapevoli: spesso derivano da scelte tecniche finalizzate a rendere efficiente in termini di risultati quantitativi l'operato delle forze di polizia o dipendono dalle caratteristiche proprie di un sistema penale e penitenziario pensato per i cittadini, che non si adatta allo *status* giuridico e sociale dei migranti,

I migranti sono spesso oggetto di attività di controllo discriminatorie: le polizie europee ricorrono a pratiche di controllo e di repressione che li penalizzano (16). Le strategie di contrasto al terrorismo tendono poi a favorire la pratica dell'arresto e della perquisizione selettiva dei cittadini di origine musulmana e dei migranti (17). All'indomani dell'attentato terroristico di Londra, così come del fallito attentato dell'estate scorsa, nei principali paesi dell'Unione europea si è discusso dell'opportunità di incentivare i controlli sugli immigrati e si è dato avvio a una serie di operazioni di polizia espressamente indirizzate verso le comunità musulmane, al di là delle esigenze di controllo imposte dalle indagini in corso.

Le organizzazioni non governative hanno più volte denunciato l'uso dell'"Ethnic profiling" - di criteri etnici per l'orientamento delle azioni di polizia e per la schedatura dei dati - da parte delle forze di polizia europee, soprattutto dopo l'11 settembre 2001 (18). A queste politiche di polizia si sommano le discriminazioni arbitrarie che si verificano nei casi in cui le forze di polizia si sentono legittimate a tenere comportamenti razzisti perché l'opinione pubblica richiede una risposta dura alla criminalità. Studi sociologici (19) e indagini giornalistiche hanno messo in luce i comportamenti razzisti tenuti dalle forze di polizia e dai tribunali penali, comportamenti che emergono ad esempio anche dalla lettura dei rapporti sulla detenzione dei migranti nell'Europa del sud stilati dal Comitato del Consiglio d'Europa per la prevenzione della tortura.

L'impressione è, tuttavia, che a esporre i migranti alla repressione penale, più che i consapevoli atteggiamenti discriminatori e razzisti di alcuni attori del sistema penale, siano, da una parte, la "discriminazione strutturale" (20) dovuta alla condizione sociale degli stranieri, dall'altra, la scelta di una politica di controllo selettiva che sceglie di concentrarsi sui migranti. Sotto quest'ultimo aspetto è evidente come le politiche adottate a partire dagli anni Novanta nella maggior parte dei paesi europei in materia di immigrazione abbiano condotto a un'intensificazione dei controlli nei confronti degli stranieri: le polizie nazionali hanno reso abituali operazioni finalizzate a mostrare l'impegno delle forze dell'ordine nel contrasto all'immigrazione clandestina. Gli stranieri, essendo oggetto di continui controlli, tendono ad accumulare denunce, imputazioni e condanne divenendo così dei plurirecidivi.

Fra le forme di discriminazione strutturale appare particolarmente grave quella che deriva dall'inadeguatezza di molti sistemi giudiziari europei a trattare i migranti come gli altri cittadini. L'esempio più illuminante è quello relativo all'uso di non concedere agli stranieri misure cautelari alternative alla custodia in carcere. Tale prassi, insieme all'analoga prassi di non concedere ai detenuti stranieri la sospensione condizionale della pena o altre pene alternative alla detenzione, è una delle cause principali dell'elevato numero di stranieri detenuti nei penitenziari europei. Vi è dunque l'esigenza di realizzare delle riforme strutturali e di fornire ai sistemi giudiziari europei le risorse umane ed economiche necessarie per assicurarne il corretto funzionamento anche nei



confronti dei migranti, la cui comparizione di fronte ai tribunali e la cui presenza in carcere non può certo più considerarsi come un fatto eccezionale (21).

Note

1. Ministero della giustizia polacco, dati aggiornati al 30.11.2006. Vedi [International Centre for Prison Studies](#), *World Prison Brief*.

2. Dati del Ministero della Giustizia austriaco, al 1.11.2005. Vedi [International Centre for Prison Studies](#), *World Prison Brief*.

3. Dati del Ministero della Giustizia estone, al 31.10.2005. Cfr. Ivi.

4. I dati sono i seguenti: 29,7% in Spagna, 32% in Italia, 35% a Malta e 41,7% in Grecia.

5. Al 30.06.2006 i marocchini erano il 20% dei detenuti stranieri, i tunisini il 9,7%, gli algerini il 6,3% e il 10,4% proveniva da altri paesi africani. L'indulto non ha significativamente mutato queste percentuali, nonostante una lieve flessione dei detenuti africani che sono passati dal 48,3% al 43,8% dei detenuti stranieri. Ministero della giustizia, dati riferiti al 31.12.2006

6. Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, *popolazione detenuta e risorse dell'amministrazione penitenziaria*, Ministero della giustizia, Roma 2006.

7. Mia elaborazione sui dati forniti dal Ministero della Giustizia che registrano la situazione al 30-6-02.

8. V. Belotti, "Doppia pena", *reati e criminalizzazione*, in V. Belotti, R. Maurizio, A. C. Moro, a cura di, *Minori stranieri in carcere*, Guerini e associati, Milano 2006, p. 101. Rielaborazione dati Istat e Ministero della giustizia riferiti al 2004.

9. Ivi, p. 102.

10. La Romania (31%), il Marocco (24%), la Serbia (16%) e l'Albania (9%). *Ibid.*

11. La maggioranza dei dati qui riportati è tratta da INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES, *World Prison Brief*, cit.

12. Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, *popolazione detenuta e risorse dell'amministrazione penitenziaria*, cit.

13. La legge italiana sull'immigrazione prevede che ogni straniero entrato in carcere per uno dei reati previsti all'art. 380, commi primo e secondo, del codice di procedura penale e per qualsiasi reato attinente alla droga o alla libertà sessuale debba essere espulso una volta scontata la pena. L'art. 16 del Testo Unico sull'immigrazione, così come è stato modificato dal provvedimento del 2002, prevede inoltre l'utilizzo dell'espulsione come misura alternativa alla detenzione. Il magistrato di sorveglianza deve infatti procedere all'espulsione di tutti i detenuti stranieri irregolari che siano identificabili e abbiano meno di due anni di pena detentiva da scontare. La legge Bossi-Fini ha poi stabilito che gli immigrati che hanno commesso un reato per cui è previsto l'arresto in flagranza non possano ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno e vadano dunque incontro all'espulsione. L'espulsione diviene così esplicitamente una pena, configurando un regime penale *ad hoc* per i migranti. La legge aveva infine



previsto l'arresto obbligatorio dello straniero irregolare che non aveva ottemperato all'ordine di lasciare entro 5 giorni il territorio nazionale o che aveva violato l'obbligo di reingresso. L'arresto era finalizzato a renderne possibile l'immediata espulsione. La Corte costituzionale ha sancito l'incostituzionalità di questa norma. Il meccanismo sanzionatorio speciale è stato, tuttavia, ripristinato dalla legge n. 271 del 2004, che ha trasformato la violazione dell'ordine di lasciare il paese da contravvenzione in delitto, rendendo legittimo l'arresto obbligatorio in flagranza e permettendo che lo straniero sia prima arrestato e poi espulso. Espulsione e pena detentiva sono dunque state equiparate. In questo modo la funzione rieducativa della pena è definitivamente cancellata ed è esplicitamente istituito un sistema penale differenziato per gli stranieri.

14. Vedi la denuncia del giornalista Fabrizio Gatti che, fingendosi migrante, è riuscito a entrare nel Centro di detenzione temporanea di Lampedusa (F. Gatti, *Io clandestino a Lampedusa*, "L'Espresso", 40 (2005)). Gatti ha sostenuto che la sua presenza a Lampedusa, come quella di molti migranti entrati con lui nel Centro nella settimana fra il 24 e il 30 settembre 2005, non è mai stata convalidata dal giudice. Le condizioni igieniche del Centro sono secondo il giornalista gravissime. Inoltre, durante la sua reclusione, egli ha potuto assistere ai comportamenti razzisti di molti carabinieri in servizio nel Centro, a percosse e a forme di violenza psicologica nei confronti dei detenuti. Il tema dei Centri di permanenza temporanea meriterebbe di essere trattato approfonditamente. Qui si può solo accennare ad alcuni degli aspetti più gravi che riguardano la detenzione in questi centri. Per un esame della questione in chiave sia sociologica, sia filosofico-politica, vedi F. Rahola, *Zone definitivamente temporanee. I luoghi dell'umanità in eccesso*, Ombre Corte, Verona 2003.

15. L. M. Solivetti, *Immigrazione, integrazione e crimine in Europa*, Il mulino, Bologna 2004.

16. I dati relativi alle persone fermate e perquisite dalla polizia (secondo la tecnica di "stop and search") nel Regno Unito nell'anno 2003-2004, riportati dallo *Home Office*, mostrano che i neri sono stati fermati sei volte più dei bianchi e gli asiatici il doppio dei bianchi.

17. Nel marzo del 2005 il Ministro dell'interno britannico ha esplicitamente ammesso che le misure antiterrorismo sono destinate a colpire in prevalenza i musulmani, poiché la minaccia proviene dal mondo islamico.

18. Il tema è trattato esaustivamente nel *dossier* redatto dall'Open Society Justice Initiative (AA.VV., *Ethnic Profiling by Police in Europe*, Open Society Justice Initiative, London 2005). Secondo alcuni analisti la forza di polizia comunitaria, Europol, incaricata principalmente della prevenzione e della repressione del crimine organizzato, opera assumendo che la criminalità si organizza su basi etniche. L'opinione pubblica europea sostiene queste pratiche discriminatorie nella convinzione che siano efficaci a contrastare il terrorismo e la criminalità internazionale.

19. Vedi ad esempio F. Quassoli, *Immigrazione uguale criminalità: rappresentazioni di senso comune e pratiche degli operatori del diritto*, "Rassegna italiana di sociologia", 1 (1999).

20. Il termine richiama la sociologia di Pierre Bourdieu e fa riferimento alla discriminazione che deriva dalla povertà di capitale economico, sociale e culturale che



JURA GENTIUM



caratterizza i migranti sospingendoli nella marginalità. Con questo termine mi riferisco tuttavia anche alla ‘non-idoneità’ degli stranieri a relazionarsi con un apparato penale che prevede garanzie pensate per i cittadini, ossia per soggetti ben inseriti nel tessuto sociale e dotati di strumenti economici, sociali e culturali di cui i migranti non dispongono.

21. Per chiudere con una nota minimamente ottimistica (o idealistica, dipende dai punti di vista) vorrei citare la proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario attualmente giacente in parlamento. Si tratta di una riforma elaborata sotto il coordinamento di Alessandro Margara, già direttore del DAP, amico e collaboratore di Mario Gozzini, che provvede a rimuovere il più possibile le norme che discriminano gli stranieri nella fase esecutiva della pena: dalla concessione dei permessi alle misure alternative, fino ai colloqui e alle telefonate. Se una simile riforma fosse approvata, l’Italia farebbe un grosso passo avanti nella eliminazione della “discriminazione strutturale” che contribuisce alla forte presenza di stranieri in carcere.

22. Relazione presentata alle Giornate di studio sui diritti dei migranti, IV anno, Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara, 14/03/2007.

La conferenza di Barcellona: una vera svolta nei rapporti euro-mediterranei?

Valentina M. Donini

Il Mediterraneo, oltre a costituire la culla delle più importanti civiltà (1) e il luogo di nascita delle tre religioni monoteistiche, ha sempre rappresentato una zona ricca di forti conflitti e intense contraddizioni. Oggi, nonostante il perdurare di tensioni politiche e militari, il Mediterraneo rappresenta però anche un importante partner commerciale per l'Unione Europea e, di conseguenza, ha assunto una nuova centralità e rilevanza, soprattutto in seguito alla Conferenza di Barcellona del 1995.

Per molto tempo i rapporti tra Europa e Mediterraneo sono stati segnati dal passato coloniale delle grandi potenze europee (2), responsabili in parte dell'alto tasso di conflittualità dell'area mediterranea: non si può trascurare il fatto che molto spesso le potenze coloniali che disegnarono gli attuali confini del Nordafrica e del Medio Oriente non si basarono su criteri storici o culturali, ma si limitarono a riprodurre sulla carta le loro aree d'influenza, basandosi quasi esclusivamente su considerazioni economiche, impostando l'equazione tra materie prime e frontiere (3).

Inoltre, per lungo tempo i rapporti commerciali tra la Comunità Europea e i paesi arabi sono stati caratterizzati da forti squilibri, soprattutto per quanto riguarda l'aspetto qualitativo dell'interscambio che vedeva l'Europa importare quasi esclusivamente materie prime in cambio di manufatti di alto valore aggiunto e forte contenuto tecnologico. Intorno agli anni settanta questa tendenza ha subito qualche battuta d'arresto, anche se il relativo miglioramento della situazione dei paesi arabi, più che a un effettivo maggior potere contrattuale era dovuto al forte incremento della domanda mondiale di materie prime, e solo in pochi casi, ad esempio in Marocco, si è riusciti, per far fronte al forte squilibrio fra utili dei produttori della materia prima e utili dei realizzatori del prodotto finale, a perseguire una politica di trasformazione delle materie prime sul territorio nazionale, in modo da trattenere una quota maggiore del valore aggiunto (4). Il miglioramento era quindi solo quantitativo, non qualitativo, anche perché allo stesso tempo continuava la deformazione monoculturale, eredità del periodo coloniale (5).

Oggi la debolezza delle istituzioni arabe, i rischi strutturali che compromettono la stabilità interna (come ad esempio il basso reddito nazionale, l'alto tasso di disoccupazione e le forti disparità sociali) e la scarsa cooperazione economica inter-araba minano le basi di una possibile stabilità e sicurezza nel Mediterraneo e, soprattutto, non pongono il Sud come interlocutore unico e paritetico di una futura cooperazione con l'Unione Europea.

Uno degli ostacoli maggiori all'integrazione transmediterranea è rappresentato, infatti, oltre che dalla disparità economica e militare tra Nord e Sud e dai diversi standard di vita, proprio dall'asimmetrico livello d'istituzionalizzazione e coesione. Se tra i paesi membri dell'Unione Europea si assiste a un costante e incessante processo d'integrazione, la sponda meridionale e orientale del Mediterraneo presenta, invece, una forte frammentazione e disgregazione che si manifesta anche in un diverso livello di



coinvolgimento e interesse nell'europartenariato tra il Maghreb e il Mashreq, destinato a sfociare in alcuni casi a una vera e propria passività (6), spiegabile soprattutto con la centralità del conflitto arabo-israeliano, che si pone come blocco anche psicologico per molti paesi arabi.

Tuttavia, anche sulla sponda settentrionale l'interesse per il partenariato euro-mediterraneo non è omogeneo: se Italia, Francia e Spagna sono i principali promotori del processo messo in atto con la Conferenza di Barcellona, Gran Bretagna e Germania sono più interessate all'Europa orientale, anche in considerazione dell'allargamento dell'Unione Europea verso Est.

Nell'ambito di una cooperazione regionale su vasta scala devono quindi promuoversi delle condizioni per sviluppare e mantenere dei rapporti di 'buon vicinato' per procedere a una modernizzazione dei paesi del Mediterraneo che non si limiti solo all'adeguamento strutturale, ma che miri anche allo sviluppo dell'industria, della tecnologia, nonché all'adattamento degli strumenti istituzionali appropriati, attraverso l'uniformazione sia dei sistemi di indirizzo politico-economico e finanziario, sia delle normative concernenti il commercio internazionale (7). Ci si deve domandare però se il partenariato previsto dalla Conferenza di Barcellona sia effettivamente in grado di raggiungere questi obiettivi, o non si tratti piuttosto dell'ennesima proclamazione di principi destinata a restare lettera morta.

1. La Conferenza di Barcellona

La conferenza di Barcellona, tenutasi il 27 e 28 novembre 1995, si è posta come obiettivo fondamentale il raggiungimento della pace e stabilità nell'area, operando su tre livelli: politico (8), economico-finanziario e socio-culturale-umano (9). Almeno in teoria, Barcellona segna il superamento delle precedenti politiche comunitarie che in effetti non avevano raggiunto gli scopi auspicati, restando sempre ancorate a un'idea paternalistica di assistenzialismo e sostegno, di derivazione coloniale o post-coloniale. La nuova impostazione è desumibile già dalla terminologia usata: non si tratta più di *paesi in via di sviluppo*, o di *paesi terzi mediterranei*, bensì di *paesi partner*. Si delinea quindi il concetto di *partenariato*, che opera in ambito multiculturale, nel rispetto delle caratteristiche, dei valori e delle specificità di ogni paese, riconoscendo pari dignità ai *partners* e soprattutto mettendo in luce i reali squilibri tra le due rive del Mediterraneo.

Alla Conferenza di Barcellona hanno preso parte i ministri degli esteri degli allora quindici paesi comunitari, i rappresentanti della Commissione e del Consiglio europeo, e i ministri degli esteri dei paesi mediterranei non comunitari (Algeria, Egitto, Giordania, Libano, Marocco, Siria, Tunisia, Turchia, Israele, Cipro, Malta e Autorità Palestinese). Originariamente, quindi, erano previsti quattro paesi non arabi (Malta, Cipro, Israele e Turchia) e otto paesi arabi (la Libia è rimasta fuori dall'accordo, ma dalla Conferenza di Stuttgart del 1999 in poi le è stato concesso lo status di osservatore). Con l'allargamento del maggio 2004 e l'ingresso nell'Unione Europea di Cipro e Malta, il numero di paesi partner mediterranei si è ridotto da dodici a dieci: sempre otto paesi arabi, uno Stato candidato (Turchia) e Israele. A questo punto, se tre Stati non arabi su quattro diventano membri dell'Unione Europea, Israele resta l'unico membro di Barcellona non arabo e non europeo e, quindi, mancando veri progressi nel



processo di pace del conflitto israelo-palestinese, il processo di Barcellona potrebbe trovarsi in un vicolo cieco (10).

D'altronde anche l'allargamento dell'Unione Europea verso Nord-Est, con l'ingresso dei nuovi dieci membri, dovrebbe comportare una revisione dell'europartenariato così come previsto originariamente dalla Conferenza di Barcellona, visto il rischio, reale ma forse fisiologico, di un calo di interesse nelle questioni mediterranee (11).

2. La Zona di Libero Scambio. Obiettivi e strumenti

Il secondo Capitolo della Dichiarazione di Barcellona prevede l'istituzione di un partenariato economico-finanziario tra le due rive del Mediterraneo attraverso la creazione di una zona di prosperità condivisa dalle due sponde del Mediterraneo, cioè la zona di libero scambio (12) che, in un'ideale gerarchia dei sistemi di integrazione economica precede l'unione doganale, il mercato comune e l'unione economica. La zona di libero scambio, da realizzarsi entro il 2010, dovrebbe collegare gli Stati membri dell'Unione Europea con i paesi partners mediterranei. Insieme all'EFTA e agli Stati dell'Europa Centrale e Orientale candidati all'ingresso nell'Unione Europea, questa zona includerà circa quaranta Stati e 600-800 milioni di consumatori, costituendo quindi una delle più importanti entità commerciali al mondo.

La Dichiarazione di Barcellona, tuttavia, in quanto mero quadro generale di riferimento e non anche documento giuridicamente vincolante, necessita per l'attuazione dei suoi obiettivi della conclusione dei cosiddetti accordi di associazione euro-mediterranei, che devono essere negoziati individualmente da ogni paese mediterraneo con l'Unione Europea e che vanno a sostituire i precedenti accordi di cooperazione. Lo scopo principale di questi accordi è proibire l'introduzione di nuove restrizioni quantitative sulle importazioni, e abolire quelle esistenti, sia dirette (*outright bans*, quote o altri limiti numerici in relazione al commercio di beni industriali), sia indirette (misure equivalenti alle restrizioni quantitative), risultanti da standard regolatori e tecnici diversi, che non discriminano sulla base del luogo di produzione.

Per realizzare entro il 2010 la zona di libero scambio (anche se è molto probabile che questa scadenza non sarà rispettata, considerando che in alcuni casi i periodi transitori per la liberalizzazione commerciale previsti dagli Accordi di associazione si concluderanno nel 2014 se non oltre), devono quindi essere abolite tutte le barriere, tariffarie e non (13). Tuttavia, a differenza di altre zone di libero scambio già istituite in altre parti del mondo, in cui due o più paesi con situazioni economiche simili si accordano per l'abolizione degli ostacoli alle importazioni, qui ci troviamo di fronte a una situazione asimmetrica: da una parte c'è un'entità unica, omogenea come l'Unione Europea e, dall'altra, non un paese, ma un gruppo eterogeneo di paesi le cui economie presentano diversi livelli di sviluppo e d'integrazione e, soprattutto, diversi livelli di protezione (14).

Inoltre, i paesi del Mediterraneo devono affrontare lo smantellamento unilaterale dei loro meccanismi di protezione contro le importazioni dall'Unione Europea, mentre quest'ultima è già aperta alle importazioni dai paesi del Mediterraneo (con l'eccezione dei prodotti agricoli e alcuni tessili). Ma dal momento che i manufatti mediterranei hanno già libero accesso nell'Unione Europea e l'unica prospettiva di un aumento nelle



esportazioni sarebbe l'inserimento dei prodotti agricoli nella zona di libero scambio, che invece sono stati esplicitamente esclusi (15), i vantaggi per i paesi mediterranei sono solo indiretti, collegati cioè all'aumento della competitività associata al crollo dei prezzi importati dall'Europa.

3. Gli Accordi di Associazione

A oggi gli Accordi di Associazione sono entrati in vigore con Tunisia (16), Israele (17), Marocco (18), Autorità Palestinese (19), Giordania (20), Egitto (21), Algeria (22), mentre gli accordi con il Libano (23) e la Siria (i negoziati si sono conclusi nell'ottobre 2005) non sono ancora entrati in vigore, nonostante le conferenze euro-mediterranee dei Ministri degli Esteri abbiano più volte auspicato un'accelerazione delle procedure di ratifica degli accordi già firmati.

Chiaramente le disposizioni dei singoli accordi bilaterali variano a seconda del paese partner, ma si possono comunque individuare degli aspetti comuni, quali il dialogo politico, l'istituzione di un libero commercio compatibile con i requisiti previsti dall'OMC per un periodo di transizione di dodici anni, le disposizioni relative a proprietà intellettuale, servizi, concorrenza, sussidi statali, monopoli, nonché le norme sulla cooperazione economica e culturale. Particolarmente interessante è il fatto che questi accordi richiamano come elementi essenziali il rafforzamento della democrazia nonché il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, facendo anche riferimento alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Prendendo come modello l'Accordo di Associazione con la Tunisia (che è stato il primo paese a firmare l'Accordo di Associazione con l'Unione Europea, in seguito a un intenso processo di riforme economiche e strutturali), si possono individuare gli obiettivi concreti che le parti cercheranno di raggiungere, cioè, ex art. 1: "Costituire un ambito adeguato per il dialogo politico tra le parti che consenta di consolidare le loro relazioni in tutti i campi che esse riterranno pertinenti a tale dialogo; stabilire le condizioni per la liberalizzazione degli scambi di beni, di servizi e di capitali; sviluppare gli scambi e stimolare l'espansione di relazioni economiche e sociali equilibrate tra le parti, segnatamente attraverso il dialogo e la cooperazione, per favorire lo sviluppo e la prosperità della Tunisia e del popolo tunisino; incoraggiare l'integrazione del Maghreb e favorire gli scambi e la cooperazione tra la Tunisia e i paesi della regione; promuovere la cooperazione in campo economico, sociale, culturale e finanziario".

L'Accordo euro-tunisino prosegue poi con un'accurata descrizione dei diversi ambiti in cui dovrà operare, a partire dal dialogo politico (Titolo I), come base per garantire la stabilità e sicurezza dell'area mediterranea, per poi arrivare al cuore del problema, cioè la libera circolazione delle merci (Titolo II). L'art. 6 infatti stabilisce l'istituzione di una zona di libero scambio transitoria, della durata massima di dodici anni dall'entrata in vigore dell'accordo, che sarà poi sostituita dalla zona di libero scambio (24) euro-mediterranea da istituirsi entro il 2010.

Il Titolo III si occupa invece del diritto di stabilimento e dei servizi, mentre il Titolo IV disciplina i pagamenti correnti e il movimento di capitali, e la concorrenza.

Per quanto riguarda la cooperazione economica in generale (Titolo V), si entra in un ambito più assistenzialista che di partenariato vero e proprio, dal momento che le parti



si impegnano a intensificare i rapporti nel reciproco interesse e nello spirito del partenariato, allo scopo di sostenere l'azione della Tunisia per favorirne un duraturo sviluppo economico e sociale (art. 42), attraverso un regolare dialogo economico, scambi di informazioni e comunicazioni, iniziative di consulenza, scambi di esperti, assistenza tecnica e amministrativa (art. 44).

L'Accordo euro-tunisino prevede inoltre una disciplina della cooperazione sociale e culturale (Titolo VI) e della cooperazione finanziaria (Titolo VII), ma tra gli obiettivi della cooperazione è particolarmente importante sottolineare la norma (contenuta in tutti gli Accordi di Associazione) relativa al "ravvicinamento delle legislazioni", cioè all'esigenza di aiutare i paesi terzi mediterranei ad armonizzare le legislazioni nazionali recependo il modello comunitario nei settori contemplati dall'accordo, anche se poi non viene specificato il modo o gli strumenti per ottenere tale scopo (25).

Si tratta evidentemente di una sorta di adeguamento all'*aquis communautaire* (26) esteso a Stati terzi, come esplicitamente previsto, ad esempio, dall'art. 52 dell'accordo euro-tunisino: "Obiettivo della cooperazione è aiutare la Tunisia a ravvicinare la sua legislazione a quella della Comunità nei settori contemplati dal presente accordo". Questa formulazione è ripresa testualmente negli accordi con Marocco, Algeria, Autorità Palestinese, mentre è leggermente diverso il tenore dell'art. 69 dell'accordo giordano (corrispondente al testo dell'accordo con Egitto e Israele): "Le parti fanno il possibile per ravvicinare le rispettive legislazioni al fine di agevolare l'attuazione del presente accordo".

Per l'attuazione degli accordi è istituito il Consiglio di Associazione "che si riunisce a livello ministeriale una volta all'anno e ogni qualvolta le circostanze lo richiedono, su iniziativa del suo presidente e alle condizioni previste dal suo regolamento interno (27)". Ma dal momento che per attuare il partenariato occorrono riforme sostanziali del settore fiscale, economico e industriale, il sostegno finanziario necessario è assicurato dal programma MEDA (*Mésures d'Adjustement*), il principale strumento finanziario dell'Unione Europea per l'attuazione del partenariato euro-mediterraneo. Più che dei tradizionali aiuti allo sviluppo, si tratta della creazione di una rete commerciale con i paesi del Mediterraneo in modo da instaurare il libero commercio incoraggiando la transizione economica (28).

4. Dopo Barcellona? Aspettative e critiche

Insieme ai vantaggi derivanti dalla creazione della zona di libero scambio, si presenteranno però anche alcuni inconvenienti: si prevede infatti una crescita esponenziale della popolazione dei dodici paesi mediterranei con i conseguenti problemi di gestione dei forti flussi migratori. Ciò comporterà dei problemi per quanto riguarda in primo luogo le risorse idriche e alimentari, ma anche il tasso di occupazione, lo sfruttamento delle risorse energetiche e le industrie correlate. Per questi motivi, il partenariato euro-mediterraneo non dovrà limitarsi solo alla creazione della ZLS e al libero commercio, ma dovrà prevedere anche una pianificazione strategica dello sviluppo da parte degli Stati, partendo da un'iniziale protezione delle industrie nodali e dall'innalzamento del livello scientifico tecnologico.



È ancora incerto, però, l'esito reale di tale politica: allo stato attuale solo l'Accordo con la Tunisia, e in parte quello con il Marocco, sono già in una fase di apprezzabile impatto sulle economie mediterranee (il che non vuol dire che tale impatto sia completamente favorevole: il venir meno delle entrate doganali ha già avuto delle gravi ripercussioni, in particolare sulla spesa sociale che ha subito pesanti tagli), mentre gli altri si trovano ancora in una fase iniziale, in cui i benefici non si sono ancora visti (29).

Per questi (e altri) motivi non sono mancate forti critiche al programma di Barcellona (30).

Per quanto riguarda il livello politico, si è assistito al crollo delle aspettative, forse troppo ottimistiche, collegate al processo di pace in Medio Oriente. Come si evince dal punto 1 della Dichiarazione, il partenariato avrebbe dovuto preparare il terreno per far sì che l'Europa avesse un peso maggiore nel processo di pace (31), dato che in realtà si è sempre tenuta ai margini, rispetto invece al ruolo degli Stati Uniti. È evidente però come i fatti abbiano deluso le speranze di una soluzione del conflitto mediorientale, almeno nell'immediato futuro; diventa quindi opportuno domandarsi se il partenariato euro-mediterraneo potrà sopravvivere alla fine del processo di pace, visti gli ultimi sviluppi dello scenario internazionale.

Inoltre, ci si deve chiedere se la zona di libero scambio sia davvero la scelta più appropriata per favorire lo sviluppo economico, sociale e politico dei paesi mediterranei, considerando in primo luogo l'abissale sproporzione tra Unione Europea (un colosso commerciale con un interscambio globale pari a circa il 40% del commercio mondiale) e i paesi terzi (il cui interscambio ammonta a circa il 2% dell'economia mondiale (32)), ma anche l'asimmetria delle limitazioni, soprattutto per quanto riguarda la questione agricola e la libertà di circolazione e di stabilimento delle persone. Nonostante le altisonanti proclamazioni di principi e gli effettivi tentativi di promuovere l'integrazione economica tra i paesi membri del partenariato, sancendo la libertà di movimento di beni e capitali, la Dichiarazione di Barcellona, non menziona nemmeno la libertà di circolazione e di stabilimento delle persone (33). Questo silenzio dipende dalla paura degli Stati comunitari delle conseguenze di un approccio di tale genere, dato che concedere la libertà di stabilimento ai cittadini dei paesi partner, oltre a tutta una serie di problemi legati ai flussi migratori, comporterebbe la perdita di certi privilegi prettamente europei (34).

Per questi motivi i partners arabi (a parte i paesi del Maghreb che sono comunque attratti da un rapporto privilegiato con l'Unione Europea), non hanno sempre visto di buon occhio l'europartenariato, ma l'hanno considerato piuttosto come un tentativo di normalizzare i rapporti con Israele e di dividere il mondo arabo tra paesi ammessi e paesi esclusi al partenariato, nonché di controllare e monitorare l'area mediterranea per proteggere gli interessi e promuovere i valori politici ed economici occidentali, mantenendo così incontrastato il predominio occidentale (35).

A questo punto potrebbe essere auspicabile un allargamento della politica di partenariato verso i paesi geograficamente esclusi; d'altronde sarebbe opportuno anche per l'Unione Europea avviare una politica di dialogo e cooperazione con gli altri paesi del mondo arabo (36), che pur non appartenendo al Mediterraneo in senso stretto giocano comunque un ruolo determinante, se non altro perché produttori di petrolio, riconsiderando quindi la politica europea (37) verso gli Stati membri del Consiglio di



Cooperazione del Golfo, cioè Bahrein, Kuwait, Oman, Qatar, Arabia Saudita, Emirati Arabi Uniti, le più importanti monarchie ‘petrolifere’ del Golfo Persico, allo scopo di promuovere un collegamento sistematico tra Europa, Mediterraneo e paesi del Golfo (38).

Note

1. Secondo F. Braudel, *La Méditerranée. L'espace et l'histoire*, Flammarion, Paris 1985, pp. 157 e ss. gli attori principali nell'area mediterranea sono tre, l'Occidente, inteso come cristianità, l'islam, e in misura minore, la chiesa ortodossa: “La Méditerranée, au-delà des ses divisions politiques actuelles, c'est trois communautés culturelles, trois énormes et vivaces civilisations, trois façons cardinales de penser, de croire, de manger, de boire, de vivre... En vérité trois monstres toujours prêts à montrer les dents, trois personnages à interminable destin, en place depuis toujours, pour le moins depuis des siècles et des siècles”. Per un panorama storico sul Mediterraneo, vedi anche P. Matvejevic, *Il Mediterraneo e l'Europa*, Garzanti, Torino 1998.

2. “L'amministrazione francese dell'Africa settentrionale (e in minor misura anche quella italiana e quella spagnola) fu caratterizzata da un'ideologia unitaria, quella della *mission civilisatrice*, la convinzione della superiorità occidentale e del diritto di diffonderla. Di carattere diverso era la dominazione britannica in Egitto, che non si proponeva una colonizzazione di massa e non aveva l'idea esplicita di una missione civilizzatrice: nell'impero britannico si preferiva parlare del ‘fardello dell'uomo bianco’ e fingere di credere al mito secondo cui la Gran Bretagna si era trovata ad amministrare immensi territori per caso, quasi trascinata per i capelli”. P.G. Donini, *Il mondo islamico*, Laterza, Bari 2003, p. 214. Quanto all'avventura coloniale italiana, mancava una giustificazione di tale genere, ma più semplicemente: “Dovevamo riprenderci la Libia perché era la ‘Quarta sponda’ del nostro paese, perché era stata civilizzata dai Romani, perché dovevamo sistemarvi i nostri braccianti senza terra; più nobilmente, per liberare i Libici dal giogo turco o, più prosaicamente, per insegnar loro a mangiare con le posate. Non mancavano è ovvio, motivi economici più sostanziosi, rappresentati dagli investimenti bancari, agricoli e commerciali”. *Ivi*, p. 215.

3. A. Biad, *Code of Conduct for Good-Neighbourly Relations in the Euro-Mediterranean Partnership*, in *Mutual perceptions in the Mediterranean unity and diversity*, a cura di A. Marquina, Publisud, Mosbach/Madrid/Paris 1998, p. 263.

4. Cfr. P.G. Donini, *L'integrazione economica dei paesi arabi come presupposto per il superamento degli squilibri negli scambi con la CEE*, in *La Politica Mediterranea della CEE*, ES, Napoli 1981, pp. 332-340.

5. Sia che si tratti di prodotti agricoli, sia di materie prime, ad esempio il petrolio, i paesi del Mediterraneo erano orientati verso la monocoltura, cioè la produzione o coltivazione di solo una o poche materie prime. Tale scelta era favorita, se non addirittura imposta dalle potenze coloniali, perché funzionale alla loro economia, ma in realtà il crollo dei prezzi delle materie prime poteva avere effetti devastanti sull'economia del paese produttore. Cfr. A. Cassese, *I rapporti Nord/Sud*, Editori Riuniti, Roma 1989.



6. “The Southern Mediterranean countries have primarily *reacted to* rather than *acted on* European proposals”. A. Biad, *op. cit.*, p. 265 (mio il corsivo).

7. Cfr. V.M. Donini, *Il diritto del commercio internazionale nell’area euro-mediterranea, tra diritto islamico e lex mercatoria*, ESI, Napoli 2007.

8. Obiettivi fondamentali sono la garanzia dello stato di diritto, il pluralismo religioso-politico, la tolleranza, l’uguaglianza tra i popoli, l’autodeterminazione. Inoltre, la cooperazione, attraverso la ratifica di strumenti specifici, si propone anche di prevenire e combattere il terrorismo, la criminalità organizzata, il traffico internazionale di stupefacenti.

9. Il terzo livello, che rappresenta forse la principale innovazione della Dichiarazione di Barcellona, considera il dialogo e il rispetto tra culture e religioni differenti come le condizioni necessarie affinché i popoli si possano avvicinare. Appare quindi evidente il ruolo dell’educazione, della formazione e della mobilità delle persone in una cooperazione che assume un aspetto decentralizzato, coinvolgendo i responsabili della società politica, civile e culturale.

10. Cfr. R. Pace, *The Mediterranean Enlargement of the European Union and Its Effect on the Euro-Mediterranean Partnership, Managing asymmetric interdependencies within the Euro-Mediterranean Partnership*, in *ZEI Discussion Papers*, a cura di F. Meier, Center for European Integration Studies, University of Bonn, Bonn 2002, p. 22. Vedi anche F.D. Gonel, *Trade Effects of European Union Enlargement on the Mediterranean Partner Economies*, Paper presented at the Sixth Mediterranean Social and Political Research Meeting of the Mediterranean Programme of the Robert Schuman Centre for Advanced Studies at the European University Institute, Montecatini Terme, March 2005.

11. Cfr. F. Zallio, *Le relazioni Euro-Mediterranee: bilancio e futuro*, in “*Italiamondoarabo*”, XVI, 1, Gennaio-Marzo 2004, pp. 22-25.

12. Per un approccio critico cfr. K.V. Champion, *Who Pays for Free Trade? The Dilemma of Free Trade and International Labour Standards*, in “*North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*”, XXII, 1996, pp. 181-239; T. Geiger - D. Kennedy, *Regional free trade blocs, multilateralism and the GATT: complementary paths to trade free?*, Pinter, London 1996, pp. 2-5.

13. Vi sono però delle deroghe ad esempio in caso di ordine pubblico, buon costume, pubblica sicurezza. Cfr. l’art. 27 dell’accordo Euro-Tunisino: “Il presente accordo lascia impregiudicati i divieti o le restrizioni all’importazione, all’esportazione o al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale o di tutela della proprietà intellettuale, industriale e commerciale o dalle norme relative all’oro e all’argento. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra le parti”. La stessa disciplina è prevista dagli artt. 27 degli accordi stipulati con la Giordania e con Israele, dall’art. 28 dell’accordo con il Marocco, dall’art. 26 dell’accordo con l’Egitto, dall’art. 23 dell’accordo interinale con il Libano e dall’art. 14 dell’accordo interinale con l’Autorità Palestinese.



14. La diversità delle situazioni dei paesi del Mediterraneo si manifesta anche nel tipo di esportazioni: alcune economie dipendono quasi al 99% dall'esportazione di idrocarburi (è questo il caso di Libia e Algeria) altri, come Siria ed Egitto, esportano prodotti tessili, mentre Tunisia e Marocco esportano fosfati, tessili e prodotti alimentari. Di conseguenza, anche se il regime della Zona di Libero Scambio è unico, le esigenze sono in realtà molteplici e variegata. Cfr. A. Sid Ahmed, *Les conditions de l'ancrage économique*, in *Euro-Méditerranée. Une région à construire*, a cura di R. Bistolfi, Publisud, Paris 1995, p. 230.

15. Tale esclusione sembra non essere definitiva, poiché sia a Barcellona che successivamente fu assicurato che la questione agricola sarebbe stata affrontata, cosa che però allo stato attuale non si è ancora verificata, salvo una mera dichiarazione di principio nell'ambito della VIII conferenza (Tampere, novembre 2006). Vedi VIII conferenza euro-mediterranea dei Ministri degli Esteri (Tampere, 27-28 novembre 2006). Cfr. D. Orden - E. Diaz-Bonilla - R.S. Kaukab, *Liberalizing Agricultural Trade and Developing Countries*, TED Policy Brief, 6, Carnegie Endowment for International Peace, Global Policy Program, Washington 2002.

16. Firmato il 17 luglio 1995 ed entrato in vigore il 1 marzo 1998, ma. il processo di eliminazione delle barriere tariffarie era stato avviato addirittura prima della ratifica dell'Accordo, come chiaro segnale della volontà di apertura del Governo tunisino.

17. Firmato il 20 novembre 1995, in vigore dal 1 giugno 2000.

18. Firmato il 26 febbraio 1996, in vigore dal 1 marzo 2000.

19. Accordo interinale firmato il 24 febbraio 1997, in vigore dal 1 luglio 1997.

20. Firmato il 24 novembre 1997, entrato in vigore nel maggio 2002. Sostituisce l'accordo di cooperazione del 1977.

21. Firmato il 25 giugno 2001 ed entrato in vigore il 1 giugno 2004. I negoziati con l'Egitto sono stati avviati nel gennaio 1995 per concludersi nel giugno 1999. Il nuovo Accordo di associazione euro-mediterraneo sostituisce quindi l'Accordo di cooperazione del 1997.

22. Firmato il 22 aprile 2002 ed entrato in vigore il 1 settembre 2005.

23. Firmato il 17 giugno 2002. Il 1 marzo 2003 è entrato in vigore l'Accordo interinale sugli scambi e sulle questioni commerciali.

24. L'Accordo distingue chiaramente i prodotti industriali (art. 7-14) da quegli agricoli (artt. 15-19), mantenendo la differenza di regime, dal momento che per i prodotti industriali originari della Tunisia importabili in Europa e viceversa sono eliminati i dazi e le tasse di effetto equivalente (secondo un dettagliato calendario che prevede nell'arco di dodici anni l'azzeramento totale progressivo), mentre provvede solo a una progressiva liberalizzazione nei reciproci scambi di prodotti agricoli e della pesca.

25. Vedi anche l'art. 2(b) del Regolamento (CE) n. 1638/2006 recante disposizioni generali che istituiscono uno strumento europeo di vicinato e partenariato, che pone tra gli obiettivi dell'assistenza comunitaria nell'ambito della Politica Europea di Vicinato: "la promozione del ravvicinamento delle legislazioni e delle regolamentazioni verso standard più elevati in tutti i settori di pertinenza, in particolare per incoraggiare la



progressiva partecipazione dei paesi partner al mercato interno e l'intensificazione degli scambi".

26. Sulla recezione del diritto uniforme, e in particolare del modello comunitario nel Mediterraneo, cfr. V.M. Donini, *La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne*, in L. Sapiro, *La riforma delle legislazioni agrarie nei paesi terzi del Mediterraneo*, Felici Editore, Pisa 2007.

27. Il Consiglio è composto da membri del Consiglio dell'Unione Europea e da membri della Commissione, nonché da rappresentanti del governo del paese partner, che si riuniscono per esaminare le questioni inerenti all'Accordo, discutere sulle questioni principali e prendere atto dei progressi compiuti, soprattutto per quanto riguarda i processi di smantellamento tariffario. Il Consiglio, che è presieduto a turno da un rappresentante dell'Unione Europea e da un membro del governo del paese partner, oltre a formulare raccomandazioni, ha anche poteri decisionali, vincolanti per le parti, che devono prendere le misure necessarie per l'attuazione di tali decisioni. Inoltre al Consiglio possono essere sottoposte le controversie riguardanti l'interpretazione o l'applicazione dell'Accordo, e la decisione del Consiglio è vincolante. Se non è possibile dirimere la controversia in questo modo, si ricorrerà a un procedimento arbitrale. Al Consiglio è affiancato un Comitato di Associazione, composto da funzionari rappresentanti del Consiglio dell'Unione Europea e della Commissione, e da rappresentanti del governo del paese partner, con l'incarico di gestire l'Accordo fatte salve le competenze del Consiglio. Inoltre il Consiglio può istituire gruppi di lavoro o altri organismi necessari per l'attuazione dell'Accordo, cercando anche di agevolare i contatti tra il Parlamento Europeo e le istituzioni parlamentari del paese partner, nonché tra il Comitato economico e sociale della Comunità e l'istituzione analoga per il paese partner. Ogni Accordo si conclude con le disposizioni finali riguardanti la durata (illimitata), i modi di ratifica ed entrata in vigore, le lingue ufficiali (cioè tutte quelle dell'Unione Europea, più arabo ed ebraico) e una serie di protocolli e allegati tecnici che ne costituiscono parte integrante.

28. Il regolamento di riferimento è MEDA EC/1488/96, emendato poi nel novembre 2000 (2698/2000), il cosiddetto regolamento MEDA II. Nel periodo 1995-1999 MEDA ha stanziato 3.435 milioni di euro sui 4,422 milioni di *budget*. Per il periodo 2000-2006 (MEDA II) sono stati assegnati 5.350 milioni di euro, ma questi fondi sono incrementati da prestiti dalla Banca Europea per gli Investimenti: per il 1995-1999, i prestiti ammontavano a 4.808 milioni, per il 2000-2007 invece il mandato è di 6.400 milioni. Inoltre la Banca si è impegnata a versare un ulteriore contributo di un milione (che grava sulle proprie risorse, e di cui si assume i rischi) per progetti transnazionali. Tuttavia, per i partner non comunitari si tratta di un aiuto ancora insufficiente rispetto allo sforzo richiesto, soprattutto se si considerano i ritardi nell'erogazione e la difficoltà nell'accesso a questi stanziamenti. Cfr. R. Pepicelli, *2010 un nuovo ordine mediterraneo?*, Mesogea, Messina 2004, p. 54.

29. Cfr. P. Brenton - M. Manchin, *Trade Policy Issues for the Euro-Med Partnership*, Middle East & Euro-Med Working Paper, 7, Centre for European Political studies, Brussels 2003, p. 18: "Trade agreements have had little impact on growth and poverty alleviation in the Mediterranean region. A key reason for this is that agreements between the EU and countries of the region and agreements within the region have been



limited in scope and ambition. Significant sectors have been excluded and the agreements have been shallow in terms of the range of regulatory barriers to trade that have been addressed. It is time now to think how the Barcelona process can be made more effective in stimulating trade, growth and poverty reduction”.

30. Cfr. M. Nikolinakos, *Mediterranean Cooperation: limits and possibility*, in *Economic Cooperation among the Countries in the Mediterranean Area. Proceedings of an International Conference, Cairo 11-13 November 1998*, a cura di P. Tani, Firenze 2001, pp. 191-207. Sulla logica del compromesso, come dominante nei negoziati di Barcellona e alternativa a una vera ottica di partenariato, vedi S. Amin - A. El Kenz, *Europe and the Arab World*, Zed Books, London/New York 2005, pp. 122 e ss.

31. Vedi anche *The Common Strategy of the European Council on the Mediterranean Region* del 19 giugno 2000, all'art. 5 della Parte I, che stabilisce: *The Europe is convinced that the successful conclusion of the Middle East Peace Process on all its tracks, and the resolution of other conflicts in the region, are important prerequisites for peace and stability in the Mediterranean.*

32. Fonte: [WTO](#). Il divario tra le due realtà demografiche si può riscontrare anche nell'abissale disparità di reddito pro-capite che va dai circa 1.297 euro annui di un marocchino ai 47.000 euro di un lussemburghese (dati [World Bank](#) e [Eurostat](#)).

33. Va detto però che la questione è stata affrontata (ma non risolta) all'ottava conferenza euro-mediterranea, Tampere 2006.

34. Cfr. M. Olivé Elias, *Les Politiques Immigratoires de la Unió Europea I el Procés de Barcelona*, Tesi Doctoral, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona 2006.

35. Cfr. E. Moxon-Browne, *New Wine, Old Bottles, or Both? Regional Integration in the Mediterranean*, in *Euro-Med Integration and the 'Ring of Friends': the Mediterranean's European Challenge*, IV, a cura di P.G.Xuereb, European Documentation and Research Centre, University of Malta, Malta 2003, p. 87, che discute anche dell'accusa di imperialismo culturale eurocentrico mossa all'europartenariato.

36. Per una suddivisione in due livelli sub-regionali, UE-Maghreb, e UE-Mashreq, proponendo un potenziamento del primo livello a discapito del secondo, cfr. C. Liguori, *Europa e Maghreb: ipotesi per nuove forme di cooperazione nel quadro del partenariato euro-mediterraneo*, Italian Chair Working papers in EuroMediterranean Relations and Politics, July 2001 - ICWP No.02. D'altronde una proposta di diversificazione delle politiche di partenariato, sulla base dell'eterogeneità dei paesi partner del Mediterraneo, non è stata accolta, almeno fino a oggi. Cfr. R. Aliboni, *The European Union and the Future Security Relationship with the Maghreb*, Istituto Affari Internazionali, Roma, DOC IAI, 1997.

37. Proprio a tale proposito va citato l'accordo di cooperazione tra la CE e i paesi del CCG stipulato nel 1989, in base al quale è stato istituito il Consiglio Congiunto, che si riunisce su base regolare per intensificare i contatti tra le due regioni, rafforzando le relazioni politiche ed economiche, in particolare attraverso la decisione di istituire l'unione doganale entro il 2005. Nonostante la lentezza dei negoziati, dopo il quindicesimo Consiglio Congiunto (svoltosi a Manama, Bahrein il 5 aprile 2005), le



parti hanno potuto constatare con soddisfazione qualche reale progresso, sia per quanto riguarda l'incremento degli scambi commerciali tra UE e CCG, sia per quanto riguarda la realizzazione della Zona di Libero Scambio soprattutto in seguito all'ingresso dell'Arabia Saudita nell'OMC (11 dicembre 2005).

38. Cfr. R. Aliboni, *Europe's Role in the Gulf: a Transatlantic Perspective*, in "The International Spectator", XLI, 2, 2006, pp. 33-50. Vedi anche P. Brenton - M. Manchin, *op. cit.*, p. 15, che evidenziano i potenziali benefici derivanti da un eventuale ingresso dei paesi del CCG nell'europartenariato: "The GCC countries have the most developed financial markets in the region, as a result of their oil wealth, and could be substantial investors throughout the region if barriers to investment and trade were demolished and the incentive to investment improved. The integration of the GCC into the Barcelona process could provide a strong push towards freeing trade between the Gulf and the Mediterranean countries and in promoting regional cooperation".

LETTURE

Mamadou va a morire

Lucia Re

Negli ultimi dieci anni, anche per l'avvio della *partnership* euromediterranea, le scienze sociali europee - dalla sociologia, all'antropologia, alla scienza politica - hanno riscoperto il Mediterraneo come oggetto privilegiato di studio, dando vita a un'interessante riflessione sul ruolo che la regione potrebbe svolgere nell'era della globalizzazione. Al confine fra Occidente e Oriente, essa è teatro di conflitti sanguinari ma è anche un importante crocevia di popoli e culture. Secondo alcuni, il Mediterraneo potrebbe persino divenire un laboratorio per la costruzione di un'alternativa geopolitica all'unilateralismo statunitense (1).

Negli stessi anni in cui si è sviluppata questa riflessione, il *mare nostrum* si è però progressivamente trasformato da mare di confine in vera e propria frontiera militarizzata che separa la "fortezza Europa" dai paesi balcanici e africani. Migliaia di persone sono morte tentando di valicarla in direzione Nord e Ovest. Molti sono morti in mare, dopo essersi affidati a vecchi pescherecci e a gommoni improvvisati; altri sono morti tentando di raggiungere queste precarie imbarcazioni o aspettando il proprio turno per salirci sopra. Le vittime dei naufragi avvenuti nel tratto di mare che separa l'Europa dall'Africa del Nord sono migliaia. A queste si devono aggiungere le persone morte nel deserto del Sahara o sulle montagne del Marocco, nei campi e nelle carceri improvvisate in tutto il Maghreb, o nei commissariati di frontiera. Di molte di queste non abbiamo alcuna notizia. Le informazioni di cui disponiamo consentono però di stimare che siano più di 11.000 le vittime delle "migrazioni mediterranee" negli ultimi venti anni.

Dalla fine degli anni Ottanta a oggi almeno 7.519 persone sono annegate nel Mediterraneo e nel tratto dell'Oceano Atlantico che separa le Canarie dalla costa africana. Molte salme non sono mai state recuperate e queste cifre, che è lecito considerare sottostimate, sono calcolate sulla base dei naufragi censiti dalla stampa. Gabriele Del Grande sul sito [Fortress Europe](#) ha deciso di tenere il conto delle vittime, compiendo una rassegna delle notizie sulle tragedie dell'immigrazione verso l'Europa che sono state pubblicate da agenzie di stampa e da media di ogni genere dal 1988 a oggi. Si tratta di un archivio prezioso che ci consente ad esempio di sapere che nella sola giornata di ieri, 28 ottobre 2007, a Siracusa è affondato un gommone che trasportava migranti, mentre a Rocella Ionica una nave di venti metri con centocinquanta migranti a bordo si è spezzata in tre arenandosi a duecento metri dalla costa. Nove cadaveri sono stati trovati in mare dopo il naufragio di Siracusa, mentre otto persone risultano disperse. A Rocella Ionica per ora sono solo sette i cadaveri recuperati. Gli oscuri trafiletti che ogni giorno compaiono in fondo alle pagine di alcuni giornali e di alcuni portali internet sono così allineati in una rassegna che restituisce le dimensioni della tragedia in atto nel Mediterraneo.

Del Grande non si è però fermato alla fredda realtà delle cifre. Ha deciso di compiere un viaggio, andando a conoscere i migranti nei luoghi da cui partono le barche verso l'Europa e lo ha documentato in un piccolo prezioso libro, *Mamadou va a morire* (2). Un libro essenziale, nel quale l'autore, senza indulgere a sentimentalismi, dà voce a chi non è riuscito a partire, a chi è partito e tornato più di una volta, a chi ha perso un figlio o un fratello, a chi ha deciso di restare e di convincere altri a non emigrare.



L'autore non compie un'indagine etnografica: si fa coinvolgere dagli incontri con i giovani che cercano di emigrare e interpreta i loro racconti con la sua sensibilità. *Mamadou va a morire* non è neppure un *reportage* giornalistico, come quello realizzato recentemente da Fabrizio Gatti che è riuscito a ripercorrere le rotte dell'immigrazione verso l'Italia infiltrandosi fra i migranti in viaggio (3). Qualche notizia in più sui luoghi e sulle persone intervistate da Del Grande sarebbe forse servita a dare più solidità alla sua narrazione. Eppure, è proprio questa semplicità del resoconto ad avvicinarci ai protagonisti. Del Grande raccoglie testimonianze immediate, prive di retorica, quasi sempre ottenute di nascosto, come se la clandestinità fosse una condizione esistenziale che i futuri migranti conoscono già nei loro paesi.

In Senegal, in Marocco, in Tunisia, in Libia, emigrazione è una parola tabù e i *passeurs* tessono una trama fitta di rapporti illegali. Sono relazioni asimmetriche: i candidati alla emigrazione sono braccati dalla polizia, mentre i *passeurs* gestiscono i loro traffici indisturbati. Al massimo, le autorità chiedono loro ogni tanto di consegnare alla polizia i loro "clienti", preparando un'imboscata. A Dakar, Casablanca, Melilla, Bamako o Tripoli lo scenario non cambia molto. Mutano le angherie subite dai migranti e le strategie che essi adottano per sopravvivere, ma ovunque si presentano le stesse relazioni di dominio e ovunque i migranti oppongono alle difficoltà la stessa tenacia e la stessa volontà di resistenza.

Le parole che Del Grande raccoglie e i ritratti che disegna dei ragazzi e delle ragazze che tentano di emigrare consentono di avvicinare un'intera generazione di giovani africani disposti a tutto pur di lasciare il proprio paese. L'autore ha venticinque anni e il suo incontro con i coetanei africani demolisce in poche righe la retorica diffusa sullo scontro delle civiltà. I protagonisti sono ventenni immersi nella globalizzazione contemporanea che condividono un *ethos* individualista, l'idea di doversi affermare, l'aspirazione a rompere la campana di vetro sotto la quale i regimi e le società patriarcali e conservatrici mediterranee e africane tengono le popolazioni. A questi giovani la disoccupazione, la corruzione e l'immobilismo sociale fanno paura più della morte. Scegliendo di emigrare, essi fanno di rischiare la vita. Spesso hanno visto affondare le barche poco dopo la partenza o hanno avuto notizia del naufragio di amici e parenti. Ciononostante, l'Europa è per loro un'attrazione irresistibile, non tanto perché lavorare in Europa consente di arricchirsi, quanto perché emigrare significa scegliere il proprio destino, progettare una vita libera dai vincoli sociali e politici che attanagliano le società africane, essere protagonisti di un cambiamento, lasciare un'esistenza che si considera priva di senso.

Del Grande non trascura le differenze che intercorrono fra le varie realtà africane: le differenti motivazioni che spingono a emigrare gli attivisti politici saharawi e i giovani tunisini e marocchini; il diverso destino che attende i migranti che tentano di colmare una distanza di poche miglia di mare dalla costa europea e quelli che devono prima attraversare il Sahara. Tuttavia, egli tende a mettere in luce alcuni tratti comuni a queste esperienze: la giovane età dei migranti, la loro appartenenza alle classi popolari meno marginali, la voglia di partire che vince ogni paura. Soprattutto, a emergere chiaramente dal racconto di Del Grande sono l'autoritarismo e la violenza dei regimi nordafricani, il disprezzo per i diritti umani, il cinismo feroce dei paesi europei (a proposito dei quali



Fortress Europe ha preparato un'altra importante pubblicazione scaricabile dal sito: *Fuga da Tripoli. Rapporto sulle condizioni dei migranti di transito in Libia*).

I governi europei e la stessa Unione mostrano una indifferenza assoluta nei confronti delle continue tragedie dell'immigrazione. "Il nostro tenore di vita non è negoziabile" ha detto George W. Bush, giustificando la politica statunitense su ambiente e gestione delle risorse energetiche. Anche il tenore di vita europeo non è negoziabile e le migliaia di vittime della "guerra all'immigrazione clandestina" lo testimoniano. Per costruire il nostro benessere servono lavoratori precari che offrano manodopera a basso costo, e non cittadini che rivendicano diritti civili e sociali. La durezza dei percorsi migratori favorisce la selezione di una classe di lavoratori disposti ad accettare qualsiasi condizione. Di fronte a questo brutale sfruttamento poche voci si levano nelle nostre società civili, spaventate dagli "invasori stranieri". Mamadou *viene* a morire e noi continuiamo a non accorgercene.

Il racconto di Del Grande è asciutto e non ha certo ambizioni letterarie, ma a tratti, leggendo questo libro, ne affiorano alla coscienza altri che hanno segnato la letteratura del Novecento, come *Il diario di Anna Frank* o il *Racconto di Peuw, bambina cambogiana* di Molyda Szymusiak. Non intendo paragonare *Mamadou va a morire* a questi grandi libri, l'analogia sarebbe certamente fuori luogo. E tuttavia, il richiamo inconsapevole a questo tipo di narrazioni sorge nel lettore, perché Del Grande trasmette la sensazione netta di essere di fronte a un genocidio raccontato dalle vittime, un genocidio lento, apparentemente meno cruento di quelli fino a oggi conosciuti, che però, questa volta, si sta innegabilmente compiendo sotto i nostri occhi. Viene da pensare che *Mamadou va a morire* sia un libro che ogni giovane europeo dovrebbe leggere a scuola, non però fra vent'anni, ma oggi, mentre i fatti si stanno svolgendo e solo pochi denunciano quello che accade. Le persone cui Del Grande dà voce nel libro oggi forse sono morte, o stanno rischiando la vita nel Sahara, oppure vivono accanto a noi, nelle nostre città, tentando di dimenticare ogni giorno le violenze subite per arrivare fino a qui.

Note

1. Cfr. F. Cassano, D. Zolo, a cura di, *L'alternativa mediterranea*, Feltrinelli, Milano 2007.
2. Infinito, Roma, 2007.
3. Bilal. *Il mio viaggio da infiltrato nel mercato dei nuovo schiavi*, Rizzoli, Milano 2007.

O Medo na Cidade do Rio de Janeiro

Loïc Wacquant

With this original and meticulous study of discourses on and of insecurity in nineteenth-century Rio de Janeiro, (1) Vera Malaguti makes a signal contribution, not only to the historiography of social control in the “*cidade maravilhosa*” in the tradition inaugurated by Thomas Holloway’s classic tome *Policing Rio de Janeiro* (2), but also to three disparate areas of social inquiry that she patiently excavates and fruitfully connects in the Brazilian case.

The first is the *cultural history of fear* and its ramifying impact on social and political life. Historian Jean Delumeau (3) has shown that pervasive fear, fed by the trauma of endless feudal wars, the epidemics of plague, virulent religious conflicts, and rampant physical insecurity, profoundly moulded European society and culture in the early modern era. And that, during the Renaissance, the Church adroitly manipulated and channeled popular fears so as to bolster and extend its political and symbolic power even as the secular mental revolution carried by the bourgeoisie was gathering steam. Similarly, Malaguti shows that collective fear-of popular disorder, criminal activity fed by poverty, slave insurrections and their loathsome correlate, the “Africanization” of the nascent nation-played a pivotal role in the formation of the urban society of Brazil after Independence. Drawing on a multiplicity of sources, she reveals how fear “*se transfigurava em sentimento, em afeto, em política econômica, em projetos de lei, em fragmentos discursivos, em cenários, em políticas sanitárias,*” in short, invaded and infected every corner and crevice of carioca life. She uncovers how novel representations of dread and danger, rooted in the steep social inequalities and refined racial fantasies of the agrarian slave order, were deployed in and projected onto the city, where they diffused across the political, juridical, medical and journalistic fields. And, as in Europe both earlier and today, these discourses were harnessed, amplified, and steered onto certain targets by urban elites to safeguard and expand their rule in a period of dramatic social upheaval.

The second area enriched by this monograph is the *historical sociology of slavery and its collateral effects* and after-effects in the urban milieu and on the knowledge formations and social hierarchies that this milieu anchors. Because human bondage has been preeminently a rural and agrarian institution in the Americas, the study of its evolution and impact on the New World city has been relatively neglected. Slaves and their direct descendants have typically been seen as anomalies in the urban setting (4). Yet in mid-nineteenth century, Rio de Janeiro not only stood in the long shadow of the plantation; it harbored the largest population of African origin in both South and North America. Thus slavery, as the socio-legal status forcibly imposed on that population, profoundly shaped not only the demography, geography, and architecture of the Brazilian city. It also exerted a decisive influence on the organization, discourses, and practices of such core institutions as medicine and public health, the press and politics, and, last but not least, criminology and crime control. In the wake of the 1835 *Revolta dos Malês* in Bahia, carioca medicine became fascinated and focalized around what it described as “*uma população mestiça e degenerada e por isso patológica e perigosa*” coalescing in the city. Pathologizing the black body legitimated the brutal treatment of



Afro-Brazilians in Rio de Janeiro, where agonizing slaves, “*maltratados do que cavalos e mulas,*” were dumped on the streets as so much human refuse. And its alliance with positivist criminology gave pseudo-scientific licence to wield extreme penal repression on those groups located in the nether regions of social and urban space, whatever their skin color, thereby helping to normalize inordinately high levels of official violence towards the lower classes. Malaguti suggests that the selective policing, overt judicial bias based on class and color, vicious treatment of offenders, routine disregard for basic rights, and generalized indifference to the wastage of black bodies that characterize the functioning of criminal justice in the Brazilian metropolis today find their origins in the troubled imperial period when positivism, patrimonialism, and racism met and melted in the carioca state intelligentsia and apparatus.

This brings us to the third domain to which the present book offers fresh new materials: the *anthropology of the material and symbolic containment of the lower classes* in the city, with a stress on the pivotal role that criminology and criminal policy play in it. The prime originality of the carioca experiment in this respect is that, rather than constituting alternative techniques for the management of the dispossessed and the dishonored, as they did in industrializing Europe with the gradual differentiation of the social and criminal questions, medicalization and penalization worked in tandem and fused with racialization to effect the brutal domestication of the lower classes. The *demonization* of the emerging “rabble” unmoored from the countryside is here inseparable from the *criminalization* of the “urban mob” which is itself joined at the hip with the *pathologization* of slaves and their progeny (5).

The schemata of perception and appreciation forged during the turbulent 1830s have since guided the drawing of the physical, social, and mental boundaries inside the city. And they continue to inform-or deform-the contemporary public debate on and response to urban violence. Thus the “*oposição entre uma ordem jurídica virtuosa e o caos infracional, a matriz do combate ao crime feito como cruzada, o extermínio como método, a tortura como princípio, o elogio da delação e a execução como espetáculo*” are products of the political and policy struggles of the mid-nineteenth century that continue to operate in the Rio of today. Then as now, the forces of order are entrusted with the mission to “*inspirar confiança às elites e infundir terror nos morros.*” Then as now, the fearsome “other” onto whom the concentrated physical and symbolic violence of the state is unleashed is a teeming, faceless mass of dark-skinned *marginais* who must be portrayed monochromatically as fiendish enemies of the nation, congenital violators of its moral codes as enshrined in criminal law, so that they may be safely disregarded as the living expression of its deepest social contradictions-the embodied revelation and indictment of society’s ongoing betrayal of the liberal democratic principles it professes.

By digging up their roots and disclosing their regulative mechanisms in the nineteenth century, Vera Malaguti allows us to better understand the attraction as well as the limitations of the discourses of fear that enshroud the Brazilian metropolis at the dawn of the twenty-first century-and, in particular, to clearly discern the specter of slavery and of the racialized (di)visions it has spawned looming over postindustrial Rio de Janeiro in the manner of a malevolent Cristo Redentor do Corcovado. With this book, then, Malaguti not only maps for scholars an intriguing agenda for the comparative



historical sociology of the fear of the other in urban society in Latin America and beyond (6). She also gives the citizens who wish to seize them the means to understand how criminal violence has turned into the obsession of our age and why the punitive policies supposed to tame it are bound to fail, in Rio de Janeiro no less than in other world cities.

Note

1. V. Malaguti, *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma história*, Revan, Rio de Janeiro 2003.

2. Stanford UP, Stanford, CA, 1993.

3. *La Peur en Occident, XIVème-XVIIIème siècles*, Fayard, Paris, 1978.

4. See O. Patterson, *Slavery and Social Death*, Harvard UP, Cambridge, MA, 1982; a precocious exception to this pattern is R.C. Wade, *Slavery in the Cities*, Oxford UP, New York, 1967.

5. For comparative materials pointing to intriguing similarities and differences between Latin American countries, the U.S. South, and Europe, see M. Knisely Huggins, *From Slavery to Vagrancy in Brazil*, Rutgers UP, New Brunswick, NJ, 1984; D.M. Oshinsky, *“Worse than Slavery”: Parchman Farm and the Ordeal of Jim Crow Justice*, Free Press, New York, 1996 and P. Linebaugh, *The London Hanged*, Verso, London, 2nd ed. 2003.

6. Multivocal narratives of urban dread and violence in Venezuela, Columbia, Mexico, and Brazil are presented in S. Rotker, *Citizens of Fear*, Rutgers UP, New Brunswick, NJ, 2002.

Il diritto dei popoli di Rawls: realismo o utopia?

Leonardo Marchettoni

Rawls è notoriamente il filosofo più citato e più discusso della seconda metà del novecento. Tuttavia, l'attenzione dei critici non si è distribuita in maniera uniforme sulla sua intera produzione. Se *Una teoria della giustizia* e *Liberalismo politico* possono vantare un bibliografia sterminata, minore considerazione ha ricevuto *Il diritto dei popoli*, spesso considerato come un'opera senile e scarsamente significativa. Per questo motivo la raccolta di saggi *Rawls's Law of Peoples: A Realistic Utopia?*, curata da Rex Martin e David Reidy costituisce sicuramente un'utile aggiunta alla letteratura sul filosofo americano, contribuendo a colmare un vuoto editoriale (1). Il volume, dopo un'agile introduzione dei curatori, presenta sedici saggi, articolati in cinque sezioni, che esplorano, da prospettive teoriche differenti, tutte le tematiche principali dell'opera di Rawls.

La decisione di fare dei popoli i soggetti della teoria rawlsiana della giustizia internazionale costituisce, come è noto, una delle peculiarità di *Il diritto dei popoli*. Sembra pertanto opportuno domandarsi quali caratteristiche posseggano i popoli di cui ci parla Rawls. Questo tema viene esplorato nei primi due saggi. Nel testo che apre la raccolta - *Uniting What Right Permits with What Interest Prescribes: Rawls's Law of Peoples in Context* -, David Boucher analizza il rapporto che lega il testo rawlsiano alla tradizione nel campo del diritto internazionale. Secondo Boucher, Rawls diverge sia dall'impostazione realista - perché individua nei popoli, che, a differenza degli Stati, possono essere mossi da motivi ideali e limitano il perseguimento del loro interesse sulla base di considerazioni di ragionevolezza, i referenti della sua teoria -, che da quella riconducibile alla tradizione del diritto naturale - perché la sua teoria privilegia il momento più prettamente giuridico della stipulazione di patti tra gli attori internazionali. Sotto questo punto di vista l'impostazione rawlsiana appare più simile all'idea, difesa da Kant, che la strada che conduce verso la pace passa attraverso il diritto. Ma, dal momento che i popoli rawlsiani sono animati da un senso patriottico di "self-respect", basato sulla consapevolezza comune della loro eredità storica, devono potersi riconoscere nella regolazione degli assetti internazionali che contribuiscono a edificare. In questo senso, conclude Boucher, Rawls sembra attingere anche all'idea rousseauviana di comunità, che anzi assume un ruolo cruciale nel legare fra loro la dimensione realistica della regolazione giuridica con quella più prettamente ideale della continuità con i principi di giustizia e di ragionevolezza che sono riconosciuti come validi in seno a ciascun popolo. Analogamente, Philip Pettit nel secondo saggio - *Rawls's Peoples* - sostiene che la caratterizzazione rawlsiana della nozione di popolo coincide con quella di una comunità che non solo è rappresentata da un governo legittimo ma che possiede anche una coesione interna che si articola intorno a una propria concezione della giustizia. I membri dei popoli bene ordinati condividono alcune intuizioni comuni intorno a ciò che è giusto, tuttavia, dal momento che un simile legame non esiste tra i membri di popoli diversi non è possibile estendere le obbligazioni dettate dalla teoria della giustizia a vantaggio dei cittadini di Stati diversi dal proprio: da qui il rifiuto rawlsiano del cosmopolitismo. Da questa concezione dell'ontologia dei popoli seguono però anche alcuni doveri, che coincidono con gli obblighi funzionali a un'ordinata regolazione della vita internazionale - come rispettare



i diritti umani e l'autonomia territoriale degli altri Stati. Rimane meno chiaro, però, conclude Pettit, se il dovere di assistenza nei confronti delle società svantaggiate, comportando un'obbligazione nei confronti dei cittadini di un altro Stato, possa essere giustificato sulle stesse basi.

Il filo rosso che lega i tre saggi che compongono la seconda parte è costituito dal tema dell'anti-cosmopolitismo di Rawls. Nel primo - *Cultural Imperialism and 'Democratic Peace'* - Catherine Audard sostiene che *Il diritto dei popoli* non riesce a creare una posizione intermedia fra cosmopolitismo e relativismo culturale. In particolare, Audard ritiene che Rawls ponga eccessiva enfasi sulle "condizioni psicologiche" che conducono alla stabilità internazionale e alla pace - come l'interiorizzazione di una concezione del bene comune e della giustizia - a scapito delle "condizioni istituzionali", legate all'assetto politico dei rapporti fra gli Stati. Questa scelta strategica, tuttavia, espone il filosofo americano all'accusa di imperialismo culturale, dal momento che insiste su un atteggiamento di fondo tipicamente liberale, trascurando l'idea che la pace possa costituire l'esito di un processo di trattative e di reciproche concessioni. Il saggio successivo - *The Problem of Decent Peoples* -, a opera di Kok-Chor Tan, pone l'interrogativo di come la tolleranza nei confronti dei popoli cosiddetti "decenti" - vale a dire quei popoli che, nonostante un'organizzazione politica non democratica, si mostrano non aggressivi nei confronti degli altri Stati e rispettano i diritti umani fondamentali - possa essere giustificata in una prospettiva rawlsiana. In effetti, sostiene Tan, l'idea che uno Stato liberale debba tollerare i popoli decenti sembra ingiustificata, poiché non è chiaro per quale ragione sia possibile accettare, da un punto di vista liberale, l'eventualità che il governo di un popolo decente limiti la libertà di espressione degli oppositori liberali al suo interno. D'altra parte, sul piano pratico, le differenze tra Rawls e i liberali cosmopoliti tendono a essere inesistenti, dal momento che le ragioni critiche verso la politica interna dei popoli decenti non sono generalmente ritenute sufficienti dai liberali stessi per giustificare un intervento militare. Nell'ultimo saggio della sezione - *Why Rawls is Not a Cosmopolitan Egalitarian* - Leif Wenar si propone un duplice obiettivo: da un lato, offrire una spiegazione del motivo per cui Rawls non ha seguito in *Il diritto dei popoli* l'impostazione redistributiva tracciata in *Una teoria della giustizia*; dall'altro, presentare una critica generale del cosmopolitismo. Per quanto riguarda il primo problema, Wenar sostiene che *Il diritto dei popoli* si ricollega, più che a *Una teoria della giustizia*, a *Liberalismo politico* nell'identificare nella legittimità politica, piuttosto che nella giustizia come equità, lo standard di riferimento cui i principi di giustizia internazionale si devono conformare. Siccome poi la "cultura politica pubblica globale", che detta i criteri della legittimità politica per le istituzioni internazionali, non include principi redistributivi, si spiega il carattere conservativo della proposta rawlsiana. Per quanto concerne il secondo obiettivo, invece, Wenar offre un argomento generale inteso a provare che un'impostazione cosmopolitica "pura", che pretenda cioè di derivare i principi di giustizia internazionale unicamente da assunzioni relative allo status degli individui, non può essere attuata. Tale argomento si incentra sulla circostanza che, in assenza di uno Stato mondiale, i diritti degli individui non possono essere specificati indipendentemente dalle loro affiliazioni territoriali.

La sezione seguente è dedicata alla teoria rawlsiana dei diritti umani. Nel primo saggio - *Human Rights as Moral Claim Rights* - Wilfried Hinsch e Markus Stepanians sostengono che i diritti di cui parla Rawls in *Il diritto dei popoli* vanno considerati come



diritti morali, universalmente validi in ragione dei beni primari che tutelano. Più precisamente, si tratta, secondo gli autori, di diritti-pretesa in senso hohfeldiano: questa caratterizzazione è utile anche a gettare luce sulla tesi rawlsiana che i diritti sono suscettibili di essere imposti attraverso il ricorso a strumenti coercitivi compresa, sia pure come *estrema ratio*, la forza militare. Nel saggio successivo - *Rawls's Narrow Doctrine of Human Rights* - Alistair M. Macleod analizza il "minimalismo" di Rawls rispetto ai diritti, vale a dire la circostanza secondo la quale il filosofo americano difende in *Il diritto dei popoli* una lista di diritti umani assai più ristretta rispetto alle posizioni soggettive contemplate nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*. A questo proposito, Macleod considera diverse possibili giustificazioni per la scelta rawlsiana, trovandole insoddisfacenti. Di conseguenza, la decisione di privilegiare alcuni diritti piuttosto che altri appare arbitraria e sembra comportare alcune difficoltà in relazione alla difesa della tesi dell'universalità dei diritti stessi: infatti, non si capisce perché gli Stati "fuorilegge" dovrebbero essere obbligati al rispetto, non dell'intero catalogo dei diritti, ma del sottoinsieme dei diritti umani sul quale i popoli liberali e decenti concordano. Conclusioni simili sono tratte anche da Allen Buchanan, che nel suo saggio - *Taking the Human out of Human Rights* - mette a confronto il minimalismo rawlsiano in tema di diritti con l'ortodossia liberale. Buchanan identifica quest'ultima con le posizioni di James Nickel, Henry Shue, Amartya Sen e Martha Nussbaum, e ritiene che tale ortodossia intenda fondare i diritti su un resoconto degli interessi o delle capacità fondamentali propri di tutti gli individui. Secondo Buchanan l'atteggiamento minimalista di Rawls non è giustificato né dalla tolleranza nei confronti dei popoli non liberali, né dall'intento di evitare una caratterizzazione "parrocchiale" dei diritti - perché entrambi questi limiti dovrebbero cedere di fronte al radicamento di certi diritti nei caratteri invarianti della natura umana -, né, infine, dall'insistenza del filosofo americano sul nesso tra diritti e cooperazione sociale, dal momento che quest'ultima nozione dissimula una considerazione degli interessi individuali non troppo differente da quella esibita dagli autori liberali. Nell'ultimo saggio, infine - *Political Authority and Human Rights* -, David A. Reidy intraprende una accurata difesa della dottrina rawlsiana dei diritti. Reidy ritiene che la teoria dei diritti sviluppata in *Il diritto dei popoli* sia una teoria eminentemente politica, nel duplice senso che i diritti riconosciuti come fondamentali coincidono con quelli che risultano *enforceable* in una prospettiva liberale - dal momento che un popolo liberale, consapevole delle possibili differenze nella tutela, per esempio, dell'uguaglianza fra i sessi non acconsentirebbe a includere questo diritto nel novero dei diritti fondamentali - e che sono essenziali per l'esistenza di una forma di governo costituzionale repubblicana.

Uno dei nuclei tematici più dibattuti di *Il diritto dei popoli* concerne la giustizia sociale e in particolare il distacco di Rawls dal modello redistributivo proposto in *Una teoria della giustizia*. Su questi problemi vertono i saggi compresi nella quarta sezione. Nel primo - *Collective Responsibility and International Inequality in The Law of Peoples* -, David Miller offre una difesa del rifiuto rawlsiano di prevedere un analogo internazionale del "Principio di differenza" introdotto in *Una teoria della giustizia*. Secondo Miller, il giudizio di Rawls si basa sulle seguenti premesse: (1) le cause della ricchezza o della povertà degli Stati sono in gran parte interne a ciascuna società; (2) se alcune disuguaglianze fra due o più agenti sorgono come conseguenza di fattori di cui gli agenti possono essere ritenuti responsabili, queste disuguaglianze non sono ingiuste;



(3) i popoli decenti sono collettivamente responsabili delle caratteristiche culturali da cui si originano le disuguaglianze economiche fra di loro. Secondo Miller queste tre assunzioni sono almeno plausibili, dunque Rawls è giustificato nell'argomentare contro l'estensione del Principio di differenza allo scenario internazionale. Le argomentazioni di Miller a sostegno delle tre premesse non mi sembrano, tuttavia, del tutto convincenti; e d'altra parte, nel saggio seguente - *Do Rawls's Two Theories of Justice Fit Together?* -, Thomas Pogge, dall'esame delle stesse premesse, deriva una conclusione contraria: che l'atteggiamento di Rawls in *Il diritto dei popoli* contrasta con l'impostazione seguita in *Una teoria della giustizia* e che gli Stati più ricchi sono obbligati a ridurre le disuguaglianze nei confronti delle società più povere. Riprendendo alcuni temi costantemente presenti nei suoi lavori più recenti, (2) Pogge elabora una critica radicale alla dottrina rawlsiana della giustizia economica internazionale. Uno degli assi principali di questa critica è costituito dall'affermazione che le attuali disuguaglianze nelle condizioni economiche degli Stati sono il risultato, più che dell'azione di fattori endogeni, dell'assetto dei rapporti internazionali e in particolare dello sfruttamento prolungato delle risorse di alcuni Stati da parte di altri (in pratica si tratta della negazione della premessa (1) di Miller). Questo sfruttamento, conclude Pogge, costituisce il più vasto crimine contro l'umanità mai commesso e configura una violazione "dei doveri negativi di non ledere, imponendo un ordine delle istituzioni globali che causa sofferenze umane prevedibili ed evitabili di inimmaginabili proporzioni" (p. 221). Rispetto al fuoco polemico di Pogge, gli ultimi due saggi della sezione mostrano un atteggiamento più simpatetico nei confronti del testo rawlsiano. Nel primo - *Rawls on International Distributive Economic Justice: Taking a Closer Look* - Rex Martin esamina accuratamente due argomenti adottati da Rawls contro la previsione di un Principio di differenza globale. Pur giudicando entrambi gli argomenti non conclusivi, Martin ritiene nondimeno che Rawls sia nel giusto a criticare l'estensione del Principio di differenza allo scenario internazionale, osservando al contempo che la formulazione rawlsiana del dovere di aiuto nei confronti delle *burdened societies* comporta, da parte degli Stati liberali, un impegno più gravoso di quanto solitamente si creda. Una linea di pensiero analoga è seguita da Samuel Freeman nell'ultimo saggio della sezione - *Distributive Justice and The Law of Peoples*. Freeman non solo dimostra in maniera convincente che il Principio di differenza è inapplicabile sul piano internazionale - fra le altre ragioni perché esso richiede un background istituzionale, legale e politico che, a livello globale, non può essere presupposto - ma si sofferma anche a considerare le debolezze dell'idea stessa di redistribuzione internazionale. Secondo Freeman, Rawls ritiene che le gravi ingiustizie contro le quali puntano il dito Pogge e gli altri liberali cosmopoliti dovrebbero essere affrontate direttamente dagli Stati liberali nel corso della transizione a una Società dei popoli bene ordinata: gli Stati liberali, in quanto tali, devono impegnarsi a risolvere i problemi collegati allo sfruttamento delle risorse nei paesi in via di sviluppo - da notare, però che nel paragrafo conclusivo Freeman considera la possibilità di introdurre "istituzioni internazionali che regolino l'attività del mercato globale in modo da assicurare un commercio e un mercato del lavoro equi e garanzie contro lo sfruttamento" (p. 258). Nonostante la debolezza dell'idea degli Stati liberali che si fanno promotori di una guerra contro le disuguaglianze, l'interpretazione di Freeman contiene comunque, a mio avviso, spunti apprezzabili, perché propone una lettura "di sinistra" della teoria della giustizia rawlsiana - Rawls è espressamente collocato nella scia di Mill e di Marx -, che



presenta il Principio di differenza non come una misura meramente redistributiva ma come un principio che dovrebbe tendere a una definizione cooperativa degli assetti economici e sociali.

Nel primo saggio della quinta sezione - *Are Human Rights Mainly Implemented by Intervention* -, dedicata ai problemi della politica internazionale, James W. Nickel prende in esame la dottrina rawlsiana dei diritti umani dal punto di vista del diritto internazionale. Nickel osserva in primo luogo che la dicotomia tra Stati che rispettano i diritti e Stati fuorilegge, che si macchiano di gravi violazioni, sembra troppo stretta: tra i due estremi esiste una zona grigia, rappresentata da quegli Stati che commettono violazioni non gravi dei diritti, alle quali è possibile rispondere adottando un atteggiamento di “*serious criticism*”. Inoltre, Nickel sostiene che la divisione tra *basic human rights* e *non basic* appare forzata, poiché i diritti umani sono strettamente connessi fra loro e una violazione di alcuni di essi può ripercuotersi sul godimento di molti altri. L’obbiettivo del saggio di Alyssa R. Bernstein - *A Human Right to Democracy? Legitimacy and Intervention* - è quello di valutare se in base alla teoria rawlsiana sia ipotizzabile l’esistenza di un diritto alla democrazia che possa essere invocato per giustificare gli interventi umanitari. Bernstein nega questa eventualità, giudicando, in primo luogo, che non ci sono basi empiriche per sostenere che la democrazia procedurale costituisca un requisito indispensabile per ottenere la tutela dei diritti umani fondamentali e dunque la legittimità di uno Stato. Secondariamente, Bernstein sostiene che non è possibile esibire un consenso sufficientemente esteso in relazione al valore della partecipazione democratica dei cittadini alle istituzioni. Questa circostanza comporta anche che nel decidere quale forma di governo si addica maggiormente a uno Stato che deve essere ricostituito dopo un evento bellico è opportuno bilanciare i pregiudizi in favore della forma democratica con considerazioni attinenti alla cultura politica e alle idee di giustizia prevalenti nell’area in esame. Nell’ultimo saggio, infine - *Justice, Stability and Toleration in a Federation of Well-Ordered Peoples* -, Andreas Føllesdal confronta le soluzioni proposte da Rawls in *Il diritto dei popoli* con l’assetto dell’Unione Europea. Secondo Føllesdal la tolleranza verso gli Stati gerarchici decenti è ingiustificata, perché la comunità internazionale dovrebbe intervenire anche contro le violazioni dei diritti umani non fondamentali, analogamente a quanto avviene nel caso delle federazioni come l’UE nei confronti dei propri Stati membri. Il paragone con gli ordinamenti federali giustifica invece l’atteggiamento di Rawls verso i principi di redistribuzione internazionale, perché l’esistenza di disuguaglianze economiche all’interno di una federazione può condurre a un beneficio complessivo anche per i membri più svantaggiati.

È inevitabile che non tutti i saggi che compongono *Rawls’s Law of Peoples* siano dello stesso interesse o risultino ugualmente convincenti. Nondimeno, il volume si pone come un punto di riferimento per l’interpretazione dell’ultima opera di Rawls e per la discussione dei temi che vi vengono trattati. Dispiace unicamente che le voci chiamate a dibattere i problemi del diritto dei popoli siano riconducibili o all’ortodossia rawlsiana oppure all’alveo dei suoi critici liberali e cosmopoliti. A questo proposito, sarebbe stato forse necessario aprire un altro fronte di discussione, chiamando in causa i sostenitori di quel realismo, scettico della possibilità di una giustizia internazionale, che viene talvolta evocato nel volume solo per essere esorcizzato dopo poche righe.



Note

1. R. Martin, D.A. Reidy (eds), *Rawls's Law of Peoples: A Realistic Utopia?*, Blackwell Publishing, Oxford, 2006.

2. Vedi soprattutto Th. Pogge, *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge, Polity Press, 2002.

Teorie della pace e della guerra

Thomas Casadei

L'ultimo lavoro di Anna Loretoni (1) svolge una serie di percorsi di riflessione, sia in relazione al tema della guerra (e al rapporto di questa con la politica) sia in relazione al tema della pace (e al rapporto di questa con «un'idea di ordine internazionale»).

Il ragionamento complessivo esibisce fin dall'inizio le sue dichiarate finalità normative ma sempre a partire da un approccio attento ai processi e alle dinamiche reali, nonché da un'ottica eminentemente *critica*. Tale approccio, muovendo da un solido impianto ricostruttivo e di carattere filosofico-politico che si confronta direttamente con la lezione dei 'classici', approda ad una articolata proposta teorica: allargare l'ambito stesso della riflessione filosofica - sia in senso politico sia in senso giuridico - facendo interagire categorie centrali del suo lessico con nozioni e formulazioni che attengono l'ambito disciplinare delle relazioni internazionali, nelle varianti sia storiche sia teoriche.

Nella sua disamina della dimensione internazionale della politica - a lungo trascurata dalla filosofia politica, rimasta quasi sempre confinata al versante interno della teoria generale della politica (con la feconda eccezione di Norberto Bobbio, come rileva Loretoni stessa: p. 8) - l'autrice assume come interlocutori figure-chiave del pensiero moderno come Ugo Grozio, Carl von Clausewitz, Immanuel Kant, confrontandosi direttamente anche con le tesi, elaborate lungo l'arco temporale novecentesco, di Carl Schmitt e di Michael Walzer.

Von Clausewitz, «a lungo studiato solo da storici e militari», a partire dagli anni Settanta del Novecento (come mostrano, tra gli altri, gli importanti studi di Raymond Aron), «viene letto anche in chiave filosofica, alla ricerca di una dimensione teorica della sua riflessione, la cui valenza storico-politica appare chiarissima a chi abbia a cuore lo studio dei tratti essenziali della modernità: il rapporto tra politica e guerra, tra potere sovrano e decisione militare, l'equilibrio di potenza» (p. 9). Nella ricostruzione della riflessione clausewitziana, proposta nel primo capitolo del volume, si cerca di far emergere il «carattere paradigmatico» della configurazione adottata da Clausewitz sul problema del rapporto tra guerra e potere sovrano. Sotto questo profilo, si individua una declinazione del nesso guerra/sovranità che giunge, più o meno intatta, fino ai nostri giorni: è la declinazione offerta dalla tradizione del realismo politico.

I fondamenti «filosofici e sistemici» del realismo politico che hanno, classicamente, in Tucidide, Machiavelli e Hobbes i principali alfieri (pp. 15-21), «trovano un'originale conferma nella riflessione che Carl von Clausewitz compie sulla guerra a cavallo fra '800 e '900». Attraverso un serrato confronto con l'intero *corpus* degli scritti del pensatore prussiano, Loretoni illustra la teoria della guerra - e, di conseguenza, quella della pace - che Clausewitz consegna al modello realistico. «La guerra non è un ambito a sé stante nella vita dello Stato», «è la politica stessa a diventare guerra cambiando la natura dei suoi mezzi»: «non è possibile per nessuna teoria della guerra fare astrazione dalle componenti politiche che informano il fenomeno bellico, senza vedere nella guerra qualcosa di privo di senso e di connessione tra le parti» (p. 40). Ciò che emerge, contrariamente a quanto hanno sostenuto diversi interpreti, è una concezione del



rapporto guerra-politica alla base del quale sta un'immagine della politica con «funzione moderatrice», «regolatrice», nei confronti della guerra (cfr. pp. 41-42). D'altro canto, non è presente in Clausewitz «una trattazione autonoma relativa al tema della pace»: secondo un *topos* della tradizione del realismo politico, la pace è sempre connessa alla guerra, «è la situazione prima della guerra, in cui ci si prepara allo scontro, oppure è la situazione dopo la guerra, quando si mettono a frutto i risultati ottenuti tramite essa. In mancanza di un riferimento esplicito alla guerra, la pace è per Clausewitz soltanto la dimensione [...] in cui lo Stato tende pericolosamente alla degenerazione» (p. 44).

La «teoria politica della guerra» supporta una visione dell'equilibrio europeo tra gli Stati-nazione come un equilibrio armato, in una condizione di pace armata e salvaguardata dalla paura reciproca tra le entità statuali che fissa la specificità della posizione di Clausewitz rispetto alla questione dell'equilibrio e dell'ordine internazionale (cfr. p. 61).

Il secondo capitolo dell'opera è dedicato al «modello pacifista», ricostruito essenzialmente attraverso la riflessione di Kant, che - come è noto - si iscrive all'interno di quella specie del *genus* pacifismo «che enfatizza la rilevanza della dimensione istituzionale» (p. 63).

Appoggiandosi a suoi precedenti studi (2), nonché alla lezione di un fine studioso del pensiero politico kantiano quale è stato il compianto Giuliano Marini, qui Loretoni illustra la teoria della pace di Kant e le sue proposte in merito all'«ordine tra gli Stati», mettendone a fuoco, con originalità, alcuni tratti distintivi. In primo luogo, l'argomentazione intende rendere conto del «carattere teorico ma non utopico della teoria politica kantiana», che risulta essenziale «anche alla comprensione del suo progetto di pace perpetua tra gli Stati» (p. 64). In questa chiave un ruolo cruciale assolve il rapporto istituito da Kant tra morale, politica e diritto e, in particolar modo, la figura del «politico morale» (p. 66, pp. 68-75). Questi non perde di vista lo scopo del suo agire, valuta sempre le *circostanze* in cui meglio la teoria può farsi pratica, «e lavora perché queste circostanze si presentino» (p. 73). In secondo luogo, a partire dalla messa a fuoco delle due diverse letture della guerra rintracciabili nel testo kantiano (pp. 82-84), si indagano le forme attraverso le quali Kant pensa sia possibile costruire un ordine internazionale garantito dal diritto e non dalla forza. Quale che sia la soluzione istituzionale adottata - federazione di popoli (*Völkerbund*) o repubblica universale (*Weltrepublik*) - ciò che a Loretoni preme mettere in evidenza è il rilievo decisivo che Kant assegna, nella sua proposta, alla creazione di un attore politico in grado di stabilizzare sul piano istituzionale l'ordine internazionale (p. 90); prospettiva assai distante, questa, dal richiamo ad uno degli assunti più importanti della tradizione del realismo politico: il modello dell'equilibrio tra gli Stati. Entro tale orizzonte di riflessione, in terzo luogo, un ruolo cruciale rivesta la «prudenza» (*Klugheit*), assunta come dimensione che il politico morale deve abbinare alla sapienza (*Weisheit*). Se la prudenza, presa isolatamente, è la cifra propria del realismo politico, nell'ottica kantiana essa, «pur non essendo una virtù», risulta utile onde evitare «quell'applicazione immediata dell'imperativo morale che porta con sé il rischio di produrre un *dispotismo moralizzante*», da cui Kant vuole mantenersi lontano (pp. 92-93). In tal modo, dall'esame condotto, emerge con chiarezza non solo la natura istituzionale del pacifismo



kantiano, la rilevanza attribuita alla configurazione di un potere *super partes* in grado di mantenere la pace tra gli Stati, ma anche il carattere non meramente utopico di quel progetto: l'attenzione di Kant - argomenta con dovizia di riferimenti l'autrice - è costantemente orientata all'aspetto pratico della «messa in esercizio», «della realizzazione», a quella *trasformazione politica* che «il realismo ha invece sempre interpretato assai riduttivamente» (p. 10).

La trattazione per modelli che struttura l'opera si completa con l'analisi di una terza tradizione, alternativa ai due filoni di pensiero delineati. A tale tradizione sono riconducibili tutti quegli autori che, fin dalla fase di passaggio dall'età premoderna a quella moderna, hanno cercato di «imbrigliare e limitare la guerra», rifacendosi alla dottrina della «guerra giusta». Nel terzo capitolo si esaminano così la riflessione di Grozio, il padre di questa tradizione, che può essere definita anche razionalista (in una posizione «mediana», tra realismo e idealismo: cfr. pp. 97-105), e quella di Alberico Gentili, in cui si attesta la «presa d'atto della possibilità che la guerra, in quanto guerra pubblica tra principi, può essere giusta da entrambe le parti» (p. 107). La disputa della guerra giusta si trasforma per questa via nella assai meno controversa questione del suo essere «regolare», nel suo essere *guerre en forme*. Coniugando, anche in questo caso, una solida ricostruzione storico-filosofica con l'analisi di processi in corso, letteralmente «davanti ai nostri occhi», Loretoni rileva come, dopo un lungo oblio, la riflessione sulla guerra giusta sia stata ripresa da Michael Walzer, «con l'obiettivo primario di *investire* moralmente la dimensione della guerra, uno spazio che la filosofia politica, nelle sue varianti ha spesso considerato estraneo ad ogni trattazione morale» (p. 108). Si studia così in dettaglio la teorizzazione di colui che ha rilanciato e riproposto la rilevanza della guerra giusta in epoca contemporanea, suscitando un'amplissima e articolata discussione, inevitabilmente intrecciata con la drammaticità di concreti casi bellici che, in particolare a partire dalla Guerra del Golfo del 1991, sono andati via via espandendosi su scala planetaria.

Con equilibrio, e facendo riferimento anche alle più recenti prese di posizione di Walzer (sempre più indulgenti nei confronti dell'intervento militare), nonché all'aggiornamento della sua teoria (con l'integrazione dello *jus post bellum* ai canonici *jus ad bellum* e *jus in bello*: pp. 129-130) (3), Loretoni mette in luce le interessanti prospettive teoriche che emergono dai lavori dell'autore statunitense ma anche le non trascurabili ambivalenze e ambiguità. A suo avviso, se certamente da prendere sul serio è, *in primis*, l'individuazione della funzione primaria della guerra giusta, ovvero il fornire «principi critici» (*critical principles*) per una valutazione delle guerre, e per poter così formulare un giudizio su di esse, non esenti da autentici pericoli sono teorizzazioni «ardite» quali quella della *supreme emergency*, che non può non apparire come una «riformulazione del discusso criterio della tradizionale *necessità militare* di matrice realista» (p. 115) (4).

Alla luce della ricostruzione storica e teorica condotta nei vari capitoli, l'autrice approda infine nel quarto capitolo, seguendo un originale percorso, ad una sua possibile proposta incentrata sul peculiare modo di intendere le questioni della pace e di della guerra nel contesto del processo di integrazione europea e delle istituzioni dell'Unione. A partire dall'idea chiave, mutuata dall'elaborazione di Mario Telò, dell'Europa come «potenza civile» (pp. 153 ss.), dal ragionamento di Loretoni emerge che il *Sonderweg* europeo



rappresenta un'autentica sfida teorica per molti ambiti disciplinari: tale processo richiede un approccio teorico alternativo ai paradigmi e ai modelli della tradizione del realismo politico, all'ipotesi cosmopolitica di origine kantiana e alla tradizione di ispirazione groziana. L'Unione europea, intesa come inedita possibilità di articolare le istituzioni politiche, offre un'ipotesi «neo-regionale» (avvicinabile per molti aspetti alla prospettiva del *liberal institutionalism*) che mostra le possibilità di un livello di analisi - e di azione - intermedio tra quello nazionale e quello globale. Le teorie della pace e le teorie della guerra sono così chiamate a confrontarsi con un soggetto che ne complica, sotto il profilo teorico, i contorni, ma che, sotto il profilo pratico-politico, può generare inoltre un diverso modo di pensare il potere, l'ordine tra gli Stati, le forme del conflitto, la democrazia stessa. La sfida, che Loretoni accoglie con spirito coraggioso e memore della lezione kantiana, diviene quella di trovare una nuova modalità di bilanciamento tra statualità e *cosmopolis*; ciò che può essere letta come la cifra più autentica dell'esperienza europea e, quindi, anche quanto di più significativo l'Europa potrebbe oggi dire entro un contesto globale in cui proprio gli Stati Uniti, che per primi «hanno praticato la critica federalista alla *summa potestas*», si dimostrano prigionieri della logica di potenza.

Note

1. A. Loretoni, *Teorie della pace. Teorie della guerra*, ETS, Pisa 2005.
2. In particolare, ad alcune tesi sviluppate nella monografia *Pace e progresso in Kant*, ESI, Napoli, 1996.
3. Sul punto cfr., anche, A. Calbucci, [Jus post bellum: dal Regno del diritto internazionale al Regno dell'ethos liberale globale](#), il quale è estremamente critico nei riguardi delle posizioni di Walzer.
4. Sia consentito rinviare, a questo riguardo, alle osservazioni svolte in Th. Casadei, [Etica pratica e casi di guerra: l'armamentario argomentativo di Michael Walzer](#).