

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE ECCLESIASTICHE  
FILOSOFICO –SOCIOLOGICHE E PENALISTICHE “CESARE BECCARIA”.

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN FILOSOFIA DEL DIRITTO,  
(INDIRIZZO SOCIOLOGIA DEL DIRITTO)  
.CICLO XXI

***“Tra guerra e diritto. La categoria della legittimità alla sfida  
dell’internazionalizzazione. Il caso dell’ICTY”.***

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

di  
Valeria Verdolini

TUTOR  
Prof. Realino Marra

COORDINATORE DEL DOTTORATO  
Prof. Paolo Di Lucia

A quell'umanità a cui non sempre si rende giustizia.

A papà, critico impagabile, che ci avrebbe trovato sicuramente qualche  
errore.



# Indice

INDICE	4
<b><u>INTRODUZIONE</u></b>	<b>8</b>
<b><u>PARTE PRIMA. UN CONFLITTO SENZA STATO: LE GUERRE BALCANICHE (1991-1999)</u></b>	<b>12</b>
<b><u>CAPITOLO PRIMO. ANTEFATTO: GENEALOGIA DI UNA PERSECUZIONE ANNUNCIATA</u></b>	<b>14</b>
1.1 GLI STEREOTIPI DELLA PERSECUZIONE	14
1.2 IL PRIMO STEREOTIPO: DALLA “FOLLA” ALLA “TURBA”. L’ASCESA E IL DECLINO DELLA “GRANDE JUGOSLAVIA	17
1.3 L’ARCHITETTURA DI UN’ACCUSA: COME GERARCHIZZARE LE IDENTITÀ INDIFFERENZIATE	35
1.4 LA SELEZIONE VITTIMARIA: CHI SONO I COLPEVOLI?	41
<b><u>CAPITOLO SECONDO LA VIOLENZA: LA METAMORFOSI DELLA PERSECUZIONE IN GUERRA</u></b>	<b>46</b>
2.1 LA GUERRA IN SLOVENIA E L’INDIPENDENZA (1991)	46
2.2 LA GUERRA IN CROAZIA (1991-1995)	48
2.3 LA GUERRA IN BOSNIA (1992-1995)	54
2.4 IL CONFLITTO IN KOSOVO: TRA GUERRA DI SECESSIONE E RAPPRESAGLIE INTERNAZIONALI.	68
<b><u>PARTE SECONDA. GENEALOGIA DI UN TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE: LA GIURISDIZIONE DEL TRIBUNALE AD HOC PER LA EX JUGOSLAVIA.</u></b>	<b>82</b>

<b><u>CAPITOLO TERZO. ANTEFATTO. DA WESTFALIA A NORIMBERGA: LO SPLENDORE E LA CRISI DELLO JUS PUBLICUM EUROPEUM</u></b>	<b>84</b>
<b>3.1 IL MODELLO WESTFALIANO E LO JUS PUBLICUM EUROPEUM.</b>	<b>84</b>
<b>3.2 IL TRATTATO DI VERSAILLES E LA NUOVA CONCEZIONE DI GUERRA: IL CASO DELL'IMPERATORE GUGLIELMO II.</b>	<b>92</b>
3.2.1 LA RIVOLUZIONE GEOPOLITICA DI VERSAILLES	92
3.2.2. IL RITORNO AL MODELLO DELLA GUERRA GIUSTA? SCHMITT E VITORIA A CONFRONTO	96
3.2.3 IL NUOVO NOMOS DI VERSAILLES	102
3.2.4 IL CASO DELL'IMPERATORE WILHELM DI HOENZOLLERN: LA RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE PER I CRIMINI DI GUERRA.	106
<b>3.3 IL PATTO DI KELLOGG BRIAND E LA NASCITA DELL' "UMANITARISMO"</b>	<b>115</b>
<b>3.4 I TRIBUNALI MILITARI DI NORIMBERGA E TOKYO: L'ISTITUZIONALIZZAZIONE DELLA GIUSTIZIA DEI VINCITORI</b>	<b>120</b>
3.4.1 RISPOSTE A NORIMBERGA: SCHMITT, KELSEN, JASPERS, ARENDT	128
<b><u>CAPITOLO QUARTO. LA GIUSTIZIA INTERNAZIONALE DELLE NAZIONI UNITE: L'ESPERIENZA DEI TRIBUNALI AD HOC</u></b>	<b>140</b>
<b>4.1 I DIRITTI COSMOPOLITICI E LA NUOVA COSMOPOLIS: LA NASCITA DELLE NAZIONI UNITE, LE CONVENZIONI DI GINEVRA E LA LUNGA STATICITÀ DELLA GUERRA FREDDA</b>	<b>140</b>
<b>4.2 LA RISOLUZIONE DELL'ONU N.827 DEL 23 MAGGIO 1993: L'ISTITUZIONE DI UN TRIBUNALE AD HOC</b>	<b>149</b>
<b>4.3 COMPETENZE E PROCEDURE DEL TRIBUNALE</b>	<b>157</b>
<b>4.4 IL CASO TADIĆ E L'ECCEZIONE DI LEGITTIMITÀ</b>	<b>165</b>
<b><u>PARTE TERZA. LA CATEGORIA DELLA LEGITTIMITÀ ALLA SFIDA DELL'INTERNAZIONALIZZAZIONE. UNA RICOGNIZIONE TEORICA</u></b>	<b>172</b>
<b><u>CAPITOLO QUINTO. LA QUESTIONE LEGITTIMITÀ: APPROCCI SU POTERE, SOVRANITÀ, LEGITTIMAZIONE</u></b>	<b>174</b>

<b>5.1</b>	<b>COSA SI INTENDE PER LEGITTIMITÀ? ALCUNE NOTE METODOLOGICHE</b>	<b>174</b>
<b>5.2</b>	<b>I FILOSOFI DELLA CRISI: UN BREVE EXCURSUS DALLA GRECIA ANTICA AL TARDO MEDIOEVO</b>	<b>177</b>
<b>5.3</b>	<b>L'ETÀ MODERNA: THOMAS HOBBS E LA SUA EREDITÀ</b>	<b>187</b>
<b>5.4</b>	<b>LEGITTIMITÀ NEL XX SECOLO: PROFILI STORICO-GIURIDICI</b>	<b>191</b>
<b>5.5</b>	<b>CENNI SULLA LEGITTIMITÀ IN UNA PROSPETTIVA SOCIOLOGICA</b>	<b>196</b>
 <b><u>CAPITOLO SESTO. LA LEGALITÀ NEL CONTESTO DELLA SOVRANITÀ STATALE: APPROCCI EUROPEISTI</u></b>		<b><u>214</u></b>
<b>6.1</b>	<b>COME DEFINIRE LA CATEGORIA DELLA “LEGALITÀ”?</b>	<b>214</b>
<b>6.2</b>	<b>FORME DI LEGALITÀ TRA TIPI IDEALI E SFERE NORMATIVE</b>	<b>219</b>
<b>6.3</b>	<b>TRA LEGALITÀ E LEGITTIMITÀ: PREGI E RISCHI DELLE PROCEDURE</b>	<b>231</b>
 <b><u>PARTE QUARTA. CONCLUSIONI. CRISI, PARADOSSI, EVOLUZIONI ED ETERNI RITORNI: LA LEGITTIMITÀ DELL'ICTY</u></b>		<b><u>240</u></b>
 <b><u>CAPITOLO SETTIMO. IL PARADOSSO CRITICO DELL'ICTY TRA GUERRA E DIRITTO. EFFETTI COLLATERALI DI NUOVI PROCESSI DI DEMOCRATIZZAZIONE</u></b>		<b><u>242</u></b>
<b>7.1</b>	<b>IL VINCOLO INSCINDIBILE TRA GUERRA E DIRITTO</b>	<b>242</b>
<b>7.2</b>	<b>IL PARADOSSO CRITICO DELL'ICTY</b>	<b>249</b>
<b>7.3</b>	<b>IL TRIBUNALE INTERNAZIONALE E L'EREDITÀ DI NORIMBERGA: ANCORA UNA GIUSTIZIA DEI VINCITORI?</b>	<b>251</b>
 <b><u>BIBLIOGRAFIA</u></b>		<b><u>258</u></b>
 <b>RINGRAZIAMENTI</b>		<b>287</b>



## Introduzione

*“Oggi nessun governo ammette di mantenere l'esercito per soddisfare eventuali voglie di conquista; esso deve invece servire alla difesa. Viene invocato il patrocinio di quella morale che approva la legittima difesa.*

*Ma questo significa: riservare la moralità a sé e l'immoralità al vicino, perché si deve pensare che egli sia desideroso di attaccare e conquistare, se il nostro stato deve necessariamente pensare ai mezzi per la legittima difesa; inoltre si taccia lo stato vicino, - che proprio come il nostro stato nega di avere intenzioni aggressive e dà ad intendere di mantenere anche da parte sua l'esercito solo per motivi di legittima difesa-, quando spieghiamo le ragioni per cui abbiamo bisogno di un esercito, di ipocrita ed astuto criminale, che assai volentieri vorrebbe sopraffare senza alcuna lotta una povera ed ignara vittima. Così stanno oggi gli uni di fronte agli altri tutti gli Stati: questi presuppongono cattivi sentimenti nel vicino e buoni sentimenti in sé. Ma questa presupposizione è una inumanità, cattiva e pessima come la guerra: anzi, in fondo essa è già incitamento e causa di guerra, perché, come s'è detto, attribuisce al vicino l'immoralità, e sembra in tal modo, provocare sentimenti ed atti ostili.*

*Friedrich Nietzsche<sup>1</sup>*

Le parole di Nietzsche delineano un quadro realistico delle relazioni intercorrenti tra politica (“il governo”) e guerra. Secondo il filosofo tedesco, il vessillo morale della “legittima difesa” opera da giustificazione per le azioni belliche e denota una “bontà” di colui che le compie ed una “immoralità” del

---

<sup>1</sup> Friedrich Nietzsche, *Umano, troppo umano*, Adelphi, Milano, 1981, paragrafo 284 – *Il mezzo per la vera pace.*

vicino. Per Nietzsche, questa connotazione valoriale rappresenta una delle ragioni dell'astio tra gli Stati, e non favorisce sicuramente il perseguimento della vera pace. Le parole di Nietzsche sono datate 1878. A distanza di più di un secolo, quali sono oggi i mezzi per il raggiungimento della pace? Rischiamo ancora di incorrere nei pericoli descritti dal filosofo, o, come dice il sottotitolo del saggio, possiamo finalmente definirci "spiriti liberi" e detentori di strumenti imparziali di giudizio, valutazione e tutela della concordia fra gli uomini?

Questa tensione tra una dimensione morale (o, meglio immorale) della guerra, ed un'efficace tutela della pace percorre tutta la storia del pensiero politico e socio-giuridico. Molti sono gli autori che si sono confrontati con questo tema, si pensi a Thomas Hobbes che scrive il suo *Leviatano* come "antidoto" alla guerra dei trent'anni, o ancora Immanuel Kant, che con *Zum ewigen Frieden* del 1795 pone il perseguimento della pace perpetua come obiettivo forte del successo della Francia rivoluzionaria nel corso della Pace di Basilea. La dimensione irenica diventa, per il filosofo di Königsberg, non solo una dimensione auspicabile, ma possibile.

Sebbene una corrente di pensatori "illuminati" abbia proposto soluzioni teoriche per una dimensione pacifica delle relazioni tra Stati, i due conflitti mondiali della prima metà del Novecento si sono rivelati la drammatica dimostrazione fattuale di come il cammino verso "la vera pace" sia ancora lungo e tortuoso. Su questo tema, all'indomani della fine del conflitto, si sono confrontati nuovamente Hans Kelsen, che con *La pace attraverso il diritto* ha identificato il diritto internazionale come una possibile soluzione e limite alla guerra. Inoltre, è d'obbligo ricordare Norberto Bobbio che nel saggio *I problemi della guerra e le vie della pace*, ha ripreso i temi kelseniani e proposto un "pacifismo istituzionale" che potrebbe trovare nella giustiziabilità dei diritti un forte strumento di tutela della pace.

Promuovere i diritti, “esportare i diritti” è uno strumento efficace per ottenere la “vera” pace? Negli ultimi decenni abbiamo assistito ad un proliferare di campagne per i diritti umani, istituzioni deputate alla giustiziabilità degli stessi, e, in alcuni casi, persino “guerre umanitarie”. Se, per molti anni, la sfera del diritto internazionale e quella dello *jus in bello* sono state separate da quella del diritto penale, sempre più frequentemente oggi possiamo osservare ibridazioni dei soggetti (eserciti, polizie), degli apparati (militari, diplomatici, giuridici); dei lessici (bellico, normativo, pacifista). Come valutare la democraticità degli interventi in ambito internazionale e la legittimità degli stessi in una prospettiva sociologica? I concetti che possediamo, in particolare “legalità”, “legittimità” o, più estesamente, “stato di diritto”, sono efficaci, sono adattabili, o, al contrario, risentono di questi cambiamenti? Questo è l’interrogativo, l’ipotesi della presente ricerca. Per poter tracciare il perimetro di una “piccola” epistemologia della legittimità si è deciso di analizzare un fenomeno recente, limitato nel tempo, nello spazio e nelle finalità: il *Tribunale Internazionale per i crimini commessi in Ex Jugoslavia* (ICTY), istituito nel 1993 con la risoluzione n°827 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

L’istituzione del tribunale, nel corso del sanguinoso conflitto balcanico, ha segnato l’inizio di una nuova “genia” di organismi internazionali che per la prima volta, hanno esteso le loro competenze alla sfera del diritto penale, da sempre appannaggio del potere statale.

Perché istituire un tribunale penale? Perché costituirlo *ad hoc*, attraverso un atto politico quale una risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell’ONU? Come conciliare questo nuovo potere con i principi classici del diritto penale, quali la precostituzione per legge del giudice naturale, o il legame “ancestrale” tra pena e Stato? Nella prima parte della nostra analisi si ricostruirà il conflitto balcanico per

cercare di comprendere le ragioni che hanno spinto ad un intervento così innovativo in quel determinato momento storico e contesto geopolitico.

Nella seconda parte, si ripercorreranno le teorie e le pratiche che hanno preceduto all'istituzione e che compongono la “cornice giustificativa” del tribunale. Inoltre, verranno analizzate le modalità istitutive, le pratiche processuali e la questione della legittimità del tribunale stesso, sollevata nel corso della prima udienza svoltasi all'Aja.

Dopo aver ricostruito i fattori storici, giuridici e i profili teoretici, la terza parte sarà una ricognizione sulle categorie concettuali deputate all'analisi dell'istituzione ICTY: legittimità, legalità e procedure di legittimazione.

Infine, la parte conclusiva affronterà la questione della legittimità sociale del Tribunale alla luce delle categorie analizzate in precedenza. Questa operazione sarà tesa non solo ad operare una valutazione della legittimità sociale dell'istituto *stricto sensu*, ma anche a realizzare una verifica delle problematiche epistemologiche che investono la categoria della legittimità nella zona grigia tra guerra e diritto, al confine tra il diritto di guerra e la c.d. “umanità”.

**Parte Prima. Un conflitto senza Stato:  
le guerre balcaniche (1991-1999)**



# Capitolo Primo. Antefatto: genealogia di una persecuzione annunciata

## 1.1 *Gli stereotipi della persecuzione*

Nel suo celebre saggio *Le bouc émissaire* René Girard delinea i passaggi fondamentali che costituiscono lo stereotipo della persecuzione. L'antropologo francese parte da un tipo specifico di persecuzioni, «persecuzioni collettive o con risonanze collettive» intese come «violenze commesse direttamente da folle omicide»<sup>1</sup> e ne traccia il paradigma sociale, lo schema di relazioni e interazioni che si è ripetuto nei secoli nonostante la differenza di cause generative o contesti geopolitici. L'autore ritiene, infatti, che partendo da una qualunque congiuntura, questa produca e riproduca una “crisi del sociale” che si contraddistingue per:

*«la perdita di ogni differenza; si tratta dell'indifferenziazione del culturale stesso e di tutte le confusioni che ne risultano».*<sup>2</sup>

*«il crollo delle istituzioni» che «cancella o comprime le differenze gerarchiche e funzionali, conferendo a ogni cosa un aspetto insieme monotono e mostruoso».*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> R.. Girard (1987), *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano, p.29.

<sup>2</sup> R.. Girard (1987), *ibidem*, p.30.

<sup>3</sup> R.. Girard (1987), *ibidem*, p.31.

Secondo Girard, in una società in stato di “quiete” vi è un sistema di scambi che produce differenziazione e diversifica il reale,

*«dissimulando gli elementi di reciprocità che esso necessariamente comporta», ed è questo sistema di scambi (matrimoniali, di beni di consumo) il motore generativo di una cultura. Viceversa, nelle situazioni di crisi, questo potere dissimulativo della cultura è soppiantato da una sempre crescente reciprocità, che non solo aumenta gli scambi positivi presenti anche in condizioni di quiete, ma li affianca a scambi negativi o ostili, rendendo i comportamenti uniformi e causando «una predominanza dello stesso, sempre un po' paradossale perché essenzialmente conflittuale e solipsistica»<sup>4</sup>.*

Quest'uniformazione del singolo, che - come direbbe Canetti<sup>5</sup> - da collettività diventa massa, nella quale la folla si trasforma in turba, rappresenta per Girard il primo stereotipo della persecuzione<sup>6</sup>.

Girard individua altri tre stereotipi: il secondo è rappresentato dalla tipicità delle accuse, il terzo dall'aspetto universale della selezione vittimaria. L'indifferenziazione della crisi (primo stereotipo) si trasferisce alle vittime attraverso l'accusa di crimini “indifferenziatori”, ma come sostiene Girard, le

---

<sup>4</sup> R. Girard, (1987), *ibidem*, p.31.

<sup>5</sup> E. Canetti, (1960), *Massa e potere*, Adelphi, Milano, 1981.

<sup>6</sup> «è il culturale che in qualche maniera si eclissa, indifferenziandosi. Una volta compreso questo, si afferra meglio la coerenza del meccanismo persecutorio e il tipo di logica che collega tra di loro tutti gli stereotipi di cui esso si compone». R. Girard, (1987), *ibidem*, p.32.

vittime possiedono già le caratteristiche dell'indifferenziazione stessa, letta spesso come differenza (in una società differenziata il "diverso", l'"anormale", l'"altro" è proprio colui che non riesce a differenziarsi). Infine, il più facilmente riconoscibile e rilevabile nella genealogia delle persecuzioni: la presenza della violenza, è il *fil rouge* che unisce la storia delle crisi e dei soprusi, dei persecutori e dei capri espiatori.

Lo stereotipo della persecuzione descritto da Girard diventa un'utile tassonomia per analizzare la storia (sociale) del conflitto balcanico che ha caratterizzato l'ultima decade dello scorso secolo. Similmente, il giornalista Paolo Rumiz classifica l'escalation che ha portato al conflitto balcanico in una serie di punti affini al paradigma girardiano. Rumiz identifica sei passaggi fondamentali:

- «1. La disgregazione del vecchio mito titoista;
2. La costruzione di un destino storico nuovo;
3. L'invocazione del leader da parte della massa;
4. Il risveglio dell'aggressività attraverso la paura;
5. L'accensione dei focolai di scontro;
6. La teoria del tribalismo».<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> P. Rumiz, (1996), *Maschere per un massacro - Quello che non abbiamo voluto sapere della guerra in Jugoslavia*, Editori Riuniti, Roma, p. 50.

Prima di ricostruire la cronistoria della guerra, delle guerre che si sono susseguite sull'altra sponda dell'Adriatico, cercheremo di analizzare come si è costruita una persecuzione, seguendo il percorso delineato dagli stereotipi.

## ***1.2 Il primo stereotipo: dalla “folla” alla “turba”. L'ascesa e il declino della “Grande Jugoslavia***

Pierre Bourdieu sostiene che il processo di burocratizzazione abbia avuto origine nel procedimento sincretico di de-feudalizzazione realizzato attraverso la rottura delle connessioni e dei legami naturali (consanguineità) e la sostituzione di istanze domestiche con richieste non fisiologiche, quali il potere reale, la burocrazia, le istituzioni formali<sup>8</sup>.

La ricostruzione di Bourdieu riprende un tema caro a Max Weber<sup>9</sup>, ossia la nascita della burocrazia e le ragioni sociali che ne hanno portato l'avvento.

Se in alcuni paesi, come in Francia, questo processo di costruzione sintetica della giurisdizione ha avuto luogo nel XVII secolo, e si è sviluppato

---

<sup>8</sup> L. Wacquant, (1997) *Le astuzie del potere. Pierre Bourdieu e la politica democratica*, Ombre corte, Verona, 2005, pp.49-62.

<sup>9</sup> M. Weber, (1922), *Economia e società*, vol.I-II, Ed.Comunità, Milano, 2004.

ampiamente durante il periodo rivoluzionario<sup>10</sup>, in altri Stati, come la Jugoslavia, la connessione tra territorio, sistema burocratico e giurisdizioni si è realizzata solamente nella tarda modernità.

L'idea di costruzione sintetica della giurisdizione è mutuata da Richard T. Ford. Secondo Ford, si può distinguere tra due tipi di giurisdizione: organica e sintetica.

Ford definisce come giurisdizioni organiche

*«The natural outgrowth of circumstances, conditions and principles that, morally, pre exist the state. They are in Durkheim's terms, Gemeinschaft communities».*

Sebbene Ford richiami esplicitamente la definizione di *Gemeinschaft* proposta da Durkheim, il professore californiano, in nota, spiega come la sua interpretazione di Durkheim sia filtrata da quell'offerta da Tonnies: con *Gemeinschaft* s'intende l'idea di comunità.

Al contrario, la *Gesellschaft*, identificata con il termine "società", si contraddistingue, nell'analisi di Ford, per una forma di giurisdizione sintetica:

*«Synthetic jurisdiction by contrast are created by some institution in order to serve its' purposes. They do not define a pre political social group, but are instead*

---

<sup>10</sup> R. T. Ford (1999), *Law's Territory (A History of Jurisdiction)*, "Michigan Law Review" n°97, pp.843-930.

*imposed on a group of people from “outside” or “above”. In one sense the group defined by the synthetic jurisdiction is itself created by government. If such group has a ‘culture’ at all, it is an institutional culture, a culture of bureaucracy perhaps. Rather than reflecting authenticity, synthetic jurisdictions exist for the sake of convenience. In Durkheim’s terms they are Gesellschaft communities»<sup>11</sup>.*

La giurisdizione sintetica, al contrario, è creata su base istituzionale, per ragioni di convenienza, e mantenuta coesa attraverso lo strumento della burocrazia. Un esempio calzante per questa giurisdizione è rappresentato dalla Jugoslavia titina. Periferia d’Europa, dove le due identità “sintetiche”<sup>12</sup> quali l’Impero Austro-Ungarico e l’impero Ottomano avevano rappresentato solamente costruzioni formali, e, dove le identità organiche e le relazioni feudali avevano avuto la possibilità di fiorire e svilupparsi fino alla fine della Seconda Guerra Mondiale, la Jugoslavia si è presentata nei secoli come un mosaico di etnie, lingue, religioni, conflitti e odi intestini, mai interrotti o pacificati.

Secondo Jože Pirjevec, storico e slavista, per ricostruire i tragici eventi che hanno insanguinato i Balcani sul finire del XX secolo, si deve risalire *au rebours* nei secoli, prima di tutto agli assetti dell’impero Ottomano, e poi ancora, a ritroso,

---

<sup>11</sup> «Le giurisdizioni sintetiche, al contrario, sono create da alcune istituzioni al fine di perseguire i loro scopi. Non definiscono un gruppo politico sociale preesistente, ma sono, al contrario, imposte a gruppi di persone “dall’esterno” o “dall’alto”. In un certo senso, il gruppo definito da una giurisdizione sintetica è esso stesso creato dal governo. Se questi gruppi possiedono una “cultura”, questa si presenta come una cultura istituzionale, spesso una cultura della burocrazia. Più che riflettere autenticità, le giurisdizioni sintetiche esistono in nome della convenienza. Usando i termini di Durkheim, si può parlare di comunità unite dalla Gesellschaft » R. T. Ford, (1999), *ibidem*, p.855.

<sup>12</sup> R.T. Ford (1999), *ibidem*.

fino allo sterminio degli infedeli, operato dal vescovo Danilo e dai capi tribù montenegrini per arrestare la diffusione dell'Islam, preservare la "purezza etnica" e l'indipendenza dell'impero (fine Seicento).

In un fazzoletto di terra arginato dal mare Adriatico, lo spazio diventa non solo un problema geografico, ma una questione ideale. La costruzione e la deframmentazione della nazione si produce nei secoli, componendo nuovi "mosaici" di etnie.

Come scrive Predrag Matvejevic,

*«in passato, i Balcani si chiamavano anche Penisola Illirica, Greca, Bizantina e, più di recente, "Turchia europea": ciò rivela, fra l'altro, le diverse appropriazioni o appartenenze di questi territori. A differenza delle cugine appenninica e iberica, separate dal Continente da catene montuose, come le Alpi e i Pirenei, la Penisola Balcanica non offre, di fronte all'Europa centrale, una barriera difficile da superare. Per vari geografi e storici sarebbero i corsi d'acqua – Danubio, Sava e Kupa – a delimitare le frontiere verso il Nord e l'Ovest»<sup>13</sup>.*

La geografia del territorio dei Balcani è stata nei secoli così molecolare e disorganica da sostantivarsi in un concetto ben più noto rispetto alle innumerevoli vicende che l'hanno generato: Balcanizzazione.

---

<sup>13</sup> P. Matvejevic, *I Balcani*, saggio pubblicato su Predrag Matvejevic official homepage: <http://giardini.sm/matvejevic/balcani.htm>).

L'idea d'instabilità, il luogo comune che accompagna la regione si radica nella storia d'Europa. È a Sarajevo, nel 1914 che Gavrilo Princip uccise l'arciduca Francesco Ferdinando e la moglie Sofia Chotek, dando inizio alla prima guerra mondiale.

La presenza musulmana sul territorio, le lotte con i turchi e la loro dominazione nel corso dei secoli, hanno contribuito a rendere nell'immaginario collettivo l'area come un'anomalia, un frammento d'Oriente nel cuore della Mitteleuropa, generando un ossimoro costante tra l'Europa e il grande "Altro".

Mezzo millennio di dominio turco, infatti, ha modificato nelle fondamenta le storie di questo paese: le relazioni feudali e medievali furono interrotte dai nuovi dominatori e deviarono sensibilmente le vicende specifiche da quelle collettive europee.

Scrive Pirjevic:

*«L'invasione dei turchi e il loro dominio, imposto per quasi mezzo millennio a buona parte della penisola balcanica, rappresentano un elemento fondamentale per capire la storia jugoslava. Tale dominio ebbe, almeno inizialmente, anche aspetti positivi (le masse contadine erano meno sfruttate dai nuovi padroni che dai feudatari locali); in complesso, tuttavia, rappresento per i popoli soggetti una vera calamità. I serbi e i macedoni, come pure gli albanesi, i bulgari, i greci e i rumeni, rimasero per secoli tagliati fuori dai contatti economici e culturali con l'Europa, e furono per di più segnati dalla lunga agonia dell'Impero Ottomano, protrattasi dalla battaglia di Lepanto alle guerre balcaniche del 1912-1913. Anche i croati e*

*gli sloveni avvertirono in modo traumatico la presenza ottomana alle porte di casa; per quasi tre secoli, fino alla sconfitta delle truppe del sultano sotto le mura di Vienna nel 1683, le loro terre furono sistematicamente saccheggiate dai razziatori turchi, che si spinsero in certi momenti sino alla pianura friulana e a Trieste»<sup>14</sup>.*

La prospettiva storica si accompagna a quella politico-ideale, e si caratterizza per un susseguirsi di narrazioni mitiche, che vanno a rinsaldare negli anni la costruzione delle ideologie nazionaliste.

La Resistenza durante la guerra, e la liberazione del paese con l'aiuto dell'Armata Rossa nel 1944, segnarono il punto di svolta nella storia balcanica, che divenne rapidamente una Repubblica Socialista sul modello dell'Unione Sovietica. È proprio in quegli anni che una delle figure-chiave della resistenza e leader dell'Armata Popolare di Liberazione della Jugoslavia (*Narodno Oslobodilačka Vojska* or NOV) cominciò a farsi largo sulla scena politica: è Josip Broz Tito, che avrebbe cambiato le sorti dei Balcani.

Tito assunse la carica di Primo Ministro nel 1946 e fu chiamato a governare un paese diviso in una serie di Repubbliche e province che componevano lo Stato Federale. La carta Costituzionale riconosceva, infatti:

- La Repubblica socialista di Bosnia ed Erzegovina,
- La Repubblica Socialista di Croazia;
- La Repubblica socialista di Macedonia;

---

<sup>14</sup> J. Pirjevic (2001) *Le guerre jugoslave 1991-1999*, Einaudi, Torino, p. 5.

- La Repubblica socialista del Montenegro;
- La Repubblica Socialista di Serbia, che comprendeva in essa:
  - La provincia autonoma del Kosovo e Metohija
  - La provincia autonoma di Vojvodina;
  - La Repubblica Socialista di Slovenia.

Gli estimatori di Tito riassumono così il progetto del generale: Sei stati, cinque nazioni, quattro lingue, tre religioni, due alfabeti e un solo Tito. La breve filastrocca è un sunto che non spiega le ombre di quasi quarant'anni di governo titino, ma che sintetizza la complessità territoriale e chiarisce come quel potere autoritario, e l'ideologia socialista in chiave antistalinista e filo-occidentale abbiano rappresentato per certi versi il collante di un territorio, di una storia, di una narrazione.

Ogni Repubblica, infatti, presentava differenti composizioni etniche:

- Slovenia: sloveni;
- Croazia: croati, con minoranze riconosciute di Serbi, Ungheresi, Musulmani, Italiani ed Ebrei;
- Bosnia Erzegovina: Serbi, Croati, Musulmani;
- Serbia: si componeva principalmente da Serbi;
- Vojvodina presentava minoranze Serbe, Croate, Ungheresi, Rumene, Slovacche e Russe;
- Kosovo: si contraddistingueva per minoranze Albanesi, Serbe e Croate;
- Montenegro: montenegrini;
- Macedonia: macedoni.

Il governo della nuova Repubblica Jugoslava e le strutture amministrative dello Stato furono costruiti per risolvere (e far dimenticare i conflitti) tra le comunità, unite sulla base dell'idea stessa di comunità (*Gemeinschaft*). La classe

dominante Serba, che aveva oppresso i vicini croati, nell'inframmezzo tra i due conflitti mondiali, era stata poi perseguitata dagli Ustacia Croati durante la Seconda Guerra Mondiale, con il supporto dei nazisti tedeschi; inoltre, erano presenti conflitti intestini alla Repubblica Serba tra i kosovari albanesi e la classe dominante serba, infine era presente un terzo rilevante conflitto di matrice religiosa con una persecuzione della popolazione musulmana di Bosnia<sup>15</sup>.

La stabilità e l'unità del paese divennero uno degli obiettivi principali del maresciallo Tito, che trasformatosi in presidente a vita dal 1963, tentò di perseguirli in tutti i modi, usando anche la polizia segreta per sopprimere i dissidenti.

Inoltre, per Tito, uno degli strumenti più efficaci per ottenere la stabilità del fronte interno, era la totale indipendenza della Jugoslavia nella politica estera: gli equilibri interni potevano essere facilmente influenzati e polarizzati in un contesto di guerra Fredda: per questo, il maresciallo promosse il movimento del *Non Allineati*, per sottolineare la distanza dai due contendenti, Stati Uniti e Unione Sovietica<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> L. J. Kohen (1995) *Broken Bonds – Yugoslavia's disintegration and Balkan politics in transition*, West view press.

<sup>16</sup> G. Zaninovich (1968), *The development of Socialist Yugoslavia*, Johns Hopkins Press (Baltimore).

A questo punto, sul tavolo politico erano state giocate tutte le carte necessarie per costruire un'identità socialista jugoslava, e il processo di costruzione "sintetica" di una nuova nazionalità collettiva potè avere inizio.

Nei Balcani era chiaro come l'esistenza di uno stato moderno dipendesse dal legame solido tra uno spazio delimitato (lo Stato) e una popolazione con una comune storia e cultura (la nazione)<sup>17</sup>.

Se lo spazio fisico non aveva mai costituito un problema, in quanto, dalla fine della Seconda Guerra Mondiale nessuno aveva più messo in discussione i confini esterni dello Stato jugoslavo<sup>18</sup>, per costruire uno Stato moderno era, a questo punto, necessario il diniego di tutti i confini identitari pre-esistenti, o quantomeno la loro sostituzione con una nuova narrazione: la retorica dell'ideologia socialista e la politica di Fratellanza e Unità (*Bratsvo i Jedinstvo*) proposta da Broz e Edvard Kardelj, che permetteva di unificare e riconoscere alle minoranze nazionali dignità, autonomia e rappresentatività.

L'ideologia titina può essere riletta in chiave gramsciana, come «*un'ipotesi scientifica che ha un carattere dinamico e educativo e che è verificata e criticata dagli attuali*

---

<sup>17</sup> Questa teorizzazione dello Stato moderno dal punto di vista spaziale è ripresa da Rosen-Zvi I. *Pigs in space: Geographical separatism in multicultural societies*, in Michael Freeman (Ed) *Law and Sociology* (2005) Current Legal issues, Volume 8, Oxford, Oxford University press, p.3.

<sup>18</sup> Non si dimentichi tuttavia la disputa su Trieste tra Italia e Jugoslavia, conclusasi con l'annessione dei territori il 26 ottobre 1954.

*sviluppi della storia*»<sup>19</sup>. Il progetto, infatti, sviluppò una sorta di educazione collettiva ai valori socialisti attraverso eventi di piazza, giochi olimpici, spettacoli per bambini, incontri, ma soprattutto attraverso la figura del leader, che viaggiò e apparve con il “treno blu” in tutta la Jugoslavia.

Il potere centrale esplicitato attraverso il carisma di Tito fu diffuso nello spazio Jugoslavo per superare barriere nazionali e le diversità, in quello che Panebianco descrive come regime non federale ma “federativo”<sup>20</sup>. Questa forma di governo, si caratterizzava per un accentramento sul leader e un rapporto di sussidiarietà sviluppato nei confronti delle nazioni, per radicare le classi dirigenti delle differenti etnie negli interessi locali<sup>21</sup>.

Come sostiene Ford, tuttavia, per costruire una comunità unita sulla base della *Gesellschaft*, intesa come un’idea di società “imposta”, è necessario costruire una reale “giurisdizione sintetica”.

Il discorso retorico della “società socialista basata sulla fratellanza” fu supportato da riforme legislative e amministrative nel corso degli anni di governo titino.

---

<sup>19</sup> A. Gramsci (1971), *Scritti politici*, Editori Riuniti, Roma.

<sup>20</sup> (a cura di) Panebianco M. - Ascolese C. - Tafuri A. (1993), *Dossier ex-Jugoslavia : 1991-1992*, Elea press, Salerno, p.20.

<sup>21</sup> (a cura di) Panebianco M. - Ascolese C. - Tafuri A. (1993), *Dossier ex-Jugoslavia : 1991-1992*, Elea press, Salerno, p.19.

L'amministrazione politica e la giurisdizione territoriale nella prima fase di ascesa di Tito (la Repubblica del 1947) erano così divise: un Parlamento bicamerale, con un'Assemblea federale di 319 membri (un membro per ogni 40.000 elettori) e un Consiglio delle nazionalità (la Serbia, la Croazia, la Slovenia, la Macedonia, il Montenegro, la Bosnia ed Erzegovina avevano, ciascuna, venticinque membri, mentre le due regioni speciali; Vojvodina e Kosovo-Metohija ne avevano quindici ciascuna). Il Parlamento svolgeva il solo ruolo di ricezione delle decisioni del Consiglio esecutivo e del Presidium, composto dai leaders del partito Comunista. Il sistema era riprodotto su scala ridotta nelle repubbliche e nelle province autonome.

Nello Stato Federale le Repubbliche erano suddivise in distretti e comuni, e la vita locale era affidata ai Comitati del popolo.

Negli anni Cinquanta Tito, col supporto della leadership comunista, propose una nuova ondata di riforme, con linee de-burocratizzanti e molteplici forme di delega, come nel caso dei Consigli dei lavoratori, delle comuni e dei Consigli dei Produttori.

La nuova Costituzione (1953) innanzitutto abolì la figura del Presidium, sostituita con la presidenza della Repubblica, inoltre, determinò un innovativo assetto dei rapporti di sussidiarietà tra Stato e Repubbliche, e un rafforzamento delle autonomie locali. Le responsabilità statali furono trasferite alle Repubbliche, ai comuni e ai loro organismi, quasi a bilanciare la "democrazia a partito unico". I comuni divennero l'unità base del decentramento, dovendosi occupare di tributi, attività socio-economiche, gestione amministrativa delle municipalità.

La riforma del 1953 cambiò anche la composizione delle due camere parlamentari: a fronte della riforma, l'Assemblea federale si componeva quindi di 554 deputati, eleggeva il Consiglio Federale, all'interno del quale diventava un

mero organo interno il precedente Consiglio delle Nazionalità con la possibilità di funzionare autonomamente solo in caso che fossero discussi problemi riguardanti le relazioni tra Federazione e Repubbliche.

La seconda Camera, infatti, fu sostituita dal Consiglio dei Produttori, soppiantando la connessione “etnica - nazionale” col potere con un nuovo nesso: si mettevano in relazione popolazione e modi di produzione, proletari ed economia. Il consiglio era formato da 202 deputati eletti dalle Comunità di lavoro: il nuovo corpo politico coinvolto in questo cambiamento. La legge trasferiva, infatti, la proprietà dalle imprese statali ai lavoratori. Le Comunità di lavoro, costituite in ogni impresa economica, crearono la base del consenso politico sul quale si fondava la democrazia monopartitica<sup>22</sup>.

In un certo senso, il modello socialista era riuscito a sedare i conflitti interni offrendo maggior potere alle giurisdizioni territoriali e sostituendo i rapporti di forza che avevano caratterizzato le rivendicazioni etniche con la lotta di classe nella società socialista<sup>23</sup>.

L'ideologia operò come grande strumento di diniego e di rimozione, bilanciata nella prassi dalle riforme amministrative.

---

<sup>22</sup> B. Draskovic (1960), *Socijalistička revolucija u Jugoslaviji* (The Socialist Revolution in Yugoslavia), Naprijed, Zagreb.

<sup>23</sup> F. Tujman (1960), *Stvaranje Socijalističke Jugoslavije* (The Creation of Socialist Yugoslavia), Naprijed, Zagreb.

Il procedimento è ben esemplificato da Ford, a proposito del caso francese:

*«La centralizzazione dei poteri produce anche un'intensificazione del territorialismo locale. L'affermazione delle differenze territoriali non erode, in definitiva, la centralizzazione francese. Infatti, il territorialismo locale sembra essere un sottoprodotto di una vasta centralizzazione inclusiva»<sup>24</sup>.*

Il diritto aveva apportato cambiamenti radicali sullo spazio e sulla società non solo in termini di giurisdizione; la fabbrica come unità di produzione aveva causato migrazioni interne di lavoratori dalle campagne alle città, centri propulsivi di sviluppo economico e matrici di trasformazione dei contadini in operai.

Le riforme costituzionali e la costruzione di giurisdizioni fondate su legami “sintetici” continuarono nel 1963 e nel 1974.

Nel 1963 Tito divenne presidente a vita, esercente una sorta di potere monarchico. Il Parlamento, di conseguenza, subì una riforma, con la creazione di quattro nuovi organismi da aggiungere all'Assemblea delle Nazionalità: il Consiglio sociopolitico, rappresentante l'autogestione comunale, composto di 120 deputati eletti direttamente dai cittadini in collegi uninominali; i tre Consigli delle Organizzazioni del Lavoro, in rappresentanza dei seguenti settori della società:

---

<sup>24</sup> R. Ford, (1999) *ibidem*, p. 865.

economia, istruzione e cultura, strutture sociali e sanitarie, costituiti ognuno da 120 deputati.

Le Repubbliche, i distretti e i Comuni fornivano le liste dei delegati ai raduni degli elettori. Contrariamente al sistema elettorale precedente, non solo gli operai ma anche i membri di cooperative territoriali potevano votare alle elezioni. La Costituzione per la prima volta prevede un diritto all'autodeterminazione dei popoli, e un diritto di secessione. Queste modifiche rappresentarono l'evoluzione dell'idea di decentralizzazione, un nuovo criterio di connessione tra gruppi etnici, repubbliche e province autonome. L'idea di decentralizzazione offerta da questi due diritti, che rappresentavano i primi germogli di una possibile disgregazione dello stato federale, fu sottovalutata, perché messa in ombra dalla fiducia nei confronti dei leaders locali e delle repubbliche, i capi del partito comunista e il carisma di Tito<sup>25</sup>.

I tentativi operati da Tito per costruire una giurisdizione "sintetica" e una conseguente identità socialista basata sui rapporti economici ebbero effetti negativi negli anni Sessanta: la crisi economica del sistema socialista Jugoslavo influenzò il dibattito politico. L'insoddisfazione, derivante dalla crisi economica e dalla politica monopartitica, fu uno degli elementi che condizionarono lo

---

<sup>25</sup> S. K. Pavlowitch (1992), *Yugoslavia's great dictator, Tito*, United Kingdom by Hurst and co. Ltd.

spostamento dell'attenzione dell'opinione pubblica ad una problematica più antica: le etnie e i nazionalismi. Alcune tensioni iniziarono nel 1968, con lo sciopero degli studenti all'Università di Belgrado, e con il primo rigurgito controrivoluzionario degli albanesi kosovari contro la Serbia e la Jugoslavia. Le organizzazioni comuniste Croate ben presto cominciarono a esporre quello che rapidamente divenne il “movimento di massa” del risentimento croato sul finire del 1971. Tutte questi moti e queste nuove richieste confluirono nella riforma costituzionale del 1974.

La nuova carta costituzionale non rispose alle questioni poste dai dissidenti, e non tentò di riempire di senso concetti costituzionali, quali minoranze, nazioni etniche, autodeterminazione, secessione.

Agli *establishments* delle Repubbliche e delle province autonome fu affidato il compito di definire, secondo le loro esigenze, le differenti etichette. Gli Sloveni e i Croati pensarono che il diritto all'autodeterminazione fosse intimamente connesso con il termine “popolo” ed estensivamente, con il territorio nel quale questo popolo risiedeva. Come contraltare, l'opinione pubblica serba ritenne che il diritto all'autodeterminazione fosse in capo alle nazioni etniche, senza una connessione diretta con il territorio. Gli albanesi del Kosovo rilessero il termine “secessione” come possibilità di unificazione dello stato con l'Albania. Il domino di riforme investì nuovamente il sistema parlamentare, cosicché, nel 1974, le due Camere furono divise in: una Camera delle Repubbliche e delle Province ed una Camera Federale. Nella prima confluivano i delegati eletti da Repubbliche e province; nella seconda invece, trovavano una collocazione gli eletti dalle Alleanze Socialiste del proletariato delle Repubbliche e delle province. Ogni decisione era adottata solamente previo consenso dei rappresentanti delle Repubbliche/province, che avevano il potere di veto. La presidenza subì una

visibile modifica, scindendosi in due entità: da un lato la presidenza dello Stato, che spettava, vitalizia, al Maresciallo Tito, Presidente della Presidenza. Il ruolo, in base al dettato costituzionale, non poteva essere compatibile con quello del Capo di Stato. Tito risolse l'*empasse* istituzionale grazie al suo doppio ruolo, di Capo di Stato ma anche di Presidente della Lega dei Comunisti. La previsione costituzionale attribuì al Presidente della Lega anche il ruolo di Presidente della Presidenza.

Il ruolo di Presidente della Lega sarebbe stato in seguito abolito alla morte di Tito, e nessuno più avrebbe potuto ambire alla carica di Presidente della Presidenza. La Costituzione prevedeva, infatti, la Presidenza come un istituto senza un presidente, ammettendo implicitamente la mortalità del maresciallo Tito. Le assemblee delle repubbliche e delle province elessero membri per la Presidenza, senza, tuttavia, le necessarie garanzie d'indipendenza. La carta prevedeva inoltre il riconoscimento costituzionale delle province autonome come unità federali, con la possibilità di essere rappresentate con una poltrona in presidenza. Questa normativa ebbe particolare eco in Serbia, dove le province autonome svolgevano un ruolo fondamentale, in quanto, questa parcellizzazione della rappresentanza la poneva in una posizione più debole rispetto alle altre

repubbliche. Il posto occupato in presidenza avrebbe subito una rotazione tra i rappresentanti delle repubbliche e delle province<sup>26</sup>.

Questa nuova Carta costituzionale segnò l'inizio del declino della giurisdizione "sintetica" e la nuova alba di una giurisdizione organica.

Come spiega Panebianco:

*«Si creò, così, un vero pasticcio costituzionale in forza del quale le due Province sotto sovranità serba si venivano a collocare, nella Federazione, sullo stesso piano della Serbia in quanto a poteri. La Vojvodina, provincia prospera, si servì della nuova posizione per evitare di pagare i debiti della Serbia; il Kosovo, quasi interamente abitato da Albanesi (divenuti ormai la terza nazionalità della Jugoslavia dopo i Serbi e i Croati), rivendicò lo status di Repubblica. Furono posti così i semi della crisi serba della seconda metà degli anni ottanta»<sup>27</sup>.*

La morte del maresciallo Tito (1980) fu l'evento catalizzatore che fece ripartire il conflitto tra le diverse nazioni, acuendo nuovamente la questione spaziale di gestione e occupazione etnica del territorio.

Quello che Ford non spiega è cosa può succedere quando lo spazio di fioritura e di sviluppo di una giurisdizione organica viene a coincidere con quello di un'altra *Gemeinschaft*, una differente comunità che s'identifica in quel territorio, quando lo spazio fisico non è più sufficiente, quando la storia ha intaccato la

---

<sup>26</sup> L. J. Kohen (1995), *Broken Bonds - Yugoslavia's disintegration and Balkan politics in Transition*, West view Press.

<sup>27</sup> M. Panebianco, (1993) *ibidem*, p. 25.

nettezza dei confini e delle identità, quando la differenziazione degli scambi, come direbbe Girard, presenta un'uniformazione e una polarizzazione negativa delle reciprocità: è in questo punto che lo stereotipo della persecuzione attecchisce, quando solo le relazioni di potere possono determinare i rapporti di giurisdizione e di sovranità.

Il discorso socialista, le narrazioni retoriche di Tito, il diniego per i conflitti pregressi si svuotarono di senso quando il padre carismatico, il “narratore” venne meno.

L'illusione di trasparenza e di superamento dei conflitti attraverso l'idea di “Unità e fratellanza”, la proposizione a dell'ideologia socialista, il tentativo di ricucire le frontiere con il viaggio del Treno Blu non furono sufficienti per costruire un paravento per la rimozione (collettiva) dei conflitti passati. La società socialista costruita da Tito non creò il suo spazio, ma, come scrive Lefebvre «cambiò semplicemente le sovrastrutture ideologiche, le istituzioni o l'apparato politico»<sup>28</sup>, senza riuscire ad intaccare realmente le relazioni spaziali di tipo feudale e pre-moderno. La decostruzione organica delle giurisdizioni, operata dalle singole repubbliche, ha avuto l'effetto devastante di intaccare anche quel poco di buono che Tito aveva ottenuto con la sua *Gesellschaft* jugoslava: le relazioni sociali di convivenza pacifica.

---

<sup>28</sup> H. Lefebvre, (1991) *The production of space*, Paperbacks, p. 54.

Gli anni ottanta si caratterizzarono per una ricostruzione di giurisdizioni organiche e identità etniche nelle differenti repubbliche. In Bosnia e Kosovo, terre contese da molteplici etnie, dove i confini apparivano troppo labili, la costruzione dell'identità fu nuovamente sintetica, e fondata sull'ideologia dell'alterità, quella che Girard chiamerebbe “lo stereotipo dell'accusa”.

### ***1.3 L'architettura di un'accusa: come gerarchizzare le identità indifferenziate***

Con la morte di Tito i concetti di “Stato” e di “Nazione”, che erano stati a fatica tenuti insieme e fatti coincidere con i confini territoriali della Repubblica di Jugoslavia, vennero meno. Gli spazi nazionalistici cominciarono a frammentare quelli statali e lentamente, le spinte interne divennero spinte ufficiali e geografiche, e le narrazioni sul passato riaffiorarono, sovrapponendosi, scontrandosi, ferendosi.

Scrive Matvejevic:

*«Una storia monca. Negli spazi balcanici non sempre allo scorrere del passato è stato concesso di diventare storia. Ciononostante il passato è stato proclamato storia. La difettosa coscienza della storia ha prodotto e stimolato svariate interpretazioni del passato. La storia nazionale sceglie le interpretazioni*

*apparentemente più favorevoli, evitando, nel farlo, l'obiettività o trascurando i valori. Nel territorio in cui il passato sommerge la storia, gli eventi si perdono da soli, oppure si perde il controllo su di essi»<sup>29</sup>.*

Tito aveva lasciato, infatti, una serie di eredità difficili da amministrare.

*«Con la sua ingombrante personalità, il Maresciallo ha occultato la gravità della crisi, e, morendo, ha lasciato un'eredità pesantissima ai successori; un'economia stagnante, dissestata dal ricorso ad espedienti peggiori del male, e cioè a un forte indebitamento interno nel tentativo di elevare i consumi a livello occidentale (per comperare un'automobile o una seconda casa bastava versare un piccolo anticipo, il resto era pagato dalla banca senza bisogno di garanzie e a tassi bassissimi, il che ha portato le banche in situazione fallimentare) ad un altrettanto sproporzionato indebitamento esterno (21 miliardi di dollari) per cercare di rianimare l'economia senza riuscirvi»<sup>30</sup>.*

Nella primavera del 1981 cominciarono le prime sommosse.

È il Kosovo, che sarebbe diventato rapidamente il teatro mondiale degli scontri a fare da sfondo alle prime rivolte. Gli studenti, infatti, riportarono alla ribalta il problema della provincia autonoma a maggioranza albanese: nove morti e 250 feriti per la repressione che seguì (ma gli albanesi parlarono di 1.600 morti).

---

<sup>29</sup> P. Matvejevic, *I Balcani*, saggio pubblicato nel sito Predrag Matvejevic official homepage: <http://giardini.sm/matvejevic/balcani.htm>.

<sup>30</sup> (a cura di) Panebianco M. - Ascolese C. - Tafuri A. (1993), *Dossier ex-Jugoslavia : 1991-1992*, Elea press, Salerno, p.26.

*«Non è soltanto nei Balcani che la storia si scrive in primo luogo come storia nazionale. Viene spesso osservata attraverso griglie di lettura troppo particolari, folcloristiche o epiche. Anche una sconfitta o una ferita possono essere promosse al rango di «avvenimenti fondatori» o assumere proporzioni smisurate a livello di coscienza o di immaginario, nel corso dei secoli. Tanto per fare un esempio, legato all'attualità più scottante, è sufficiente ricordare il caso ben noto del Kosovo. Le questioni riguardanti il suo passato, la sua appartenenza o il suo statuto attuale vengono poste in termini molto diversi dagli storici o dai politici che appartengono alle nazioni che vi coabitano e da coloro la cui origine non è né serba né albanese. Le loro argomentazioni, anche quando partono dagli stessi dati, conducono generalmente a conclusioni diverse»<sup>31</sup>.*

È con questa prospettiva che assistiamo alla frammentazione della storia e degli eventi. Le narrazioni dall'unica versione promossa dal dittatore si dipanano e si contrastano, provocando non solo conflitti sul piano della storia, ma, altresì, scontri fattuali.

Così, nel marzo 1983, fu scoperta a Sarajevo "un'organizzazione musulmana" che diede il via ad un processo contro tredici persone accusate di aver pubblicato, dieci anni prima, una "dichiarazione" di tono fondamentalista; l'imputato principale era Alija Izetbegovic, futuro protagonista delle vicende bosniache, condannato a quattordici anni di carcere; nello stesso agosto, la morte dell'ex ministro dell'Interno Aleksandar Rankovic divenne l'occasione per una grandiosa manifestazione popolare serba (vi parteciparono 200.000 persone).

---

<sup>31</sup> P. Matvejevic, *ibidem*.

È in questo processo di ricostruzione di un'identità organica (o forse, di costruzione sintetica della stessa), che assistiamo all'ascesa al potere di Slobodan Milošević, che cominciò a scoperchiare i sepolcri, a riesumare le fosse e le memorie, demolendo il processo di diniego attuato da Tito che aveva permesso la stabilità e la *pax pan slavistica*.

Inoltre, la Jugoslavia del post-Tito, scontava difficoltà economiche ingenti, dovute all'inflazione che era subentrata al boom degli anni settanta, seguita dallo scandalo *Agrokomerc*, una sorta di "tangentopoli" bosniaca che nel 1987 aveva svelato la fragilità non solo politica, ma anche economica del sistema, che era stata anch'essa un ennesimo pretesto di scontro tra le diverse nazioni.

Nel 1986 fu stilato il *Memorandum dell'Accademia serba delle Scienze* (SANU), un *pamphlet* a forti tinte nazionalistiche che denunciava una campagna di discriminazione anti-Serba, oltre a proporre nuovamente il progetto de "La grande Serbia". Il gruppo degli intellettuali che avevano pensato il Memorandum era fortemente caldeggiato dal nuovo presidente della Lega Comunista Serba, Slobodan Milošević, che aveva esteso gli assunti del SANU fino ad affermare che "la Serbia è là, dove c'è un serbo".

Come scrive Rumiz,

*«Dai Balcani ci viene un insegnamento: ciò che ci trasforma in carne da cannone è palesemente lo stesso imbonimento che ci fa comprare questo o quel detersivo o votare questo o quel partito»<sup>32</sup>.*

Così, nel 1988 con una serie di manovre politiche Milošević spinse alle dimissioni il governo avverso della provincia di Vojvodina, riformò la costituzione Serba eliminando gli spazi costituzionali di autonomia garantiti al Kosovo (28 marzo 1989).

Alle azioni normative Milošević accompagnò eventi populistici e con una serie di azioni mirate, aizzò, così come descrive Canetti, le masse.

Ancora una volta, la meccanica della persecuzione si nutre con una reciprocità fondata sull'indifferenziazione, sotto l'etichetta identitaria della Serbia.

Milošević svolse in questo periodo il ruolo di "imprenditore etnico", ossia una figura che trova nel conflitto inter-etnico la possibilità di un'affermazione personale, in grado di trascinare, tramite il carisma ed un adeguato "fervore" ed odio razziale, una popolazione e radicalizzare il conflitto tra i cittadini.

Il 19 novembre 1988 un milione di manifestanti scese in piazza a Belgrado, in nome della solidarietà con i serbi e i montenegrini del Kosovo (*Miting Bratstva i jedinstva na Uscu*), il primo marzo 1989 si svolse una manifestazione di massa di fronte al parlamento, solo pochi giorni dopo la dichiarazione da parte del

---

<sup>32</sup> P. Rumiz, (1996), *ibidem*, p. 9.

governo di Belgrado, dello stato di emergenza in Kosovo (27 febbraio). Assunta la presidenza collegiale serba, Milošević continuò ad affiancare momenti e riforme di palazzo a celebrazioni di piazza, «affinché le mani che ricadono influenzino per contagio altre mani»<sup>33</sup>. Così il 28 giugno 1989 un milione di serbi scese in strada per la celebrazione dei 600 anni della battaglia di Kosovo Polje (in cui era stata fermata l'invasione turca), e il 15 novembre dello stesso anno si ebbe la consacrazione referendaria di Milošević come presidente della repubblica Serba. Serbia e Croazia cominciarono a rivendicare la propria autonomia, e nel gennaio 1990 si vide la fine del Partito comunista Jugoslavo, con la dipartita delle delegazioni Slovene e Croate dal 14<sup>mo</sup> Congresso Straordinario.

La centralità del leader è facilmente verificabile: il programma di Milošević non contemplava semplicemente inni alle masse e emendamenti costituzionali, l'appoggio della base venne letteralmente comprato nel dicembre 1990, quando il presidente si impossessò di 1/3 circa dell'emissione monetaria jugoslava per l'anno 1991, con cui finanziò le paghe e le pensioni dei suoi elettori.

---

<sup>33</sup> E. Canetti *ibidem*.

## 1.4 *La selezione vittimaria: chi sono i colpevoli?*

La costruzione del paradigma proposto da Girard presenta un'ultima tappa: la selezione della vittima della persecuzione, ritenuta responsabile dei crimini (che possono essere differenti: contro le istituzioni, di tipo sessuale, di tipo profanatorio) contenuti nelle accuse.

*«la vittima non è sostituita a questo o a quell'individuo particolarmente minacciato, non è offerta a questo o quell'individuo particolarmente sanguinario, ma è al tempo stesso sostituita e offerta a tutti i membri della società. E' l'intera comunità che il sacrificio protegge dalla sua stessa violenza, è l'intera comunità che esso volge verso vittime a lei esterne. Il sacrificio polarizza sulla vittima i germi di dissenso sparsi ovunque e li dissipa proponendo loro un parziale appagamento»<sup>34</sup>.*

Il processo sacrificale descritto da Renè Girard diventa paradigma di senso dei fatti che portarono al conflitto e del conflitto senso. Il sacrificio, tuttavia, non è praticato con una vittima, ma con una collettività vittima, prima la Bosnia, poi il Kosovo, prima ancora la Serbia vittima delle epurazioni da parte degli Ustacia croati. Un domino di vittime e carnefici si dipana sulla cartina, affondando le radici nella storia, scavando nel diniego per ritrovare antiche vendette e per aizzare con queste le masse. Come scrive Canetti, ripreso da Resta,

---

<sup>34</sup> R. Girard (1980) *ibidem*, p. 21.

«La formazione di masse aizzate presenta un bisogno di deviare»<sup>35</sup>. Le sue condizioni di esistenza sono rilevanti: la massa aizzata è quella in cui sembra che tutte le braccia siano una sola creatura. Essa si forma in vista di una meta precisa, che le è nota, vicina. E' impossibile distoglierla dal suo scopo, dalla sua vittima, che è lo stesso elemento costitutivo della sua formazione, della sua ragione di esistenza. La sua «intensità» aumenta per una forza interna:

*«ognuno vuole parteciparvi, ognuno colpisce. Per poter vibrare il proprio corpo, ciascuno si fa dappresso alla vittima. Se non può colpire, vuole almeno vedere come gli altri colpiscono. Sembra che tutte le braccia siano di una sola creatura. Ma le braccia che colpiscono hanno maggiore valore e peso. Lo scopo è tutto. La vittima è lo scopo; ma essa è anche il punto di massima concentrazione: essa riunisce in sé le azioni di tutti.»<sup>36</sup>.*

Il paradigma di René Girard opera bene sulle relazioni duali vittima-colpevole, accusante-capro espiatorio. Nel contesto balcanico, la pluralità di attori si scambia spesso nelle relazioni girardiane: a seconda dei monumenti dei conflitti una componente etnico politica può essere sia capro espiatorio che colpevole, sia vittima che carnefice.

Già sul finire degli anni ottanta, mentre il mondo assisteva alla caduta del comunismo e allo squarcio nel cielo di carta degli assetti geopolitici, all'interno del

---

<sup>35</sup> E. Canetti (1981) *ibidem*, p. 58.

<sup>36</sup> E. Canetti (1981) *ibidem*, p.58.

*nomos* jugoslavo si delineavano nuovi inquietanti scenari, caratterizzati dal continuo e costante aizzare le masse sotto i vessilli dell'identità e della storia negata.

Se da un lato la Slovenia cominciava a far sentire sempre più forte l'appartenenza mitteleuropea che l'aveva sempre contraddistinta, è all'interno del confine serbo che le insofferenze e i malesseri cominciano a crescere esponenzialmente, e su diversi fronti.

Nel 1991 si svolsero le elezioni nella Repubblica di Bosnia Erzegovina, che all'inizio degli anni 90 contava una popolazione eterogenea: 44% musulmani, 31% di serbi e 17% croati, insediata, dispersa e mescolata su tutto il territorio. I tre candidati rispecchiavano i 3 partiti etnici: la componente musulmana guidata da Alja Izetbegović (partito d'Azione Democratica), quella serba di Radovan Karaždić, quella croata di Stjepan Kljuić.

Il gruppo così composto ottenne il 71% dei voti e l'assetto politico fu così suddiviso: Alja Izetbegović presidente della presidenza collettiva, Momčilo Krajišnik presidente del parlamento per parte serba e il croato Jure Pelivan presidente del consiglio.

Va da sé che le componenti, croate e serbe, risentissero fortemente dell'influenza dei governi nazionali confinanti, e proprio questo surplus di sovranità su un territorio così ristretto sarà una delle cause del conflitto.

Il 10 gennaio 1991 Milošević tenne il primo discorso in cui furono esplicitate le intenzioni e le premesse per la costruzione della "Grande Serbia", dichiarando che "Se la Jugoslavia dovesse diventare una confederazione di stati indipendenti, la Serbia chiederà dei territori dalle Repubbliche confinanti affinché tutti gli otto milioni e mezzo di serbi possano vivere nello stesso Stato". Le ripercussioni principali di quell'assunto, si ebbero nell'altro stato sotto la cui sovranità viveva un cospicuo numero di Serbi: la Croazia.

Il conflitto si stava delineando sempre più come una tensione interetnica, guardandosi bene, in questa fase, dal toccare istanze confessionali, per evitare che la popolazione potesse rivolgersi ad altre figure carismatiche di riferimento, quali i predicatori religiosi (ortodossi o islamici).



## **Capitolo Secondo La violenza: la metamorfosi della persecuzione in guerra**

### ***2.1 La guerra in Slovenia e l'indipendenza (1991)***

Mentre l'attenzione mondiale era concentrata sulla fine dell'impero sovietico, sul disarmo nucleare, sulla nuova Germania unita, sulla guerra del Golfo (gennaio 1991) è con l'indipendenza della Slovenia che s'innescò un meccanismo a catena, quasi come tra le pedine del domino, tale per cui gli equilibri fragili, tenuti in vita con tanta difficoltà negli anni, si sfaldarono e si dissolsero.

Il 23 dicembre 1990 la Slovenia sottopose i cittadini ad un referendum per l'indipendenza, all'interno di un nuovo progetto confederato di repubbliche indipendenti col potere di secessione unilaterale.

Il 15 maggio 1991 la Jugoslavia rimase senza Presidenza federale a causa dell'opposizione della Serbia e dei suoi alleati in federazione (Montenegro, Kosovo Vojvodina) all'elezione del croato Mesic (la rotazione prevedeva il turno

della Croazia)<sup>37</sup>. L'irrigidimento di Milošević sulle decisioni all'interno della confederazione spinse il presidente Milan Kučan a dichiarare unilateralmente l'indipendenza slovena nella piazza centrale di Lubiana il 25 giugno 1991, concludendo il discorso con la consapevolezza del rischio di una risposta federale: *Nocoj so dovoljene sanje, jutri je nov dan* ("Stasera i sogni sono permessi, domani è un nuovo giorno").

A distanza di soli due giorni, l'Esercito popolare Jugoslavo, la JNA, rispose col fuoco e intervenne in Slovenia, dando inizio al primo conflitto armato europeo dalla fine della seconda guerra mondiale. Le tutele di cui godeva la Slovenia, sostenuta da Vaticano, Austria e Germania, decisero le sorti della guerra. Il conflitto si concluse, in dieci giorni, con l'indipendenza della Slovenia e il riconoscimento da parte di Austria e Germania della sovranità di Lubiana, da quel momento indipendente da Belgrado, così come stabilito dagli accordi di Brioni, siglati l'8 luglio 1991 da Kučan, Tuđman, divenuto presidente croato, Marković, premier federale, dal serbo Borisav Jović, presidente di turno della presidenza collegiale jugoslava e dai ministri degli esteri della troika europea (come Hans Van den Broek per l'Olanda, Jacques Poos per il Lussemburgo e Joao de Deus Pinheiro per il Portogallo). La c.d. "Dichiarazione di Brioni" stabiliva una moratoria di 3 mesi per la Croazia e la Slovenia: scaduta la moratoria, le due

---

<sup>37</sup> Mesic fu in seguito eletto grazie alla mediazione della CEE il 1 Luglio del 1991 e si dimise il 5 dicembre dello stesso anno.

repubbliche si dichiararono indipendenti. Il cessate il fuoco sloveno fu la miccia per l'inizio del conflitto croato.

## **2.2 La guerra in Croazia (1991-1995)**

*«Mostar sapeva di resina e cenere; Belgrado di tetro smog solforoso; Zagabria di erba e polvere; Sarajevo con l'assedio era diventata rancida. Di fronte a un'onda di marea che- abbattendo minareti, campanili e case- pareggiò al terreno e spazzò via i paesaggi urbani, anche l'odore divenne importante per distinguere e capire le città. A Knin sentivi il rosmarino e il montone. Osijek sapeva di fango e albicocche. Banja Luka di kerosene e Tuzla di medicinali. Dubrovnik, anche sotto i cannoni, aveva sempre il profumo di mare. Ma la croata Vukovar era davvero qualcosa di speciale, era diversa da tutte le altre. Vukovar sapeva di morte»<sup>38</sup>.*

Con un 78% di popolazione di origine croata e il 12% di popolazione serba, oltre ad una percentuale di bosniaci di origine Croata, la seconda Repubblica più sviluppata dopo la Slovenia divenne in breve tempo il perfetto antagonista per la Serbia di Slobodan Milošević. Cattolica, nel maggio 1989 fu teatro della formazione dell'HDZ, (*Hrvatska Demokratska Zajednica*, Comunità democratica croata), partito anticomunista che si rifaceva alla tradizione ustacia e al mito di Ante Pavelić, guidata dall'ex Generale titino Franjo Tuđman, eletto poi presidente nella primavera 1990. La Croazia spartisce con la Serbia il controllo di

---

<sup>38</sup> P. Rumiz, (1996), *ibidem*, p. 72.

un territorio di confine tra Croazia e Bosnia, abitato dalla minoranza Serbo-Croata: la Krajina<sup>39</sup>. Questa regione era stata il *nomos* di confine anche tra impero asburgico e impero ottomano, e ben presto le rivendicazioni e le spinte nazionalistiche si sarebbero focalizzate sulla spartizione di questo territorio, che lentamente, già sul finire del 1989, cominciava segretamente ad armarsi.

Il 19 maggio 1991 la popolazione croata fu chiamata alle urne: il referendum per l'indipendenza fu accolto caldamente, nonostante la dissociazione della Krajina. La componente serba, infatti, reclamava la "Repubblica Serbo-Krajina" e l'annessione al territorio serbo della stessa.

Il 25 giugno del medesimo anno, in contemporanea con la Slovenia, fu pronunciata la dichiarazione d'indipendenza della Croazia. L'indipendenza croata divenne una delle micce fondamentali che avrebbero di lì a poco innescato il conflitto. Come scrive nel suo commento Sergio Romano:

*«E caddero infine nel 1989, con la disintegrazione dell'impero sovietico in Europa centrale e la fine della guerra fredda, le ragioni che avevano garantito l'originalità e l'intoccabilità internazionale della Jugoslavia. Sciolti così i vincoli che avevano legato l'una all'altra sino a quel momento le nazionalità dello Stato, ciascuna di esse cercò di salvare dal naufragio quella che considerava, a torto o a ragione, la propria quota di capitale federale.[...]E' davvero sorprendente che le tre secessioni abbiano provocato le reazioni di Belgrado? Sono dieci milioni i serbi che vivono sul territorio della repubblica, due quelli che vivono in Croazia e in Bosnia. Poteva la*

---

<sup>39</sup> A questa si aggiunge un'altra regione a predominanza serba in terra croata: la Slavonia.

*Serbia rinunciare ad occuparsi della loro esistenza? Era lecito supporre che essa fosse disposta ad abdicare di punto in bianco al ruolo egemonico che aveva spesso esercitato nelle vicende della penisola? Potevano i serbi di Krajina e Slavonia dimenticare i massacri perpetrati dagli ustaše, e i croati o i musulmani, dimenticare a loro volta le feroci repressioni dei partigiani di Tito?»<sup>40</sup>.*

Come operò il tentativo serbo di mantenere vivo il collante tra Belgrado e le regioni della Krajina e della Slavonia? La propaganda assunse i toni dell'antifascismo e cercò di rievocare le memorie di antichi conflitti e soprusi: il 10 luglio 1991 i gruppi *četnici* diedero il via a una serie di scontri e operazioni militari. Gli insediamenti a etnia mista di Vukovar e Osijek furono attaccati col supporto dell'Armata popolare. Fu come soffiare sul fuoco: il conflitto cominciò rapidamente a diffondersi in Slavonia, Kordun, Banja, Lika, fino a Dubrovnik e alla Dalmazia. Non solo, ma rapidamente mutò anche la composizione militare: la vecchia Armata popolare che contava su un reclutamento federale, divenuta il braccio militare della Serbia di Milosevič, necessitava un ampliamento delle truppe. Fu così che si cominciò a ricorrere a gruppi paramilitari (le tristemente celebri Tigri di Arkan), ai nuclei della *Difesa Territoriale*, al *Corpo di Armata di Avala* (sotto il controllo dei radicali di Vojislav Seselj), alla *Guardia Nazionale* di Vuk Draskovic.

---

<sup>40</sup> Panebianco, *ibidem*, p. 302.

Il 27 Agosto i ministri degli Esteri della C.E.E. condannarono pubblicamente il conflitto in corso in Croazia: l'interessamento dell'Europa ai fatti balcanici si fece più ravvicinato, il 7 Settembre si tenne in Olanda la conferenza "Sul futuro della Jugoslavia e dei suoi popoli". In quella sede, le posizioni dicotomiche di Franjo Tudjman e di Milosevic furono, per l'ennesima volta, esplicitate: nessuna concessione territoriale alla Serbia, accuse di genocidio strisciante da parte dei croati. Dal mese di Settembre, anche il fronte croato allargò la base di reclutamento, includendo le Legioni Nere, l'associazione di difesa croata e le Zebre, milizie paramilitari in uniforme *ustacia*: la nuova composizione dell'esercito facilitò il compimento di atrocità a danni dei serbo-croati. Il clima si fece sempre più teso, e il 25 settembre 1991 le Nazioni Unite, con la risoluzione 713, dichiararono il blocco della vendita di armi a tutta la federazione Jugoslava. A questo, seguì l'embargo petrolifero e l'emissione di sanzioni economiche nei confronti della Jugoslavia ad opera dell'Unione Europea, sperando così di indebolire il governo di Belgrado. Pirjevic, tuttavia, legge negli interventi delle Nazioni Unite, mossi dalle più alte motivazioni di pace, un favoreggiamento *de facto* della Serbia:

*«La Risoluzione 713, approvata all'unanimità con il concorso della Cina e dei paesi non allineati, fu accolta dal governo di Belgrado, che per mezzo del proprio*

*rappresentante Onu aveva fatto di tutto per farla passare come un'importante vittoria. Per la prima volta nella storia, infatti, un paese era paradossalmente riuscito a far proclamare una misura punitiva contro se stesso.[...] Con la scusa che bisognava abbassare il livello di conflittualità nella federazione jugoslava, la risoluzione negava praticamente alla Croazia, così pure alle altre Repubbliche jugoslave contrarie all'egemonismo serbo, il diritto all'autodifesa sancito dall'articolo 51 della Carta dell'Onu, e con ciò la soggettività politica»<sup>41</sup>.*

Il 17 novembre 1991 la conquista di Vukovar dopo ottantasei giorni d'assedio (e la morte di 4000 civili) rappresentò l'inizio delle operazioni di pulizia etnica. Tra gli episodi più macabri, si ricorda il caso de “l'ospedale di Vukovar”<sup>42</sup>: 261 persone (medici e feriti dell'ospedale) furono uccise con un colpo alla nuca e sepolte a Ovcara in una discarica.

Il portato simbolico della caduta di Vukovar fu notevole: mentre la tv di Belgrado annunciava “una città distrutta, ma finalmente libera”, la caduta della Slavonia Orientale diffuse sfiducia nelle retrovie croate, anche se giovò al processo di riconoscimento dell'indipendenza della Croazia. Come dichiarò un critico del presidente croato, Zvonimir Cicak in un'intervista al settimanale tedesco *Der Spiegel* «Da noi ogni bambino sa che Tudjman aveva sacrificato consapevolmente Vukovar ai serbi per strappare il riconoscimento della Croazia».

---

<sup>41</sup> J. Pirjevic, (2001), *ibidem*, p. 83.

<sup>42</sup> Mrksic et al. (IT-95-13/1) "Vukovar Hospital".

Tuttavia il riconoscimento non giunse con una rapidità tale da evitare gli “effetti collaterali” dei sei mesi di guerra: le perdite economiche (dovute alla sospensione della stagione turistica) furono ingenti, oltre alle perdite umane. Nuovamente, la Serbia decise di appellarsi alle Nazioni Unite per tentare di arginare le vicende. Il 2 gennaio 1992, dopo molti tentennamenti, fu approvata la risoluzione 724, meglio nota come “Piano Vance” che, abbandonando i progetti di una ricostruzione della Jugoslavia titina, proponeva una serie d’interventi concreti atti a realizzare un armistizio tra Croazia e Serbia. Tra i punti fondamentali del piano, vi erano la smilitarizzazione e l’embargo per le quattro zone calde: le due Slavonie (orientale e occidentale) e le due Krajina (settentrionale e meridionale), divenute da quel momento UNPA (*United Nations Protected Areas*). Gli effetti collaterali furono consistenti: Tujman da un lato, vincolato all’accettazione del piano Vance per ottenere il riconoscimento dell’indipendenza da parte della comunità internazionale, si ritrovò con le mani legate e una smilitarizzazione *de facto* nelle aree di conflitto; sul fronte opposto, il riconoscimento della Krajina come UNPA, permetteva alla Serbia di consolidarne l’indipendenza appena proclamata.

Mentre la neonata Repubblica di Krajina iniziava, per mano del suo nuovo presidente Milan Babic, un braccio di ferro con Belgrado, la Croazia, sulla scia della Slovenia, ottenne il 15 gennaio 1992 il riconoscimento della propria indipendenza da parte della comunità internazionale (nella fattispecie, prima la Germania, poi il Vaticano, gli Stati Baltici, l’Islanda, l’Ucrania, e infine la Comunità Europea). Gli Stati Uniti, dal canto loro, temporeggiarono sul riconoscimento dell’indipendenza, sperando di poter così rallentare il domino interetnico che stava dirigendosi sul successivo, fragilissimo tassello: la Bosnia.

## ***2.3 La guerra in Bosnia (1992-1995)***

La questione dell'indipendenza, esplicitata in una richiesta di referendum al parlamento nel gennaio 1992, diede una sferzata alle ostilità nella Bosnia Erzegovina. Già dal settembre 1991 alcuni movimenti “sospetti” di truppe nei territori<sup>43</sup> avevano lasciato presagire meccaniche latenti anche nel territorio bosniaco, ma fu la proposta referendaria a rendere le tensioni visibili e a radicalizzare le posizioni conflittuali nell'arena politica. La forte resistenza di Radovan Karadzic e la proposizione delle retoriche della “grande Serbia” in sede governativa furono il primo funesto presagio. Quell'atto di rottura dello *status quo* diede avvio, infatti, a un susseguirsi di eventi che portarono all'esplosione, nella nazione multiculturale di Bosnia, del più sanguinoso dei conflitti balcanici.

La consultazione popolare dei cittadini attraverso lo strumento referendario rappresentò, infatti, il *casus belli*, che aumentò le estremizzazioni e portò alla riproduzione, in territorio bosniaco, dell'ormai palese tensione tra le differenti componenti nazionalistiche che si erano scontrate sul piano federale.

---

<sup>43</sup> Tra questi, da ricordare, il bombardamento del villaggio di Ravno (in territorio bosniaco) nel corso del conflitto a Dubrovnik, lo spostamento di soldati della JNA nei dintorni di Mostar e la creazione, da parte della componente croata in Erzegovina della Hrvatska Zajednica Herceg-Bosna, ossia una istituzionalizzazione della Comunità Croata nel novembre 1991, a contraltare dei preparativi interni alla creazione di una “grande Serbia”.

Si assistette così all'armarsi dei serbi di Bosnia sotto l'egida dello psichiatra Karadzic, all'istituzionalizzazione della comunità croata di *Herceg Bosna*, mentre la componente musulmana, guidata dal presidente in carica Alja Izetbegovic, rimase incredula senza capacitarsi di ciò che stava accadendo. Lo stupore e la sorpresa sono, infatti, i sentimenti che il giornalista Paolo Rumiz riporta per descrivere l'inizio del conflitto bosniaco:

*«il bene prevale numericamente sul male, ma non sa fiutare il pericolo. Eppure il male è visibile ed esplicito. Quando lo psichiatra Radovan Karadzic, lanciando cupi avvertimenti, scelse le montagne per diventare il capotribù dei serbi nazionalisti, i sarajevesi dissero: fanfaronate. [...] E quando, nell'estate 1991, un anno prima della guerra in Bosnia, gli abitanti di Nedžarići, quartiere a maggioranza serba vicino all'aeroporto di Sarajevo, cominciarono a scavare buche nel terreno, quelli del vicino rione di Dobrinja, passando, non capirono che si trattava di trincee. [...] Tutte le mosse preparatorie del conflitto in Bosnia si sono svolte alla luce del sole. Alcune sono state persino provocatoriamente annunciate. La stessa guerra di Croazia è stata in sé un annuncio tragicamente esplicito. Eppure, quasi nessuno, in quella fatale primavera del 1992, vi prestò attenzione. Allora, la velocità impressionante della pulizia etnica fu resa possibile non solo dalla sua lunga, meticolosa preparazione, ma anche da questa incredulità delle vittime e della gente in generale»<sup>44</sup>.*

Così, tra il gennaio e il marzo 1992, furono schierati pacificamente sul territorio bosniaco sei corpi dell'armata nazionale (JNA) corredati di 800 carri armati, aerei ed elicotteri.

---

<sup>44</sup> P. Rumiz (1996), *ibidem*, pp.6-7.

Fu quello stesso sentimento d'incredulità e di sottostima del pericolo che fece disattendere alle Nazioni Unite la richiesta di Caschi Blu in Bosnia per evitare che il conflitto croato passasse le labili frontiere tra le due nazioni

Questa scelta di campo da parte delle Nazioni Unite è paradigmatica dell'atteggiamento che l'Onu mantenne per tutto il conflitto:

*«La mentalità dei funzionari delle Nazioni Unite, convinti che bisognasse spegnere gli incendi, ma niente affatto disposti a prevenirli, era eloquentemente rivelata dalla risposta che Ejup Ganić ottenne da uno dei consiglieri di Cyrus Vance, con cui discusse dell'invio di truppe di pace in Bosnia Erzegovina: "Prima dovete combattere. Ci saranno vittime e poi una tregua, magari temporanea, e solo allora arriveremo anche noi"»<sup>45</sup>.*

I commentatori, i politologi e i giornalisti sono concordi nel ritenere che la sottostima del conflitto bosniaco é da ricondursi alle scarse risorse economiche e petrolifere del piccolo frammento di Jugoslavia che stava per divenire teatro di massacri.

Pirjevic riporta le affermazioni di Zdravko Tomac:

*«La sua tragedia, affermò Tomac facendo un paragone tra Kuwait e Bosnia-Erzegovina, sta nel fatto che la Bosnia ha i musulmani, ma non il petrolio»<sup>46</sup>.*

---

<sup>45</sup> J. Pirjevic, *Le guerre Jugoslave 1991-1999*, Einaudi, Torino, 2002, p.127.

<sup>46</sup> J. Pirjevic, (2002), *ibidem*, p. 127.

Sulla medesima falsa riga, Rumiz:

*«La Bosnia non apparterrà mai a questo mondo. Finché non sarà una potenza militare, avrà diritto solo alla pietà»<sup>47</sup>.*

Così, sia le previsioni sul conflitto che quelle sull'intervento si avverarono rapidamente, e tra la fine del 1991 e l'inizio del 1992 si procedette a un'ideale spartizione del territorio della Bosnia tra le due sfere d'influenza già in conflitto: la Serbia di Milošević e la Croazia di Franjo Tuđman.

L'errore di valutazione iniziale, sulla facilità di spartizione di territori e popolazioni, ebbe ripercussioni per tutta la durata del conflitto, non solo tra le parti belligeranti, ma anche nelle fila delle "colombe". La Bosnia, piccolo fazzoletto di terra, fu prima spartita idealmente tra i due fronti di Zagabria e Belgrado, poi frammentato e ripartito con una serie di accordi sia interni sia internazionali: Carrington-Cutileiro, settembre 1991, Vance-Owen, gennaio 1993, Owen-Stoltenberg, agosto 1993), l'accordo di Graz (6 maggio 1992)<sup>48</sup> con la

---

<sup>47</sup> P. Rumiz, (1996), *ibidem*, p. 71.

<sup>48</sup> All'aeroporto di Graz si incontrano Mate Boban (presidente della HZNB: Hrvatska Zajednica Herceg-Bosna, Comunità croata dell'Herceg Bosna) e Radovan Karadžić per il primo "cessate il fuoco". In quella sede, Boban rinunciava all'indipendenza della Bosnia, accettando la spartizione dei territori in forma tripartita: il 65% alla componente serba, il 20% ai croati e il 15% ai musulmani. L'accordo non risolveva tuttavia i problemi delle frontiere (Kupres, Posavina e Mostar).

creazione di *enclaves* protette dalle Nazioni Unite<sup>49</sup>, fino agli accordi di Dayton del 1995 che siglarono la fine del conflitto. La costruzione di giurisdizioni sintetiche trovò nella piccola nazione slava un laboratorio privilegiato. Così, la dominazione delle terre e la spartizione dei confini divenne pratica politica e pratica di sangue.

Il primo atto ufficiale nell'apertura delle ostilità fu il riconoscimento della Bosnia da parte della comunità internazionale. Come rilevava Halid Čaušević,

*«lo Stato, per essere tale, deve avere tre elementi fondamentali: territorio, popolo e potere. La Bosnia-Erzegovina non aveva né il primo, né il secondo, né il terzo. Aveva solo Sarajevo e un paio di altre città»<sup>50</sup>.*

Forse, guardando a ritroso gli eventi, fu proprio quest'assenza di una sovranità definita che permise agli eventi di riprodurre su scala nazionale le tensioni confederate. Così, di lì a pochi giorni, nella notte tra il 4 e il 5 aprile del 1992, ebbe inizio l'assedio cittadino più lungo della storia d'Europa dalla fine della Seconda Guerra Mondiale: Sarajevo. Il primo atto fu il tentativo di occupazione della presidenza da parte del generale Kukanjac con carri armati e soldati. La risposta della società civile bosniaca fu una manifestazione pacifica di protesta con oltre 2000 persone. Le milizie serbe, sotto la guida di Radovan Karadzic, aprirono il fuoco sulla folla, colpendo sedici persone e, a controcanto dei cecchini sistemati

---

<sup>49</sup> Risoluzioni n°770 e 771.

<sup>50</sup> J. Pirjevic, (2002) *ibidem*, p. 146.

sull’Holiday Inn, le milizie iniziarono a colpire a suon di mortai la città vecchia musulmana.

Grbavica, il quartiere popolare serbo, abitato da uomini provenienti dalle campagne, divenne rapidamente il luogo dal quale far partire la catena inarrestabile di scontri. Scrive Rumiz:

*«Il caso dei due rioni gemelli della riva sinistra è illuminante. Quartiere recente come Grbavica, Vraca venne costruita all’inizio degli anni ottanta per la grande espansione “olimpica”. Ma mentre i suoi abitanti sono figli della borghesia sarajevese, dunque si identificano nella città, quelli di Grbavica sono figli di valligiani, non si sono ancora completamente staccati dalla compartimentazione etnica e dalla mentalità tribale dei villaggi di provenienza. Grbavica è uno dei pochi quartieri della città dove non si è ancora aggregato il melting pot. Essa è dunque l’unico luogo adatto all’innescò dello scontro, perché ovunque, altrove l’amalgama etnico non è più scomponibile»<sup>51</sup>.*

Dai tetti di Grbavica, i cecchini colpirono nuovamente la protesta pacifica che stava attraversando il ponte Vrbanja il 6 aprile<sup>52</sup>, e a quest’azione fece seguito una nuova sparatoria sulla folla dall’Holiday Inn sede di Karadzic. A quel punto però la popolazione musulmana reagì, entrando nell’albergo e aprendo il fuoco.

Se fino a allora, le dinamiche unilaterali avevano innescato i meccanismi dell’attentato e dell’indignazione, la reazione agli attacchi, stabilendo una dinamica

---

<sup>51</sup> P. Rumiz, (1996), *ibidem*, p.98.

<sup>52</sup> Tra queste, si ricorda la giovane Suada Dilberovic, la prima vittima colpita sul ponte Vrbanja, divenuta una delle immagini simbolo del conflitto.

relazionale e reciproca di amico/nemico, diede inizio al conflitto vero e proprio. La guerra era giunta infine anche in Bosnia. Le parti proclamarono un coprifuoco e fu nominata una commissione per stabilire le responsabilità delle undici morti prodotte dallo scontro, ma il conflitto era ormai iniziato. L'orografia della città facilitò l'assedio: posta al centro di una vallata,

*«nel 1992 questa favorevole realtà geografica si rivelò fonte di sventura: la città fu stretta in una morsa d'acciaio, presa d'assedio e bombardata dalle alture circostanti, con la solita scusa che bisognava difendere i serbi locali, dato che – secondo i giornali di Belgrado – sarebbero stati espulsi in massa dalle loro case e addirittura massacrati»<sup>53</sup>.*

L'assedio di Sarajevo si prolungò per le quarantatre settimane successive, causando la distruzione di 35000 edifici e strutture cittadine solo nel primo anno di guerra, tra le quali si ricorda la sede della presidenza della Bosnia-Erzegovina, industrie, ospedali, testate giornalistiche, abitazioni e palazzi, tra i quali, la Biblioteca nazionale, che fu fatta bruciare assieme a molte altre biblioteche, disperdendo per sempre la storia del multiculturalismo slavo che in essa era custodita:

*«La storia di Sarajevo, sigillata nella biblioteca universitaria, raccontava proprio questo: dei grandi edifici pubblici costruiti all'inizio del Cinquecento da Gazi*

---

<sup>53</sup> J. Pirjevic, (2002), *ibidem*, p.149.

*Husrefbeg, ricco filantropo figlio di uno slavo convertito, o degli ebrei sefarditi in fuga dalle pulizie etniche della cristianissima Spagna, che laggiù trovarono aperta ospitalità e spazio per floridi commerci. In quei volumi stava scritto che –assai più dei cattolici, costretti più volte alla fuga- proprio gli ortodossi vissero bene sotto l'Islam, ebbero in Costantinopoli la loro capitale religiosa esattamente come i turchi, e spesso si convertirono spontaneamente. Tutto questo doveva sparire, essere cancellato. Distrutto con un grande fuoco purificatore»<sup>54</sup>.*

Se la vicenda della capitale bosniaca si sviluppò come un piccolo microcosmo di guerra sotto i riflettori dei giornalisti di mezzo mondo, nel resto del paese le spartizioni avvennero con battaglie e fughe, a dispetto delle carte e dei trattati.

Il sette aprile 1992 a Banja Luka, fu proclamata la Repubblica Serba di Bosnia-Erzegovina, con capitale a Pale.

Tra l'otto e il quindici dello stesso mese, la JNA (Armata popolare Jugoslava) bombardò Zvornik, Bijeljina, Bratunac, Srebrenica, Žepa, Višegradm Foča, Derventa. Zovornik rimase tristemente celebre per essere il luogo dove il termine “čist”, pulito fu inserito nell'ordine dato ai cetnici di Šešelj. La “pulizia etnica” divenne pratica militare.

---

<sup>54</sup> P. Rumiz, (1996), *ibidem*, p.113.

In questo periodo iniziarono le prime operazioni di Arkan e dei paramilitari delle “tigri”, che andarono a costituire la terza componente militare di matrice serba a fianco della JNA e dei cetnici di Šešelj.

*«Quel giorno –era il 10 aprile del 1992 – le “Tigri” venute da Belgrado avevano occupato la cittadina bosniaca di Zvornik, sul fiume Drina, appena oltre la frontiera serba. Dopo un bombardamento di copertura dell’Armata federale, i paramilitari avevano iniziato le operazioni di pulizia etnica. Alcuni giornalisti erano stati ammessi allo spettacolo. Le “tigri” avevano stanato i musulmani dalle cantine, persino dalle fogne, dove si erano nascosti in preda al terrore»<sup>55</sup>.*

La presenza di un’audience, la visibilità mediatica del conflitto e dei “signori della guerra” fu una costante nei Balcani, Sarajevo divenne l’indiscussa protagonista di sguardi e commenti sotto l’occhio di buie dei mass-media di tutto l’Occidente. Pirjevic, a sostegno di questa tesi, riporta le dichiarazioni del professor Nikola Koljević, vicepresidente della Repubblica Serba: «Eravate così preoccupati di Sarajevo, che nel resto della Bosnia potevamo fare quello che volevamo»<sup>56</sup>. In un certo senso, è come se vi fosse un dialogo costante tra quello che accadeva nel perimetro della defunta Jugoslavia e l’Occidente, pronto a guardare, ascoltare, riconoscere stati, intervenire militarmente.

---

<sup>55</sup> P. Rumiz, (1996) *ibidem*, p. 3.

<sup>56</sup> J. Pirjevic, (2002), *ibidem*, p.155.

*«Gli aggressori della Bosnia hanno capito in anticipo che il nostro voyeurismo televisivo equivaleva a perfetta cecità, e ne hanno tratto i loro vantaggi. Constatato che dalle nostre parti la politica dipende dalla Tv – quindi, da uno strumento cieco – essi hanno capito in anticipo che la nostra politica sarebbe stata cieca, dunque avrebbe garantito loro l'impunità. Così essi ci hanno benevolmente consentito di puntare i nostri riflettori sul microcosmo di Sarajevo, di farne un comodo palcoscenico umanitario per la vanità dei nostri politici, e soprattutto per sfogare su di esso la nostra fame di immagini. In questo modo, essi hanno avuto mano libera sulla grande zona d'ombra del retroscena, cioè sul resto della Bosnia»<sup>57</sup>.*

In sei settimane, la collaborazione tra JNA, che svolgeva il ruolo di apripista con i mortai e paramilitari, che si occupavano principalmente di violenze, stupri e morti, permise “l’epurazione” del 60% del territorio bosniaco, che divenne a componente “solo” serba. L’elenco di violenze, sevizie e uccisioni si scrisse rapidamente, grazie al connubio tra strategie avanzate di guerra e prassi barbare. Caino contro Abele si riproposero innumerevoli volte nelle campagne, dove le pratiche contadine di uccisione del bestiame divennero pratiche belliche. L’evocazione arcadica del passato fece da eco alle brutalità che avevano caratterizzato quello stesso passato. La narrazione dell’odio e la costruzione ideologica dello scontro etnico fecero scaturire aggressività ferine, ben distinte dalle normali guerre tra eserciti: nei Balcani non si consumò un conflitto con lo straniero, l’*hostas*, bensì lo scontro tra fratelli, *Bratsvo i Jedinstvo*, che portò all’uccisione di almeno 35000 persone solo nei primi sei mesi di guerra.

---

<sup>57</sup> P. Rumiz, (1996), *ibidem*, p. 10.

La prima fase della guerra di Bosnia si realizzò come una riproduzione in terra Erzegovina del conflitto croato: i Bosgnacchi e i Croati si mossero uniti in un fronte anti-serbo, che aveva rapidamente preso il controllo delle aree rurali.

Il fallimento delle prime spartizioni di zone pure e il tracollo del piano Vance Owen determinarono l'inizio di una seconda fase, caratterizzata da un'ennesima frammentazione tra Bosgnacchi e Croati, con il sostegno alle forze dell'HZNB fornito dalla Croazia di Franjo Tujman (aprendo quindi la diatriba sulla nazionalizzazione o internazionalizzazione della guerra). La tensione tra HZNB e bosgnacchi raggiunse il suo apice con la distruzione da parte dei primi dello *Stari Most*, il ponte di Mostar, bombardato il 9 novembre 1993; divenuto simbolo del crollo (prima) e della ricostruzione (poi) di uno stato multiculturale. I fatti, i racconti e la loro regolamentazione giuridica nei Balcani si sono intrecciati indissolubilmente, non solo perché la guerra si è rivelata attraverso la rappresentazione mediatica, ma soprattutto perché, così com'era accaduto solo un anno prima nel Golfo, nei conflitti post-guerra fredda, si era delineato un nuovo attore a tirare le fila delle vicende: il diritto. Fin dall'inizio del conflitto, gli avvenimenti dei Balcani e in particolare della Bosnia sono stati monitorati, (fallacemente) arginati, normati, condannati, e, in una seconda fase, puniti. Le sanzioni internazionali, l'embargo, la creazione di zone protette, la presenza di caschi Blu sul territorio furono solo alcune delle forme attraverso le quali il diritto (internazionale prima, penale poi) si è palesato nel corso del conflitto, talmente intrecciate ai fatti, da potersi permettere di portare la guerra stessa in un'aula di tribunale: l'ICTY.

Sin dal 22 settembre 1992, con il voto dell'assemblea delle Nazioni Unite sull'espulsione della Jugoslavia, la posizione di condanna della comunità internazionale fu esplicita e netta, meno lo furono gli interventi concreti,

nonostante la quantità di forze investite e la ripetuta insistenza e ri-calibrazione della partecipazione della comunità internazionale.

Non solo, ma fu chiaro da subito quanto stava accadendo in Bosnia-Erzegovina, la portata e la brutalità dei massacri.

Così, infatti, riportavano le risoluzioni del 1993:

*«The Security Council [...] taking note that the International Court of Justice in its Order of 8 April 1993*

*in the case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) unanimously indicated as a provisional measure that the Government of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should immediately, in pursuance of its undertaking in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948, take all measures within its power to prevent the commission of the crime of genocide»<sup>58</sup>.*

*Deeply alarmed at the information provided by the Secretary –General to the Security Council on 16 April 1993 on the rapid deterioration of the situation in Srebrenica and its surroundings areas, as a result of the continued deliberate armed attacks and shelling of the innocent civilian population by Bosnian Serb paramilitary units” Id.*

*“The capital city of the Republic of Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, and other such threatened areas, in particular the towns of Tuzla, Zepa, Gorazde, Bihać as well as Srebrenica, and their surroundings should be treated as a safe areas by all the parties concerned and should be free from armed attacks and from any other hostile act»<sup>59</sup>.*

---

<sup>58</sup> UN Resolution n° 819, (April, 16<sup>th</sup> 1993).

<sup>59</sup> UN Resolution 824, (May, 6<sup>th</sup> 1993).

È importante ricordare alcuni degli episodi che ingenerarono una forte sfiducia nell'intervento delle forze di pace, sotto la sigla UNPROFOR (*United Nation Protection Force*), presente sin dal 1992 sul territorio bosniaco e testimone (spesso inerme) di molte atrocità. Questo avvenne benché, dal 1993, il Consiglio di Sicurezza, con la Resolution n°844 (18 Giugno 1993), avesse concesso l'autorizzazione all'utilizzo delle forze militari per difendere le *enclaves* musulmane istituite lungo le rive della Drina con la risoluzione 819 dell'aprile 1993 (Foca, Gorazde, Tuzla, Srebrenica):

- L'uccisione l'8 gennaio 1993 di Hakija Turajlić, vice presidente del governo di Bosnia-Erzegovina, a bordo di un mezzo di trasporto UNPROFOR, accompagnato da un battaglione di caschi blu francesi.

- Gli stupri etnici di Foča<sup>60</sup>, che rientrano tra i 20000 stupri e violenze compiuti tra l'inizio del conflitto e il febbraio 1993, data del rapporto della Commissione Europea.

- L'assedio dell'area protetta di Gorazde, nella quale gli aiuti umanitari non giunsero mai.<sup>61</sup>

- Il massacro di Srebrenica.

---

<sup>60</sup> Kunarac et al. (IT-96-23&23/1).

<sup>61</sup> L'assedio di Gorazde è ben descritto nella *graphic novel* di Joe Sacco (2006), *Gorazde. Area protetta*, Strade blu, Mondadori, Milano.

La vicenda di Srebrenica rappresenta forse la pagina più triste della storia Europea dai tempi di Auschwitz ed è difficile narrarne gli eventi e la loro drammaticità senza incappare in formule retoriche ed enfatiche.

L'eccidio di Srebrenica si consumò, nel luglio 1995, dopo oltre tre anni dall'invio di truppe di pace, e ormai agli sgoccioli della guerra, che stava per finire.

Sin dal giugno 1997 il comandante del contingente olandese UNPROFOR aveva richiesto l'intervento militare della Nato a Srebrenica. Il 6 luglio 1995, il generale Mladic e i paramilitari sferrarono il primo attacco all'*enclave* musulmana. L'8 luglio, i soldati di Mladic rapirono alcuni militari dell'UNPROFOR, utilizzandoli come merce da barattare con armi.

L'11 Luglio, nella tarda mattinata, mentre le trattative del rapimento dei militari UNPROFOR continuavano, fu compiuto un bombardamento dimostrativo di due basi Serbe da parte del contingente NATO.

Il commando UNPROFOR, vedendo la situazione precipitare, fuggì a Potocari, seguito da 25000 sfollati.

Abbandonata dal fronte UNPROFOR, Srebrenica fu rapidamente ripopolata dal generale Mladic accompagnato dall'Esercito della Republika Srpska e dal corpo d'armata "Drina" del comandante Krstic.

Nella notte tra l'11 e il 12 luglio, 15000 persone tentarono la fuga a Tuzla, ma molti furono uccisi dai commando serbi travestiti da Caschi Blu delle Nazioni Unite.

Il 12 Luglio Mladic giunse a Potocari, promettendo alle forze olandesi la liberazione delle donne e dei bambini, deportando 23000 persone a Tuzla. Tra il 13 e il 19 luglio gli uomini di Srebrenica furono trasferiti nelle aree circostanti e uccisi.

Il “sacrificio” di Srebrenica, ceduta a Mladic come ultimo trofeo di guerra, permise, nell’indignazione generale, la stipulazione degli accordi di Dayton (1-26 novembre 1995), siglati da Milosevic, Tudjman e Izetbegovic e guidati da Richard Holbrooke, da Carl Bildt per l’Unione Europea e Igor Ivanov, a rappresentanza della Russia. In base all’accordo, la Bosnia-Erzegovina fu scorporata in due entità: la Repubblica Sepska e la Federazione Croato-Musulmana. L’accordo riprodusse, in piccolo, gli stessi meccanismi ed equilibri promossi da Tito nel momento della costituzione della “Grande Jugoslavia”. Come allora, un fronte era rimasto scoperto, ignorato dagli accordi: il piccolo Kosovo a maggioranza albanese, che sarebbe rapidamente diventato l’ultimo teatro dei conflitti.

## ***2.4 Il conflitto in Kosovo: tra guerra di secessione e rappresaglie internazionali.***

Il conflitto kosovaro si presenta come il fiume carsico che ha percorso non solo i dieci anni di conflitto balcanico e che porta sino all’oggi conseguenze e sviluppi politici. Lo *status* giuridico di questa “frazione” di Jugoslavia, infatti, continua a generare controversie e tensioni nel difficile cammino verso l’indipendenza. Facendo un passo indietro, è necessario richiamare non solo i fatti del 1989 (trattati in precedenza), ma il ruolo di “convitato di pietra” svolto dal Kosovo negli accordi di pace di Dayton.

L'attendibilità internazionale ottenuta da Milošević nel corso degli accordi di pace, permise al leader serbo di escludere il territorio del Kosovo (che era stato la miccia iniziale delle tensioni etniche nei Balcani) dalle trattative e dalle regolamentazioni del 1995.

Al termine del conflitto, quindi, le tensioni tra la componente albanese e quella serba erano ancora presenti, tuttavia, delegate alle lotte intestine più che all'attenzione della comunità internazionale che aveva preso parte attivamente agli anni della guerra.

La piccola nazione era presieduta dal 1992 da Ibrahim Rugova, che aveva ottenuto il 99% delle preferenze candidandosi con la Lega democratica del Kosovo. Proprio quella stessa massiccia componente elettorale aveva, in un certo senso, provocato indirettamente la maggioranza albanese che si era unita nel fronte dell'UÇK (*Ushtria Çlirimtare e Kosovës* o KLA, *Kosovo Liberation Army*, "Esercito di liberazione del Kosovo").

L'UÇK aveva fatto la sua comparsa nell'aprile 1996, quando le prime tensioni tra serbi e albanesi si erano concretizzate.

A seguito dell'uccisione di un giovane albanese da parte di un serbo, a Pristina 10000 persone scesero in piazza per protestare, e cinque serbi furono assassinati in breve tempo. I loro omicidi furono rivendicati dall'UÇK, sigla ignota fino a quel momento.

Come scrive Zolo, riprendendo Chris Hedges<sup>62</sup>:

*«Le ascendenze ideologiche dell' UÇK sono antidemocratiche. Una parte dei leader si richiama alla tradizione dell'estrema destra albanese: dai reazionari kacak (in lotta con i serbi fin dagli inizi del secolo) alle milizie fasciste che avevano collaborato con gli italiani, alla famigerata Divisione Skanderberg di volontari SS albanesi, arruolati dai nazisti per combattere i partigiani di Tito. Da questo punto di vista, non può sfuggire la notevole affinità ideologica tra UÇK e gli ustacia croati»<sup>63</sup>.*

Se le violenze innescate nella primavera del 1996 aprirono il vaso di Pandora del conflitto nella nazione kosovara, la società civile del Kosovo continuò, nel 1997 a protestare contro l'escalation di brutalità. La discutibile composizione del fronte UÇK si rivelò immediatamente, sin dalla prima apparizione “pubblica” ai funerali di Halit Gecaj, docente albanese ucciso dai Serbi, quando nel corteo sfilarono uomini in uniforme con i visi coperti. La nuova “maschera” ideologica era scesa una volta ancora sui Balcani, dove vecchie strumentalizzazioni ed echi d'ideologie potevano esser fatti risuonare a Pristina, com'era accaduto in precedenza a Sarajevo, a Vukovar, a Banja Luka, a Mostar o Tuzla. Il meccanismo persecutorio stava prendendo nuovamente piede,

---

<sup>62</sup> C. Hedges, *Kosovo's next Masters?* Cit., pp. 26-28, A. Konomi, *I Balcani secondo gli Albanesi. Intervista a B. Mahmuti*, in “Limes” (1998), n°3, pp. 123-126.

<sup>63</sup> D. Zolo, (2001), *Chi dice umanità*, Einaudi, Torino, p. 28.

reincarnandosi in antiche paure e atavici conflitti, che si ripetevano come litanie riportando la memoria indietro, fino a Kosovo Poljie, la famosa battaglia del 1369 combattuta il giorno di San Vito dai Serbi contro gli ottomani di Murat nella piana dei merli. Ogni evento nei Balcani diventa *deinòs*, “meraviglioso e orrifico”<sup>64</sup>, un’arma evocativa potentissima, che può attingere in secoli di lotte intestine e sopraffazioni.

È attraverso la manipolazione della memoria che nei Balcani si sono innescati potentissimi meccanismi vittimari: le date, i luoghi, le vicende, sono un evocare e richiamare continuamente l’età epica, trasportando nella contemporaneità la pre-moderna barbarie, che qui si fonde e si amalgama con corruzione e progetti imperialistici, sotto l’occhio attento (e compiaciuto) dell’Occidente al gran completo.

Così, mentre i cannoni del conflitto bosniaco erano ancora fumanti, ripartì in Kosovo un nuovo scontro tra fratelli perennemente nemici.

Il 28 febbraio 1998 a Likosani e Cirez morirono sedici persone in uno scontro tra dimostranti e polizia.

Il 5-6 marzo la polizia uccise Adem Jashari, Leader dell’UÇK assieme ad altri cinquantotto albanesi nella valle della Drenica.

---

<sup>64</sup> Riprendendo la traduzione di *deinòs* offerta da Holderin ne *l’Antigone* di Sofocle.

Il 22 marzo, tuttavia, fu rieletto presidente Rugova nel corso di controverse elezioni boicottate dall'opposizione kosovara e accettate dal governo di Belgrado che furono un'ulteriore ragione di scontri. Nel frattempo, la comunità internazionale osservava preoccupata l'impennarsi degli scontri. Gli Stati Uniti in primis, l'Unione Europea e gli organismi istituzionali (il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite) si dimostrarono ricettive e pronte a un'azione pacificatrice, soprattutto attraverso un "gruppo di contatto". La prima risoluzione (1160) è della fine dello stesso mese di marzo, approvata con l'astensione della Cina. Nel documento del Consiglio di sicurezza si decise non solo un embargo sulla fornitura delle armi alla Serbia, ma, attraverso una condanna delle violenze, erano invitati al negoziato i guerriglieri dell'Uçk e le forze serbe.

A seguito degli oltre mille morti (sia albanesi sia serbi), uccisi nel corso dell'estate 1998, l'escalation interventista della politica internazionale seguì pedissequamente il lievitare del numero delle vittime.

Alla prima risoluzione, a distanza di qualche mese, fu affiancata una seconda, la 1199 (23 settembre 1998), complici le pressioni espresse sia dalla NATO sia dal G8, in cui, oltre a denunciare gli atti gravissimi avvenuti nel territorio del Kosovo, s'invitavano le parti a un repentino cessate il fuoco.

Già da questi primi passi, erano state tracciate, nell'agorà internazionale, non solamente le traiettorie di preoccupazione, ma anche le sfere d'interesse delle potenze internazionali sulla questione balcanica. La polveriera jugoslava aveva polarizzato vecchi rancori da poco sopiti, echi della guerra fredda, che si erano riproposti nei veti applicati alle risoluzioni Onu: rapidamente, l'interlocutore predominante si rivelò la Nato, sempre più "ingerente" nella questione Kosovo.

Il 24 settembre 1998, esattamente un giorno dopo la risoluzione, Wesley Clark, Comandante Supremo della Nato, lanciò il cosiddetto *Activation Warning*,

con cui annunciava le allerta delle forze aeree dell'Alleanza Atlantica, attivate per l'affaire Kosovo.

Le valutazioni sulla “bontà” dell'intervento della comunità internazionale, sulla sua “umanità” sono state molteplici e dicotomiche: la giustificazione “umanitaria” è ragione o colpa per i promotori e i detrattori dell'intervento.

Come proseguì e degenerò la vicenda a seguito delle due risoluzioni ONU?

Il 13 ottobre dello stesso anno, l'*Activation Warning* fu sostituito con l'*Activation Order*, con cui il consiglio Atlantico autorizzava il dispiegamento militare e la conseguente possibilità di attacco aereo della NATO nella Repubblica Federale di Jugoslavia. L'intervento aveva carattere intimidatorio, e il fine dichiarato era persuasivo: convincere Milošević ad attenersi alle risoluzioni Onu e attuare i contenuti della 1199. A questo fine, fu mandato a Belgrado Richard Holbrooke, che contrattò con Slobodan Milošević l'invio di osservatori OSCE (Kosovo Verification Mission) per controllare l'adempimento del cessate il fuoco.

A queste operazioni seguì una nuova risoluzione, la 1203, approvata nonostante il veto di Cina e Russia, che autorizzava gli osservatori OSCE e legittimava il monitoraggio aereo da parte della Nato.

Gli interventi massicci della comunità internazionale sembrarono sortire i primi effetti positivi, le truppe della Repubblica Federale Jugoslava si ritirarono in massa dal territorio kosovaro. Se l'inverno si contraddistinse per scontri a bassa intensità, con l'inizio del 1999 vi fu una recrudescenza delle ostilità, soprattutto a seguito della controversa “Strage di Račak”, dove furono rinvenuti quaranta corpi, ritenuti dal fronte serbo, tutti esponenti dell'UÇK mentre dichiarati, dal fronte albano-kosovaro, vittime civili. Il tutto avvenne sotto gli occhi degli osservatori e all'attenzione di tutta la comunità internazionale.

L'effetto diplomatico della strage fu la Conferenza di pace di Rambouillet, che si svolse nel Febbraio-Marzo 1999, coordinato dal c.d. “gruppo di contatto”, sotto la presidenza franco-britannica. Dopo una prima seduta risolta con un nulla di fatto, la conferenza slittò al 15 Marzo.

Il trattato prevedeva l'autonomia kosovara ma non la sua indipendenza: la RFJ aveva, inizialmente, accettato l'occupazione del territorio del Kosovo da parte di osservatori internazionali e i trattati erano stati firmati da Adem Demaçi dell'UçK. Tuttavia, alla ripresa degli accordi, la RFJ aveva deciso di non sottoscrivere i trattati di pace, che sottintendevano un'indipendenza *de facto* dei territori riconosciuta dalla comunità internazionale. Il fallimento di Rambouillet è ascritto a molte cause differenti: se è parere condiviso che parte delle colpe di questa disfatta possano essere ricondotte ad errori politici commessi nel corso degli accordi di Dayton, alcuni analisti più critici (su tutti, si ricorda Zolo)<sup>65</sup> vedono il fallimento di Rambouillet implicito e necessario: le condizioni poste negli accordi erano ovviamente non accettabili dalla RFJ e la loro violazione ha offerto il *casus belli* per dare avvio all'intervento Nato già annunciato con l'*Activation Order*. Scrive:

---

<sup>65</sup> D. Zolo, (2000) *Chi dice umanità*, Einaudi, Torino.

*«Ebbene, che cosa vogliono da Milošević i “cartografi” di Rambouillet? Qual è la punizione che intendono infliggere alla Serbia per la strage di Raçak, senz’altro assunta dalla Nato come la prova del fallimento delle mediazioni diplomatiche e dell’inutilità degli osservatori dell’Osce? Chiedono la totale rinuncia al Kosovo, appena velata dall’idea di un temporaneo regime di autonomia sotto il protettorato della Nato. E chiedono un’ulteriore, mortificante limitazione della sovranità territoriale della Serbia: nel “capitolo militare”, annesso alla bozza di accordo e presentato dal generale Wesley Clark come non negoziabile, si legge che:*

*Il personale della Nato godrà, insieme ai suoi veicoli, navi aerei e equipaggiamenti, del diritto di passaggio libero e illimitato e di accesso incondizionato ovunque nella Repubblica federale Jugoslava. Si tratta dunque di un diritto di ingerenza armata non limitato alla regione del Kosovo, ma esteso all’intero territorio della Serbia, della Voivodina e del Montenegro. [...] I “cartografi” militari di Rambouillet, come è stato riconosciuto anche da Henry Kissinger, non potevano in alcun modo ignorare che la loro “cartografia imperiale” era un diktat inaccettabile. Accettare, per Milošević e per la Serbia, sarebbe stato un autentico suicidio politico ed una resa senza condizioni: era riconoscere la Nato come forza militare di occupazione. Certo, Milošević non poteva accettare anche per la qualità del suo potere: per l’estremismo nazionalistico che lo ispirava e per la struttura solo formalmente democratica del suo regime, in realtà fondato sulla forza militare e per molti aspetti dispotico. Ma la Serbia, se avesse accettato, avrebbe negato se stessa, la sua storia, la sua cultura, la sua identità e dignità nazionale»<sup>66</sup>.*

Così, dopo aver fatto evacuare gli osservatori dell’OSCE, cominciò l’attacco Nato in Serbia. L’operazione *Determinate Force* ebbe inizio il 22 marzo 1999, per imporre il rispetto dei trattati di pace di Rambouillet, con settantotto giorni consecutivi di bombardamenti su Belgrado.

L’azione dell’alleanza atlantica non fu priva di sviluppi. Il 26 marzo, su sollecitazione di alcune potenze (India, Russia e Bielorussia) che volevano

---

<sup>66</sup> D. Zolo (2000) *ibidem*, pp. 33-34.

condannare l'attacco ritenuto illegittimo, si riunì il consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. La proposta di risoluzione, sebbene appoggiata da Namibia, Cina e Russia, fu respinta dagli altri membri del Consiglio.

Sotto il vessillo della "Guerra Umanitaria" l'Unione Europea appoggiò l'azione Nato e l'Italia mise a disposizione lo spazio aereo e le basi.

Il 3 aprile, iniziò il bombardamento della capitale della RFJ, Belgrado.

Come scrive Giuseppe Palmisano,

*« la strategia seguita dall'Alleanza dimostra da subito e chiaramente che l'obiettivo immediato non è quello di evitare un'incombente tragedia umanitaria e proteggere la popolazione albanese in pericolo. Questo è piuttosto l'obiettivo "mediato" e "indiretto", che s'intende conseguire mediante il raggiungimento dell'obiettivo immediato consistente nella sconfitta della Jugoslavia di Milosevic, imponendo cioè a quest'ultimo l'abbandono del Kosovo come contropartita della non distruzione della Serbia, ovvero - se necessario - procedendo ad una vera e propria debellatio del regime iugoslavo.*

*Vengono così attaccate dapprima le forze militari iugoslave e distrutte le difese aeree; ma poi, visti gli scarsi risultati di questa operazione, i bombardamenti si estendono a obiettivi non militari: impianti industriali, raffinerie di petrolio, oleodotti, ponti, ferrovie e strade, sino al bombardamento di Belgrado e di obiettivi quali la sede della televisione iugoslava, i quartier generali e le residenze di Milosevic e della sua famiglia»<sup>67</sup>.*

---

<sup>67</sup> G. Palmisano, "L'ammissibilità del ricorso alla forza armata a fini umanitari e la guerra del Kosovo", *La Comunità Internazionale*, 2003, n. 1, pp. 17-45.

Il 27 Maggio Slobodan Milosevic fu incriminato dall'ICTY, assieme ad altri quattro membri del governo jugoslavo, per crimini contro l'umanità e violazione delle leggi e dei costumi di guerra<sup>68</sup>.

A fronte di differenti interventi di denuncia di operazioni NATO nella RFJ, il G8 giunse a un accordo per proporre una soluzione politica, da tramutarsi in risoluzione ONU.

Mentre il numero di civili aumentava esponenzialmente e le bombe e gli attacchi non davano segni d'interruzione, le autorità Serbe promossero la proposta del G8 e avevano dato inizio al ritiro delle truppe di Belgrado, con l'approvazione da parte del Consiglio di Sicurezza della risoluzione 1244 che sanciva la fine della guerra.

Sebbene la fine del conflitto non abbia determinato la fine dell'ingerenza della NATO nell'area balcanica, ci interessa soffermarci, in questa sede, sul peso di questo conflitto non solo nel quadro geopolitico, ma nella filosofia e nel diritto internazionale in ambito bellico.

La giustificazione "umanitaria" fornita all'intervento preventivo da parte della Nato ha, infatti, dato vita a un acceso dibattito sui limiti e i rischi dell'esportazione dei diritti umani tramite lo strumento bellico.

---

<sup>68</sup> Milošević, Slobodan (IT-02-54) *Kosovo, Croatia and Bosnia*.

Thomas Franck esprime una serie di perplessità riguardo alla possibilità di concepire l'intervento umanitario come un "diritto" degli stati, che, divide in due ordini di problemi, pratici e filosofici:

*«The first is that it may be misused as a cover for the pursuit of meaner objectives by an unprincipled intervener. The second is that the recognition of a "right" to intervene for humanitarian reasons is not tantamount to ensuring that such intervention would actually occur in instances where mercantile and military interests do not coincide with humanitarian needs.*

*Another, related problem is that, in a decentralized international system, it may be difficult to distinguish between true humanitarian crises and others cleverly misrepresented as such in order to bring about an intervention»<sup>69</sup>.*

Sebbene Franck abbia evidenziato i molteplici problemi connessi alla giustificazione "umanitaria" degli interventi armati, in conclusione il filosofo non condanna le finalità di alcuni interventi preventivi, se compiuti con una serie di accortezze e dotati di limitazioni tali da escluderne l'abuso (che è, per l'autore, un'ipotesi assolutamente plausibile e un rischio da considerare ed evitare):

*«Law can provide useful yardsticks. For example: humanitarian intervention is justifiable only to save human lives, not to alter political or social systems. Or: humanitarian intervention is justifiable if, demonstrably, it saves substantially more lives than it sacrifices*

---

<sup>69</sup> T. Franck, *Humanitarian law, in Philosophy of International Law*, edited with John Tasioulas, Oxford: Oxford University Press 2009.

*But, law is useless, and may even be harmful, if its yardsticks are not wielded by a credible interlocutor. Lawyers can devise institutional settings for legitimate application of law's rules, but, pending their adoption, should avoid extravagant claims on the law's behalf.* »<sup>70</sup>.

L'argomento di Franck è ripreso e contestato da Zolo. Secondo l'autore fiorentino, infatti,

*«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, ritiene Franck, 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 – aggiunge Franck – è dare credito ad un diritto internazionale che non può che essere widely regarded as stupid, even evil, 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»<sup>71</sup>.*

Sicuramente, in questa riflessione sulla natura umanitaria degli interventi nel conflitto balcanico, rientra perfettamente la più ampia valutazione sulla

---

<sup>70</sup> T. Franck, *ibidem*.

<sup>71</sup> D. Zolo *Militarismo umanitario?*, in *Philosophy of International Law*, edited with John Tasioulas, Oxford: Oxford University Press 2009.

creazione, legittimazione e attuazione del progetto del Tribunale *ad Hoc*. Sebbene, i due interventi presentino modalità differenti e finalità distinte, è facilmente rilevabile l'affinità nell'ingerenza, in parte gradita e in parte opportuna delle potenze internazionali nelle questioni intestine dei Balcani, che saranno ripresi e argomentate in seguito.



**Parte Seconda. Genealogia di un tribunale penale internazionale: la giurisdizione del tribunale ad hoc per la Ex Jugoslavia.**



## Capitolo Terzo. Antefatto. Da Westfalia a Norimberga: lo splendore e la crisi dello *jus publicum europeum*

### ***3.1 Il modello westfaliano e lo *jus publicum europeum*.***

Con il termine “modello westfaliano” si intende la serie di pratiche, di politiche, ma soprattutto di relazioni internazionali che furono messe in atto in Europa, attraverso un mosaico di trattati che placarono i conflitti di religione, conosciuti come “Pace di Westfalia” e siglati convenzionalmente nel 1648.

Negli undici anni che intercorsero tra il 1648 e il 1659 furono, infatti, sottoscritti il trattato di Münster e quello di Osnabrück che posero fine alla “guerra dei trent’anni” per parte cattolica e per parte protestante; la firma del trattato dei Pirenei del 1659 che determinò la conclusione delle ostilità tra Spagna e Francia nella cosiddetta “guerra degli ottant’anni”.

La serie di trattati cercò di sedare la moltitudine di lotte intestine dettate da motivi religiosi (la pace di Augusta e il principio *cuius regio eius religio* avevano portato strascichi e perpetrato anche nel XVII secolo i conflitti tra cattolici e protestanti che avevano contraddistinto il secolo precedente), ma anche da azioni independentiste e velleità imperialistiche da parte dei differenti regni nei confronti del Sacro Romano Impero.

L’ingenza delle perdite economiche e demografiche riscontrata negli anni del conflitto, ma anche la possibilità di spostare le istanze egemoniche in spazi più

ampi e incontaminati da forme di sovranità come quelle presenti nel lembo di terra continentale –*in primis*, l’espansionismo coloniale in Asia, Africa e nelle Americhe-, spinse gli Stati Europei a un accordo auto-conservativo che li proteggesse, in un certo senso, dalle modalità autodistruttive che avevano contraddistinto due secoli di conflitti.

La pace di Westfalia si esplicita in tre principi<sup>72</sup> di base, che determineranno e rinsalderanno i differenti soggetti di potere da quel momento in poi:

- il diritto all’autodeterminazione dei popoli, alla base del principio di sovranità degli stati;
- Il principio di equità tra gli stati;
- Il principio di non ingerenza di uno stato negli affari interni dello Stato vicino;

---

<sup>72</sup> «*That there shall be on the one side and the other a perpetual Oblivion, Amnesty, or Pardon of all that has been committed since the beginning of these Troubles, in what place, or what manner soever the Hostilities have been practis'd, in such a manner, that no body, under any pretext whatsoever, shall practice any Acts of Hostility, entertain any Enmity, or cause any Trouble to each other; neither as to Persons, Effects and Securitys, neither of themselves or by others, neither privately nor openly, neither directly nor indirectly, neither under the colour of Right, nor by the way of Deed, either within or without the extent of the Empire, notwithstanding all Covenants made before to the contrary: That they shall not act, or permit to be acted, any wrong or injury to any whatsoever; but that all that has pass'd on the one side, and the other, as well before as during the War, in Words, Writings, and Outrageous Actions, in Violences, Hostilities, Damages and Expences, without any respect to Persons or Things, shall be entirely abolish'd in such a manner that all that might be demanded of, or pretended to, by each other on that behalf, shall be bury'd in eternal Oblivion*». Trattato di pace di Westfalia, Cap.II.

È così che si afferma un modello di tutela “europea” specifica, che permette di distinguere tra le guerre interstatali, le guerre coloniali e le guerre civili. Solo le prime assurgono al rango di “guerra” internazionale, e ne acquisiscono una regolamentazione giuridica, quella che Schmitt descrive come *Jus Publicum Europeum* e che ha continuato a essere in vigore fino alla fine del primo conflitto mondiale.

L'autore tedesco attribuisce l'anomalo successo di questo modello a una serie di circostanze quasi fortuite:

*«esso si verificò solo perché si realizzò un nuovo ordinamento spaziale concreto, un equilibrio tra gli Stati territoriali del continente europeo in correlazione con l'impero marittimo britannico, avente sullo sfondo immensi spazi liberi. Con lo svilupparsi sul territorio europeo di parecchie formazioni di potere, territorialmente compatte e dotate di governo, di amministrazione centrale e di confini stabili, furono trovati i portatori adeguati di un nuovo jus gentium. Grazie al concreto ordinamento spaziale dello Stato territoriale il suolo europeo acquisì uno specifico status di diritto internazionale, valido tanto in se stesso, quanto in rapporto allo spazio del mare libero, e anche in rapporto a tutti i territori non europei di oltremare. Fu così reso possibile per un periodo di tre secoli un diritto internazionale comune non più ecclesiastico o feudale, ma appunto, statale»<sup>73</sup>.*

È il passaggio da una sovranità personale di tipo feudale a una sovranità “organica” di tipo statale a garantire il superamento dei conflitti di religione e a permettere di governare *inter* e *infra muros* i territori europei.

---

<sup>73</sup> C. Schmitt, (1974), *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 2003 pp.164-165.

Il meccanismo di uscita dallo Stato di natura descritto da Hobbes nel *Leviatano* aveva preso spunto proprio da questi fatti: lo Stato diventa il nuovo capo d'imputazione di responsabilità ma anche il punto di riferimento, la regolamentazione attraverso norme e la loro valenza contrattuale<sup>74</sup> lo strumento per limitarne gli impeti violenti. È attraverso la costruzione di un soggetto artificiale che sono superati gli "umori" individuali che avevano caratterizzato per quasi dieci secoli i rapporti di potere, ed è così che si realizza quell'eterodossia del modello<sup>75</sup> alla base della moderna "politica".

Si affida al simulacro statale il compito di agire come idea regolatrice della ragione di governo:

*«lo Stato è innanzitutto un principio d'intelligibilità del reale, una certa maniera di pensare quelli che erano, nella loro natura e nei loro rapporti, una serie d'istituzioni già esistenti. Che cos'è un re? E un sovrano? E un magistrato? Che cos'è un corpo costituito? E una legge? E un territorio? Che cosa sono gli abitanti di questo*

---

<sup>74</sup> Così come viene proposta da Grozio nel *De iure belli ac pacis*. Ugo Grozio, *Il diritto della guerra e della pace*, (introduzione di Francesca Russo, premessa di Salvo Mastellone), Centro editoriale toscano, Firenze, 2002.

<sup>75</sup> Il termine è mutuato da Foucault: «Siamo di fronte ad un fenomeno molto complesso di trasformazione della ragione occidentale e ho voluto mostrare come la comparsa di una ragione di governo abbia dato luogo ad una certa maniera di pensare, ragionare e calcolare che all'epoca è stata denominata "politica", e che – non dobbiamo dimenticare – venne percepita e considerata inizialmente come una sorta di eterodossia, una fonte di inquietudine nei contemporanei. Un'altra maniera di pensare il potere, il regno, e di pensare la pratica del regnare e del governare, nonché i rapporti tra regno celeste e regno terrestre: un'eterodossia che è stata chiamata politica. La politica, dunque, rappresenterebbe per l'arte di governo più o meno ciò che la *mathesis* rappresentava, nella stessa epoca, per la scienza della natura» M. Foucault *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 206.

*territorio? Che cos'è la ricchezza del principe? E la ricchezza del sovrano? Tutti questi fattori hanno cominciato ad essere pensati come elementi dello stato, il quale ha rappresentato una determinata maniera di concepire, analizzare e definire la natura e i rapporti di questi elementi già esistenti»<sup>76</sup>.*

Non solo, quest'idea regolatrice diventa la misura stessa del meccanismo che va a disciplinare: l'unità di misura della politica interna e internazionale diventa la dimensione "Stato" e su questa andranno poi costruirsi tutte le teorizzazioni illuministiche tese a una proposizione di un modello democratico. La serie di conflitti internazionali diventa quindi l'occasione per definire ciò che è e ciò che non è "Stato" attraverso la regolamentazione dei confini e le modalità di protezione e d'infrazione degli stessi (lo *jus gentium*, qui *jus publicum europeum*) e la determinazione e gestione degli spazi

Come argomenta Foucault, con Westfalia, s'infrange il desiderio d'impero e ci si accontenta delle più modeste e più stabili proporzioni statali<sup>77</sup>. Lo spazio da unico diviene molteplice, e le unità «assolute, senza subordinazione o dipendenza le une dalle altre, almeno per quanto riguarda gli stati principali»<sup>78</sup> ma, soprattutto, il meccanismo westfaliano, dividendo lo spazio in "dentro" e "fuori" permette il

---

<sup>76</sup> M. Foucault, (2004), *ibidem*, p. 206.

<sup>77</sup> «La fine dell'impero romano va collocata esattamente nel 1648, ovvero il giorno in cui si è riconosciuto che l'impero non rappresenta più la vocazione ultima degli stati, la forma sperata o sognata in cui gli stati si sarebbero fusi». M. Foucault, (2004), *ibidem*, p. 210.

<sup>78</sup> M. Foucault, (2004), *ibidem*, p. 215.

perfezionamento del principale dispositivo della modernità: il meccanismo di sicurezza.

Il modello di protezione e gestione dello Stato alla fine della guerra dei trent'anni si divide quindi tra un dispositivo di protezione esterna “diplomatico-militare” e un dispositivo interno di polizia.

Il meccanismo di sicurezza è lo strumento prodotto da Westfalia per perseguire l'obiettivo esposto in precedenza: l'equilibrio dell'Europa.

*«quando i diplomatici, gli ambasciatori che negoziavano il trattato di Westfalia ricevevano istruzioni dal loro governo, avevano la raccomandazione esplicita di fare in modo che le nuove linee di frontiera, le nuove delimitazioni degli stati, i nuovi rapporti da stabilire tra gli stati tedeschi e l'impero, le zone d'influenza della Francia, della Svezia, dell'Austria obbedissero ad un principio: mantenere un certo equilibrio tra i diversi Stati d'Europa»<sup>79</sup>.*

La “rinuncia” all'impero diventa quindi, secondo Foucault, la motrice di una serie di teorizzazioni e istituzioni, ma soprattutto diviene punto di riferimento per il modello normativo che ha retto, quasi incontrastato (nonostante gli accenni e i tentennamenti avvenuti a seguito della prima Grande Guerra), sino Seconda Guerra Mondiale,.

---

<sup>79</sup> M. Foucault, (2004), *ibidem*, p. 215.

È lo schema descritto da Leo Gross<sup>80</sup> ancora attuale nei distinguo operati sia da Falk, che da Cassese, sui gli idealtipi normativi del diritto internazionale.

Il modello Westfaliano è così strutturato:

- una soggettività solo statale, che esclude popoli, nazioni, etnie, persone giuridiche quali associazioni economiche e volontarie e delega agli individui un ruolo sussidiario e “subito”;

- l’assenza di un legislatore super partes che operi a livello internazionale, compensata da una produzione giuridica quasi esclusivamente pattizia e consuetudinaria;

- la mancanza di norme procedurali o attuative dei principi internazionali, che, si presumono accertati e attuati in forma sussidiaria dalle giurisdizioni interne;

- l’assolutezza del principio di sovranità statale e della loro eguaglianza giuridica;

- la legittimazione dell’intervento bellico statale al fine di attuare i propri diritti o di perseguire i propri interessi<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Leo Gross, *The Peace of Westphalia, 1648-1948*, American Journal of International Law, 42,1,(1948).

<sup>81</sup> La sintesi è tratta da A. Cassese, (1984) *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, pp. 17-23; R. Falk *The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order*, in C. A. Blach.- R.A Falk (a cura di) *The future of International Legal Order*, I, Princeton University Press, Princeton, 1969, pp. 43-38; cit. in D. Zolo, (1995), *Cosmopolis*, Fetrinelli, Milano, pp. 117-118.

È attraverso questa declinazione delle sovranità statali e delle loro interrelazioni che lo *Jus Publicum Europeum* ha potuto regnare incontrastato ed essere l'unica modalità di costruzione dalla sicurezza interna e della diplomazia esterna, a discapito dei singoli individui, per quasi tre secoli, narrando una “pax Europea” e tacendo le moltissime guerre sparse per confini lontani e fiumi limacciosi. O, meglio, Westfalia ha retto attraverso questa declinazione e attraverso la costituzione di un vero e proprio dispositivo militare, soggetto referente negli equilibri interni degli Stati e nuovo piccolo nucleo di sovranità teso all'autoconservazione:

*«Il terzo strumento di un sistema diplomatico-militare, che permetterà di garantire la bilancia europea – dopo la guerra, la nuova forma e concezione della guerra, e lo strumento diplomatico- è la costituzione di un elemento anch'esso fondamentale e inedito: l'applicazione di un dispositivo militare permanente che implicherà [...]una riflessione specifica e autonoma sulla materia militare e sulle guerre possibili. Comparsa quindi di una dimensione militare che non si esaurisce affatto nella pratica della guerra. L'esistenza di un dispositivo militare permanente, oneroso, importante, scientifico all'interno stesso del sistema di pace, ecco uno degli strumenti indispensabili alla costituzione dell' equilibrio europeo. [...] La Costituzione di un dispositivo militare rappresenterà , quindi, non tanto la presenza della guerra nella pace, ma la presenza della diplomazia nella politica e nell'economia. L'esistenza di un dispositivo militare permanente è un elemento essenziale in una politica comandata dal calcolo degli equilibri, dal mantenimento della forza attraverso la guerra, dalla possibilità o dalla minaccia della guerra. [...]Il principio di Clausewitz secondo cui la guerra è la continuazione della politica trova nell'istituzionalizzazione del militare un supporto preciso. La guerra*

*non è più un'altra faccia dell'attività degli uomini. A un certo punto, la guerra comincia ad essere l'attuazione di una serie di mezzi che la politica ha definito e di cui il mezzo militare rappresenta una delle dimensioni fondamentali e costitutive. Abbiamo perciò un complesso politico-militare necessario alla costituzione dell'equilibrio europeo come meccanismo di sicurezza; questo complesso politico-militare sarà messo in gioco di continuo e la guerra sarà solo una delle sue funzioni. Si capisce allora che il rapporto tra la pace e la guerra, tra il civile ed il militare si riassisterà attorno a questo sistema»<sup>82</sup>.*

## ***3.2 Il trattato di Versailles e la nuova concezione di guerra: il caso dell'Imperatore Guglielmo II.***

### **3.2.1 La rivoluzione geopolitica di Versailles**

Per comprendere gli effetti giuridici di Versailles, si deve rivolgere lo sguardo non solamente agli anni di guerra che precedettero la Pace di Parigi, ma, soprattutto, alle modalità con le quali si giunse a quel conflitto.

---

<sup>82</sup> M. Foucault, (2004) *Sicurezza, Territorio, Popolazione. Corsi al College de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano, pp. 222-223.

Le strane simmetrie tra guerra-Stato e crimini-imperi trovarono nella prima guerra mondiale e nel trattato susseguente una conferma. La stabilità promossa da Westfalia non era stata disattesa in modo sostanziale nei quasi tre secoli che avevano seguito la guerra dei trent'anni.

Se, leggere un certo determinismo nella relazione tra Stato e impero e nelle modalità di regolamentazione normativa della stessa, potrebbe rendere leziosa la nostra analisi, riducendo così la storia dell'Età moderna ad un grande meccanismo strutturalista, tuttavia, è lecito pensare che vi sia del vero al fondo, e che, comunque, le dinamiche degli "Spazi imperiali" abbiano sicuramente acuito la tensione bellica, e la spinta "umanitaria" che vi è seguita.

Come scrive Hobsbawm,

*«Perché, dunque, la prima guerra mondiale fu condotta dalle potenze che guidavano i due schieramenti come un gioco all'ultima mossa, cioè come una guerra che poteva essere o totalmente vinta o interamente perduta?*

*La ragione fu che questa guerra, diversamente dalle guerre precedenti, che erano condotte per obiettivi limitati e specifici, aveva come posta scopi illimitati. Nell'Età degli imperi, la politica e l'economia si erano fuse. La rivalità politica internazionale si modellava sulla crescita e sulla competizione economiche, ma a caratteristica di questi processi era per l'appunto la loro limitatezza. "Le 'frontiere naturali' della Standard Oil, della Deutsche Bank o della De Beers Diamond Corporation erano i limiti estremi del globo, o piuttosto i limiti della loro capacità di espansione"<sup>83</sup>. Più concretamente, per i due principali contendenti, la Germania e la Gran Bretagna, l'unico limite doveva essere costituito dal cielo, poiché la*

---

<sup>83</sup> E. J. Hobsbawm (1987), *L'età degli imperi*, Laterza, Bari, 1992, p. 318.

*Germania voleva una posizione di predominio politico e marittimo mondiale pari a quella britannica, che avrebbe perciò automaticamente relegato ad un rango inferiore la potenza inglese già in declino. Era un aut aut».*<sup>84</sup>

Secondo lo storico, quindi, la logica imperiale, che si era consolidata in anni di guerre coloniali, quella stessa logica che aveva, sinora, evitato l'esplosione di conflitti fra stati, era divenuta la nuova miccia, capace di tramutare il conflitto in scontro mondiale e di coinvolgere per quattro anni tutte le maggiori potenze e gli stati europei ad eccezione di Svizzera, Spagna, Olanda e delle tre nazioni scandinave.

La Grande Guerra rappresenta non solo per Hobsbawm uno spartiacque imprescindibile; Hannah Arendt descrive con "parole tremanti" l'evento:

*«È tuttora pressoché impossibile descrivere quel che effettivamente avvenne in Europa il 4 Agosto 1914. I giorni che precedettero e quelli che seguirono la prima guerra mondiale sono separati fra loro non come la fine di un vecchio periodo e l'inizio di uno nuovo, ma come il momento che precede e quello che segue un'esplosione. Il paragone è tuttavia inesatto come tutti gli altri perché non è finora venuta la calma del dolore che cala sull'infelicità dopo una catastrofe. La prima esplosione sembra aver provocato una reazione a catena che non si è ancora arrestata»*<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> E. J. Hobsbawm, (1994), *Il secolo breve 1914-1991*, BUR Storia, 2004, p. 43.

<sup>85</sup> H. Arendt, (1973), *Le origini del totalitarismo*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2004 p.

Arendt elenca una serie di conseguenze immediate del primo conflitto mondiale e sottolinea i riverberi della stessa non solamente sulla c.d. “Età dei totalitarismi” ma anche sulla storia recente.

*In primis*, le migrazioni che per la prima volta si svolsero senza un'accoglienza e un'assimilazione nei paesi di arrivo, condannando i migranti a uno stato perenne di apoliticità. In secondo luogo Arendt evidenzia una crisi valoriale, con un incremento diffuso del cinismo, infine, la scomparsa della “dispotica burocrazia accentrata” diventa la causa dell'acuirsi di conflitti tra fasce di popolazioni miste che erano governate e gestite da una centralità del potere e che ora si trovavano nuovamente a litigarsi il pane.

Sebbene questa carrellata non sia esaustiva degli eventi che questa guerra catalizzò, lo spaccato sociale proposto da Arendt serve semplicemente da sfondo alle riflessioni sui “fatti giuridici” che contraddistinsero questo periodo, raccolte ne “La pace di Parigi” o Trattato di Versailles, siglato il 28 giugno 1919<sup>86</sup>.

E', infatti, solamente attraverso un'analisi degli esiti normativi del conflitto che si può procedere in questa genealogia del diritto penale internazionale.

---

<sup>86</sup> Il trattato di Versailles è impropriamente ritenuto l'unico atto redatto per sancire la pace. In verità, a Versailles si siglò solamente la pace con la Germania, alla quale si aggiunsero: la pace con l'Austria (Saint-Germain), con l'Ungheria (Trianon), con la Turchia (Sèvres), con la Bulgaria (Neuilly).

### 3.2.2. Il ritorno al modello della guerra giusta? Schmitt e Vitoria a confronto

Secondo Carl Schmitt, il II conflitto mondiale determinò la tendenza a un mutamento di significato: la “guerra” non fu vista, da politici e giuristi, solamente come *modus operandi*, ma ritornò in auge la distinzione tra “guerra giusta” e “guerra ingiusta”.

Il riferimento esplicito di Schmitt è la dichiarazione rilasciata dal giurista belga Charles de Visscher nel 1916, sulla neutralità del Belgio: *De la belligerance dans ses rapports avec la violation de la neutralité*. Per de Visscher, i tentativi di giustificare la violazione della neutralità del Belgio, sono equiparabili ai sentimenti dei criminali che cercano di camuffare le proprie azioni:

*«Bien des mois se sont écoulés depuis la violation de la neutralité beige. Et cependant nous voyons encore toujours se succéder en Allemagne des publications juridiques nouvelles qui tendent à justifier cette violation. On a pu dire qu'il y a dans cette insistance quelque chose qui rappelle le sentiment obscur qui pousse le criminel à roder autour du lieu de son méfaits. C'est tout d'abord l'argument de nécessité que les juristes ont fait valoir en prétendant cette nécessité tantôt comme une forme de la légitime défense (ou Notwehr), tantôt comme une simple exigence de l'intérêt stratégique (ou Notrecht). Depuis, vous le savez, ils ont essayé d'ébranler la valeur juridique des traités de neutralisation : ils en ont dénaturé le sens; ils ont allégué leur caducité»<sup>87</sup>.*

---

<sup>87</sup> Charles De Visscher, *De la belligerance dans ses rapports avec la violation de la neutralité*, conferenza del 28 Luglio 1916 («Grotius Society» II).

De Visscher supporta le sue tesi richiamando le parole di Von Listz a definizione dell'infrazione compiuta dalla Germania, che aveva attaccato il Belgio: l'invasione e l'inottemperanza della neutralità belga rientrerebbero quindi una violazione del diritto delle genti (*völkerrechtliches Delikt*):

*«A. Il est parfaitement et malheureusement vrai, dans l'état actuel des relations internationales, que dans un conflit limite aux deux parties principales la cause de la guerre n'importe pas : en pareil cas on peut dire, avec le juriste suisse, Max Huber, que "le mérite du casus belli est une question d'ordre politique ou stratégique, absolument étrangères au Droit"; que la déclaration de guerre imprime nécessairement le caractère belligérant à la Puissance qui en est l'objet, et que seul, désormais, le droit de la guerre régit les relations des deux adversaires.*

*B. Mais on oublie, en raisonnant ainsi, que la question de la neutralité ne se pose même pas en pareil cas. La neutralité est le relation juridique qui s'établit entre les belligérants d'une part, et d'autre part les États qui entendent rester étrangers à leur différend. Le droit de la neutralité, tel que le définit la cinquième Convention de La Haye, n'entre en action que lorsque, dans un conflit entre deux Puissances, il s'agit de protéger le droit d'une troisième Puissance de n'être pas impliquée dans la guerre par une extension des opérations militaires à son territoire»<sup>88</sup>.*

Su questo passaggio giuridico, Schmitt fonda la sua teoria sulla fine dello *Jus publicum Europaeum*. L'interpretazione proposta da De Visscher, apre ad una nuova fase (ma, probabilmente, un ritorno dello *status quo* precedente a Westfalia) del diritto bellico:

---

<sup>88</sup> *Ibidem*.

«Ma ben presto comparve la tendenza ad un mutamento di significato. Venne così fatta valere da parte belga la distinzione tra guerra giusta e guerra ingiusta, con richiamo alla violazione della neutralità del Belgio, al fine di contestare all'occupante tedesco, che per a durata di quattro anni aveva presidiato militarmente la maggior parte del territorio belga, la qualifica giuridico-internazionale di occupante. Ma soprattutto i trattati di pace che misero fine a questa prima guerra mondiale contenevano una serie di particolarità, in cui già apparivano i segni decisivi di un mutamento di significato. Ciò vale in particolar modo per il trattato di Versailles»<sup>89</sup>.

Qual è, secondo Schmitt, questo mutamento di significato, che riporta alla ribalta la problematica medievale del rapporto tra guerra giusta e guerra ingiusta? Il teorico tedesco legge nel trattato di Versailles la stessa matrice morale che aveva caratterizzato i pensatori medievali<sup>90</sup> e che in un certo senso, caratterizzerebbe

---

<sup>89</sup> Carl Schmitt (1974), *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 2003, p. 336.

<sup>90</sup> Sebbene la teoria della guerra giusta abbia avuto dei prodromi già con Cicerone, il riferimento qui è ad Agostino d'Ippona e Tommaso D'Aquino. Il primo spiega come la sorte della città sia incerta, e riprendendo il tema nella *Quaestiones in Heptateuchum*, (6,10) scrive: «*Iusta autem bella definiri solent, quae ulciscuntur iniurias, si qua gens vel civitas, quae bello petenda est, vel vindicare neglexerit quod a suis improbe factum est, vel reddere quod per iniurias ablatum. Sed etiam hoc genus belli sine dubitatione iustum est, quod Deus imperat, apud quem non est iniquitas et novit quid cuique fieri debeat*». La guerra è giusta in quanto scelta divina, mandata da Dio per punire la corruzione e intraprendere un cammino di vita pacifica, tema ripreso e argomentato in *De civitate dei*, (Civ. 7,30): «*qui bellorum quoque ipsorum, cum sic emendandum et castigandum est genus humanum, exordiis progressibus finibusque moderatur*». Tommaso d'Acquino definisce invece quali sono i caratteri specifici in grado di rendere la guerra "giusta". Nella *Secunda Secundae*, alla *Questio 40, De Bello*, illustra le condizioni che decretano la justitia della guerra: «*Unde Augustinus dicit, contra faust., ordo naturalis, mortalium paci accommodatus, hoc poscit, ut suscipiendi belli auctoritas atque consilium penes principes sit. Secundo, requiritur causa iusta, ut scilicet illi qui impugnantur propter aliquam culpam impugnationem mereantur. Unde Augustinus dicit, in libro quaest., iusta bella solent definiri quae ulciscuntur iniurias, si gens vel civitas plectenda est quae vel vindicare neglexerit quod a suis improbe factum est, vel reddere quod per iniuriam ablatum est. Tertio, requiritur ut sit intentio bellantium*

anche la sua analisi del *Nomos*. Il riferimento teorico è al più moderno dei medievalisti, Francisco de Vitoria e le sue due *Relectiones*: la *Relectio de jure belli* e la *Relectio de indis*<sup>91</sup>. Come Agostino d'Ippona e Tommaso d'Aquino, Vitoria costruisce la sua teoria della guerra all'interno del quadro concettuale della *Respublica christiana*. È il pontefice a esercitare una *potestas indirecta*, ed è la morale cristiana a stabilire cosa sia giusto o ingiusto. Tuttavia, i criteri proposti dal monaco spagnolo hanno risvolti particolarmente attuali e frutto di un universalismo *ante litteram*. Nella *Quaestio tertia, Que possit esse ratio et causa belli*, infatti, spiega:

«1) *Causa iusti belli non est diversitas religionis.  
non est iusta causa belli amplificatio imperii.  
Non est iusta causa belli gloria propria aut aliud commodum principis;  
Una sola est causa iusti belli, scilicet iniuria accepta;  
Non quaelibet et quantavis iniuria sufficit ad inferendum bellum*»<sup>92</sup>.

---

*recta, qua scilicet intenditur vel ut bonum promoveatur, vel ut malum vitetur. Unde Augustinus, in libro de verbis dom., apud veros Dei cultores etiam illa bella pacata sunt quae non cupiditate aut crudelitate, sed pacis studio geruntur, ut mali coerceantur et boni subleventur. Potest autem contingere quod etiam si sit legitima auctoritas indicentis bellum et causa iusta, nihilominus propter pravam intentionem bellum reddatur illicitum. Dicit enim Augustinus, in libro contra faust., nocendi cupiditas, ulciscendi crudelitas, implacatus et implacabilis animus, feritas rebellandi, libido dominandi, et si qua sunt similia, haec sunt quae in bellis iure culpantur.*

<sup>91</sup> Francisco De Vitoria (1538) *De iure belli*, Laterza, Bari, 2005.

<sup>92</sup> Francisco De Vitoria (1538) *ibidem*, p.26.

La reazione a un'aggressione o a un'offesa, (sebbene non tutte le offese o tutte le entità delle stesse) è, secondo de Vitoria, l'unica giusta causa di guerra. Non lo sono né le differenze religiose, le spinte egemonistiche di ampliamento dei territori, la gloria personale del principe, o un suo vantaggio. Allo *jus ad bellum*, il monaco affianca le norme regolatrici del c.d. *jus in bello*, ossia quando la guerra è lecita, analizzando chi abbia l'autorità per dichiararla e come ci si debba comportare nei conflitti. Francisco de Vitoria, quindi, struttura la sua analisi giuridica della guerra non solo valutando la legittimità del conflitto, ma anche la liceità delle condotte.

Schmitt critica ampiamente Francisco de Vitoria, dedicando un lungo passo de *Il nomos della terra* alle argomentazioni sulla guerra proposte dal monaco spagnolo.

Secondo Schmitt, la visione che emerge dalle *Relectiones* tende a semplificare, con un forte richiamo alla tomistica, le problematiche belliche:

*«il riconoscimento o addirittura l'accordo riguardo a tali linee, al di là delle quali la distinzione tra diritto e torto cessa, Vitoria li avrebbe certo ritenuti come un peccato e un crimine orribili. Anche le profonde differenziazioni interne del concetto di "nemico", le conseguenti distinzioni elementari tra guerra regolata e non regolata, le limitazioni specifiche della guerra sorte all'interno dell'ordinamento spaziale del diritto internazionale del Medioevo cristiano- tutte queste differenti realtà sembrano*

*scompare in Vitoria nell'affermazione dell'universale uguaglianza tra gli uomini»<sup>93</sup>.*

La dura critica di Schmitt, secondo Carlo Galli, si può spiegare nel permanere di una visione della guerra che prescinde dalla dimensione e dalla sovranità statale, ancora intrisa di teoria medievale:

*«Schmitt giunge a riconoscere che Vitoria, pur teorico della guerra ex iusta causa, ha nel proprio pensiero tanta 'concretezza' da giungere in realtà a una teoria non discriminatoria dello iustus hostis. Certo, uno iustus hostis medievale, tipico di una guerra intracristiana, diverso quindi dallo iustus hostis della piena modernità wesfaliana che riconosce solo la guerra fra Stati Europei. In ogni caso, l'internazionalismo protestante liberale e socialista – di Norimberga e dell'Onu – è per Schmitt in forte drammatica discontinuità rispetto all'internazionalismo cattolico e concreto di Vitoria, in fondo premoderno»<sup>94</sup>.*

Se Francisco de Vitoria tende ad analizzare con strumenti filosofici pre-moderni (il lessico e l'impianto ontologico della tomistica medievale) uno dei fenomeni chiave della modernità, ossia l'inizio delle guerre coloniali e l'apertura e l'accesso agli spazi extraeuropei, Schmitt guarda alla modernità con l'occhio disincantato di chi ne ha visto (o è convinto di averne visto) la fine, o, comunque, la crisi di un modello.

---

<sup>93</sup> Carl Schmitt, (1974), *ibidem*, p.112.

<sup>94</sup> Carlo Galli, "Introduzione" in Francisco De Vitoria (1538), *De iure belli*, Laterza, Bari, 2005, p.XXXIV-XXXV.

### 3.2.3 Il nuovo nomos di Versailles

Le analisi sulla *guerra giusta* e sulla fine dello *jus publicum europeum* proposte dal giurista tedesco sono inficiate dalle vicende della II Guerra Mondiale e l'eco di Norimberga si ode anche nelle pagine squisitamente dedicate al tardo medioevo. Scrive, infatti:

*«Come si è visto, ci sono ben poche guerre del tutto giuste. E come stanno le cose con la guerra giusta solo in parte? Chi deve risolvere queste interminabili e intricate questioni di fatto e di colpa, per giunta nel caso delle guerre di coalizione e nell'epoca dei segreti della politica di gabinetto? [...] E quante probabilità rimangono ancora che entrambe le parti, sia pure in buona fede soggettiva, affermino di stare dalla parte del diritto e abbiano quindi buoni motivi di ritenere l'avversario, che approfitta del suo diritto su di una determinata materia, proprio perciò come un nemico ancor più pericoloso? [...] Chi è infatti competente, in generale, a decidere autorevolmente sulle questioni, di fatto e di diritto, ovvie ma indirimibili, cui conduce la ricerca della giusta causa? Il richiamo alla ragione giuridica e alla giustizia morale della propria causa e l'affermazione dell'ingiustizia dell'avversario servono solo a inasprire e ad approfondire nella maniera più crudele la contesa tra i belligeranti»<sup>95</sup>.*

Sebbene Schmitt si stesse riferendo a un altro contesto storico, non è da escludere che la critica alla guerra giusta non sia un richiamo in parte esplicito alle parole di De Visscher, da lui riprese parlando di Versailles. La proposta di un

---

<sup>95</sup> Carl Schmitt (1974), *ibidem*, pp. 184-185.

modello “valutativo” sulla guerra che prende piede a Versailles è per il teorico del *nomos*, non solo l’epilogo del progetto di *jus publicum europeum* iniziato da Westfalia, ma anche il prodromo del secondo conflitto mondiale.

Il trattato di Versailles operò su molteplici livelli: a un primo livello giuridico - morale, venne superata, con la pace di Parigi, la questione dello *jus ad bellum*, in quanto, la Grande Guerra era iniziata tramite una dichiarazione che rispettava il protocollo. Allo stesso tempo, i trattati di pace esplicitarono chiaramente la volontà di condannare a priori la guerra poiché “moralmente ingiusta” *erga omnes* (principio che sarà ripreso e riproposto dal patto di Kellogg-Briandt pochi anni dopo). E’ su questo piano che si sviluppò il progetto della c.d. *Covenant of the League of the Nations*, meglio conosciuta come *Società delle nazioni*, un organismo composto dai membri degli stati vincitori, sorto dal modello della Santa Alleanza<sup>96</sup>, su proposta di Woodrow Wilson<sup>97</sup> e deputato alla prevenzione

---

<sup>96</sup> Fra il 1814-1815, Austria, Gran Bretagna, Prussia e Russia diedero vita ad un vero e proprio “governo congressuale” che avrebbe dovuto durare indefinitivamente, comunque non meno di vent’anni.

“Per il bene del mondo” si leggeva nel documento della Santa Alleanza sottoscritto da Russia, Prussia e Austria (cui di fatto aderì anche la Gran Bretagna), le potenze vincitrici avrebbero convocato dei congressi nazionali secondo un calendario prefissato per “prendere le misure più salutari per la tranquillità e la prosperità dei popoli e per il mantenimento della pace fra gli Stati.” Nella Santa Alleanza, con l’eccezione del pontefice romano e del sultano, confluirono poco più tardi tutti gli altri Stati europei di secondo e terzo rango, senza minimamente pretendere di ridiscutere le decisioni prese dalle grandi potenze. Si affermò così per la prima volta nella storia europea e mondiale il principio di una pacifica federazione internazionale aperta a tutti gli Stati e guidata di fatto dal direttorio delle grandi potenze europee.» D. Zolo, (1995), *Cosmopolis. La prospettiva di governo mondiale*, Feltrinelli, Milano, p. 23.

delle guerre, la gestione diplomatica dei conflitti fra stati, a incentivare il benessere e la qualità della vita nel pianeta, mantenere il controllo degli armamenti internazionali. Queste finalità venivano favorite nel trattato dalla promozione dell'autodeterminazione dei popoli per assecondare la formazione di Stati nazione.

A un livello geo-politico, la pace di Parigi assolse il compito di ridisegnare la cartina dell'Europa, e, in particolare, relegare gli effetti del bolscevismo al territorio russo.

*«Proteggere il mondo dal bolscevismo e ridisegnare la cartina dell'Europa erano due compiti che si sovrapponevano, dal momento che il modo più diretto per affrontare la Russia rivoluzionaria, nel caso fosse sopravvissuta – ciò che non era affatto certo nel 1919 – era di isolarla dietro un “cordone sanitario” di stati anticomunisti, come si disse nel linguaggio diplomatico del tempo. L'ostilità a Mosca di questi stati era assicurata dal fatto che i loro confini erano stati ritagliati interamente o per larga parte su territori appartenuti alla Russia zarista»<sup>98</sup>.*

La questione geopolitica si trovò a convergere con una seconda serie di problematiche: quelle connesse alla clausola delle «colpa di guerra» che coinvolgeva lo stato tedesco. Si realizzò quella che Hobsbawm elegantemente chiama “una pace punitiva”, e, secondo Schmitt il primo, arcaico episodio di giustizia dei vincitori. Le sanzioni per lo stato tedesco prevedevano: la restituzione

---

<sup>97</sup> Wilson propone la *League of the Nations* nei suoi 14 punti. Tuttavia, gli Stati Uniti, non entrarono a farne parte.

<sup>98</sup> E. Hobsbawm, (1994), *Il secolo breve*, Bur, Milano, p.46.

del c.d. “corridoio polacco” alla Polonia e dell’Alsazia e della Lorena alla Francia; la sottrazione alla Germania di tutte le sue colonie, l’imposizione dei pagamenti dei c.d. danni di guerra o riparazioni subite dai vincitori alla Francia; la privazione della Germania di una marina militare. La “pace punitiva” non solo per la prima volta prevedeva una forma risarcitoria da parte delle potenze sconfitte, dei danni sopportati dai vincitori, ma dedicava una profonda attenzione alle tematiche dello *jus in bello*. Per la prima volta, sono state disciplinate le condotte in guerra, sanzionate le violazioni, e prevista una forma di responsabilità dei mandanti (o dei regnanti) per i crimini di guerra.

Come scrive Bobbio, sebbene si riferisca al secondo conflitto ma non sbagliando di molto la previsione che ben si adatta alla conclusione del primo: la guerra da legittima diventa legale,

*«il giudizio di legittimità della guerra riguarda il giusto titolo (la iusta causa) per cui è intrapresa; il giudizio di legalità riguarda esclusivamente l’esercizio o la condotta della guerra»<sup>99</sup>.*

Tra queste condotte, sicuramente quella ritenuta più deplorabile, e tale da esser punita, fu quella del Kaiser Wilhelm di Hohenzollern, ritenuto il responsabile

---

64. <sup>99</sup> N. Bobbio (1984) *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1991, p.

di efferate azioni e molte morti, nonché il primo criminale di guerra della storia recente.

### **3.2.4 Il caso dell'imperatore Wilhelm di Hohenzollern: la responsabilità individuale per i crimini di guerra.**

Nella sua lezione al Collège de France del 21 gennaio 1976, Foucault affermava che

*«Il potere non comincia quando la guerra finisce: anzi, il potere nasce dalla guerra, e la legge che il potere pone una volta affermata è essa stessa un fronte di battaglia. Non c'è neutralità, né dei soggetti né delle istituzioni: ciascuno è l'avversario di qualcuno. La società è binaria, si struttura sul conflitto a due. Quindi, il potere moderno sta sempre facendo o preparando una guerra, interna o esterna. Il diritto è sempre ancorato ad una storia e decentrato rispetto all'universalità giuridica; è sempre prospettico, non neutrale. Non c'è verità che non sia coinvolta in un rapporto di forza»<sup>100</sup>.*

Non sembra esente da questo teorema il trattato di Versailles, per la sua stessa natura di anello di congiunzione tra la guerra e la pace. A dispetto degli altri conflitti, tuttavia, mai come in questo caso l'atto giuridico politico si polarizza in

---

<sup>100</sup> M. Foucault (1997), *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano, 1998.

modo binario: vincitori/vinti, giudici/colpevoli. I rapporti di forza si mostrano nelle parole del trattato e sulle nuove linee di confine che sono tracciate in Europa, e, il diritto – in particolare, il diritto penale – assume, con la condanna al Kaiser Wilhelm II di Hoenzollern, una dimensione prospettica, non rivolta a un'universalità giuridica, bensì a un singolo, al primo soggetto ritenuto responsabile *erga omnes* di crimini di guerra.

Il relatore, l'onorevole Luzzatti, affermava:

*«Noi crediamo fermamente coi nostri amici di Francia, d'Inghilterra e degli Stati Uniti, decisiva la responsabilità del Kaiser nello scatenamento di questo conflitto senza esempio nella storia e senza esempio nelle inutili e nuove crudeltà; e crediamo anche che il suo ritorno in Germania alla testa di una repubblica o di un impero nuocerebbe alla pace.*

*Ma assumendo le apparenze di persecutori con disposizioni contrarie ai principi del diritto, si può provocare in Germania e altrove una corrente di pietose simpatie a favore di chi non le merita. Se la Germania è veramente pentita di aver seguito il suo Sovrano, deve processarlo e all'uopo condannarlo. Gli alleati non possono offendere il principio che ogni reato debba essere specificatamente e previamente definito. Il dire: offesa alla morale internazionale o all'autorità sacra dei trattati, non significa precisarne l'ontologia e il suo carattere. Non è lecito ammettere che alcuno possa rispondere e punirsi per un fatto che, secondo la legge del tempo, nel quale fu commesso, non costituiva un reato.*

*Forse nel patto della Lega delle Nazioni si potrebbe fissare per futuro un delitto di offesa alla moralità internazionale e dei trattati, una procedura con organi adatti a giudicare e ad applicare la norma, senza dissimularci le gravi difficoltà di siffatto provvedimento.*

*Né gli accusatori possono nominare i giudici!*

*E come si chiederebbe all'Olanda la estradizione per reati politici non prevista nei vigenti trattati? L'istituto dell'extradizione si appoggia sulla fratellanza giuridica dei popoli; ma le applicazioni si coordinano con il principio della sovranità di ogni Stato, grande o piccolo che sia, e si esplica appunto per accordi»<sup>101</sup>.*

Ancora più esplicita risulta, nella critica mossa dall'on. Tittoni, l'idea che la criminalizzazione del Kaiser, più che una pratica di giustizia internazionale, sia un'azione compiuta dal punto di vista della giustizia dei vincitori:

*«Ho da parte mia richiamata l'attenzione della Conferenza sul voto espresso dalla Commissione parlamentare italiana per il trattato con la Germania la quale ha unanimemente dichiarato che il processo del Kaiser e compagni non ha fondamento giuridico perché pretende definire un delitto dopo che è stato commesso e perché gli accusatori si trasformano in giudici»<sup>102</sup>,*

Benché in molti fossero consapevoli della difficoltà di argomentare giuridicamente la condanna dell'imperatore, l'art. 227 fu inserito, e si richiese all'Olanda l'extradizione (poi non concessa) del responsabile politico delle azioni tedesche durante la grande guerra.

«ARTICLE 227.

---

<sup>101</sup> (Relazione della Commissione sul disegno di legge per l'approvazione del Trattato di pace tra le Potenze Alleate e Associate e la Germania e del Protocollo firmato a Versailles il 28 giugno 1919, Roma, 11 settembre 1919, AP, CD, Documenti, sessione 1913-19, n. 1233-A, p. 9).

<sup>102</sup> L'on. Tittoni all'on. Nitti, Parigi, 15 settembre 1919, (h. 24.00, ASE, CP, 16).

*The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.*

*In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed.*

*The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial. The Emperor, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.*

*A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be».*

L'articolo prevedeva l'istituzione di un tribunale, composto da cinque giudici, uno per ogni Stato vincitore (Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia, Italia e Giappone) che, seguendo le direttive proposte della politica internazionale, e spinto dalla motivazione di vendicare le solenni obbligazioni degli accordi internazionali, avrebbe giudicato il Kaiser e, con una pena di tipo durkheimiano, avrebbe ripristinato la moralità internazionale.

La critica mossa a questo intervento, sia nella prospettiva politica, che in quella giuridica, appare unanime.

Sotto il profilo giuridico-politico, la voce di Carl Schmitt (seppur inficiata da patriottismo) pronuncia un giudizio molto severo:

*«Per quanto concerneva la fattispecie del nuovo crimine, nell'art.227 essa era indicata in modo assai indeterminato. Le direttive dettate al tribunale facevano riferimento alla morale e alla politica, invece che esclusivamente al diritto. La pena era egualmente indeterminata e affidata completamente all'apprezzamento del giudice. Sembrava poi dato per scontato che il tribunale dovesse in ogni caso irrogare una pena, tanto che l'accusa finiva per predeterminare la decisione del giudice. Il principio nullum crimen, nulla poena sine lege veniva apertamente violato. Fu così che l'art. 227, che chiamava in causa una persona determinata, Guglielmo II, per una fattispecie tanto indeterminata e minacciava una pena egualmente*

*indeterminata, conservò in sé la carica di odio tipica di un diritto eccezionale dichiaratamente personalizzato»<sup>103</sup>.*

Schmitt sostiene, senza stratagemmi retorici, che la norma sia inquinata non solamente da grossolani vizi procedurali, ma che la certezza del colpevole, relazionata alla vaghezza dei delitti e delle pene attribuite, sia il terreno fertile per un diritto eccezionale, dettato dall'inimicizia più che dal senso di giustizia. Si tratta, per il giurista tedesco, non solamente di una colpa individuale, ma di un diritto *ad personam*, che si pone in una posizione aporetica rispetto a una concezione classica del diritto penale. Sono molte, infatti, le antinomie generate da questa nuova struttura normativa, questo ibrido paradossale: per la prima volta nella storia del diritto "moderno" si assiste a una contaminazione di sfere, spazi geografici, giurisdizioni (quantomeno in linea teorica).

Un altro autore, che si troverà spesso dall'altra parte della barricata nelle dispute con Schmitt, si trova concorde nella critica all'art. 227: Hans Kelsen.

Ne *La pace attraverso il diritto*, il giurista viennese si scaglia contro la scelta della *League of the Nations* (sotto l'incisiva influenza di Woodrow Wilson) di chiedere l'extradizione del Kaiser.

Kelsen evidenzia i vizi sostanziali e procedurali che inficiano la correttezza del provvedimento:

---

<sup>103</sup> Carl Schmitt (1974) *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 2003, p. 340.

*«La formula “per una suprema offesa nei confronti della moralità internazionale e della santità dei trattati” è falsa ed inconsistente. La vera ragione per richiedere la sottoposizione dell'ex Kaiser ad una Corte Penale era che egli fu considerato il principale responsabile di questa guerra, il ricorrere alla guerra fu considerato un crimine. L'art.227 parla di “un'offesa contro la moralità internazionale” al fine di evitare di parlare di una violazione del diritto internazionale. Ma se una norma giuridica, - una norma stabilita da un trattato internazionale – determina una pena per una offesa alla moralità, una pena che una Corte deve infliggere al soggetto reo, l'offesa assume ex post facto il carattere di una violazione di diritto. L'art. 227 parla anche di un'offesa nei confronti della “santità dei trattati”. Questo significa una violazione di trattati che è un delitto secondo il diritto internazionale.»<sup>104</sup>.*

I due autori si posizionano su direttrici di pensiero diametralmente opposte; ciò che auspica Kelsen, ossia una condanna del “ricorrere alla guerra”, è visto da Schmitt come lo sfondo di riferimento della norma, l'oggetto principale della sua invettiva. Tuttavia, vi sono almeno un paio di punti di convergenza: l'art. 227, così formulato, rappresenta per entrambi un “pasticcio” giuridico, che sul piano normativo non può reggere. In secondo luogo, entrambi gli autori, traendone conseguenze differenti, identificano i trattati di Versailles come un ritorno all'idea della guerra giusta: la questione morale diventa nuovamente centrale e connessa al diritto riaprendo il tema della sua legittimità e delle procedure di legittimazione.

---

<sup>104</sup> Hans Kelsen, (1944), *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, §15.

Scrive ancora Kelsen:

*«La validità della proposizione secondo cui una guerra di aggressione non è un atto contrario al diritto positivo è quantomeno dubbia. Il principio del bellum iustum è considerato, è vero, non da molti ma da alcuni eminenti autori come una regola di diritto internazionale positivo. E sono, comunque, proprio il trattato di pace di Versailles e gli altri trattati di pace del 1919-1920 che confermano la dottrina della guerra giusta. I trattati di pace non hanno obbligato gli Stati vinti a pagare un'indennità di guerra, quanto piuttosto ad effettuare riparazioni. L'obbligo di riparazione è considerato come una conseguenza stabilita dal diritto internazionale generale per una violazione di legge. Che i trattati di pace sostituiscano con l'obbligazione di riparazione, stabilita dal diritto internazionale generale e specificata dai trattati di pace, un'indennità di guerra, presuppone che i danni inflitti dalla guerra siano considerati come causati illegalmente»<sup>105</sup>.*

Kelsen rafforza il suo argomento, analizzando anche il successivo art. 231<sup>106</sup>, che imponeva alla Germania l'obbligo di riparazione:

*«Lo stabilire che la guerra fu "imposta" sopra i governi alleati ed associati "dall'aggressione della Germania e dei suoi alleati" significa che la Germania ed i suoi alleati avevano violato il diritto internazionale ricorrendo alla guerra. Altrimenti l'obbligo di riparazione del danno causato dalla guerra non sarebbe*

---

<sup>105</sup> Hans Kelsen, (1944), *ibidem*, §15.

<sup>106</sup> L'articolo è così formulato: «*The Allied and Associated Governments affirm and Germany accepts the responsibility of Germany and her allies for causing all the loss and damage to which the Allied and Associated Governments and their nationals have been subjected as a consequence of the war imposed upon them by the aggression of Germany and her allies.*».

*giustificabile, dal momento che il danno non sarebbe stato illegalmente causato. Solo sulla base della dottrina del bellum iustum è possibile la “colpa per la guerra”»<sup>107</sup>.*

Riprendendo Kelsen, quindi, solamente l'assioma del *bellum iustum* permetterebbe come corollario la “colpa per guerra” e quindi la legittimità dell'art.227.

Di diverso avviso è Hannah Arendt, che, fedele all'interpretazione letterale del trattato, sostiene:

*«E' vero che dopo la prima guerra mondiale Guglielmo II fu citato dinanzi a un tribunale delle potenze alleate, ma il reato contestato al kaiser non era la guerra, ma la violazione dei trattati – nel caso specifico, la violazione della neutralità del Belgio»<sup>108</sup>.*

Sebbene l'argomento proposto da Arendt sia in contrasto con le interpretazioni dei due giuristi, vero è che Versailles rimane, qualunque versione si sposi, lo spartiacque fondamentale tra un tipo di logica bellica, che aveva contraddistinto i tre secoli precedenti, e una nuova ottica polemogena. Il trattato di Versailles, ripropone il tema della moralità della guerra (e della sua immoralità), divenendo il presupposto e il precedente per tutte le successive legislazioni sulla

---

<sup>107</sup> Hans Kelsen, (1944), *ibidem*, §15.

<sup>108</sup> Hannah Arendt (1964), *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano, 2003, p. 262.

guerra. Infatti, quasi a effetto domino, tutte le legislazioni successive saranno poi influenzate dalla logica morale, e dalla questione della legittimità.

*«Il processo al Kaiser Guglielmo II ed ai suoi collaboratori non fu mai celebrato perché l'Olanda, dove il Kaiser si era rifugiato, non concesse l'extradizione. Per parte sua il governo tedesco si rifiutò di consegnare le novecento personalità segnalate e si dichiarò disponibile a processarle in patria, davanti alla Corte Suprema del Reich di Lipsia, cosa che avvenne con il consenso delle potenze vincitrici. Il processo ebbe però solo sei imputati e si concluse con quattro lievi condanne. Ma nonostante questo risultato esiguo, l'intera vicenda ebbe una conseguenza normativa di rilievo: fu creato un precedente che rendeva obsoleto l'articolo 3 della quarta Convenzione dell'Aia del 1907, in base al quale solo gli Stati – non quindi gli individui – potevano essere chiamati a rispondere delle violazioni del diritto di guerra»<sup>109</sup>,*

Come argomenta Zolo, la pervasività dell'argomento morale, e il problema dello *jus ad bellum*, riesce a inficiare anche la disciplina dello *jus in bello* che controllava, con la quarta Convenzione dell'Aia, *Laws and Customs of War on Land* del 18 ottobre 1907<sup>110</sup>.

Da Versailles in poi, si assiste a un corto circuito tra i motivi della guerra e le modalità di esecuzione. Le nuove tecniche militari, le difficili definizioni di confine tra i territori rendono sempre più labile non solo il limes tra *jus in bello* e *jus ad bellum*, ma tra la legalità e la legittimità della guerra stessa. Il *modus operandi* in

---

<sup>109</sup> D. Zolo, *Chi dice umanità. Guerra diritto e ordine globale*. Einaudi, Torino., 2000.

<sup>110</sup> L'articolo 3, citato da Zolo, recita infatti: «*A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.*». D. Zolo, *ibidem*.

guerra diventa molto pregnante e in grado di intaccare anche il *quia*. Inoltre, la questione morale che ritorna preponderante ricrea quel nodo gordiano tra *amicus* e *inimicus* che aveva contraddistinto tutto il medioevo.

### ***3.3 Il patto di Kellogg Briand e la nascita dell’ “umanitarismo”***

Versailles aveva riportato alla ribalta la questione morale della guerra giusta (riconosciuta come argomento giuridico da Kelsen, e criticata come logica politica da Schmitt), sollevando molteplici problematiche giuridiche. Il patto di Kellogg-Briand, conosciuto anche come Patto di Parigi o Trattato di rinuncia alla guerra, stipulato a Parigi il 27 agosto 1928 e ratificato da sessantatré Stati (tra i quali Francia, Belgio, Regno Unito, Stati Uniti d’America, Italia, Germania, Cecoslovacchia, Australia, Canada, India, Nuova Zelanda, Irlanda, Italia, Polonia, Sudafrica, Giappone), cercò di proporre una soluzione giuridica allo status bellico, che prescindesse dal tema morale.

Il patto, nato su proposta di Aristide Briand al segretario statunitense Frank Kellogg, aveva come obiettivo di *Realpolitik* creare un apparato normativo in grado di contenere le spinte guerrafondaie della Germania nei confronti della Francia, ma venne ri-declinato dal segretario di Stato Americano come un patto multilaterale, che, per perseguire e promuovere “il benessere dell’Umanità”

avrebbe “rinunciato con franchezza alla guerra come uno strumento di politica nazionale, al fine di perpetuare le pacifiche relazioni di amicizia esistenti tra i popoli”.

Il tema del preambolo fu esplicitato nell'art. 1:

*ARTICLE I*

*The High Contracting Parties solemnly declare in the names of their respective peoples that they condemn recourse to war for the solution of international controversies, and renounce it, as an instrument of national policy in their relations with one another».*

A chiosa di quest'articolo, il patto prevedeva nel secondo articolo la logica controparte: tutte le parti contraenti devono cercare di perseguire i loro accordi con fini pacifici:

*«ARTICLE II*

*The High Contracting Parties agree that the settlement or solution of all disputes or conflicts of whatever nature or of whatever origin they may be, which may arise among them, shall never be sought except by pacific means»*

Come sostiene Margot Louria, il patto, “semplicistico” e “privo di *enforcement*” può essere compreso solamente nel contesto in cui fu formulato. Secondo Louria, l'accordo affonda le ragioni della sua stesura nei ripetuti fallimenti e rifiuti della *Commissione preparatoria per il Disarmo della Lega delle Nazioni*, tesa ad allargare la base partecipativa degli Stati membri. Il patto trovava, inoltre, un precedente dal punto di vista contenutistico nel «progetto Shotwell» del 1924, un *pamphlet* preparato da un gruppo d'intellettuali e inoltrato alla lega delle nazioni, dal titolo “*The outlawry of Aggressive War*”.

James T. Shotwell, invitato a Berlino alla *Hochschule für Politik*, definì così la sua idea di *outlawry of war*:

«Two tasks are then before us, in the first place, the definition of aggressive war must be developed and applied so that automatically the machinery of international justice as a substitute for war would be enhanced and at the same time all war but defense be outlawed»<sup>111</sup>.

Come scrive Louria:

«In spite of utopian rethoric of the outlawry-of war school, the American public was gripped by the enthusiasm of the moral argument to make wars between nations unlawful. The peace advocates, with their variation on the outlawry-of-war theme, enlisted the support of church leaders, philosophers and politicians to endorse their expressions of the revulsions of war and the importance of levying penalties on aggressor nations»<sup>112</sup>.

L'argomento pacifista, che era stato già teorizzato da Kant nel 1795, viene ripreso da Shotwell *in primis*, e, in seguito, codificato nel patto di Kellogg-Briand. Come scriveva il maestro di Königsberg,

---

<sup>111</sup> James T. Shotwell, *War as an instrument of national policy: and its renunciation in the pact of Paris*, Harcourt, Brace and Company, New York, 1929.

<sup>112</sup> Margot Louria (2000), *Triumph and downfall: America's pursuit of peace and prosperity, 1921-1933*, Westport, London, p. 127.

*«Se c'è un dovere, e se insieme ad esso esiste una fondata speranza di rendere reale lo stato del diritto pubblico, pur solo in una progressiva approssimazione all'infinito, allora la pace perpetua, che segue quelli che finora falsamente sono stati chiamati i trattati di pace (in realtà solo degli armistizi) non è un'idea vuota, ma un compito che, risolto a poco a poco, si fa sempre più vicino alla sua meta (poiché i tempi in cui succedono progressi uguali diventano sperabilmente sempre più brevi)»<sup>113</sup>.*

Le idee auspiccate da Kant erano state accolte in toto dal patto, che rappresentava, assieme al trattato di Versailles (e ai precedenti quattordici punti di Woodrow Wilson) la seconda forte incursione della politica americana nelle “faccende” europee.

Il patto non trovò mai un'effettiva applicazione, come ha argomentato Arendt:

*«E' anche vero che il patto Briand-Kellogg dell'agosto 1928 condannò la guerra come strumento di politica nazionale, ma il patto né conteneva un criterio per stabilire che cos'è un'aggressione, né accennava a sanzioni – a prescindere dal fatto che il sistema di sicurezza che il patto doveva rafforzare crollò prima ancora che scoppiasse la guerra»<sup>114</sup>.*

---

<sup>113</sup> Immanuel Kant, I. (1795), *Zum ewigen Frieden*, trad. It Roberto Bordiga, *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, Milano, p. 81.

<sup>114</sup> Hannah Arendt, (1964), *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano, 2003, p. 262.

Tuttavia, i riverberi politici del patto hanno dimostrato di avere più fortuna delle norme codificate. Non solo gli art. 1 e 2 del patto sono diventati il precedente “formale” cui fare appello nelle procedure e nelle analisi esegetiche dei tribunali della seconda guerra mondiale, ma l’idea di una pace protetta dal diritto internazionale, frutto della cultura giuridica statunitense<sup>115</sup>, si è diffusa nei discorsi e nelle pratiche giuridiche.

La capacità deterrente del patto si rivelò limitata: già nel 1931 le norme furono violate dall’invasione della Manciuria da parte del Giappone; nel 1935 l’Italia invase l’Etiopia e infine nel 1939 il mondo fu spettatore dell’invasione della Polonia da parte della Germania: l’avvento della seconda Guerra Mondiale fu il primo segnale che il proposito pattizio era ancora molto lontano da un’applicazione<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Gli Stati Uniti, per la loro funzione promotrice dell’atto, approvarono il patto in Senato, applicando una postilla “autoctona”: il patto non avrebbe dovuto confliggere con il diritto all’autodifesa degli Stati Uniti, e che gli Stati Uniti non erano obbligati a perseguire l’efficacia del trattato con azioni contro coloro che l’avessero violato.

<sup>116</sup> Carl Schmitt propose una posizione controversa nei confronti di questo patto: egli, infatti, non considerava il trattato come parte di un ordine giuridico internazionale “genuino”, ma, tantomeno, come parte della politica estera imperialistica della Gran Bretagna. Schmitt, C. *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte* (1939), in: *Staat, Grossraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, herausgegeben mit einem Vorwort und mit Anmerkungen versehen von Gunter Maschke, Duncker & Humblot, Berlino, 1995.

### ***3.4 I tribunali militari di Norimberga e Tokyo: l'istituzionalizzazione della giustizia dei vincitori***

Otto Kirchheimer sceglie come epigrafe al suo saggio *Giustizia politica*, una frase di Simone Weil tratta da *La paysant et la Grâce*

«Bisogna [...] essere sempre pronti a cambiare parte, come la giustizia, questa  
“Fuggitiva dal campo dei vincitori”»<sup>117</sup>:

Kirchheimer<sup>118</sup> argomenta rapidamente le ragioni della scelta epigrafica posta in apertura al suo celebre scritto. Per l'autore la giustizia, e in particolare la giustizia politica, può essere definita da due procedure antinomiche: essa, infatti, è sia uno strumento del potere politico, completamente asservito a esso, sia un meccanismo scelto da chi vuole vedere realizzate delle aspettative. Kirchheimer mette in guardia sui rischi di quest'ambivalenza:

---

p. 158. <sup>117</sup> Simone Weil (1988), *La Paysant et la Grâce*, trad. It in *Quaderni*, III, Adelphi, Milano,

<sup>118</sup> Otto Kirchheimer, (1972), *Giustizia Politica*, Liberi Libri, Macerata, 2002.

«Emerge poi presto la contraddizione interna tra il mezzo giuridico e il fine politico che con esso viene perseguito: un agire politico finalizzato a confermare dei rapporti di forza o a configurarli in maniera nuova, mentre l'ordinamento giudiziario esiste allo scopo di prendere decisioni, nel caso di conflitti – sia tra individui e tra gruppi, sia tra questi e lo Stato- sulla base di regole comunitarie. Per quanto si possa sempre desiderare di sottoporre a regole i rapporti di forza, la loro stessa natura pone, al posto dello sforzo di prevederli e di ottenere cieca obbedienza, limiti ristretti. Il diritto invece cerca di concretizzare valori generali e di farli riconoscere. Bisognerà tenere presente questo rapporto di tensione se si vuole mettere a fuoco il rapporto tra politica e giustizia nella realtà sociale»<sup>119</sup>.

La descrizione offerta dall'autore del rapporto di tensione costante tra la spinta politica dei rapporti di forza e il tentativo del diritto di rendere concreti quei valori generali e astratti decantati da Kelsen, è il paradigma su cui sarà declinata una delle pagine più controverse della storia dell'Occidente: l'istituzione dei tribunali militari di Norimberga e Tokyo al termine della seconda guerra mondiale<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Otto Kirchheimer (1972), *Ibidem*, p.3.

<sup>120</sup> Sui profili storici e giuridici di questi tribunali si vedano: F. De Fontanette, *Il processo di Norimberga*, Editori Riuniti, Roma, 1997; G. Illuminati - L. Stortoni - M. Virgilio, *Crimini Internazionali tra diritto e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2000; A. Tarantino – R. Rocco (a cura di ) *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Giuffrè, Milano, 1998; E. Greppi, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Utet, Torino, 2001; F. Paolini *A dieci anni dal processo di Norimberga: la sua giustificazione*, Cappelli, Bologna, 1956; T. Taylor *Anatomia dei processi di Norimberga. I crimini del nazismo: l'accusatore racconta*, Rizzoli, Milano, 1996; G.Vedovato, *Diritto Internazionale Bellico*, Sansoni, Firenze, 1946.

La prima critica a questi apparati giudiziari, in linea con la “tensione” descritta da Kirchheimer, è mossa da Pier Paolo Portinaro, nella sua *Introduzione a Processare il nemico di Demandt*<sup>121</sup>.

Scrive Portinaro:

*«Nella sua forma più macroscopica la confusione di giustizia e politica è ben individuabile nelle epoche di crisi istituzionale e nei momenti di guerra civile. “All’essenza della guerra civile – ha scritto Carl Schmitt – è proprio l’assoggettamento alla giurisdizione del nemico. Ne viene che la guerra civile ha con il diritto un rapporto stretto, specialmente dialettico. Essa non può essere altro che giusta (gerecht) nel senso di convinta delle proprie ragioni (selbstgerecht), e diviene, in tal modo, l’archetipo della guerra giusta, e che tale si ritiene, in generale”. Ma proprio perché le parti rivendicano in maniera così esclusiva il loro rapporto con una causa giusta, la guerra civile compromette la possibilità di una risoluzione di tipo giudiziario dei conflitti che l’hanno attraversata. Per questo il suo duplice esito è la resa dei conti, il regolamento delle pendenze e la vendetta del vincitore sul vinto, e poi l’amnistia, una decisione giuridica sì ma non giudiziaria, con la quale solo si può mettere al riparo all’assolutizzazione della memoria del sopruso e alla vendetta generalizzata»<sup>122</sup>.*

La tesi proposta da Portinaro trova un valido riscontro nelle modalità d’istituzione dei due tribunali.

---

<sup>121</sup> A. Demandt, (1996), *Processare il nemico*, Einaudi, Torino.

<sup>122</sup> Pier Paolo Portinaro, *Processare il nemico*, in A. Demandt, (1996), *Processare il nemico*, Einaudi, Torino, p. XVI.

L'idea di processare gli avversari di guerra fu formulata per la prima volta nel corso della terza conferenza tripartita di Mosca del 1943<sup>123</sup>. In quell'occasione, alla presenza di differenti ministri degli esteri, fu ipotizzata la possibilità di processare gli avversari nell'eventualità in cui l'Alleanza avesse vinto<sup>124</sup>.

L'ipotesi prese piede e trovò conferma nel susseguirsi di incontri tra le grandi potenze, quali la conferenza di Teheran (1943), la conferenza di Yalta (1945) e la conferenza di Potsdam (1945).

Sebbene l'Unione Sovietica avesse promosso la città di Berlino come sede dei processi, alla fine le grandi potenze "giudicanti" (Stati Uniti, Unione Sovietica,

---

<sup>123</sup> Tra le potenze coinvolte, in questa prima conferenza preliminare, rientrava anche la Cina.

<sup>124</sup> Gli atti della conferenza esplicitano ampiamente questa finalità processuale: *«At the time of granting of any armistice to any government which may be set up in Germany, those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of free governments which will be erected therein. Lists will be compiled in all possible detail from all these countries having regard especially to invaded parts of the Soviet Union, to Poland and Czechoslovakia, to Yugoslavia and Greece including Crete and other islands, to Norway, Denmark, Netherlands, Belgium, Luxembourg, France and Italy.*

*Thus, Germans who take part in wholesale shooting of Polish officers or in the execution of French, Dutch, Belgian or Norwegian hostages of Cretan peasants, or who have shared in slaughters inflicted on the people of Poland or in territories of the Soviet Union which are now being swept clear of the enemy, will know they will be brought back to the scene of their crimes and judged on the spot by the peoples whom they have outraged.*

*Let those who have hitherto not imbrued their hands with innocent blood beware lest they join the ranks of the guilty, for most assuredly the three Allied powers will pursue them to the uttermost ends of the earth and will deliver them to their accusers in order that justice may be done.*

*The above declaration is without prejudice to the case of German criminals whose offenses have no particular geographical localization and who will be punished by joint decision of the government of the Allies».*

Gran Bretagna e Francia) optarono per Norimberga, dove furono processati 200 tedeschi imputati di crimini di guerra.

Il tribunale aveva trovato il suo fondamento istitutivo esplicito nella *London Charter* dell'8 agosto del 1945, in cui le quattro potenze vincitrici si erano accordate pubblicamente per *the Prosecution and Punishment of the MAJOR WAR CRIMINALS of the EUROPEAN AXIS*.

Fu così che il 20 novembre 1945 iniziarono a Norimberga le udienze per i crimini commessi dai cittadini tedeschi nel corso della II Guerra Mondiale. In quella sede furono visionati i casi di ventiquattro dei più importanti capi nazisti catturati o contumaci (purchè presunti in vita). A questa tornata di processi, seguirono i cosiddetti processi per i criminali inferiori, tra cui il celebre “Processo ai dottori” che trovarono la loro legittimazione nella legge 10 del Consiglio di Controllo del tribunale militare.

Nella carta fondativa del tribunale, all'art. 6, furono formulati i principi generali che avrebbero regolato l'azione del tribunale:

«art. 6.

*The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.*

*The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:*

*(a) CRIMES AGAINST PEACE: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;*

*(b) WAR CRIMES: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied*

*territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;*

*(c)CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.*

*Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan».*

Per la prima volta, due nuove tipologie di reato entrarono a far parte del lessico di un tribunale: i crimini contro la pace e crimini contro l'umanità.

Il tribunale, inoltre, aveva riformulato e reso applicativi alcuni dei postulati di Versailles, primo fra tutti la responsabilità individuale in guerra:

*«crimes against International law are committed by men, not abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of International law be enforced»<sup>125</sup>.*

Secondo David Luban, Norimberga ha rappresentato una “nota a piè di pagina” giuridica dell'Olocausto che ha trovato una sua “collocazione” storica e

---

17, 221.

<sup>125</sup> *Judgement 41*, in 'Judicial Decision' (1947) 41, American Journal of International Law

un ruolo per aver, per prima, condannato e punito il genocidio, istituendo la categoria giuridica dei “crimini contro l’umanità”<sup>126</sup>.

Sebbene Luban riconosca i molti meriti di quest’operazione, nella sua analisi dell’eredità di Norimberga il sociologo non lesina critiche: in primis sono riscontrate dall’autore una serie di aporie tra il comma (a) *Crimes against Humanity* e il comma (c) *Crimes against Peace*. In particolare, è evidenziato come la criminalizzazione dei crimini di aggressione applicata dalla carta non faccia altro che rafforzare un’idea di sovranità dello stato-nazione che il tribunale stesso aveva contraddetto con la propria entrata in vigore. Per questo, sostiene Luban, è importante focalizzarsi non tanto sull’idea dei crimini contro la pace, che continuano a riproporre una visione pre-moderna, o, come direbbe Schmitt, “westfaliana” della sovranità, bensì sull’idea dei crimini contro l’umanità proposta dall’art. 6(c) e fondamento delle successive convenzioni di Ginevra del 1948. L’analisi di Luban critica il tribunale attraverso una riflessione sulle conseguenze che questo storicamente ha avuto. L’operazione effettuata dal sociologo mette in rilievo una serie di problematiche che saranno poi riprese in seguito quando si tratterà la questione della legittimità delle istituzioni punitive internazionali.

---

<sup>126</sup> «For us, Nuremberg is a judicial footnote to the Holocaust; it stands for the condemnation and punishment of the genocide, and its central achievement lies in recognizing the category of crimes against humanity» David Luban, *Legal modernism*, University of Michigan Press, 1994, p.336.

Sulla falsa riga di Norimberga, quasi una costola dello stesso, che trovava la medesima legittimazione politica e giuridica, fu istituito, l'anno seguente, il c.d. *International Military Tribunal for the Far East (IMTFE)*<sup>127</sup>, dove si svolse il Processo di Tokyo. In quella sede furono giudicati 25 militari e politici per crimini contro la pace, e oltre 5000 cittadini giapponesi per crimini di guerra e crimini contro l'umanità.

Se il tribunale militare di Norimberga aveva suscitato dubbi e polemiche sulla propria legittimità, poiché istituito *ex post* in violazione del principio del *nullum crimen nulla poena sine lege* (come vedremo poi ampiamente nel paragrafo successivo), le vicende del tribunale nipponico furono sottoposte a giudizi ancora più severi. L'essere sotto i riflettori dell'Europa intera aveva fatto sì che nessuna

---

<sup>127</sup> In questo caso, il tribunale fu promosso da undici potenze alleate: Australia, Canada, Cina, Francia, India, Paesi Bassi, Nuova Zelanda, Filippine, Unione Sovietica, Regno Unito e Stati Uniti. Tuttavia, a differenza del "gemello" di Norimberga, il tribunale di Tokyo agì sotto l'influenza predominante degli Stati Uniti, maggiormente toccati dalle vicende avvenute sulle coste Pacifiche. A questo riguardo e più in generale, sulle modalità di azione del tribunale e le conseguenze (in primis l'esonero della famiglia imperiale giapponese dalle responsabilità per i crimini di guerra) si vedano: H. Bix, *Hirohito and the making of modern Japan*, HarperCollins, New York, 2000, A.-C. Brackman, *The Other Nuremberg: the Untold Story of the Tokyo War Crimes Trial*, William Morrow and Company, New York, 1987; J. Dower, *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II*, W.W. Norton, New York, 1999; R.- B. Frank, *Downfall: The End of the Imperial Japanese Empire*, Penguin Books, New York, 1999; R. L. Lael, *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, Scholarly Resources, Wilmington, DE, 1982; T. P.Maga, *Judgment at Tokyo: The Japanese War Crimes Trials*, University Press of Kentucky, 2001; N. Boister – R. Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: a reappraisal*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008; R. H. Minear, *Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1971; P. R. Piccigallo, *The Japanese on Trial: Allied War Crimes Operations in the East, 1945-1951*, University of Texas Press, Austin, TX, 1979.

delle potenze vincitrici potesse svolgere un ruolo prevalente negli eventi giuridici. A Tokyo, al contrario, gli Stati Uniti furono accusati di aver protetto alcuni criminali dell'unità 731 in cambio d'informazioni riservate sulle armi biologiche<sup>128</sup>. Inoltre, l'assenza dei bombardamenti americani di Hiroshima e Nagasaki dall'elenco dei crimini<sup>129</sup> fu una delle ragioni per cui anche questo tribunale venne definito un tribunale dei vincitori *tout court*. A questo punto della nostra ricostruzione storica, è importante fare un passo indietro, e riprendere il dibattito filosofico che s'instaurò, all'indomani dell'istituzione del tribunale, e che vide come protagonisti Carl Schmitt, Hans Kelsen, Hannah Arendt e Karl Jaspers.

### 3.4.1 Risposte a Norimberga: Schmitt, Kelsen, Jaspers, Arendt

Tra il 1945 e il 1960, per ragioni scientifiche, ma, in alcuni casi, anche personali, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Hannah Arendt e Karl Jaspers si

---

<sup>128</sup> S. Endicott - E. Hagerman, *The United States and Biological Warfare: Secrets from the Early Cold War and Korea*, Indiana University Press, Bloomington, 1999.

<sup>129</sup> Si veda, a questo proposito: Timothy Brook. "The Tokyo Judgment and the Rape of Nanking" *The Journal of Asian Studies*, 8-2001.

confrontarono col tema controverso dell'opportunità o meno dei processi di Norimberga.

Se Kelsen si misurò nel 1947 con gli effetti di Norimberga sul diritto internazionale, e Hannah Arendt commentò nel 1961 il processo ad Eichmann a Gerusalemme (come cronista del *New Yorker*), Schmitt fu coinvolto direttamente nelle vicende processuali, incarcerato prima a Wannsee nel 1945 e poi a Norimberga nel 1947, dove fu interrogato per crimini di guerra<sup>130</sup>.

Sebbene i tre autori partissero da presupposti teorico-politici molto differenti, da parte degli stessi è unanime la critica rivolta al tribunale, benché argomentata con ragioni e questioni distinte.

Kelsen appare il più propenso a comprendere le ragioni del tribunale:

*«Every type of recourse to war- any type of war- is a recourse to means that are, for their nature, criminals. The war implies inevitably a series of murders, aggressions, limitation of liberties and destruction of properties. A war genuine defensive, naturally, is legal and dispenses the ones that are fighting from the responsibility of fulfilling a criminal act. But criminal act per se could not be legitimate by proving that the ones that have committed were fighting a war, when the war itself is illegal. Minimal juridical consequence of the treaties that proscribe the war of aggression is to deprive the ones that are supporting the war, or that are fighting, of every*

---

<sup>130</sup> Il diario di quei giorni di reclusione è raccontato da Schmitt nel volume *Ex captivitate salus*. Carl Schmitt (1950) *Ex captivitate salus, esperienze degli anni 1945-47*, Adelphi, Milano, 1993.

*justification that the law could attribute to them. In relation to the ones that have caused the war, we can apply the general accepted principles of criminal law»<sup>131</sup>.*

Kelsen sostiene, inoltre, l'importanza della responsabilità penale individuale - che aveva iniziato il suo corso con il trattato di Versailles - e l'esistenza di un precedente che giustifichi la retroattività dell'azione del tribunale:

*«una legge retroattiva, ma solo in quanto ha stabilito la responsabilità individuale penale per atti che, nel momento in cui furono commessi, costituivano violazioni del diritto internazionale vigente, ma per i quali questo diritto aveva previsto solo una responsabilità collettiva. La responsabilità penale individuale rappresenta certamente un più alto grado di giustizia rispetto alla responsabilità collettiva che è la tipica tecnica del diritto primitivo»<sup>132</sup>.*

Non solo: egli per primo, nel 1944, aveva già esposto la necessità di una corte internazionale che dirimesse i conflitti tra stati, unico strumento effettivo per garantire la pace perpetua auspicata sin dai tempi di Kant. Come scrive ne *La pace attraverso il diritto*,

---

<sup>131</sup> Hans Kelsen, *Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?* "The international law quarterly" 1947, 2, pp. 153-171. Si veda, inoltre: Hans Kelsen, (1944) *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino, 1990; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1967, third ed., pp. 215-20

<sup>132</sup> Hans Kelsen, *Il processo di Norimberga ed il diritto internazionale*, in Nuovi Studi Politici, vol. XIX, ottobre-dicembre 1989, p. 110.

*«L'obbiettivo esame e l'imparziale decisione della questione se la legge sia stata violata o meno è il passaggio più importante ed essenziale in ogni procedura legale. Finché non è possibile togliere agli Stati interessati la prerogativa di risolvere la questione di diritto e trasferirla una volta per tutte ad un'autorità imparziale, cioè ad una corte internazionale, ogni ulteriore progresso sulla strada della pacificazione del mondo è del tutto escluso. Conseguentemente, il passo successivo su cui i nostri sforzi debbono essere concentrati è quello di pervenire ad un trattato internazionale concluso dal maggior numero possibile di Stati, vincitori o vinti, che istituisca una Corte internazionale titolare di una giurisdizione obbligatoria. Questo significa che tutti gli Stati della Lega costituita in questo trattato dovrebbero essere obbligati a rinunciare alla guerra e alle rappresaglie come strumenti di regolazione dei conflitti, a sottoporre tutte le loro controversie senza eccezione alla decisione della Corte ed applicare fedelmente le sue decisioni»<sup>133</sup>.*

Proprio per i presupposti “cosmopolitici” che fondavano la sua idea di giustizia internazionale, Kelsen si trova a criticare duramente i processi di Norimberga. L'autore afferma, infatti, che il desiderio di vendetta dei vincitori non sarebbe potuto valere come ragione ispiratrice delle azioni di un tribunale, e non sarebbe potuto essere compatibile con le funzioni giudiziarie dello stesso, oltre al fatto che solo gli sconfitti erano giudicati. La posizione kelseniana rimane molto attuale, al punto da esser ripresa in maniera quasi pedissequa da Noam Chomsky:

*«Un giusto processo dovrebbe quanto meno basarsi sull'elementare principio morale dell'universalità: accusatori e accusati devono essere soggetti agli stessi standard. Per quanto riguarda i tribunali sui crimini di guerra, i precedenti sono discutibili. Anche la corte di Norimberga – che pure, fra tutte, fu quella con meno pecche –*

---

<sup>133</sup> Hans Kelsen (1944) *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 50-51.

*utilizzò questa definizione operativa di "crimine": "Ciò che i tedeschi hanno fatto e gli alleati no»<sup>134</sup>.*

A conclusioni simili, partendo da presupposti differenti, giunge anche Hannah Arendt.

Nella ricostruzione cronachistica della filosofia del processo a Eichmann a Gerusalemme, le udienze di Norimberga svolgono spesso il ruolo di contraltare critico. Nel 1961, infatti, alla pensatrice fu chiesto di seguire personalmente l'udienza di Adolf Eichmann, prima fuggiasco in Argentina e poi intercettato dai servizi segreti israeliani.

Lo sguardo di Arendt nel processo contro Adolf Eichmann è carico dell'eredità di Norimberga, di cui questo processo rappresenta un'appendice importante.

Il processo a Eichmann ha assunto, negli anni, significati simbolici molto più potenti rispetto a Norimberga, giacché l'ufficiale nazista fu processato per la prima volta non tanto dai vincitori bensì dalle vittime (il popolo ebraico) e il processo poté focalizzarsi in maniera più diretta sulla "soluzione finale":

*«Hausner [il pubblico ministero, ndr.] riteneva veramente che a Norimberga ci si sarebbe occupati di più del destino degli ebrei se Eichmann fosse stato presente? È' difficile crederlo. Come quasi tutti in Israele, così anche Hausner pensava che*

---

<sup>134</sup>Noam Chomsky, *Il processo impossibile*, "L'Internazionale" n° 525, 5 febbraio 2004

*soltanto un tribunale ebraico potesse render giustizia agli ebrei, e che toccasse agli ebrei giudicare i loro nemici. Di qui il fatto che in Israele nessuno voleva sentir parlare di un tribunale internazionale, perché questo avrebbe giudicato Eichmann non per “crimini contro il popolo ebraico” ma per “crimini contro l’umanità commessi sul corpo del popolo ebraico”»<sup>135</sup>.*

Sebbene, quindi, equiparare i due processi sarebbe politicamente e giuridicamente un’operazione poco accorta, è interessante rilevare come la critica che Arendt muove alle regole processuali invece sia in grado di accomunare questi due momenti della storia della giustizia internazionale:

*«Le critiche mosse al processo di Eichmann erano di tre tipi: innanzitutto c’erano quelle già sollevate contro il processo di Norimberga, e ora ripetute: Eichmann era processato in base ad una legge retroattiva, e nel tribunale dei vincitori»<sup>136</sup>.*

Hannah Arendt riprende la replica offerta dalla corte, senza mascherare un certo disappunto, che si evince dalle riflessioni conclusive dell’autrice:

*«La risposta della corte alla prima categoria di critiche fu semplice: il processo di Norimberga fu citato come valido precedente, e anche in base al codice nazionale i giudici difficilmente avrebbero potuto agire altrimenti, giacché la legge del 1950 contro i nazisti e i collaborazionisti si fondava appunto su quel precedente. “Questa*

---

<sup>135</sup> Hannah Arendt (1964), *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano, 2003, p. 14.

<sup>136</sup> Hannah Arendt (1964), *ibidem*, p. 261.

*particolare legge – rilevò la sentenza – è totalmente diversa dalle leggi dei codici penali comuni, “e la ragione di questa differenza è riposta nella natura dei crimini di cui si occupa”. La sua retroattività, si può aggiungere, viola solo formalmente, non concretamente, il principio nullum crimen, nulla poena sine lege, dato che questo principio ovviamente vale soltanto per azioni note al legislatore; ma quando improvvisamente compare un crimine di tipo nuovo, come il genocidio, la giustizia stessa esige una sentenza conforme ad una nuova legge»<sup>137</sup>.*

Nei passaggi di disaccordo, infatti, la filosofa tende non solamente a evidenziare le discrasie tra i due contesti, ma a criticarne, di fatto, l'impostazione, soprattutto politica, che aveva dettato l'esigenza dell'istituzione di un tribunale militare prima, e in seguito, l'estradizione in Argentina e il “processo spettacolo” a Gerusalemme. Cercando di filtrare le critiche esplicite rivolte a Norimberga, Arendt sostiene che:

*«Questo presupposto fondamentale di ogni legislazione retroattiva era stato gravemente calpestato dalla Carta che aveva portato alla creazione del Tribunale militare internazionale di Norimberga, ed è forse per questo che la discussione, in questo campo, è sempre stata piuttosto confusa»<sup>138</sup>.*

Arendt prosegue nelle critiche al tribunale, argomentando come uno degli stati giudicanti, la Russia, presentasse diverse incompatibilità con le norme di

---

<sup>137</sup> Hannah Arendt, (1964), *ibidem*, p. 261.

<sup>138</sup> Hannah Arendt (1964) *id.* p. 262.

diritto internazionale che venivano richiamate nei confronti della Germania. L'Unione Sovietica, infatti, non aveva sottoscritto la convenzione dell'Aja e aveva inflitto «maltrattamenti ai prigionieri ed era molto probabilmente responsabile dell'uccisione di quindicimila ufficiali».

Infine, l'argomento più forte usato dalla filosofa per criticare Norimberga:

*«come se ciò non bastasse, il bombardamento a tappeto di città aperte e soprattutto le bombe atomiche sganciate su Hiroshima e Nagasaki erano evidenti crimini di guerra, nel senso della convenzione dell'Aja, e anche se la distruzione delle città tedesche era stata provocata (dai bombardamenti di Londra, di Coventry, di Rotterdam), ciò non si poteva dire dell'uso delle bombe atomiche, armi nuovissime e potentissime la cui realizzazione avrebbe potuto essere annunziata e dimostrata in molti altri modi. E' certo che se le violazioni della convenzione dell'Aja commesse dagli alleati non furono mai discusse in termini giuridici, fu soprattutto perché il Tribunale militare internazionale era internazionale solo di nome, in realtà era il tribunale dei vincitori, e l'autorità dei suoi verdetti non fu certo accresciuta quando la coalizione che aveva vinto la guerra e organizzato i processi si scisse, per citare Otto Kirchheimer, 'prima ancora che l'inchiostro si asciugasse sulle sentenze'»<sup>139</sup>.*

La posizione di Hannah Arendt sul “tribunale dei vincitori” trova una certa concordanza nel pensiero di Karl Jaspers, amico, oltre che interlocutore, della filosofa, che è spesso citato e ripreso dall'autrice nelle cronache da Gerusalemme.

---

<sup>139</sup> Hannah Arendt (1964), *id*, p. 263.

Nel 1947, il filosofo esistenzialista pubblicò il saggio *La questione della colpa tedesca*, spingendo oltre la riflessione, in una sfera più psicanalitica:

*«Che i vincitori ci condannino e' un fatto politico che ha grandi conseguenze sulle nostre vite ma non ci aiuta nel punto decisivo: la nostra rigenerazione 'interiore'»<sup>140</sup>.*

Se Arendt rimaneva ancorata a un problema di “giustizia”, Jaspers sposta lo sguardo ad un aspetto classico della filosofia della pena, la questione morale che accompagna la colpa e la punizione:

*«Quando viene adoperata la forza, viene suscitata altra forza a difesa e resistenza. Al vincitore spetta decidere che cosa deve avvenire del vinto. Qui vale il 'vae victis'. Il vinto può soltanto scegliere o di morire o di fare e patire quel che vuole il vincitore. Ha però quasi sempre, da tempi immemorabili, preferito di vivere (e da questo si genera il rapporto fondamentale tra padrone e schiavo, come lo ha spiegato acutamente Hegel). [...] Ma nel caso di una vittoria totale, quello che sarebbe il diritto tra vincitori e vinti, e per i vinti stessi costituisce pur troppo fino ad oggi sempre soltanto un campo limitato in seno agli avvenimenti, che vengono determinati in forza di decisioni di carattere politico. Queste decisioni costituiscono la base di un diritto positivo e di fatto, e non possono nemmeno esse stesse giustificarsi in base al diritto.*

---

<sup>140</sup> K. Jaspers, *La colpa della Germania* a cura di Renato De Rosa, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1947, p. 38. Si veda anche K. Jaspers *La questione della colpa: sulla responsabilità politica della Germania*, Cortina, Milano, 1996.

*Di diritto si può parlare soltanto nei riguardi di quella colpa intesa come delitto e come responsabilità politica, ma non nei riguardi della colpa morale e metafisica»<sup>141</sup>.*

Un approccio assolutamente personale e “soggettivo” sulle vicende di Norimberga è sicuramente quello offerto da Carl Schmitt.

Il giurista e filosofo tedesco si trovò, infatti, a disquisire della legittimità del tribunale stesso di fronte ai giudici in assisa chiamati a giudicarlo per crimini di guerra e contro l'umanità.

Schmitt aveva già espresso un parere legale (negativo) per l'industriale Flick chiamato a processo dal titolo esaustivo *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz «Nullum crimen, nulla poena sine lege»<sup>142</sup>.*

A Norimberga, il giurista si trova sul banco degli imputati a dover giustificare le relazioni intercorrenti tra la sua teoria dei “grandi spazi”<sup>143</sup> e il progetto politico hitleriano. Sebbene il giurista in questa sede non operi una disamina precisa sul tribunale giudicante, la contrarietà di Schmitt nei confronti

---

<sup>141</sup> Il richiamo esplicito è a Émile Durkheim e alla descrizione del ruolo del diritto penale che il sociologo compie ne *La divisione del lavoro sociale*, in cui alla pena è attribuita una funzione emotiva: la vergogna e la colpa sono i sentimenti che mantengono unita la società. Si veda É. Durkheim (1893) *La divisione del lavoro sociale* (introduzione di Alessandro Pizzorno), Edizioni di Comunità, Milano, 1999.

<sup>142</sup> Carl Schmitt *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz «Nullum crimen, nulla poena sine lege»* a cura di Quartisch, H., Berlin, 1994.

<sup>143</sup> Si vedano, su tutti, Carl Schmitt (1974), *Il nomos della terra*, Adelphi, 1974; Carl Schmitt (1942) *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Adelphi, 2003.

della responsabilità individuale dei singoli per azioni “di Stato” unita alla critica del giudizio ex post operato dal tribunale e la forte convinzione della separazione assoluta tra diritto e guerra (basti ricordare la polemica che l’autore intraprende sul finire del *Nomos della terra* sul concetto di crimine di guerra)<sup>144</sup> sono solo alcune delle ragioni che ci portano ad argomentare una critica profonda, ontologica da parte di Schmitt sull’operato del tribunale di Norimberga.

---

<sup>144</sup> Carl Schmitt (1974), *Il nomos della terra*, Adelphi, 1974, pp. 335-368 . Inoltre, si veda anche il recente volume di saggi Carl Schmitt *Sul concetto discriminatorio di guerra*, Laterza, Bari, 2008.



## **Capitolo Quarto. La giustizia internazionale delle nazioni Unite: l'esperienza dei tribunali ad hoc**

### ***4.1 I diritti cosmopolitici e la nuova Cosmopolis: la nascita delle Nazioni Unite, le convenzioni di Ginevra e la lunga staticità della guerra fredda***

I processi di Norimberga non rappresentarono l'unica rivoluzione copernicana nel diritto internazionale. La Seconda Guerra Mondiale aveva completamente stravolto gli equilibri globali e le istituzioni deputate a garantirli, e, negli anni immediatamente successivi alla stessa, furono molte le modifiche, i cambiamenti e i nuovi organismi che furono istituiti. Tra questi, è qui importante ricordare quegli atti (e trattati) che sarebbero poi tornati a ricoprire un ruolo da protagonista nelle vicende giuridiche e politiche che hanno investito l'Ex Jugoslavia durante il conflitto e nel periodo immediatamente successivo.

Gli interventi sono stati di duplice natura: da un lato vennero sottoscritti nuovi patti e convenzioni tese allo sviluppo e alla tutela dei diritti umani; dall'altro, sono create istituzioni deputate al rispetto, la protezione e la promozione di quegli stessi diritti.

Come scrive Seyla Benhabib, «siamo entrati in una fase dell'evoluzione della società civile globale che è caratterizzata da un passaggio da norme di giustizia internazionali a norme cosmopolitiche»<sup>145</sup>.

La tesi sviluppata da Benhabib ha una matrice kantiana<sup>146</sup>. E', infatti, il filosofo di Königsberg il primo teorico a parlare di norme cosmopolitiche nel classico *Per la pace perpetua*<sup>147</sup>.

Sebbene Kant non fornisca una definizione minuziosa di diritto cosmopolitico<sup>148</sup>, in un passo di *Zum Ewigen Frieden* si può dedurre cosa intenda nello specifico:

*«Per gli Stati, nel rapporto tra loro, è impossibile secondo la ragione pensare di uscire dalla condizione di mancanza di legge, che non contiene altro che la guerra, se non rinunciando, esattamente come fanno i singoli individui, alla loro libertà selvaggia (senza legge), sottomettendosi a pubbliche leggi coercitive e formando così uno Stato dei popoli (civitas gentium) che dovrà sempre crescere, per arrivare finalmente a comprendere tutti i popoli della terra»<sup>149</sup>.*

---

<sup>145</sup> Seyla Benhabib, (2006), *Cittadini globali*, Il Mulino, Bologna, p. 14.

<sup>146</sup> Immanuel Kant, (1795) *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, Milano, 1991.

<sup>147</sup> Immanuel Kant, *Ibidem*.

<sup>148</sup> «Per quanto riguarda il diritto cosmopolitico, io lo passo qui sotto silenzio perché, a causa della sua analogia con il diritto internazionale, le sue massime sono facili da indicare e da valutare» Kant, *ibidem*, p. 78.

<sup>149</sup> Kant, tuttavia sostiene, in parte, l'infattibilità del suo progetto nel seguito del passo: «Ma poiché essi, secondo la loro idea di diritto internazionale, non vogliono assolutamente una cosa del genere, rifiutando quindi in ipotesi ciò che è giusto in tesi, allora al posto dell'idea positiva di una repubblica universale (se non si vuole che tutto vada perduto) c'è solo il surrogato negativo di un'alleanza contro la guerra, permanente e sempre più estesa, che può trattenere il torrente delle

La visione di Kant è stata poi ripresa, negli anni, da molti altri teorici del diritto (di cui Benhabib non rappresenta che una delle ultime esponenti), che hanno richiamato e rielaborato la matrice proposta dal filosofo tedesco.

Sebbene il dibattito sui diritti fondamentali abbia visto la partecipazione di moltissimi teorici, sociologi e filosofi, in questa sede faremo riferimento solamente alle rielaborazioni che hanno preso le mosse dal “solco” creato da *Per la pace perpetua*, e che si sono confrontate sulle relazioni intercorrenti tra il diritto internazionale e i diritti cosmopolitici. Questa interazione, riprendendo Kant, è stata auspicata inizialmente da Kelsen<sup>150</sup>, valutata nei pro e contro da Norberto Bobbio<sup>151</sup> e promossa da Antonio Cassese<sup>152</sup>, Richard Falk, Michael Ignatieff<sup>153</sup> e, con alcune rielaborazioni personali, anche da Jurgen Habermas<sup>154</sup>, Luigi Ferrajoli; criticata da Carl Schmitt, Danilo Zolo, Slavoj Zizek<sup>155</sup>, Alain de Benoist<sup>156</sup>, Luca Baccelli. Gli autori si sono confrontati dalla seconda metà del Novecento, a fronte

---

tendenze ostili e irrispettose di ogni diritto, ma nel costante pericolo che questo torrente dilaghi. (Furor impius intus)». Immanuel Kant, *ibidem*, p. 78.

<sup>150</sup> Hans Kelsen, (1944), *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino, 1990.

<sup>151</sup> Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie per la pace*, Il Mulino, Bologna, 1984; Norberto Bobbio, *Le età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

<sup>152</sup> Antonio Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

<sup>153</sup> Michael Ignatieff, (2001) *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003.

<sup>154</sup> Jürgen Habermas, (1996), *L'inclusione dell'altro*, Feltrinelli, Milano, 2008.

<sup>155</sup> Slavoj Zizek, *Contro i diritti umani*, Il saggiatore, Milano, 2006.

<sup>156</sup> Alain de Benoist, *Oltre i diritti dell'uomo: per difendere le libertà*, Settimo Sigillo, Roma, 2004.

degli innumerevoli cambiamenti che hanno investito il diritto internazionale e che hanno portato a una metamorfosi dello *jus gentium* in diritto umanitario (*humanitarian law*). Tra questi, è necessario ricordare la carta dell'Onu come documento fondamentale che ha dato avvio alla proliferazione del “discorso” e del lessico dei diritti umani nella sfera internazionale. Come scrive Cassese, in questa Carta sono stati consacrati tre grandi ideali: i diritti umani, il diritto dei popoli all'autodeterminazione e «il pacifismo (non quello ‘ingenuo’ degli illuministi, ma un pacifismo ‘armato’)»<sup>157</sup>.

Questi ideali erano stati generati da due matrici politiche differenti: se il principio dell'autodeterminazione dei popoli traeva origine dal pensiero socialista, i diritti umani invece derivavano loro promozione dal pensiero liberale.

E' con la carta delle Nazioni Unite che, secondo Cassese e Falk, si è creato un modello di governo internazionale alternativo a quello westfaliano fondato sulla sovranità statale (si veda, *supra*, cap. terzo).

Secondo gli autori, questo modello prevederebbe:

- che i soggetti di diritto internazionale non siano solamente gli Stati, ma anche altre persone giuridiche, quali le organizzazioni (in primis, le Nazioni Unite) e, in ultima istanza gli individui e i gruppi;

---

<sup>157</sup> Antonio Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p.18.

- una primazia di alcuni principi internazionali quali l'uguaglianza delle sovranità statali, il divieto dell'uso della forza e la tutela dei diritti sulle norme consuetudinarie;

- una differenza giuridica basata sul fattore economico tra gli stati (si vedano gli ormai, celebri G7 e G8):

- il diritto alla guerra degli Stati ridotto all'autodifesa<sup>158</sup>.

Questo modello è promosso e consolidato da una serie di documenti internazionali. Sebbene l'atto fondativo delle Nazioni Unite sia già permeato di riferimenti ai diritti umani, «furono gli sviluppi storici e politici successivi all'adozione della Carta a dare sangue e anima all'ideologia dei diritti umani e a quella dell'autodeterminazione»<sup>159</sup>.

I progressi successivi, riproducono questo continuo oscillare tra le due grandi correnti teoriche che svilupparono questi ideali.

Le carte e trattati che furono sottoscritti nel secondo dopoguerra, sono state innumerevoli. Tra queste, si ricordano:

- la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948,

---

<sup>158</sup> Richard Falk, *The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order*, in Richard Falk, Friedrich Kratochwil and Saul H. Mendlovitz (eds.), *International Law: A Contemporary Perspective*, Westview press, Boulder, CO, London, 1985; Antonio Cassese, *ibidem*, Danilo Zolo, (1995) *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano, 2002.

<sup>159</sup> Antonio Cassese, *ibidem*.

- la convenzione sui Genocidi del 1948 la ris.260 (III), 9.12.1948, la Convenzione sulla prevenzione e la punizione del crimine di genocidio, entrata in vigore il 12.1.1951;

- le quattro convenzioni di Ginevra del 1949<sup>160</sup>;

- la convenzione internazionale sul diritto d'asilo del 1951, che tutelava i diritti dei rifugiati;

- la risoluzione 1514 del 1960 sull'indipendenza dei popoli coloniali, in cui era affermato a gran forza il principio dell'autodeterminazione dei popoli;

- i due patti delle Nazioni Unite del 1966 che riprendevano la dichiarazione del 1948 ed elevavano l'autodeterminazione dei popoli a presupposto fondamentale dei diritti umani;

- la *Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* adottata il 10 dicembre 1984 dall'Assemblea generale delle nazioni Unite ed entrata in vigore il 26 Giugno 1987<sup>161</sup>.

Queste carte, tuttavia,

---

<sup>160</sup> Il 12 agosto 1949 furono adottate quattro Convenzioni, destinate a sostituire tutto il corpo giuridico preesistente in materia: I convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle Forze armate in campagna, II Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle Forze armate sul mare, III convenzione sul trattamento dei prigionieri di guerra, Ginevra, IV convenzione sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra.

<sup>161</sup> Da questo elenco, sono esclusi i c.d. diritti civili e politici, che sono implementati anch'essi in questi anni, attraverso una serie di carte (una fra tutti, la Convenzione sui diritti civili e politici del 1966). La nostra ricostruzione si limita al cosiddetto *jus gentium*.

*«non hanno mutato la struttura stessa di quella comunità e le principali regole del gioco. Gli Stati sovrani sono rimasti i veri detentori del potere; l'autorità continua ad essere distribuita tra i più potentati; continuano a mancare organi centralizzati incaricati di dire, di accertare e di imporre il diritto; ciascun potentato continua a gestire principalmente interessi nazionali, e scarso peso viene prestato ad esigenze collettive, a bisogni che trascendano l'esigenza di armonizzare aspirazioni e necessità di più Stati»<sup>162</sup>.*

Quanto affermato da Cassese rivela molteplici contraddizioni se si pensa che le carte non sono rimaste semplici dichiarazioni, ma sono state, al contrario, affiancate da istituzioni deputate a proteggere i diritti umani, alla loro implementazione e, più estesamente, a tutelare l'ordine internazionale e la pace.

L'istituzione delle Nazioni Unite, i poteri del suo Consiglio di Sicurezza, le risoluzioni e le missioni, gli organismi dell'Unione Europea non si sono rivelati sufficienti a garantire la giustiziabilità dei diritti nella seconda metà del Novecento. Le resistenze prodotte dalle sovranità nazionali hanno sempre frenato un'efficace applicazione delle norme dei trattati.

Una lettura giuridica di questo fenomeno è offerta, invece, da un gruppo di penalisti:

---

<sup>162</sup> Antonio Cassese (1988) *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p.19.

*«Si fa strada l'idea che la tutela dei diritti fondamentali necessitasse di un salto qualitativo. Nei decenni che hanno seguito la fine della seconda guerra mondiale, la dottrina internazionale degli Human Rights non era riuscita, in effetti, a istituire nessun efficace strumento di enforcement. Ai diritti dichiarati, (in una logica strettamente positivista) bisognava sostituire dei diritti "giurisdizionalmente protetti"»<sup>163</sup>.*

In particolare, il periodo noto come la Guerra Fredda, nonostante il proliferare di carte e convenzioni, non si è caratterizzato per un forte interventismo a livello internazionale.

Secondo Koskenniemi, se applicassimo la teoria Schmittiana elaborata nel *Nomos della terra*, questa sospensione degli interventi dopo Norimberga potrebbe essere così spiegata:

*«to apply Schmitt's description of the new nomos to the behaviour of the Western Powers in Kosovo and Iraq, the 50-year interlude may be explained by the Cold War having prevented a full-scale moralization of International politics. Ironically, then, for half a century, the Soviet Union may have taken the role of the Schmittian Katechon- restrainer of the coming of the Antichrist»<sup>164</sup>.*

E' con la caduta del muro di Berlino e con la risoluzione Onu a tutela del Kuwait nel primo conflitto in Iraq che l'interventismo occidentale torna alla ribalta.

---

<sup>163</sup> AA. VV. *Introduzione al Diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 12.

<sup>164</sup> Koskenniemi, M. *International Law as Political Theology*, "Law in Social Theory". *Constellations* Volume 11, Number4, 2004, p. 466.

Secondo Fatić,

*«the era of International relations that had started after the end of Cold War had been marked by contradictory trends: an increasing integration, and a violent political, territorial and cultural fragmentation and disintegration; an increasing insistence on multilateralism and the peaceful settlement disputes by diplomatic means on the one hand, and the use of violence to promote the goals and interests of the newly established hierarchies of global dominance, on the other»<sup>165</sup>.*

E' in quel particolare ambito che, allo scoppio del conflitto balcanico, è recuperata l'idea kantiana di una corte penale internazionale che abbia una matrice giuridica e non militare (e in questo si differenzierebbe dal precedente di Norimberga) e sono proposti i due tribunali ad hoc per la Ex Jugoslavia (ICTY) e per il Rwanda (ICTR).

Come scrive Kissinger,

*«In the aftermath of the Holocaust and the many atrocities committed since, major efforts have been made to find a judicial standard to deal with such catastrophes: the Nuremberg trials of 1945-46, the Universal declaration of human rights of 1948, and the antitorture convention of 1988. The final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe, signed in Helsinki in 1975 by President Gerald Ford on behalf of the United States, obligates the 35 signatory nations to observe certain stated human rights, subjecting violators to the pressures by which foreign policy commitments are generally sustained. In the hands of courageous groups in Eastern Europe, the Final Act became one of several weapons by which*

---

<sup>165</sup> A. Fatić (2000) *Reconciliation via the War Crimes Tribunal?*, Ashgate, Aldershot, p. 5.

*communist rule was delegitimized and eventually undetermined. In the 1990s, international tribunals to punish crimes committed in the former Yugoslavia and Rwanda, established ad hoc by the U.N. Security Council, have sought to provide a system of accountability for specific regions ravaged by arbitrary violence»<sup>166</sup>.*

Lo statista americano offre, in questo passo, una descrizione sin troppo ottimistica delle due istituzioni.

Scendendo nel dettaglio della loro creazione, tuttavia, le dinamiche si sono rivelate via via più complesse, ed i criteri interpretativi sempre più labili.

## ***4.2 La Risoluzione dell'ONU n.827 del 23 maggio 1993: l'istituzione di un tribunale ad hoc***

«Justice is an indispensable ingredient of the process of national reconciliation.

It is essential to the restoration of peaceful and normal relations

between people who have lived under a reign of terror.

It breaks the cycle of violence, hatred and extra-judicial retribution.

Thus peace and justice go hand in hand».

---

<sup>166</sup> H.A. Kissinger, *The Pitfalls of Universal Jurisdiction*, Foreign Affairs 80 (4), 2001, p. 77.

L'attenzione della comunità internazionale sulle vicende che insanguinavano i Balcani aveva seguito, pedissequamente, l'*escalation* bellica che imperversava in quei territori. Dal 25 settembre 1991, con la Risoluzione 713, il Consiglio di Sicurezza aveva, quasi mensilmente, ribadito la sua denuncia e criticato le azioni e violazioni perpetrate nei territori dell'ex Jugoslavia attraverso risoluzioni<sup>168</sup> e sanzioni.

Il 13 luglio nella Risoluzione 764 il Consiglio di sicurezza affermò il proprio obbligo di rispettare le leggi umanitarie attraverso un richiamo esplicito alle Convenzioni di Ginevra del 1949.

*«At least at the normative level the International community is becoming more integrated and – what is even more important - ...such values as human rights and*

---

<sup>167</sup> Dichiarazione rilasciata durante una seduta del tribunale, in cui svolgeva la veste di giudice.

<sup>168</sup> Risoluzioni n°: 721 (27 novembre 1991); 724 (15 Dicembre 1991), 727 (8 Gennaio 1992), 749 (7 Febbraio 1992), 743 (21 Febbraio 1992), 749 (7 Aprile 1992), 752 (15 maggio 1992), 757 (30 Maggio 1992), 758 (8 Giugno 1992), 769 (18 Giugno 1992), 761 (29 Giugno 1992), 762 (30 giugno 1992).

*the need to promote development are increasingly penetrating various sectors of International law that previously seemed impervious to them»<sup>169</sup>.*

Il 13 agosto dello stesso anno, con la risoluzione 771, le parti furono invitate ad un “cessate il fuoco”.

Il 6 ottobre, con la risoluzione 780, il Consiglio di Sicurezza, per la prima volta, formulò l'ipotesi di un gruppo di esperti dotato anche di poteri investigativi:

*«Request the Secretary-General to establish, as a matter of urgency, an impartial Commission of Experts to examine and analyse the information submitted pursuant to resolution 771 (1992) and the present resolution, together with such further information as the Commission of Experts may obtain through its own investigations or efforts, of other persons or bodies pursuant to resolution 771 (1992), with a view to providing the Secretary-General with its conclusions on the evidence of grave breaches of the Geneva Conventions and other violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia».*

La proposta di una commissione fu ripresa nella risoluzione n°808 del 22 febbraio 1993, in cui il gruppo di esperti veniva strutturato in una corte:

*«the Commission observed that a decision to establish an ad hoc International tribunal in relation to events in the territory of the former Yugoslavia would be consistent with the direction of its work. [...]*

---

<sup>169</sup> Cassese, A. *International Law*, Oxford University press, Oxford, 2002, p. 45.

*Determining that this situation constitutes a threat to international peace and security,*

*Determined to put an end to such crimes and to take effective measures to bring to justice the persons who are responsible for them,*

*Convinced that in the particular circumstances of the former Yugoslavia the establishment of an international tribunal would enable this aim to be achieved and would contribute to the restoration and maintenance of peace,*

*Noting in this regard the recommendation by the Co-Chairmen of the Steering Committee of the International Conference on the Former Yugoslavia for the establishment of such a tribunal, [...]*

*Decides that an international tribunal shall be established for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991».*

Dopo aver ribadito che l'eccezionalità del caso jugoslavo richiedesse misure *ad hoc*, con la risoluzione 827 del 25 maggio 1993, si diede avvio all'istituzione e alla creazione di un tribunale che avrebbe contribuito al mantenimento della pace e avrebbe rappresentato una forma di giustizia riparativa. Inoltre,

*«decides hereby to establish an International tribunal for the sole purpose of prosecuting persons responsible for serious violations of International humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia between 1 January 1991 and a date to be determined by the Security Council upon the restoration of peace and to this end to adopt the Statute of the International Tribunal annexed to the above-mentioned report».*

La risoluzione esplicitava la base normativa su cui si fondava la possibilità d'istituzione del tribunale (e del gemello rwandese, ICTR<sup>170</sup>), ossia il cap. VII della Carta delle Nazioni Unite, all'art. 39:

*«The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security».*

La norma, in combinato con gli artt. 41 e 42<sup>171</sup>, avrebbe previsto la possibilità di estendere i poteri del consiglio di sicurezza per la tutela della pace e il mantenimento della sicurezza internazionale.

---

<sup>170</sup> The International criminal tribunal for Rwanda (ICTR) nasce anch'esso da una risoluzione ONU, la 977 del 22 Febbraio 1995 che stabilisce inoltre la sede (Arusha, Tanzania), la giurisdizione RATIONE MATERIAE: genocidio, crimini contro l'umanità, violazioni dell'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra e del protocollo addizionale n°II.; RATIONE TEMPORIS: crimini commessi tra il 1 gennaio e il 31 dicembre 1994; RATIONE PERSONAE ET RATIONE LOCI: crimini commessi da Rwandesi nei territori del Rwanda e nei territori degli stati confinanti, così come crimini commessi da cittadini non Rwandesi nel territorio nazionale.

<sup>171</sup> Gli artt. 41 e 42 della Carta, richiamati nel testo, prevedono: *Article 41: The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.*

*Article 42: Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations.*

L'interpretazione estensiva di questi articoli non è, tuttavia, condivisa unanimente dalla dottrina internazionalistica. Alcuni, infatti, hanno escluso che tra le competenze del consiglio di sicurezza vi fosse anche la possibilità d'istituzione di una giurisdizione penale internazionale<sup>172</sup>.

Il tribunale *ad hoc*, per le modalità istitutive che lo caratterizzano, si trova in una posizione transitoria rispetto alla giurisdizione di Norimberga. Sebbene nasca, anch'esso, da un atto politico (la risoluzione ONU), differisce dal precedente tedesco per il fondamento giuridico dei crimini che cerca di indagare.

All'Aja, a differenza di Norimberga, non è stato violato il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, che era stato il vessillo di tutti i detrattori dei processi di Norimberga. L'ICTY (e, allo stesso modo, l'ICTR), fonda, infatti, le fattispecie incriminatrici nel diritto consuetudinario che era stato prodotto nel dopoguerra, *in primis* con le convenzioni di Ginevra del 1949<sup>173</sup> e che non aveva mai avuto un'applicazione *de facto*.

Di parere contrario è Emanuela Fronza, che puntualizza come non vi fosse, *in nuce*, nelle carte internazionali, una volontà punitiva:

---

<sup>172</sup> AA. VV. *Introduzione al Diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 13.

<sup>173</sup> Si veda Shabas W: *Perverse Effects of the Nulla Poena principle: National practice and the Ad hoc Tribunals*, European Journal of International Law, 2000; Bassiouni M. C. *Etude historique: 1919-1998*, Nouvelles Etudes Penales, 1999, 2; Cassese, A. *International Criminal Law*, Oxford University press, 2003.

*«per cogliere la natura di tali norme occorre altresì ricordare che queste norme (internazionali) sui crimini di guerra, sui crimini contro l'umanità e sul genocidio cristallizzavano più l'affermazione e il riconoscimento di alcuni valori protetti a livello internazionale e non già la volontà di sanzionare gli autori di tali reati. Il processo di costruzione di un diritto penale a tutela dei valori considerati come comuni era appena cominciato. In tale fase, o quanto meno subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, non esisteva nemmeno un embrione di politica criminale comune: mancava infatti un sistema organizzativo di risposte e vi era, invece, una eterogeneità di risposte sul piano nazionale e, che convergevano progressivamente unicamente attorno ad un valore protetto»<sup>174</sup>.*

L'istituzione della corte continua a sollevare polemiche a distanza di anni. In primo luogo, è spesso messa in discussione la legittimità dell'atto fondativo e del suo potere punitivo (vedi, *infra*, 4.2.1.). Inoltre, il tribunale scatena dubbi sull'applicazione "speciale" di una serie di principi alla base del diritto penale, provocando interrogativi più ampi: può esistere una pena senza Stato? Chi è legittimato a punire? In quali casi si può punire?

La delicatezza dei reati trattati e il valore fortemente "politico" dei crimini (uno su tutti, il genocidio)<sup>175</sup> rischiano, infine, di ancorare l'intera cerimonia

---

<sup>174</sup> Emanuela Fronza, "Le sanzioni", in AA. VV. *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 279.

<sup>175</sup> Sulla nozione di "genocidio" e sull'intenso dibattito della dogmatica penalistica, si veda, tra gli altri: Boustany K., Dormoy D., *Génocide(s)*, Bruylant, Bruxelles, 1999; Cassese A., *Genocide*, in, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I (a cura di Cassese A., Gaeta P., Jones J.R.W.D.), Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 335-351); Graven J., *Les Crimes contre l'Humanité*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 76, 1950, pp. 433-605, Jescheck H.H., *Genocide*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 1985, vol. 8, pp. 541-544, Kunz J.L., *The United Nations Convention on Genocide*, in *American Journal of International Law*, 1949, pp. 738-746, Lemkin R., *Axis Rule in*

processuale e il fondamento sostanziale del diritto penale applicato ad un apparato moralistico e poco imparziale.

Nella sentenza Kristić, si spiega come l'imputato abbia "aderito al male". Come scrive Emanuela Fronza<sup>176</sup>:

*«il passaggio riportato è significativo perché, con l'uso di termini – aderire al male – che in qualsiasi altra aula di tribunale avrebbe lasciato non poche perplessità, mostra come questo organismo giudiziario, non limitandosi ad accertare le responsabilità individuali, si addentra direttamente in considerazioni di tipo etico-politico. Tuttavia, com'è noto, il giudicare facendo appello a valori è refrattario criteri regolativi e delimitativi di carattere oggettivo. Di conseguenza il diritto e la giustizia perdono quella componente razionale che li connota, non sono più spazio di mediazione e diventano, invece, terreno politico. [...] Queste scelte terminologiche sono spie sintomatiche di un allontanamento da un diritto penale liberale e una rischiosa commistione: "porre il fondamento per un miglior XXI sec." e dunque creare un nuovo ordine è compito del Politico, e non, invece, di un organismo giudiziario cui spetta, per definizione, la tutela di un ordinamento dato e non la posizione di uno nuovo. Le considerazioni di tipo etico (e politico) si confondono così con la funzione giudiziaria»<sup>177</sup>.*

---

*Occupied Europe*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944, Robinson N., *The Genocide Convention. A Commentary*, Institute of Jewish Affairs, New York, 1960, Ronzitti N., *Genocidio*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1969, vol. XVIII, pp. 573-588, Schabas W.A., *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, Verdirame G., *The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad hoc Tribunals*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 49, 2000, pp. 578-598.

<sup>176</sup> «In July 1995, you agreed to evil. This is why the Trial Chamber convicts you today and sentences you to 46 years in prison». PROSECUTOR v. RADISLAV KRSTIC, JUDGEMENT Case No. IT-98-33-T, Date: 02 August 2001.

<sup>177</sup> Fronza E. "Diritto penale del nemico e giustizia internazionale", in Gamberini A. – Orlandi R. (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi editore, Bologna, 2007, p. 382-383.

L'accusa di "moralismo" del tribunale può essere estesa anche alle carte internazionali da cui lo stesso prende le mosse, scritte sull'onda emotiva della Shoah. Il tribunale ha operato, infatti, come dispositivo foucaultiano di saperi-poteri: in questo caso, una serie di saperi cristallizzati ha trovato un'applicazione, e il dispositivo è divenuto uno strumento di produzione di saperi "altri" e di una professionalità giuridico-internazionale priva di precedenti, che correva un solo grave rischio:

*«The crucial issue of dissent is whether justification through international law can and should be replaced by the unilateral, world-ordering politics of a self-appointed hegemony»<sup>178</sup>.*

### ***4.3 Competenze e procedure del tribunale***

Il tribunale internazionale per i crimini commessi in Ex Jugoslavia ICTY ha una giurisdizione e una competenza limitata in termini di tempo (solo l'intervallo intercorrente tra il 1991 e il 1999) e *ratione materiae* (solamente i reati previsti dalla Convenzione di Ginevra del 1949 avvenuti nei territori dell'ex Jugoslavia e del Kosovo).

---

<sup>178</sup> J. Habermas, "Interpreting the fall of a Monument" German Law Journal 4 (2003), p. 706.

Inoltre, memore del dibattito kelseniano sulla modernità della responsabilità individuale anche per crimini collettivi, il tribunale ha la possibilità di perseguire solo singoli individui e non persone giuridiche.

Le finalità dichiarate sono state le seguenti:

- costringere i colpevoli di crimini di guerra a rispondere delle loro azioni al fine di soddisfare la giustizia legale e morale;
- favorire la stabilizzazione della pace nell'ex Jugoslavia affermando il principio della responsabilità individuale per le atrocità commesse in tempo di guerra, in contrapposizione con la colpevolezza estesa ad un'intera nazione;
- facilitare i processi di riconciliazione tra le nazioni fuori dal contesto bellico.

Meno esplicite e sottintese all'istituzione dell'ICTY sono definite e identificate nel:

- il desiderio di agire come deterrenza rispetto a ulteriori omicidi e torture;
- la frustrazione della comunità internazionale per i fallimenti continui dei tentativi di soluzione diplomatica<sup>179</sup>.

Queste finalità latenti risultano, tuttavia, per gran parte disattese, soprattutto perché «*the Tribunal's work, in fact, naturally follow political and military efforts*»<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> Fatić A., 2000, *ibidem*, p. 45

Quest'argomento è ripreso ancora da Fatić, che sostiene come, di fronte ad un conflitto caratterizzato da un basso accesso alle risorse (militari principalmente, visto l'uso frequente di piccole armi) e la relativa equivalenza delle forze tra le potenze in guerra<sup>181</sup>, la comunità internazionale abbia scelto di combinare lo strumento diplomatico al dispositivo militare<sup>182</sup>.

Il tribunale, secondo l'autore, come altre creazioni della comunità internazionale, propone una particolare disparità tra paesi "agenti" e paesi "coinvolti":

*«Diplomacy has been, and is, the major tool whereby countries, great and small alike, have fought for a place at the table. Some have been more successful than others. Those countries that do not appropriately participate in the work of the UN system, the OSCE, the EU, SECI and other global and regional organizations, face the unattractive prospect of being the object of policy of international organizations without at the same time being able to influence their work»<sup>183</sup>.*

Il tribunale fonda parte della sua legittimità sull'idea di un multilateralismo assembleare che ne caratterizza le decisioni. Tuttavia, questo principio ha assunto

---

<sup>180</sup> Fatić A, *ibidem*, p. 45.

<sup>181</sup> Sulla relativa equivalenza delle forze presenti sul territorio, si potrebbero sollevare obiezioni nei confronti del gruppo musulmano di Bosnia.

<sup>182</sup> Questo è vero fino al 1999, quando per la prima volta dalla fine della II guerra mondiale in Europa si assistette ad un attacco internazionale di tipo militare ad opera dell'Alleanza Nato. Fatić, A. (2000) *ibidem*, p. 7.

<sup>183</sup> Fatić, A. (2000) *ibidem*, p. 6.

un valore meramente dichiarativo, poiché anche nella composizione del tribunale (e, soprattutto, dei suoi finanziatori) si sono riprodotte le dinamiche diseguali (dovute alla presenza di membri permanenti) che avevano caratterizzato l'assemblea delle Nazioni Unite<sup>184</sup>.

Il tribunale è dotato di uno statuto, stilato inizialmente in allegato alla risoluzione 827, e in seguito, aggiornato. A questo si affianca un documento con le c.d. *Rules of procedures and evidence*, pubblicate l'11 febbraio 1994 e contenenti tutte le norme di procedura penale internazionale tese a disciplinare lo svolgimento dei processi. La scelta effettuata dal Consiglio di Sicurezza è stata quella di affidarsi ad un sistema misto a prevalenza accusatorio. I giudici (indicati dalle nazioni) hanno una differente competenza professionale e possono provenire da sistemi giuridici eterogenei.

Sebbene questo corpo di norme fosse teso a garantire la “democraticità” delle procedure applicate, una larga parte della pratica processuale è stata costruita *in itinere*, l'operazione del *sentencing* è stata anticipata sovente da un momento esegetico e, spesso, di produzione normativa.

A riprova di questo, il regolamento è stato modificato 42 volte dal 1994. Questo tipo di operazione ha riguardato non solamente le pratiche, ma anche i

---

<sup>184</sup> In particolare, si può registrare una sproporzione della presenza statunitense dettata dalla forte “presenza” Americana tra i finanziatori del tribunale stesso. Si veda Zolo, *Chi dice umanità*, Einaudi, Torino, 2000. Il tema è ripreso dall'autore anche in Zolo D. *La giustizia dei vincitori da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Bari, 2008.

reati: in particolare, si ricorda la sentenza *Krstić* e la vasta giurisprudenza prodotta sul crimine di genocidio<sup>185</sup>.

Tra le norme da evidenziare, vi è la c.d. norma sul *ne bis in idem* che afferma, *de facto*, la primazia del tribunale *ad hoc* rispetto alle corti ordinarie, contenuta nella Rule 13:

*«When the President receives reliable information to show that criminal proceedings have been instituted against a person before a national court for a crime for which*

---

<sup>185</sup> Che si appoggia, in parte sul precedente prodotto dal “gemello” ICTR nel caso KAMBANDA, Jean (ICTR-97-23), condannato il 18 settembre 1998, che rappresenta il primo condannato dal 1948 per il crimine di genocidio. Jean Kambanda, primo ministro ad interim nel 1994, ammise nel corso del processo l’esistenza di un progetto criminoso teso al genocidio della popolazione Tutsi. Come recita la sentenza: « *By his acts or omissions described in paragraphs 3.12 to 3.15, and 3.17 to 3.19 of the indictment, Jean Kambanda is responsible for the killing of and the causing of serious bodily or mental harm to members of the Tutsi population with intent to destroy, in whole or in part, an ethnic or racial group, as such, and has thereby committed **GENOCIDE**, stipulated in Article 2(3)(a) of the Statute as a crime, and attributed to him by virtue of Article 6(1) and 6(3), and punishable in reference to Articles 22 and 23 of the Statute of the Tribunal.*

(2) *By his acts or omissions described in paragraphs 3.8, 3.9, 3.13 to 3.15 and 3.19 of the indictment, Jean Kambanda did conspire with others, including Ministers of his Government, such as Pauline Nyiramasubuko, Andre Ntagerura, Eliezer Niyitegeka and Edouard Karemera, to kill and to cause serious bodily or mental harm to members of the Tutsi population, with intent to destroy in whole or in part, an ethnic or racial group as such, and has thereby committed **CONSPIRACY TO COMMIT GENOCIDE**, stipulated in Articles 2(3)(b) of the Statute as a crime, and attributed to him by virtue of Article 6(1) and punishable in reference to Articles 22 and 23 of the Statute of the Tribunal.*

(3) *By his acts or omissions described in paragraphs 3.12 to 3.14 and 3.19 of the indictment, Jean Kambanda did directly and publicly incite to kill and to cause serious bodily or mental harm to members of the Tutsi population, with intent to destroy, in whole or in part, an ethnic group as such, and has thereby committed **DIRECT AND PUBLIC INCITEMENT TO COMMIT GENOCIDE**, stipulated in Article 2(3)(c) of the Statute as a crime, and attributed to him by virtue of Article 6(1) and 6(3), which is punishable in reference to Articles 22 and 23 of the Statute of the Tribunal.»*

*that person has already been tried by the tribunal, a trial chamber shall, following mutatis mutandis the procedure provided in rule 10, issue a reasoned order requesting the national court permanently to discontinue its proceedings. If the national court fails to do so, the President may report the matter to the Security Council».*

Nella prassi la corte ha deciso sempre in base al caso concreto (*case by case*) e questo affidarsi in maniera quasi totale al proprio potere discrezionale è stata una delle principali accuse mosse all'istituzione.

Inoltre, la fragilità delle procedure emerge nella fase del “sentencing” dove sono evidenti le contraddizioni tra la promozione dei diritti umani e le condanne all'ergastolo prodotte, poi spesso commutate in base alla legge vigente nell'istituto di detenzione deputato alla fase esecutiva.

*«The doctrine of universal jurisdiction is based on the proposition that the individuals or cases subject to it have been clearly identified. In some instances, especially those based on Nuremberg precedents, the definition of who can be prosecuted in an international court and in what circumstances is self-evident. But many issues are much more vague and depend on an understanding of the historical and political context. It is this fuzziness that risks arbitrariness on the part of prosecutors and judges years after the event and that became apparent with respect to existing tribunals.*

*For example, can any leader of the United States or of another country be hauled before international tribunals established for other purposes? This is precisely what Amnesty International implied when, in the summer of 1999, it supported a “complaint” by a group of European and Canadian Law professors to Louise Arbour, then the prosecutor of the International Criminal Tribunal for former*

*Yugoslavia (ICTY). The complaint alleged that crimes against humanity had been committed during the Nato air campaign in Kosovo»<sup>186</sup>.*

Non solo; come sostiene James Cockayne, i governi si sono confrontati e ricreduti sul modello dei tribunali *ad hoc* soprattutto per i costi inaspettati che queste strutture hanno comportato (quasi il 15% del budget delle Nazioni Unite)<sup>187</sup>.

Secondo l'autore, è per questa ragione che

*«The days of the ad hoc tribunal seem numbered: in the future, the emphasis will be on institutional forms providing complementarity between local accountability and the international authority.*

*That moment has in fact already arrived, in the form of a growing array of 'hybrid' tribunals in Kosovo, in East Timor, in the Special Court for Sierra Leone, and, more recently, in the Cambodian Extraordinary Chambers and the War Crimes Chamber of the State Court of Bosnia-Herzegovina»<sup>188</sup>.*

Sebbene siano molte le forme di giustizia internazionale che sono state elaborate negli anni (dalle corti miste, alle commissioni di verità e riconciliazione, sino alla Corte penale internazionale ICC nata con lo statuto di Roma) la

---

<sup>186</sup> Kissinger H.A. *The Pitfalls of Universal Jurisdiction*, Foreign Affairs 80 (4), 2001, p. 81.

<sup>187</sup> Report of the Secretary-General, *The rule of law and transitional justice in conflict and post conflict societies*, UN Doc. S/2004/616\* (Aug. 23, 2004) para.42.

<sup>188</sup> Cockayne, J. *Hybrids or Mongrels? Internationalized War Crime Trials as Unsuccessful Degradation Cerimonies*, Journal of Human Rights, 4: 455-473, 2005, p. 455.

questione principale rimane la “moralità” che permea queste forme di giustizia e ne inficia l'imparzialità garantista, soprattutto nella delicata fase della somministrazione della pena, che sin da Beccaria e Vico, si presuppone “certa, giusta ed eseguibile” oltre che proporzionata all'offesa.

In questo caso, come si può calcolare la proporzione, quando, come scrive Weber,

*«la discussione sul senso della nostra guerra (in Die Frau) meriterebbe forse di essere ampliata accentuando più decisamente un punto di vista che di sicuro apprezzerete: la nostra responsabilità di fronte alla storia, riesco solo a trovare questa espressione un po' patetica»<sup>189</sup>.*

L'idea di una “responsabilità” di fronte alla storia è lo sfondo che guida l'istituzione (dichiarata) del tribunale e che rischia di inficiarne i passi in avanti nella *accountability* dei crimini di guerra.

Come scrive Ralph Henham,

*«It is the infallibility of punishment, rather than the severity of the sanction, which is the tool for retribution, stigmatization, and deterrence. This is particularly the case for the International Tribunal; penalties are made more onerous by its international stature, moral authority and impact upon the world public opinion,*

---

<sup>189</sup> Weber, M. *Tra le due leggi*, 1916, pubblicato in Weber, M. *Scritti politici*, a cura di A. Bolaffi, Donzelli, Roma, 1998, pp. 39-42.

*and this punitive effect must be borne in mind when assessing the suitable length of sentence.*

*Such obfuscation of purpose is compounded by the rethoric of moral justification expressed by the tribunal, and the implication that ICTY (or any other such international forum) might be in a position to turn these sentiments into a fully articulated penalty of proportionate retribution. Furthermore, their relativity of concepts such as justice and penalty is ignored, it is being assumed that these are synonymous for both the ICC and international trial justice. This threatens the implicit presumption that ICC justice and penalty could be regarded in any international sense as democratic and, thus, the legitimate manifestation of a global moral consensus»<sup>190</sup>.*

Come verificare il *global moral consensus* che fonderebbe la democraticità della giustizia internazionale?

Come verificarne la legittimità? Quali sono le categorie concettuali che possediamo? E, soprattutto, queste sono esportabili “in toto” a livello internazionale? Questi sono solo alcuni degli interrogativi che cercheremo di sondare nei capitoli successivi, dove verrà ricostruita una epistemologia della categoria della legittimità nel pensiero occidentale continentale.

#### ***4.4 Il caso Tadić e l'eccezione di legittimità***

«Poiché il modo in cui gli Stati perseguono

---

<sup>190</sup> R. Henham (2003) “Some issues for sentencing in the International Criminal Court”, *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford University press.

i propri diritti non può mai essere il processo,  
come con un tribunale esterno, ma solo la guerra, attraverso di essa però, e attraverso  
il suo esito favorevole che è la vittoria,  
non si decide nulla relativamente al diritto,  
e attraverso un trattato di pace viene posta fine  
a questa guerra ma non allo stato di guerra»  
Immanuel Kant, Per la pace perpetua

La problematica della legittimità del tribunale è stata sollevata nel corso del processo *Tadić*, la prima udienza celebrata davanti alla corte. Dusko Tadić era stato arrestato il 12 febbraio 1994, con la guerra al massimo della sua acme, dalle autorità tedesche. Tadić era il presidente della sezione locale del partito serbo-democratico (*Serb Democratic Party*, SDP) a Kozarac ed era stato coinvolto nell'inchiesta *Prijedor* per omicidio volontario, trattamenti inumani e tortura. In prima istanza, il difensore di Tadić, avvalendosi dell'art. 73 delle *Rules and procedures*, sollevò l'eccezione di legittimità della corte per

*«the alleged improper establishment of the International Tribunal; the improper grant of primacy to the International Tribunal; and challenges to the subject-matter*

*jurisdiction of the International Tribunal. The Prosecutor contends that none of these points is valid and that the International Tribunal has jurisdiction over the accused as charged. The Government of the United States of America has submitted a brief as amicus curiae*<sup>191</sup>.

La corte eccepì che l'avvocato, con queste accuse, stesse mettendo in discussione non tanto la legalità delle procedure messe in atto nei confronti del suo assistito, bensì:

*«Essential to these submissions is, of course, the concept that this Trial Chamber has the capacity to review and rule upon the legality of the acts of the Security Council in establishing the International Tribunal. This the Defence asserts, doing so by way of attack upon the jurisdiction of the International Tribunal».*

---

<sup>191</sup> Il difensore aveva eccepito, inoltre, che *«It is said that, to be duly established by law, the International Tribunal should have been created either by treaty, the consensual act of nations, or by amendment of the Charter of the United Nations, not by resolution of the Security Council. Called in aid of this general proposition are a number of considerations: that before the creation of the International Tribunal in 1993 it was never envisaged that such an ad hoc criminal tribunal might be set up; that the General Assembly, whose participation would at least have guaranteed full representation of the international community, was not involved in its creation; that it was never intended by the Charter that the Security Council should, under Chapter VII, establish a judicial body, let alone a criminal tribunal; that the Security Council had been inconsistent in creating this tribunal while not taking a similar step in the case of other areas of conflict in which violations of international humanitarian law may have occurred; that the establishment of the International Tribunal had neither promoted, nor was capable of promoting, international peace, as the current situation in the former Yugoslavia demonstrates; that the Security Council could not, in any event, create criminal liability on the part of individuals and that this is what the creation of the International Tribunal did; that there existed and exists now no such international emergency as would justify the action of the Security Council; that no political organ such as the Security Council is capable of establishing an independent and impartial tribunal; that there is an inherent defect in the creation, after the event, of ad hoc tribunals to try particular types of offences and, finally, that to give the International Tribunal primacy over national courts is, in any event and in itself, inherently wrong.»* Defence motion on jurisdiction, 10 agosto 1995.

Sin da questa prima affermazione emerge una delle grandi aporie di questo strumento giuridico: se non esiste una sovranità statale in grado assorbire i dubbi sulla legalità del potere giuridico, chi può legittimare o essere legittimato in un contesto che prescinde dal modulo Stato sovrano/potere punitivo?

Inoltre, se un organismo internazionale che presenta disparità tra i suoi membri (cfr Consiglio di Sicurezza) è *in nuce* antidemocratico, lo sono, assiomaticamente, anche gli istituti da esso prodotti e legittimati o sono altre le modalità che li legittimano?

L'argomentazione offerta dalla corte per legittimarsi era stata la seguente:

*«questo potere, conosciuto anche come il principio di “Kompetenz-Kompetenz” in tedesco, o “la compétence de la compétence” in francese, è parte, anzi, la parte più consistente, della giurisdizione incidentale o inerente di ogni tribunale giudiziario o arbitrale, consistente nella sua “giurisdizione di poter determinare la sua stessa giurisdizione”»<sup>192</sup>.*

La legittimazione per questa giurisdizione che si auto legittima è offerta, ancora una volta dalla corte stessa, che afferma con forza la primazia dei diritti umani sulla sovranità statale, dissipando ogni dubbio a riguardo:

---

<sup>192</sup> Tadić (IT-94-1-AR72), *Decision on the Defence Motion for Interlocutory appeal on Jurisdiction*, 2 October 1995, para.18.

*«It would be a travesty of law and a betrayal of universal need for justice, should the concept of state Sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights»<sup>193</sup>.*

L'argomento umanitario e la distanza del tribunale dagli organismi che ne hanno generato la giurisdizione è un classico esempio di quella che il filosofo del diritto finlandese Koskenniemi chiama "la frammentazione" del diritto internazionale:

*«Today's International lawyers apply a sociology of globalization to articulate International law in terms of its fragmentation into technical "regimes" and invoke the need for its "constitutionalization" by hierarchical relations in view of universal values expressed in human rights or general notions such as jus cogens»*

Koskenniemi<sup>194</sup> si riferisce esplicitamente al pensiero di Pierre Marie Dupuy<sup>195</sup>. L'autore, ripercorrendo le differenti posizioni di contrasto all'analisi *tranchant* di Schmitt, richiama Habermas e la idea neocostituzionale della legittimazione attraverso le procedure e il riconoscimento. Tuttavia, il filosofo finlandese ci mette in guardia dai rischi di questa posizione sociologica:

---

<sup>193</sup> ICTY. Appeal Chamber. The prosecutor vs. Dusko Tadić. *Decision on the defence motion for interlocutory Appeal on jurisdiction*. 2 October 1995, p. 32.

<sup>194</sup> Koskenniemi, M. *International Law as Political Theology*, "Law in Social Theory". *Constellations* Volume 11, Number4, 2004, p. 477.

<sup>195</sup> Dupuy P.-M. *L'Unité de l'ordre juridique International. Cours general de droit international public*, 297, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international* (Leiden: Nijhoff, 2003).

*«The weakness of this is that there is no agreement on what the correct – ‘unbiased’ ‘external’ – procedure is: each contestant invokes institutions (the US Constitution and the UN Charter) the other regards as biased. Each views the very submission of itself to the procedure invoked by its adversary as ab initio prohibiting the articulation of its key claims. This type of “differend” would remain even if one were to concede, in principle, that the respective truth claims do imply decentring and reference to a third party»<sup>196</sup>.*

Una posizione originale sulla questione di legittimità sollevata nel corso del procedimento Tadić è quella proposta da Elizabeth Philipose. L'autrice, richiamandosi al concetto di “performatività” proposto da Judith Butler<sup>197</sup>, rilegge tutta l'azione dei tribunali in chiave “performativa”.

Scrive, a riguardo:

*«My claim is that the laws of war as manifested in war crimes trials are constitutive of prevailing conceptions of militarism and sovereignty. Put another way, war crimes trials constitute justice performatively at the same time they constitute sovereignty. ‘Performativity’ implies that war crimes trials are themselves interpretive acts in the interaction of meanings- of sovereignty and statehood, militarism and peace, humanitarianism and justice- and are interesting for reasons other than the conventional concern with enforcing the law. Contrary to prevailing notions which suggest law is the opposite of war and that war crimes tribunals will*

---

<sup>196</sup> Koskenniemi, M. *International Law as Political Theology*, “Law in Social Theory”. *Constellations* Volume 11, Number4, 2004, p. 479.

<sup>197</sup> J. Butler, *Scambi di genere. Identità, sesso e desiderio*, Sansoni, 2004.

*lead to peace, I argue that the laws of war must be understood as they are constituted by and constitutive of realist discourses of militarism and sovereignty»<sup>198</sup>.*

L'argomento proposto da Philipose è di stampo decostruzionista: oltre al richiamo a Butler, è esplicitamente citato Derrida, in particolare il suo saggio *In forza di legge*<sup>199</sup>.

L'analisi decostruzionista applicata al tribunale internazionale tende a rivelarne la natura dialogica e la potenza discorsiva che diventa generativa di poteri, diritti, sovranità.

La dinamica che si propone in piccolo con il discorso giuridico, in questo caso, ibridando il lessico normativo con quello bellico, è amplificata nella potenza performativa e negli effetti *ex post*.

---

<sup>198</sup> E. Philipose *Prosecuting violence, performing sovereignty: the trial of Dusko Tadic*, "International Journal for the Semiotics of Law", 15, 159-184, 2002. p. 161.

<sup>199</sup> J. Derrida, *In forza di legge*, Bollati Boringhieri, 1994.

Parte Terza. La categoria della  
legittimità alla sfida  
dell'internazionalizzazione. Una  
ricognizione teorica



# Capitolo Quinto. La questione legittimità: approcci su potere, sovranità, legittimazione

## *5.1 Cosa si intende per legittimità? Alcune note metodologiche*

Il “perimetro” del tema della legittimità che cercheremo di tracciare in questo capitolo richiede una serie di precisazioni metodologiche, tese a spiegare che tipo di legittimità sarà esaminato.

Il concetto di legittimità, in sociologia, coinvolge molteplici sfere di significato: esso assume di volta in volta il senso di una relazione tra un potere, il suo esercizio, i soggetti coinvolti, le norme o il sistema giuridico.

Michel Foucault direbbe che la legittimità, è come tutte le relazioni di potere che:

*«sono contemporaneamente intenzionali e non soggettive. Se, infatti, sono intelligibili, non è perché sarebbero l'effetto, in termini di causalità, di un'altra istanza che le “spiegherebbe”, ma perché sono attraversate, da parte a parte da un calcolo: non c'è potere che si eserciti senza una serie d'intenti e di obiettivi»<sup>200</sup>.*

---

<sup>200</sup> M. Foucault (1976), *La volontà di sapere*, Feltrinelli, Milano, p.84.

A questo punto, Foucault risolve attraverso la sua “microfisica del potere” la natura di questo tipo di relazioni.<sup>201</sup> In questo capitolo affronteremo le differenti risposte e definizioni di potere: l’obiettivo sarebbe riuscire a costruire una sorta di tassonomia delle differenti variabili coinvolte nei molteplici approcci alla legittimità.

Queste variabili saranno utili per riuscire a ipotizzare l’internazionalizzazione o meno delle categorie costruite sul modello di sovranità statale, partendo dal caso dell’ICTY.

Lo spunto c’è offerto dalla definizione di David Beetham, che ritiene che la legittimità abbia una natura multidimensionale. Egli scrive, infatti, che la legittimità

*«embodies three distinct elements or levels, which are qualitatively different from one to another. Power can be said to be legitimate to the extent that:  
it conforms to established rules*

---

<sup>201</sup> La citazione continua, infatti, così: « *Ma questo non vuol dire ch’esso risulti dalla scelta o dalla decisione di un soggetto individuale; non mettiamoci a cercare lo stato maggiore che presiede alla sua razionalità; né la casta che lo governa, né i gruppi che controllano gli apparati dello Stato, né quelli che prendono le decisioni economiche più importanti gestiscono l’insieme della trama di potere che funziona in una società (e la fa funzionare); la razionalità del potere è quella di tattiche, spesso molto esplicite al livello limitato in cui s’iscrivono -cinismo locale del potere-, che, connettendosi le une alle altre, implicandosi e propagandosi, trovano altrove la loro base e la loro condizione, delineano alla fine dei dispositivi d’insieme: qui la logica è ancora perfettamente chiara, gli intenti decifrabili, eppure può darsi che non ci sia nessuno che li abbia concepiti e ben pochi che li abbiano formulati: carattere implicito delle grandi strategie anonime, quasi mute, che coordinano tattiche loquaci*». M. Foucault (1976), *ibidem*, p. 84.

*the rules can be justified by reference to beliefs shared by both dominant and subordinate, and*

*there's evidence of consent by the subordinate to the particular power relation.*

*The first level is that of rules, the second that of justifications grounded on beliefs, the third that of actions. The three levels are not alternatives, since all contribute to legitimacy; all provide the subordinate with moral grounds for compliance or cooperation with the powerful<sup>202</sup>.*

L'analisi proposta da Beetham tralascia un aspetto significativo, ossia l'evoluzione storica del concetto di legittimità e la sua stretta connessione con le crisi storico-politiche.

E' da quest'idea di legittimità che prende le mosse Luhmann, che cerca di armonizzare il profilo storico con la teoria sistemica<sup>203</sup>. La rapida ricostruzione storica proposta dall'autore mette a fuoco alcuni punti importanti, quali la funzione "resistente" della legittimità, la sua cifra democratica, la componente dialettica del potere. Vedremo come questo potere sarà giustificato e spartito tra sovrano e cittadini, tra individui e autorità, tra sistema e mondo della vita, all'interno del sistema stesso. Rifletteremo, inoltre, su quale ruolo svolga la legalità in questi processi, quale la crisi, infine cosa provocano le comunicazioni, il nuovo elemento della modernità (o post-modernità) presente nelle relazioni di potere.

---

<sup>202</sup> D. Beetham, (1991), *The Legitimation of power*, Humanities Press, Atlantic Highlands, N.J., p. 16.

<sup>203</sup> N. Luhmann, (1972), *Sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 1977, p. 191.

## ***5.2 I filosofi della crisi: un breve excursus dalla Grecia antica al tardo medioevo***

«L'equilibrio di pressione d'uno Stato stabile consiste nel fatto che il singolo individuo vi si muove libero, nei limiti in cui è possibile rispetto agli altri singoli individui; quanto maggiore diventa la massa dei singoli, tanto più limitata, si fa la libertà del singolo: la pressione sul singolo è accentuate [...], l'individuo comincia ad avvertire la presenza dello Stato, si manifestano emozioni avverse allo Stato e  
così via»

F. Dürrenmatt<sup>204</sup>

Il concetto di crisi deriva dal termine greco “krisis” sostantivo derivato dal verbo “krino” che significa separare, scegliere.

I momenti di crisi, per l'appunto, sono momenti di distinzione e di separazione. Questo tipo di scissione spesso avviene non solo a livello politico, storico, ma anche sul piano concettuale, epistemologico: la crisi incide anche su categorie socio-giuridiche spesso connesse, quali la *legalità* e la *legittimità*.

---

<sup>204</sup> F. Dürrenmatt, (1981) *Racconti*, Feltrinelli, Milano, 2003, pp. 271-272.

Legittimità deriva, a differenza di crisi, dal latino; si compone con l'unione del sostantivo *lex* (legge) e *timus* (che significa: «che appartiene a»), e implica l'appartenenza alla legge.

Il riflettere sulla legittimità della legge è un pensiero che accompagna regolarmente i momenti di crisi e di cambiamento delle *élites* di potere nella storia dell'umanità, poiché la questione della legittimità tocca direttamente le relazioni tra il potere (o, come direbbe Foucault, i poteri) e la legge.

Sebbene la possibilità di tracciare un *excursus* esaustivo delle molte crisi del pensiero politico occidentale richiederebbe di per sé uno spazio amplissimo, in questo paragrafo si cercheranno di evocare le suggestioni più attinenti a due atteggiamenti riassunti da Zolo come “pessimismo potestativo” e “ottimismo normativo”<sup>205</sup>. La storia della filosofia del diritto è un continuo oscillare tra queste due tendenze che riconoscono al diritto un ruolo ambivalente: da un lato, esso è strumento principe asservito al potere, sua emanazione diretta e (spesso) violenta che s'imprime sui corpi; dall'altro si fa strada l'idea che l'unico canale per potersi liberare dai soprusi e imbrigliare i poteri sia quello dei diritti, della lotta per i diritti che sta alla base del pensiero costituzionale moderno. In questi primi paragrafi cercheremo di ripercorrere questa tensione, per poi esplicitare nel dettaglio le

---

<sup>205</sup> P. Costa- D. Zolo, *Stato di diritto*, Feltrinelli, Milano 2003.

teorie sulla legittimità e i meccanismi di legittimazione del diritto, in particolare il diritto penale, e, di riflesso, della sovranità.

Il primo frammento in cui questi poteri sono stati messi in relazione con la legge è il c.d. “enigma di Pindaro”:

*«Nómos o pántōn basiléus  
thanaíōn te kai athanáton  
ágei dikaiōn to biaiótaton  
ypertáta chieiri:tekmaíromai  
érgoisin Herlaclés»*

*«Il nomos di tutti sovrano  
Dei mortali e degli immortali  
Conduce con mano più forte  
Giustificando il più violento  
Lo giudico dalle opere di Eracle»<sup>206</sup>.*

Il frammento di Pindaro è stato commentato e riconosciuto come fondamento della sovranità nell’Ellade da Giorgio Agamben, nel celebre *Homo Sacer*:

---

<sup>206</sup> La tradizione qui riportata è tratta da Giorgio Agamben, *Homo Sacer*, Einaudi, Torino, 1995, p. 36.

«il poeta definisce la sovranità del *nomos* attraverso una giustificazione della violenza. Il significato del frammento si chiarisce, cioè, soltanto se si comprende che esso ha al suo centro una scandalosa composizione di quei principi per eccellenza antitetici che sono, per i Greci, *bía* e *díké*, violenza e giustizia. *Nomos* è il potere che opera “con mano più forte”, l’unione paradossale di questi due opposti»<sup>207</sup>.

Nel V secolo a.c. nell’inframmezzo tra le guerre persiane e le guerre del Peloponneso, la città-stato di Atene fu soggetta a un momento di grave crisi: i valori condivisi alla base della società ateniese stavano “migrando” dalla filosofia della natura verso una forma primitiva di umanesimo.

Allo stesso tempo, la città mutava insieme al pensiero (e in parte, a conseguenza dello stesso), ed era passata da un sistema di governo aristocratico a un nuovo sistema: il *demos* (il popolo)<sup>208</sup>.

Questo *milieu*, probabilmente, aveva creato il clima culturale necessario ai pensatori ateniesi per rimettere in discussione il sistema politico e per approcciare criticamente la politica e la giustizia.

Il tragediografo Sofocle, nelle due opere *Antigone* e *Edipo Re*<sup>209</sup>, aveva replicato sul proscenio del teatro il dibattito politico filosofico sui limiti del potere

---

<sup>207</sup> G. Agamben, (1995) *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, pp. 36-37.

<sup>208</sup> Pericle, aveva, infatti, dato un nuovo respiro alla democrazia ateniese, che poco dopo la Guerra del Peloponneso, si era, tuttavia trasformata nella sanguinaria dittatura dei trenta tiranni.

dello Stato. Tucidide, nella Storia della guerra del Peloponneso<sup>210</sup>, descriveva con realismo la guerra degli Ateniesi e la teoria della “Dikalios Polemos” (guerra giusta). Nel Sisifo, Crizia descriveva invece la connessione tra la paura degli Dei e il rispetto per la legge: per certi versi, una forma primitiva della concezione sociale della legittimità<sup>211</sup>. Il medesimo approccio si può ritrovare nel *Trasimaco* di Platone. Nel dialogo *La Repubblica*, Platone narra della diatriba sulla giustizia tra Socrate e Trasimaco, nella quale Trasimaco arguisce che «la giustizia non è altro che l'utile del più

---

<sup>209</sup> Sofocle, *Le tragedie. Aiace-Trachinie-Antigone-Elettra-Edipo re-Filottete-Edipo a Colono*, Grandi classici tascabili, Marsilio, 2004.

<sup>210</sup> Tucidide, *La Guerra del Peloponneso*, Einaudi, Torino, 1996.

<sup>211</sup> «Tempo ci fu, quando disordinata era la vita degli uomini, e ferina, e strumento di violenza, quando premio alcuno non c'era pei buoni, né alcun castigo ai malvagi. In seguito, parmi che gli uomini leggi punitive sancissero, sí che fosse Giustizia assoluta signora <egualmente di tutti> e avesse ad ancella la Forza; ed era punito chiunque peccasse. Ma poi, giacché le leggi distoglievan bensì gli uomini dal compiere aperte violenze, ma di nascosto le compivano, allora, suppongo, <dapprima> un qualche uomo ingegnoso e saggio di mente inventò per gli uomini il timor <degli dèi>, sí che uno spauracchio ci fosse ai malvagi anche per ciò che di nascosto facessero o dicessero o pensassero. Laonde introdusse la divinità sotto forma di Genio, fiorente di vita imperitura, che con la mente ode e vede, e con somma perspicacia sorveglia le azioni umane, mostrando divina natura; il quale Genio udirà tutto quanto si dice tra gli uomini e potrà vedere tutto quanto da essi si compie. E se anche tu mediti qualche male in silenzio, ciò non sfuggirà agli dèi; ché troppa è la loro perspicacia. Facendo di questi discorsi, divulgava il più gradito degli insegnamenti, avvolgendo la verità in un finto racconto. E affermava gli dèi abitare colà, dove ponendoli, sapeva di colpire massimamente gli uomini, là donde sapeva che vengono gli spaventati ai mortali e le consolazioni alla loro misera vita: dalla sfera celeste, dove vedeva esserci lampi, e orrendi rombi di tuoni, e lo stellato corpo del cielo, opera mirabilmente varia del sapiente artefice, il Tempo; là donde s'avanza fulgida la massa rovente del Sole, donde l'umida pioggia sopra la Terra scende. Tali spaventati egli agitò dinanzi agli occhi degli uomini, e servendosi di essi, costruì con la parola, da artista, la divinità, ponendola in un luogo a lei adatto; e spense così l'illegalità con le leggi. [...] Per tal via dunque io penso che in principio qualcuno inducesse i mortali a credere che vi sia una stirpe di dèi». Sesto Empirico, *Contro i matematici*, IX, 54, contenuto in *I Presocratici*, Laterza, Bari, 1990, pagg. 1026-1027.

*forte» (338c); «che la giustizia non è altro che la sopraffazione degli uni sugli altri» (343 c)<sup>212</sup>.*

L'antesignana definizione di giustizia offerta da Trasimaco anticipa di secoli le analisi del potere effettuate prima da Weber e poi da Schmitt, ed è un esempio delle somiglianze che contraddistinguono tutti i momenti di crisi della storia. Lo “smascheramento” della legge e della sua funzione simbolica, operato dal razionalismo dei Sofisti, è la prima distinzione tra diritto naturale e diritto positivo<sup>213</sup>. Questa divisione diventa anche il primo momento di crisi in senso etimologico, di separazione, di scelta: è la scelta intrapresa da Antigone che sfida

---

<sup>212</sup> E ancora, nel brano completo: *«quello che è capace di soverchiare al massimo: considera dunque costui, se vuoi valutare quanto gli sia maggiormente utile, in privato, essere ingiusto anziché giusto. Capirai del tutto più facilmente, se arriverai all'ingiustizia perfetta, che rende chi commette l'ingiustizia felicissimo, e massimamente infelici coloro che la patiscono e non vorrebbero commetterla. Questa è la tirannide, che strappa via i beni altrui con inganno e violenza, sia cose sacre che profane, sia private che pubbliche, e non [le porta via] poco a poco, ma tutte insieme: [344 b] di queste ingiustizie, quando in ciascuna specie qualcuno sia stato ingiusto e non sia rimasto nascosto, viene punito e riceve i titoli più turpi – e infatti coloro che in queste specie di ingiustizia sono ingiusti, vengono chiamati, a seconda della specie, sacrileghi, sfruttatori di uomini, sfondamuri e rapinatori e ladri -; ma quando uno si impossessi delle ricchezze dei cittadini e di loro stessi, utilizzandoli come schiavi, anziché questi titoli vergognosi viene chiamato felice e beato, [344 c] non solo dai cittadini ma anche da quanti siano informati che ha raggiunto la completa ingiustizia: infatti, coloro che biasimano l'ingiustizia, non la biasimano perché abbiano paura di commetterla, ma piuttosto perché hanno paura di subirla. Cos', Socrate, l'ingiustizia si addice di più all'uomo più forte, più libero e più capace di comandare, e come dicevo fin dall'inizio, il giusto è l'utile del più forte, mentre l'ingiusto è ciò che risulta utile e vantaggioso per se stesso»- Platone, Repubblica, I, 6-9, 331-336 a; II, 10, 368c-369b.*

<sup>213</sup> Sebbene sia un azzardo notevole collocare i prodromi del positivismo nel V secolo A.C., in alcuni frammenti di Senofonte si possono tuttavia ritrovare alcune intuizioni che verranno successivamente approfondite ed argomentate da questa corrente filosofica. In particolare, nei Memorabili, Senofonte propone una definizione della legge pronunciata da Pericle che rispondendo ad Alcibiade, dice: «Tutto ciò che chi ci comanda, dopo aver deliberato, fa mettere per iscritto, stabilendo ciò che si debba o non si debba fare, si chiama legge» Senofonte, *Detti memorabili di Socrate*, Società editrice Sonzogno, Milano, 1908.

Creonte per offrire degna sepoltura al fratello Polinice, è la decisione sottintesa dai dubbi di Callicle. Aristotele visse nel periodo di transizione tra la *polis* e la *cosmopolis* promossa dall'imperatore Alessandro Magno: la crisi del ruolo dello Stato, alla sfida dell'imperialismo, era stata, tuttavia, risolta da Aristotele tramite il ricorso al principio di legalità, la prima istanza teorica ed embrione della moderna idea di "Stato di diritto". Scriveva: «Dove le leggi non imperano, non c'è costituzione. Bisogna, infatti, che la legge regoli tutto in generale e i magistrati in particolare: ecco quel che si deve ritenere una Costituzione»<sup>214</sup>. Le basi teoriche che erano state gettate dai filosofi ellenici furono il fondamento del pensiero filosofico politico elaborato nella Roma repubblicana e imperiale, ripresi a tratti da Cicerone e Seneca.

La seconda grande crisi della sovranità e delle sue forme di legittimazione coincide con il declino dell'impero romano e l'avvento del Cristianesimo.

E' in questo periodo che Agostino d'Ipbona, nel *De civitate dei contra paganos*, formula la distinzione tra la *Città di Dio* e la *Città degli uomini*, e da questa ne deduce, quasi a corollario, la primazia delle leggi divine sulle norme di creazione completamente umana.

---

<sup>214</sup> Aristotele, *Politica*, IV, 4, 1291 b-1292 a in Aristotele, *Opere*, Laterza, Roma-Bari, vol. IX, p. 126.

Il fulcro, il punto focale di questa separazione concettuale e distanza da alcune teorie sul diritto naturale trova la giustificazione nel potere crescente della Chiesa, che avrebbe caratterizzato tutto il Medioevo, offrendo un nuovo approccio al diritto e al potere.

La lotta per le investiture che coinvolse il Papa Gregorio VII e l'imperatore Enrico VIII nel 1076 enfatizzò la lotta tra poteri secolarizzati e poteri religiosi, la crisi del Feudalesimo e il fiorire di nuovi rapporti politici esterni alla dicotomia potere spirituale-potere temporale<sup>215</sup>.

Una replica quasi puntuale della disputa tra Papato e Impero si ripropose nel quattordicesimo secolo, tra Ludovico IV il Bavaro e Papa Giovanni XXII. In questo contesto storico, la crisi politica fu d'ispirazione a Marsilio da Padova, consigliere di Ludovico IV ed etichettato dal Papa come eretico. Nel *Defensor Pacis*, Marsilio sciolse la diatriba che aveva infervorato per anni i dibattiti tra la primazia del potere di matrice religiosa e quella del potere statale, introducendo l'idea democratica del potere dei cittadini.: il popolo poteva essere l'unica fonte legittima di potere, deputata a decidere, tramite lo strumento elettivo, chi avesse il diritto di essere il legislatore. Questo processo di alienazione di potere al popolo, sebbene avvenuto in una chiave teologica, rappresenta il primo esempio di legittimazione

---

<sup>215</sup> Il conflitto è risolto da Tommaso d'Aquino con la primazia della *lex aeterna*, che opera da *grundnorm* per la fondazione della *lex divina* e della *lex naturalis*: la *lex humana* è il diritto positivo che deve essere seguito dai singoli. *Summa Theologiae* Q94a2.

“dal basso” dell’esercizio del potere e dell’autorità. L’embrione dell’idea di *Stato di diritto*, teorizzato da Marsilio e da Henry Bracton, in Inghilterra fu il primo tentativo di presa di distanza degli uomini dalle origini divine della legittimità<sup>216</sup>. Il secondo duro attacco al fondamento medievale della legittimità del diritto (e del potere sovrano) si ebbe nel XVI secolo, caratterizzato dalle guerre coloniali di conquista del Nuovo Mondo e le guerre religiose della riforma e della controriforma (che si protrassero fino al XVII secolo)<sup>217</sup>. Foucault scrive:

*«Come governarsi, come essere governati, come governare gli altri, da chi accettare di essere governati, come essere il miglior governatore possibile? Mi pare che tutti questi problemi, nella loro intensità e molteplicità, siano assai caratteristici del XVI secolo e si collochino – per dirla in modo schematico – al punto di incrocio di due processi: il processo che, demolendo le strutture feudali, sta per instaurare i grandi stati territoriali, amministrativi, coloniali, e poi un altro movimento complesso, Riforma e poi con la Controriforma, rimette in questione il modo di essere spiritualmente diretti verso la salvezza mentre si è su questa terra. Il primo è un movimento di concentrazione statale; l’altro, un movimento di dispersione e di dissidenza religiosa. Mi sembra che dall’intersezione tra questi due movimenti emerga, con particolare intensità nel XVI secolo, il problema del ‘come essere governati, da chi, fino a che punto, per quali scopi, con quali metodi’»<sup>218</sup>*

---

<sup>216</sup> Scrisse Bracton: «*Ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*» e «*non est enim rex ubi dominator voluntas et non lex*» H. Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, Harvard University press, vol. II (1968) p.33.

<sup>217</sup> Questa ricostruzione storico-politica deve molto alle riflessioni di Arthur Isak Applbaum, A. I. Applbaum, *Legitimacy in a bastard kingdom, working papers*, Center for public leadership, the Harvard University, 2004.

<sup>218</sup> M. Foucault, (2004) *Sicurezza, Territorio, Popolazione. Corsi al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano, p.71.

E' in questo periodo che sono state formulate le riflessioni sul potere alla base della modernità.

In primis, l'opera di Machiavelli e la teorizzazione del potere e del ruolo dell'autorità de *Il principe*<sup>219</sup> sono state il caposaldo per la legittimazione "laica" della sovranità.

In seconda istanza, si diffuse una serie di scritti da parte di teorici del tirannicidio, e alcuni *pamphlet* politici religiosi<sup>220</sup>. Tra questi, uno dei più innovativi è sicuramente il *Vindiciae, contra tyrannus* (1579) di Junius Brutus, un *pamphlet* politico scritto all'indomani del massacro di San Bartolomeo del 1572, in cui fu usata la parola "legittimità" come sottotitolo dell'invettiva politica: «Il potere legittimo [*legitima potestate*] del principe sul popolo e del popolo sul principe»<sup>221</sup>; dando alla legittimità una distanza dalla mera legalità, in altre parole, dichiarando esplicitamente l'emergere di relazioni ostili tra potere politico e consenso, tra il potere e le sue resistenze<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> Niccolò Machiavelli, (1513), *Il principe*, Editori riuniti, Roma, 1998.

<sup>220</sup> Nel medioevo, Giovanni da Salisbury (1115ca.- 1180) nel *Policratus*, partendo dalla Bibbia, aveva giustificato il tirannicidio nei confronti dei governanti corrotti. Lorenzo il Magnifico, nella sua Apologia, considerava il tirannicidio un atto estremo e dovuto di amore per la libertà. Nel periodo della Controriforma, il cardinale Roberto Bellarmino teorizzò il tirannicidio.

<sup>221</sup> Su questo tema si ricordano la *Francogallia* di François Hotman e *Rights of Magistrates* di Théodore Beza.

<sup>222</sup> La frase parte dalla definizione di potere offerta da Foucault: «*Con potere non voglio dire "il Potere", come insieme d'istituzioni e di apparati che garantiscono la sottomissione dei cittadini in uno Stato determinato.*

### 5.3 *L'età moderna: Thomas Hobbes e la sua eredità*

Nella storia della filosofia politica, la rivoluzione copernicana sulle questioni inerenti alla legittimazione del potere sovrano è rappresentata dal pensiero di Thomas Hobbes. La costruzione teoretica offerta da Hobbes nel *Leviatano* supera l'idea di consenso proposta da Marsilio ancorandola attraverso una relazione contrattuale e che connette inestricabilmente cittadini-consenso-potere-diritto. L'intento nella teoria di Hobbes è il superamento dell'empasse concettuale provocato dall'inefficacia delle leggi naturali che governano lo stato di natura. Nel classico *Leviatano*, la condizione che governa lo stato di natura è

---

*Con potere non intendo nemmeno un tipo di assoggettamento, che in opposizione alla violenza avrebbe la forma della regola. Né intendo, infine, un sistema generale di dominio esercitato da un elemento o da un gruppo su un altro, ed i cui effetti, con derivazioni successive, percorrerebbero l'intero corpo sociale. L'analisi in termine di potere non deve postulare, come dati iniziali, la sovranità dello Stato, la forma della legge o l'unità globale di una dominazione, che ne sono solo le forme ultime. Con il termine potere mi sembra che si debba intendere innanzitutto la molteplicità dei rapporti di forza immanenti al campo in cui si esercitano e costitutivi della loro organizzazione; il gioco che attraverso lotte e scontri incessanti li trasforma, li rafforza, li inverte; gli appoggi che in questi rapporti di forza trovano gli uni negli altri, in modo da formare una catena o un sistema, o, al contrario, le differenze, le contraddizioni che li isolano gli uni dagli altri; le strategie infine in cui realizzano i loro effetti, ed il cui disegno generale o la cui cristallizzazione istituzionale prendono corpo negli apparati statali, nella formulazione della legge, nelle egemonie sociali». M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, Milano, Feltrinelli, 1978, pp. 81-82.*

descritta con il celebre *bellum omnium contra omnes*<sup>223</sup>. Hobbes procede a una distinzione forte tra leggi divine e leggi umane. La legge divina si contraddistingue per due tipologie di norme: la legge naturale, norma innata che Dio ha offerto all'umanità attraverso il suo discorso "eterno" e la legge positiva, che rappresenta la parola di Dio rivelata negli scritti dei profeti. Le leggi scritte e prodotte dagli uomini sono solamente le leggi civili. La legge naturale per Hobbes presenta tre assunti principali, dai quali il filosofo inglese deduce nove successivi corollari:

- che ogni uomo dovrebbe sforzarsi di cercare la pace nella misura in cui ha la speranza di ottenerla,

- che un uomo sia disposto, quando lo sono anche altri, a deporre questo diritto a tutte le cose, nella misura in cui lo riterrà necessario per la pace e per la propria difesa, e che si accontenti di tanta libertà contro gli altri uomini quanta ne concederebbe agli altri uomini contro se stesso,

---

<sup>223</sup> L'opera fu scritta da Hobbes durante la Guerra dei trent'anni (1618-1648) che ha sicuramente influenzato la visione del filosofo. Scrive infatti: «*Con questo è evidente che, per tutto il tempo in cui gli uomini vivono senza un potere comune che li tenga soggiogati, si trovano in quella condizione chiamata guerra e questa guerra è tale che ogni uomo è contro ogni uomo. Infatti, la Guerra non consiste soltanto nella battaglia o nell'atto del combattimento,. Ma in un tratto di tempo in cui la volontà di contendere in battaglia è sufficientemente conosciuta e quindi la nozione di tempo va considerate nella natura della Guerra come lo è nella natura del clima. Infatti, come la natura del clima tempestoso non consiste in uno o due scrosci di pioggia, ma in una tendenza che perdura molti giorni, così la natura della Guerra non consiste nel combattimento in atto, ma in una nota disposizione a combattere,. per cui per tutto il tempo non c'è assicurazione del contrario. Tutto il resto del tempo è PACE*». Thomas Hobbes, (1651) *Leviatano*, Parte I, Cap. XIII, §8, Bompiani, Milano, 2001, p.207.

- che gli uomini adempiano ai patti che hanno fatto<sup>224</sup>.

Per obbedire a queste leggi, le persone devono prima emanciparsi dallo *Stato di natura*, che è uno stato di guerra, a un livello più alto, in cui poter aspirare alla pace. Per questa ragione, le persone aderiscono mutualmente a una volontà comune (attraverso un contratto individuale con il sovrano): obbedire a un'unica autorità che li protegga dai pericoli di essere uccisi nello stato di natura.

Hobbes chiama questo tipo di accordo “sovranità per istituzione”. La seconda forma di costruzione della sovranità avviene quando le persone, minacciate da un conquistatore, si riuniscono e promettono obbedienza in cambio di protezione: è il caso della “sovranità per conquista”. Secondo Hobbes, entrambe le forme di sovranità sono legittime. Nel *Leviatano*, Hobbes ha risolto il problema della legittimità con il brocardo latino *auctoritas non veritas facit legem*<sup>225</sup>.

La legge naturale governa solamente lo Stato di natura, e non interferisce nello Stato sovrano. Le leggi umane positive, che governano lo Stato dipendono solamente dall'autorità del sovrano. Il suo potere è assoluto e razionale ed è teso a preservare la pace (interna). La guerra diventa, per Hobbes, una questione internazionale e non una vicenda intestina: sul fronte interno vige solamente il

---

<sup>224</sup> Thomas Hobbes, (1651) *Leviatano*, Parte I, Capp. XIV-XV, Bompiani, Milano, 2001, p.215-235.

<sup>225</sup> Thomas Hobbes (1651), *ibidem*, Cap. XXVI.

diritto penale. Il diritto positivo è affrancato dal diritto naturale e connesso direttamente con il potere sovrano.

Il consenso è costruito attraverso questi accordi e la legittima politica non dipende tanto dall'origine del potere che governa, bensì dalla quantità di protezione offerta a chi ha acconsentito ad obbedirvi: la cessazione della protezione interrompe l'obbligazione politica.

Hobbes rappresenta il punto di svolta teorico e un contributo essenziale alla formulazione dell'idea moderna di Stato. La nuova regolamentazione della guerra, l'indipendenza del diritto positivo dal diritto naturale, l'idea di una moltitudine di individui anziché una società civile<sup>226</sup> sono le basi per un nuovo approccio ai concetti di legalità e legittimità. La volontà del sovrano è decisiva per scegliere tra il giusto e lo sbagliato, tra ciò che è legale e ciò che non lo è. Gli effetti collaterali della teoria di Hobbes possono trovare un riscontro fattuale nella Francia pre-rivoluzionaria, o nei poteri restaurativi del congresso di Vienna<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> Come spiega ampiamente Weber, con la Controriforma si affermano una serie di diritti individuali strettamente connessi con i rapporti economici, e fondamentali per l'ascesa di nuove forme di mercato e di gestione del lavoro, come il Capitalismo. Si veda Max Weber, *Economia e Società*, II, Edizioni di Comunità, Milano, 1995.

<sup>227</sup> Come scrive Foucault, «A partire dal XVII secolo la modernità implica la concentrazione della Guerra nelle mani del sovrano, che la professionalizza e la rivolge all'esterno, mentre avviene la contemporanea neutralizzazione dei conflitti sociali. Eppure, nonostante questo processo, la guerra è rimasta un substrato sociale permanente: in Inghilterra nella forma di lotta borghese contro il re, in Francia come lotta aristocratica contro la monarchia assoluta. Il potere non comincia quando la guerra finisce: anzi, il potere nasce dalla guerra, e la legge che il potere pone una volta affermata è essa stessa un fronte di battaglia. Non c'è neutralità, né dei soggetti né delle istituzioni: ciascuno è l'avversario

Hobbes non è l'unico pensatore che si è confrontato, negli anni dell'assolutismo e nel post-Westfalia, con il problema della sovranità e la sua legittimazione. Sicuramente sia Bodin che Vattel hanno intrapreso un cammino teorico molto vicino a quello dell'autore inglese. Tuttavia, si è scelto di privilegiare un solo autore anche per la forte connessione degli eventi storico-politici che hanno influenzato il suo pensiero.

## ***5.4 Legittimità nel XX secolo: profili storico-giuridici***

La digressione dei due paragrafi precedenti ci ha introdotto in un filone di pensiero che, a poco a poco, si può ricollegare alle analisi giuridico-politiche effettuate nei capitoli precedenti.

---

*di qualcuno. La società è binaria, si struttura sul conflitto a due*». Michel Foucault, Lezione del 21 Gennaio 1976 in Michel Foucault, (1997) *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano, 2009, pp. 43-61.

Hobbes è il controcanto del progetto politico promosso a Westfalia<sup>228</sup>, ne rappresenta il modello teorico. Non solo, l'autore inglese rappresenta il "maestro" dichiarato di Carl Schmitt e l'ispirazione sia de *Le categorie del politico*<sup>229</sup> che de *Il nomos della terra*<sup>230</sup>.

Il pensiero Carl Schmitt ricopre, in un certo senso, il ruolo di ombra lunga della nostra riflessione.

L'approccio decisionistico promosso dall'autore tedesco è, volenti o nolenti, imprescindibile, in quanto, polo dialettico di tutto il dibattito novecentesco sul tema della legittimità del potere.

E' questo l'orizzonte teorico in cui ci si muoverà nel prossimo capitolo, e, in parte, la trama dei precedenti.

Analizzando in controluce la ricostruzione storico-teorica che abbiamo riproposto, si può dire che il filone proposto da *Il nomos della terra* è stato ripreso, criticato, confutato ed esteso sino al conflitto balcanico e all'istituzione dell'ICTY.

E' questa la ragione per cui, da questa riflessione, vengono esclusi una lunga lista di autori, pensatori e momenti storici.

---

<sup>228</sup> Indicativi, a tal proposito, sono gli anni di pubblicazione dei due scritti politici più celebri di Thomas Hobbes: il *de Cive* è del 1647 (prima edizione privata del 1641) e il *Leviatano* del 1651.

<sup>229</sup> Carl Schmitt, (1932), *Le categorie del politico*, Il mulino, Bologna, 1986.

<sup>230</sup> Carl Schmitt, (1974), *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano 2003.

Questa è inoltre la motivazione per la quale, la riflessione sul Novecento, e, in particolare, sulle due categorie schmittiane della *Legalität e la Legitimität* si intreccia con cinque momenti specifici del secolo breve:

- La fine della prima guerra mondiale e i trattati di Versailles,
- I patti di Kellogg-Briand,
- L'ascesa del partito nazista in Germania e il declino della Repubblica di Weimar
- Le eredità della seconda guerra mondiale
- La fine della guerra fredda.

Rispetto alla ricostruzione storico-teorica del diritto internazionale, si aggiunge all'elenco di "crisi" la caduta di Weimar e l'ascesa del partito nazista, che, sebbene non siano episodi squisitamente internazionali nelle premesse, lo sono stati, tristemente, nelle conseguenze.

La crisi della Repubblica di Weimar, fondamentale per l'escalation al potere del partito Nazista Tedesco, ha rappresentato, infatti, il pretesto teorico per lo scontro esplicito tra politica e filosofia del diritto<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> E' celebre il dibattito avvenuto tra Hans Kelsen e Carl Schmitt su chi dovesse essere il guardiano della Costituzione. Si veda: Kelsen, H. 'Das Urteil des Staatsgerichtshof vom 25. October 1932' [Il giudizio della Corte Costituzionale del 25 Ottobre 1932] Die Justiz 6 (1930-1931), 576; Kelsen, H. 'Wer soll der Hüter der Verfassung Sein?' [Chi dev'essere il guardiano della costituzione? Die Justiz, 8 (1932-1933), 65; Carl Schmitt (1932) *Teologia politica* Giuffrè, Milano, 1970-1992; Carl Schmitt, (1928) *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984(vedi infra, paragrafo 6.2).

La debolezza di Weimar aveva permesso di mettere in discussione le strutture democratiche e di analizzare “sul campo” le questioni inerenti alla legalità e alla legittimità del potere. Il dibattito si rivelò drammaticamente profetico e il ripetuto ricorso all’art.48<sup>232</sup> tra il 1930 e il 1932 come sostituto della leadership parlamentare, offrì un precedente legale agli abusi perpetrati da Hitler, che sfruttò l’escamotage per delegittimare il parlamento.

Gli effetti furono devastanti. Secondo Agamben, la Germania nazista versò in uno stato di eccezione permanente, durato dodici anni, in cui il totalitarismo aveva rappresentato:

*«L’instaurare, attraverso lo strumento dello stato d’eccezione, di una guerra civile legale, che permetteva l’eliminazione fisica non solo dei nemici politici, ma di intere categorie di cittadini che, per qualche ragione, non potevano essere integrati nel sistema politico»<sup>233</sup>.*

---

<sup>232</sup> L’articolo, recita: *«If a state does not fulfill the obligations laid upon it by the Reich constitution or Reich laws, the Reich President may use armed force to cause it to oblige. In case public safety is seriously threatened or disturbed, the Reich President may take the measures necessary to re-establish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim, he may suspend the civil rights described in articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 153, partially or entirely. The Reich President must inform the Reichstag immediately about all measures undertaken based on paragraphs 1 and 2 of this article. The measures must be suspended immediately if the Reichstag so demands. If danger is imminent, the provincial government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps may be suspended if so demanded by the Reich President or the Reichstag. Further details shall be established by Reich legislation.»* Come scrisse Schmitt, *«Nessuna Costituzione al mondo legalizzò il colpo di Stato così facilmente come fece la Repubblica di Weimar»* Carl Schmitt (1995) *Staat GrossRaum Nomos*, Duncker & Humblot, Berlin.

<sup>233</sup> G. Agamben, *Stato d’eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p.11.

Il *Leviatano* di Hobbes divenne una realtà storica, e fu altissimo il prezzo che fu pagato per questo decisionismo estremo.

Alcuni effetti immediati si ebbero con la Seconda Guerra Mondiale. Oltre alle succitate conseguenze con i processi di Norimberga (vedi, supra, pgf. 3.4) vi furono cambi di rotta anche nel pensiero filosofico-giuridico. La vicenda di Weimar e l'assenza di poteri di controllo sulla legalità e legittimità dell'azione governativa (che avrebbero potuto prevenire molte delle atrocità della guerra e la Shoah) aveva messo in crisi il positivismo giuridico estremo che si era affermato come pensiero dominante nella Germania a fine Ottocento e che aveva offerto un apparato teorico a quel sistema fallimentare<sup>234</sup>.

Una nuova "fase" del diritto è la sfida all'internazionalismo giuridico che ha avuto inizio con i conflitti in Iraq, Ex Jugoslavia e che è proseguita poi in Rwanda, Sierra Leone, Cambogia, Somalia, Afghanistan, Iraq, Darfur.

A seguito, cercheremo di ricostruire le linee teoriche che descrivono le categorie della legalità e della legittimità e i processi attuativi delle stesse in un contesto democratico (Statale) per poi valutarne le possibilità di esportazione a livello internazionale.

---

<sup>234</sup> Si vedano le riflessioni sempre attuali proposte da Bobbio. N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, edizioni scientifiche italiane, 1992.

## ***5.5 Cenni sulla legittimità in una prospettiva sociologica***

L'*excursus* del capitolo precedente ha evidenziato le molte connessioni tra storia e teoria dello Stato che hanno caratterizzato la “modernità”. In questo capitolo cercheremo di richiamare i contributi che si possono ascrivere alla sociologia del diritto sul tema della legittimità e sui meccanismi di legittimazione, per strutturare una griglia di analisi da applicare al caso dell'ICTY.

Il primo autore che ha tentato di risolvere il conflitto tra potere e diritto in una prospettiva sociologica (e socio-giuridica) è stato sicuramente Max Weber. Conscio dell'eredità marxista, che aveva portato alla luce le fitte relazioni di potere esistenti tra politica, economia e diritto, Weber sviluppa un'analisi del concetto di legittimità e delle modalità di legittimazione del potere, corollari di una riflessione più estesa sul potere *tout court* e sulle sue sfaccettature.

Weber parla, infatti, di differenti forme di potere che caratterizzano le relazioni tra individui, da quelle sociali a quelle sentimentali; da quelle tra studente e docente a quelle militari.

*«Che cosa significa per noi 'potere', e in quale rapporto esso si pone con il concetto generale di 'potenza'. Il potere, nel significato assolutamente generale di potenza – intesa come possibilità di costringere alla propria volontà l'atteggiamento altrui – può presentarsi sotto forme assolutamente diverse. Per esempio, lo si può considerare – e ciò talvolta è accaduto – come la pretesa che il diritto attribuisce ad una persona contro un altro o contro altri, come la capacità di impartire comandi al debitore o a colui che non è legittimato; si può quindi concepire l'intero cosmo del moderno*

*diritto privato come una decentralizzazione del potere nelle mani di coloro che sono «legittimati» in base alla legge. Cos' il lavoratore avrebbe una capacità di comando, e quindi un 'potere', nei confronti dell'imprenditore per quanto concerne la sua pretesa al salario; così il funzionario nei confronti del monarca per quanto concerne il suo stipendio, e via dicendo. Da ciò deriverebbe un concetto alquanto forzato dal punto di vista terminologico, e in ogni caso soltanto provvisorio, poiché i comandi del potere giudiziario a coloro che sono stati condannati dovrebbero, ad esempio, esser distinti qualitativamente dai «comandi» del legittimato stesso al debitore non ancora condannato»<sup>235</sup>.*

Il potere per Weber non si presenta in una sola modalità, non è espressione di una sovranità (spirituale o temporale) ma è una tensione di dominio che caratterizza tutte le relazioni. Proprio a fronte della consapevolezza che non solo l'autorità statale e quella religiosa fossero influenti sulle dinamiche quotidiane, ma altre leggi e altre forze (si pensi alla “mano invisibile” di Adam Smith), il sociologo si trova a tipizzare una varietà di forme di relazioni di dominio e di potere. In questa gamma, Weber distingue due tipologie principali, utilizzando per una il termine potere (*Herrschaft*) e per l'altra, la potenza (*Macht*)<sup>236</sup>: con questo

---

<sup>235</sup> Max Weber, (1922) *Economia e società. IV Sociologia Politica*, Edizioni di Comunità, Torino, 2000, pp. 44-49.

<sup>236</sup> «Pertanto, ci limitiamo a indicare che, accanto a numerosi altri possibili, ci sono due tipi di potere tra loro contrapposti: da una parte il potere costituito in virtù di una costellazione di interessi (in particolare in virtù della posizione di monopolio) e dall'altra il potere costituito in virtù dell'autorità (potere di comando e dovere di obbedienza). Il tipo più puro della prima specie è costituito dal potere monopolistico sul mercato, mentre il tipo più puro della seconda specie è rappresentato dal potere del padre di famiglia o dal potere di ufficio o dal potere del principe. Il primo si fonda semplicemente sull'influenza – da far valere in virtù di qualche possesso garantito (o anche di qualche abilità commerciale) – sull'agire formalmente 'libero' dei dominati, guidato soltanto dall'interesse personale; il secondo si fonda su un semplice dovere di obbedienza che viene preteso prescindendo da ogni motivo d'interesse. [...] Tutte queste sono forme di potenza

distinguo, il sociologo mette in evidenza la fluidità dei rapporti e delle “quantità” e tipi di potere che possono intercorrere nelle relazioni. Dalla natura del potere stesso la riflessione weberiana si sposta sulle forme di obbedienza che ne conseguono, intrecciando una serie di relazioni concettuali tra potere e consenso, democrazia e credenza.

*«Per ‘potere’ deve quindi intendersi il fenomeno per cui una volontà manifestata (‘comando’) del detentore o dei detentori del potere vuole influire sull’agire di altre persone (del ‘dominato’ o dei ‘dominati’) ed influisce effettivamente in modo tale che il loro agire procede, in un grado socialmente rilevante, come se i dominanti avessero, per loro stesso volere, assunto il contenuto del comando per massima del loro agire (‘obbedienza’)»<sup>237</sup>.*

E’ l’obbedienza, la credenza nel potere che, per Weber, ne giustifica la sussistenza stessa. Il meccanismo di funzionamento è molto semplice e agisce attraverso una serie di richiami a forme di giustificazione, meccanismi di legittimazione interni od esterni al potere stesso.

---

*costituite in virtù di una costellazione di interessi, eguale o simile alla relazione di potenza di mercato, che però nel corso di uno sviluppo possono essere trasformati molto facilmente in relazioni di autorità formalmente regolate o, in termini più corretti, possono organizzarsi socialmente in base alla eterocefalia del comando di potere e dell’apparato coercitivo». Max Weber, (1922) *Economia e società. IV Sociologia Politica*, Edizioni di Comunità, Torino, pp. 44-49.*

<sup>237</sup> Max Weber, (1922) *Economia e società. IV Sociologia Politica*, Edizioni di Comunità, Torino, pp. 44-49.

*«La sussistenza di ogni 'potere', nel nostro senso tecnico della parola, fa affidamento nel modo più forte sull'auto-justificazione mediante l'appello ai principi della sua legittimazione. Questi principi sono di tre specie. La 'validità' di un potere di comando può essere espressa in un sistema di regole razionali stabilite (pattuite o imposte) che trovano, in quanto norme generalmente vincolanti, una disposizione ad obbedire, se colui che è a ciò 'chiamato' in base alla regola le richiama. Il singolo titolare del potere è quindi legittimato dal quel sistema di regole razionali, e il suo potere è legittimo in quanto viene esercitato in modo corrispondente a quelle regole. L'obbedienza è prestata alle regole e non alla persona. Oppure la validità di un potere di comando può anche fondarsi sull'autorità personale»<sup>238</sup>.*

Weber offre tre tipi differenti di giustificazioni, tre legittimazioni del dominio:

- L'autorità "dell'eterno ieri". E' il caso del potere patriarcale tradizionale e del principe patrimoniale.

- L'autorità dello straordinario e personale "dono di grazia": il cosiddetto carisma weberiano, che riconduce la legittimazione ad una sorta di fascinazione rispetto alla leadership individuale. E' la qualità posseduta dai profeti, dai signori della guerra e dai leaders dei partiti politici.

- La dominazione che si basa sulla virtù della "legalità", fondata su norme create razionalmente.

---

<sup>238</sup> M. Weber, *ibidem*.

*«Questa può trovare i suoi fondamenti nella santità della tradizione, vale a dire di ciò che è abituale e lo è sempre stato, la quale prescrive l'obbedienza nei confronti di una determinata persona. Oppure, proprio al contrario, essa può fondarsi sulla dedizione a qualcosa di straordinario – sulla fede nel carisma, cioè nella rivelazione attuale o nel dono di grazia di una persona, vale a dire in redentori, profeti ed eroi di qualsiasi tipo. A ciò corrispondono i tre tipi 'puri' fondamentali della struttura di potere – dalla cui combinazione, mescolanza parificazione e trasformazione risultano le forme che si trovano della realtà storica. L'agire in comunità razionalmente associato di una formazione di potere trova il suo tipo specifico nella 'burocrazia'. L'agire in comunità vincolato mediante i rapporti tradizionali di autorità è rappresentato tipicamente dal 'patriarcalismo'. La formazione 'carismatica' di potere poggia sull'autorità di personalità concrete, non fondata né in modo razionale né ad opera della tradizione. Anche qui si muoverà dal tipo più razionale e più frequente, offerto dalla moderna amministrazione 'burocratica'»<sup>239</sup>.*

Per comprendere le ragioni giustificative della ricostruzione proposta da Weber si devono tenere in considerazioni non solamente il contesto storico-politico della Germania alla vigilia della I guerra mondiale, ma soprattutto gli epocali cambiamenti sociali, politici (e normativi) derivanti dall'avvento del Capitalismo.

I nuovi rapporti economici, la concorrenza e il mercato sono le determinanti più forti delle rivoluzioni politiche che influiscono, per Weber, sul passaggio dal privilegio<sup>240</sup> al riconoscimento dei diritti<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> Max Weber, (1922) *Economia e società. IV Sociologia Politica*, Edizioni di Comunità, Torino, pp. 44-49.

<sup>240</sup> «Il diritto 'soggettivo' e la norma 'oggettiva' praticamente si identificavano; l'individuo privilegiato può vantare come suo diritto soggettivo la pretesa di essere trattato secondo le disposizioni oggettive che lo riguardano. Ma anche quando portatore del diritto speciale era una cerchia di persone appartenenti a un dato cetoo una classe di oggetti che

L'eguaglianza formale dei cittadini e l'individualismo sono i due principi che vengono mutuati dal Capitalismo nel sistema giuridico. Questo recepimento però ha conseguenze sull'intero apparato normativo: poiché sono i soggetti singoli, i 'portatori' ed intestatari di diritti, è solo attraverso un principio individuale che possono essere legittimati istituzioni, poteri, stati. Nella costruzione teoretica di Weber, la legittimità significa, infatti, la fede, la credenza nella legittima richiesta di obbedienza. La natura rappresentativa del potere è la determinante per la domanda di questa credenza. Questo assunto trova conferma nell'analisi del pensiero weberiano proposta da Anthony Giddens,

*«Nessun sistema di potere stabile si può basare esclusivamente sull'abitudine meccanica o sull'appello all'interesse personale: il suo sostegno principale è dato*

---

*avevano importanza per un dato ceto, la concezione corrente del diritto era naturalmente portata a considerare l'applicazione delle norme di diritto speciale come un diritto soggettivo personale degli interessati. Il principio di norme fornite di 'validità' generale non è sconosciuto, ma rimane inevitabilmente allo stato embrionale: tutto il diritto appare come 'privilegio' di singole persone o cose, o di complessi individuali di persone o cose». M. Weber, (1922) *Economia e società III. Sociologia del diritto*, Edizioni di comunità, Milano, 2000, pp.51-52.*

<sup>241</sup> Come scrive efficacemente Realino Marra: *«Per Weber, il processo che conduce allo Stato moderno consiste nell'espropriazione del potere politico ad opera di un sovrano rispetto a 'privati' detentori di diritti di dominio indipendenti. In tale vicenda gli elementi formalistico-razionali tendono progressivamente a prevalere sulla vocazione 'patriarcale' dei sovrani. L'obiettivo di eliminare tutti i poteri 'privati' ed in particolare di sconfiggere il carattere di ceto della giustizia e dell'amministrazione, spinge il sovrano nella direzione dell'unificazione e sistemazione del diritto: a preferire dunque – alla fine – il regolamento al posto del privilegio».* R. Marra, *La religione dei diritti. Durkheim-Jellinek-Weber*, Giappichelli, Torino, 2006, p.136.

*dalla convinzione, da parte di chi ne è soggetto, della legittimità della propria subordinazione».*<sup>242</sup>.

La costruzione della legittimità del potere in Weber è stata oggetto di critiche, spunto per riflessioni, termine di paragone e confronto per altri pensatori che hanno richiamato le analisi del sociologo in forma più o meno esplicita. Tra coloro che hanno dichiaratamente ripreso la concezione della legittimità proposta dal pensatore tedesco, criticandone il formalismo, vi è sicuramente Jürgen Habermas. Il filosofo tedesco nella sua teoria della legittimità, richiama esplicitamente l'impianto teorico weberiano. Per Habermas l'idea di legittimità non differisce molto dal concetto di "credenza" proposto da Weber, che assume, in questo caso, il significato di riconoscimento dei valori (legali) da parte dei cittadini.

*«Queste leggi traggono legittimità da una procedura legislativa poggiate, da parte sua, sul principio della sovranità popolare. La nascita paradossale della legittimità dalla legalità dev'essere spiegata ricorrendo ai diritti che assicurano ai cittadini l'esercizio dell'autonomia politica»*<sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> A. Giddens (1971), *Capitalismo e teoria sociale. Marx, Durkheim, Weber*, Il Saggiatore, NET, Milano, 2002, p.260.

<sup>243</sup> J. Habermas, (1992) *Fatti e norme*, Guerini e associati, Milano, 1996, p.104.

La riflessione di Habermas affonda però la giustificazione della credenza non sulle garanzie offerte dal formalismo del sistema legale-razionale weberiano: per il teorico di *Fatti e Norme*, un sistema di potere, per essere legittimo, deve essere ancorato ad una sfera di moralità.

*«Se, nel nostro tipo di società, la legittimità deve potersi fondarsi sulla legalità, bisogna che la credenza nella legalità – una volta scomparse le certezze collettive della religione e della metafisica – venga pensata in qualche modo come fondata sulla ‘razionalità del diritto’. Senonché l’ipotesi di Max Weber, che voleva fondare la forza legittimante della legalità su una razionalità autarchica, moralmente disimpegnata, intrinseca alle forme del diritto in quanto tale, si è dimostrata insostenibile. Al contrario, esercitandosi nelle forme di un diritto positivo che è sempre obbligato a giustificarsi, il potere politico deve la sua moralità al contenuto morale implicito nelle qualità formali del diritto. [...] Se prescindiamo per un momento dai problemi di applicazione e ci limitiamo a considerare l’idea di imparzialità anzitutto nella prospettiva della giustificazione delle norme, noi la troveremo sviluppata proprio in quelle teorie della morale e della giustizia che suggeriscono la procedura adatta per decidere le questioni pratiche da un punto di vista morale. La razionalità di una siffatta procedura – pura perché precedente qualsiasi istituzionalizzazione – è misurata dal grado di adeguatezza con cui essa riesce ad esplicitare il moral point of view»<sup>244</sup>.*

Habermas ribalta completamente il procedimento di razionalizzazione del diritto e di “purificazione” dello stesso dalla sfera morale operato da Weber. Come scrive Salvatore Costantino,

---

30-31. <sup>244</sup> J. Habermas, (1986) *Morale, diritto, politica*, Edizioni di Comunità, Torino, 2001, pp.

*«Il diritto, secondo Weber, possiede una propria razionalità indipendente dalla moralità. Per questo, nella sua visione, pur articolata e frastagliata, l'unione di diritto e morale rappresenta un pericolo per la razionalità del diritto e, pertanto, per la struttura stessa della legittimazione del potere legale. Weber diagnostica la fatale moralizzazione del diritto nello stesso modo in cui descrive la 'materializzazione' del diritto formale borghese»<sup>245</sup>.*

Sebbene Habermas riconosca alle procedure giuridiche una razionalità e una tutela dei cittadini rispetto agli abusi di potere<sup>246</sup>; il pensatore argomenta, però, che questo può avvenire solamente se queste procedure si dimostrino in grado di essere il riflesso efficace di una serie di valori morali dell'ordinamento, ed espressione diretta della partecipazione democratica dei cittadini.

*«Qui almeno diventa evidente come la giustizia e il sistema giuridico, che sono certo in grado di reagire sulla società, non possano però mai considerarsi autonomi rispetto ad essa. Se sia il caso di piegarsi agli imperativi sistemici di stato ed*

---

<sup>245</sup> S. Costantino, *Sfere di legittimità e processi di legittimazione. Weber, Schmitt, Luhmann, Habermas*. Giappichelli editore, Torino, 1994, p. 10.

<sup>246</sup> «Queste proprietà formali non devono esser identificate, in maniera concertistica, con specifiche connotazioni semantiche. Piuttosto, il fattore generante forza legittimante sta nelle procedure che istituzionalizzano requisiti giustificativi, assegnano oneri di prova, fanno strada alla soluzione argomentativa. Inoltre, la fonte di legittimazione non deve essere unilateralmente cercata soltanto dentro il potere politico legislativo oppure dentro il potere giurisdizionale. Nelle condizioni politiche dello stato sociale, infatti, neppure il più abile legislatore democratico sarà ancora in grado di legare a sé il potere giudiziario e quello amministrativo a partire dalla sola forma semantica della legge: egli dovrà per forza servirsi anche del diritto regolatore. Scopriremo il nucleo 'razionale' (in senso pratico-morale) delle procedure giuridiche solo individuando come – a partire da un'idea di imparzialità operante sia nella giustificazione, o fondazione, delle norme sia nell'applicazione delle regole – si possano costruttivamente collegare tra loro diritto vigente, procedure legislative e procedure applicative». J. Habermas, (1986), *ibidem*, pp. 30-31.

*economia – anche quando essi mostrano di violare o compromettere principi ben giustificati – è un problema che in realtà non viene deciso né nelle aule di giustizia né nei dibattiti giuridici specializzati, quanto piuttosto nelle lotte politiche che continuamente ridefiniscono il confine separante tra loro ‘sistema’ e ‘mondo di vita’. Abbiamo anche visto come la forza legittimante che è intrinseca alla razionalità delle procedure legali vada cercata non solo nelle procedure della giurisdizione, ma anche – e soprattutto, nelle procedure democratiche della legislazione»<sup>247</sup>.*

Lo scollamento tra diritto e morale operato da Weber viene completamente ribaltato da Habermas. Legittimazione indica quindi, per Habermas, un gruppo di pratiche connesse tramite l'agire comunicativo, ed è orientata nei fini da un sistema di volontà, mediato da richieste di validità riconosciute dalle differenti intersoggettività. La funzione più ideologica del sistema viene soppiantata dal principio democratico e dagli elementi sostanziali della legittimazione tramite le procedure nel contesto delle democrazie garantiste.

La democrazia diventa, per l'appunto, una politica della razionalità e della verità, definita come «un governo della politica tramite legittimazione che trova il suo principio fondante nella costruzione discorsiva della volontà»<sup>248</sup>.

La costruzione discorsiva del volere del “demos” diventa per Habermas la cifra della democraticità, la verifica sul piano fattuale del principio legittimante a livello normativo:

---

<sup>247</sup> J. Habermas, (1986) *ibidem*, p. 38.

<sup>248</sup> J. Habermas, (1992), *ibidem*.

*«Legittimità significa che ci sono buoni argomenti perché un ordinamento politico venga riconosciuto come giusto ed equo; un ordinamento legittimo merita riconoscimento. Legittimità significa che un ordinamento politico è degno di esser riconosciuto. Con questa definizione si sottolinea che la legittimità è una richiesta contestabile di validità, e che è (anche) dal riconoscimento (almeno fattuale) di tale richiesta che dipende la stabilità di un ordinamento di potere»<sup>249</sup>.*

Sebbene il ritorno ad una “moralità” del diritto da parte di Habermas possa essere interpretato nella generale crisi del formalismo giuridico (ritenuto una delle cause dell’ascesa del nazismo in Germania), non tutte le teorie del secondo dopoguerra si caratterizzano per una commistione di valori morali e procedure giuridiche. E’ il caso di Niklas Luhmann, che distingue nettamente la sfera della morale da quella del diritto.

Luhmann descrive l’ordine sociale come «sistema sociale complessivo»<sup>250</sup>, che, per ridurre la propria complessità ed entropia, si scompone in una serie di sottosistemi o sistemi parziali (economia, educazione, diritto, religione, morale, politica, ecc.). La società non si costituisce perciò né di uomini, né di sottosistemi, ma è il prodotto delle operazioni di tipo comunicativo che avvengono nei singoli contesti sistemici. Separando i sistemi e focalizzandosi sulle comunicazioni,

---

<sup>249</sup> Jürgen. Habermas, (1979) *Problemi di legittimazione nello stato moderno*, in id. Per la ricostruzione del materialismo storico, Etas, Milano, pp. 207-208.

<sup>250</sup> N. Luhmann – R. De Giorgi (1992), *Teoria della Società*, Franco Angeli, Milano, p. 24 e ss.

Luhmann “aliena” la legittimità del diritto dalla sfera del *demos* e da quella della morale:

*«Il riferimento al quadro normativo del diritto serve a stabilire circolarità all'interno del sistema: le decisioni sono giuridicamente valide solo sulla base di regole normative poiché le regole normative sono valide soltanto se implementate da decisioni. La validità è circolarità»<sup>251</sup>.*

Il sistema giuridico trova validità in se stesso, e decide sulla base del codice binario *recht/unrecht*. La liceità o l'illiceità delle azioni non sfocia in una valutazione sulla bontà o meno delle stesse. Questo passaggio, infatti, sebbene possa avvenire nella sfera morale, sicuramente non può avere luogo nel sistema del diritto:

*«I codici funzionali devono essere collocati necessariamente su un piano di “elevata amoralità” cioè di indifferenza rispetto alla morale, altrimenti i due valori non potrebbero essere accessibili a tutte le operazioni del sistema»<sup>252</sup>.*

---

<sup>251</sup> N. Luhmann, (1987), *L'autoriproduzione del diritto e i suoi limiti*, in “Politica del diritto”, pp. 45-46.

<sup>252</sup> Francesco Belvisi, “Niklas Luhmann e la teoria sistemica del diritto”, in Massimo La Torre e Gianfrancesco Zanetti *Seminari di filosofia del diritto: categorie dal dibattito contemporaneo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2000, p.230.

Se il diritto in Luhmann è svincolato completamente dalla morale, che legame rimane con la politica e con il potere? Come si legittima il diritto? Secondo Hauke Brunkhorst, Luhmann

*«Mantiene questa impostazione persino quando applica la sua teoria al cosiddetto “aggancio strutturale” di potere e diritto nel quadro dello stato costituzionale. Certo, anche in Luhmann il potere si sottomette al diritto, e il mutamento giuridico si assoggetta alle procedure democratiche, senonché la legittimità della formazione della volontà, così come la giustizia del diritto, sono in lui aprioristicamente assoggettate alla loro funzione costituzionale di coordinamento: tutelare i confini, ed il pacifico scambio di “diritto” e “politica”. Luhmann crede di poter risolvere qualsiasi problema di legittimità del sistema tardo capitalistico a partire da una “legittimazione tramite procedura” accettabile senza discutere»<sup>253</sup>.*

Le procedure di legittimazione in Luhmann non svolgono la funzione di produrre consenso, ma, attraverso le strutture giuridiche, ingenerano un adattamento da parte degli attori sociali.

Come sottolinea Febbrajo, possiamo assistere ad una “delegittimazione della legittimazione” in cui le procedure ‘disarmano’ gli attori sociali dalla possibilità di delegittimazione dei processi decisionali all’interno delle strutture dello stato liberale»<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> Hauke Brunkhorst, *Habermas*, Firenze University press, Firenze, 2009, pp. 71-72.

<sup>254</sup> Febbrajo A. (1995). “Introduzione”. In Luhmann N. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, p. XI.

Le procedure, in questo senso, offrono legittimazione al potere, e, specialmente, alla comunicazione del potere. Nel sistema luhmaniano, le procedure sono tese a neutralizzare le forme di delegittimazione e, in modo asettico, garantire il meccanismo giuridico del sistema legale, completamente immune da interferenze soggettive, che potrebbero causare uno stato paradossale nel sistema.

Si giungerebbe così alla realizzazione di una chiusura normativa del sistema, nella quale le interferenze cognitive non potrebbero delegittimare l'apparato giuridico.

Mentre per Luhmann la legittimità avviene solamente sul piano normativo attraverso le procedure, e le soggettività non vengono coinvolte nel processo di legittimazione, in Carl Schmitt la legittimità assume forme antropomorfiche e si soggettivizza nella figura del sovrano.

Carl Schmitt ha iniziato le sue riflessioni sul 'politico' criticando le posizioni di Max Weber sul potere, politica e legittimità: Schmitt riprende, infatti, il pensiero di Hobbes sull'autorità sovrana - come sostanza e fondamento della politica statale - e da questo ne sviluppa una *Teologia Politica*.

*«A questo punto è di incalcolabile rilevanza il fatto che uno dei maggiori rappresentanti del pensiero decisionistico e filosofo dello Stato cattolico, consapevole in modo estremamente radicale dell'essenza metafisica di ogni politica, Donoso Cortes, di fronte alla rivoluzione del 1848 fosse in grado di comprendere che l'epoca*

*del realismo era giunta alla fine. Non esiste più realismo, poiché non esistono più re. Non esiste perciò neppure una legittimità in senso tradizionale. Di conseguenza resta possibile per lui solo un risultato: la dittatura. E' il medesimo risultato al quale era giunto Hobbes, procedendo sulla base della stessa consequenzialità del pensiero decisionistico, seppure mescolato con una sorta di relativismo matematico. Auctoritas, non veritas facit legem»<sup>255</sup>.*

Per Schmitt, il sovrano è colui che decide sullo *Stato di Eccezione*.

Schmitt parte dalla convinzione che solo nel momento dell'eccezione si riveli la reale natura del potere, l'immanenza del 'politico' e le sue connessioni con la legge. Nello "Stato legislativo" che descrive, le norme e il principio di legalità sono l'unica richiesta di obbedienza:

*«non vi è più dominio e potere bruto; chi esercita il potere e il dominio agisce "sulla base di una legge" oppure "in nome della legge". Egli non fa altro che applicare in modo competente una norma già vigente. La legge è prodotta da una istanza legislativa, la quale però non governa, nè rende esecutive o applica le sue leggi, ma si limita soltanto a produrre le norme vigenti, in nome delle quali poi organi esecutivi soggetti alla legge possono esercitare il potere statale»<sup>256</sup>.*

Questi principi giustificano il fatto di abbandonare il diritto di resistenza:

---

<sup>255</sup> Carl Schmitt, (1922), *Teologia politica*, in Carl Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, Il mulino, Bologna 1972, p. 73.

<sup>256</sup> Ibidem.

*«Un sistema di legalità chiuso fonda la pretesa all'ubbidienza e giustifica il fatto che venga accantonato ogni diritto alla resistenza. Qui la legge è una specifica manifestazione del diritto e la legalità è una specifica manifestazione della coazione statale»<sup>257</sup>.*

Schmitt distingue altri due tipi di Stato: “lo Stato giurisdizionale” governato dalle decisioni prese nelle corti giudiziarie e gli “Stati governativi o amministrativi” che variano a seconda di chi stia detenendo il potere governativo e si pongono in antitesi rispetto allo stato legislativo.

La descrizione fornita da Schmitt prevede, tuttavia, una serie di modelli “ibridi”. L'autore giunge alla conclusione che:

*«Tutti questi elementi e manifestazioni sono riuniti nel sovrano, che è contemporaneamente legislatore supremo, giudice supremo e capo supremo, ultima fonte di legalità e ultimo fondamento di legittimità»<sup>258</sup>.*

La legittimità è implicita nella legalità del sistema, ossia nella decisione del sovrano.

Le riflessioni di Schmitt, sfiorano la questione della violenza, nodo centrale anche nel concetto weberiano di potere. Lo spazio offerto al “politico” nello Stato di emergenza, comporta, come conseguenza diretta, una fuoriuscita di

---

<sup>257</sup> Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 1932, in *Le categorie del “politico”*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 212.

<sup>258</sup> Carl Schmitt, 1932, *ibidem*, p. 214.

violenza, una diffusione della stessa, che, per Schmitt, è sempre modellata dal diritto. Schmitt descrive questo sistema come una spirale che coinvolge legalità, legittimità e legittimazione: nella dimensione della normalità, legalità e legittimità sono strettamente connesse. Tuttavia, in casi eccezionali, quali lo stato di emergenza, dove il 'politico' si scontra con il 'giuridico', il sovrano, attraverso le sue decisioni, trasforma l'emergenza della violenza politica in legalità, dando ad essa, durante questo processo, legittimità.

Nella visione incentrata sulla sovranità proposta da Schmitt, non v'è spazio per l'approccio individuale, per il consenso o per il dissenso, per la violenza o la resistenza: il nodo gordiano tra la politica e il diritto si scioglie nel potere decisionale del sovrano, che è l'unica fonte di legittimità.



## Capitolo sesto. La Legalità nel contesto della sovranità statale: approcci europeisti

### 6.1 Come definire la categoria della “legalità”?

Lo scopo di questo paragrafo è analizzare il concetto di legalità e valutarne le affinità e differenze con l'idea di legittimità.

Cosa s'intende con legalità? Come può esser definita? Legalità è un concetto che si sviluppa principalmente a livello normativo, tuttavia, per fornirne una definizione esaustiva, è necessario il richiamo a concetti socio-politici. Ogni considerazione sulla legalità implica una riflessione sull'idea di Stato, le sue forme e i tipi di governo dello stesso. E' possibile trovare una definizione pura di legalità, come direbbe Kelsen, che si muova sul livello del *Sollen*, del *dover essere*? O, al contrario, è possibile concepire la legalità solamente come un concetto indivisibile dalla legittimità, come sostiene Carl Schmitt? O, ancora, la legalità rappresenta solamente una cornice, un *Gerüst*, che fa da sfondo e offre una giustificazione teorica alla legittimità, come argomenta Max Weber? Quali sono le conseguenze di queste differenze? Nei capitoli precedenti abbiamo analizzato come i contesti sociali, storici e politici abbiano influenzato la teoria: nel caso della Germania, come si possa affermare anche una certa influenza delle teorie nella sfera normativa.

E' possibile astrarre analiticamente un concetto radicato nella società? Le difficoltà sono molteplici, *in primis* la scelta del termine. In ogni lingua, la legalità assume connotazioni diverse e può essere inclusa o ricompresa nei sintagmi: “Stato di Diritto”, “Rule of law”, “État de droit”, “Rechtsstaat”, “Estado de derecho” che, non sempre indicano il medesimo significato<sup>259</sup>.

L'idea di legalità e il concetto di “stato di diritto”, assunti come principio generale, sono connessi profondamente alla storia dell'Europa occidentale, come abbiamo visto in precedenza. La maggior pretesa di giustiziabilità di diritti collettivi “dal basso” può esser riletta come una crescente fiducia nella razionalità del diritto che appare, in questa fase, come uno strumento non completamente imbrigliato nei gangli del potere.

L'idea moderna di libertà individuale affonda le proprie radici nelle limitazioni dell'altro attraverso l'essenziale strumento della legge. Come hanno ampiamente scritto sia Locke sia Montesquieu, la prevenzione del dispotismo va ricercata nella congiunzione di libertà e diritto. Durante l'Illuminismo, il principio di legalità ha assunto le connotazioni contemporanee, con la definizione del *nullum crimen sine lege*, principio-base dell'eguaglianza davanti al diritto.

Pietro Costa conferisce a quest'approccio (che rappresenta una sorta di prodromo dell'idea di legalità) una connotazione ottimistica, una sorta di fiducia

---

<sup>259</sup> Su questo, importante la ricostruzione lessicale proposta da P.Costa -D.Zolo, *Stato di diritto*, Feltrinelli, Milano 2003.

nei confronti del potere governante, che ha raggiunto la sua acme durante la rivoluzione francese con cristallizzazione del contratto sociale tra cittadini e il “corpo collettivo” dello Stato.

Il momento della rivoluzione è un nodo fondamentale, vertice della parabola ascendente “di liberazione” e presagio della parabola discendente della violenza politica o violenza di Stato. Robespierre e Saint Just, leaders giacobini, sotto il vessillo della protezione e della sicurezza del neonato stato democratico, furono i primi, infatti, ad utilizzare la “ragion di Stato” come giustificazione per il terrore e la virtù, che tramutò, rapidamente, il sogno democratico nel regime de “la terreur”<sup>260</sup>:

*«Per Robespierre, per Saint Just, non serve appellarsi alla costituzione quando è urgente l'esigenza di far fronte al nemico e salvare la patria: occorrono il terrore e la virtù, occorre un governo pronto a reagire e a colpire, libero dagli impacci, dalle lentezze e dalla astrattezza delle regole; conta non la legge, ma l'eccezionalità della situazione: è lo stato di eccezione il principio che impone la difesa terroristica della libertà repubblicana: è la necessità, “la più santa di tutte le leggi, la salvezza del popolo”, a legittimare il governo rivoluzionario rendendolo “terribile verso i cattivi”, “favorevole ai buoni”»<sup>261</sup>.*

---

<sup>260</sup> Come disse Robespierre, «*La terreur n'est autre chose que la justice prompte, sévère, inflexible; elle est donc une émanation de la vertu; elle est moins un principe particulier, qu'une conséquence du principe général de la démocratie, appliqué aux plus pressants besoins de la patrie*» Tratto da *Sur les principes de morale politique*, discorso al Congresso nazionale, (17 pluviôse an II/5 Febbraio 1794).

<sup>261</sup> M. Robespierre, *Sui principi del governo rivoluzionario* (25 dicembre 1793) in Robespierre, M. *La rivoluzione giacobina*, a cura di U. Cerroni, Studio Tesi, Pordenone, 1992, pp. 145-146. Un

La prima effettiva applicazione dello stato di diritto, della legittimità “dal basso” del potere, si è infranta sul suo opposto antitetico, l’assenza del diritto: lo stato di necessità. Il controllo dei poteri descritto da Montesquieu coesiste con le possibilità di abuso degli stessi, il c.d. *detournement de pouvoir*.

La presenza e i rischi di questi due fenomeni sono i limiti dei differenti atteggiamenti rispetto alla legalità. Come scrive Danilo Zolo, il primo approccio consiste nella primazia ontologica dell’individuo e il valore assiologico della sua autonomia e libertà.

Due sono gli assunti che ne conseguono:

- «1) il pessimismo potestativo, e cioè l’idea della pericolosità del potere politico;
- 2) l’ottimismo normativo, e cioè la convinzione che sia possibile contrastare la pericolosità del potere attraverso lo strumento del diritto, inteso sia come il complesso dei diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, sia come la “giuridificazione” dell’intero stato moderno»<sup>262</sup>.

Questa doppia prospettiva sulla natura del potere, già ripresa in precedenza, in questo caso, della sovranità statale, riassume le due principali ottiche sul ruolo del diritto e sul concetto di legalità: da un lato, possiamo trovare

---

riferimento a questo tema si trova anche in Costa, P. “Lo stato di diritto: un’introduzione storica.” In P.Costa - D. Zolo *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, 2003, p. 96.

<sup>262</sup> P.Costa - D.Zolo (2003), *ibidem*, pp. 35-36.

la prospettiva decisionista, vicina al “pessimismo potestativo” che ha come esponente principale Carl Schmitt; dall’altro, quella normativa, che affonda le radici nel positivismo giuridico e ha come teorico di riferimento Hans Kelsen. Questi rappresentano i due estremi in cui collocare il concetto di legalità: nel mezzo, differenti concezioni hanno costellato il panorama teoretico, specialmente in relazione a diverse interpretazioni di potere e di legittimità.

Questo capitolo analizzerà come il concetto sia stato declinato, per comprendere al meglio le differenti idee di legittimità e per ricavarne i minimi comuni denominatori che ne caratterizzano la definizione. Quanto questo tema è connesso alla sovranità statale e quanto invece può prescindere e muoversi ad un livello internazionale? La domanda non trova una semplice risposta, proprio per la prospettiva “interna”, che caratterizza le descrizioni del concetto stesso:

*«La dottrina dello Stato di diritto non si occupa dei rapporti fra singolo Stato e gli altri Stati. Essa riguarda esclusivamente la “sovranità interna” dello Stato Nazionale e non tocca né le relazioni politiche internazionali di questo stato – la sua politica estera – né i suoi rapporti di diritto internazionale, che sono totalmente affidati alla regolazione pattizia delle convenzioni e dei trattati. Si può dire, insomma, che lo stato di diritto implica una significativa limitazione della “sovranità interna” dello Stato, ma lascia intatta la sua “sovranità esterna”, incluso lo jus ad bellum, che a partire dalla pace di Westfalia, a metà del seicento, aveva assunto addirittura il rango di prerogative sovrana degli Stati»<sup>263</sup>.*

---

<sup>263</sup> P. Costa– D. Zolo, (2003), *ibidem*, p. 55.

Come sostiene Dicey, le norme internazionali possono essere viste come “etiche pubbliche” giuridicamente non vincolanti. Aveva forse ragione Jellinek<sup>264</sup> a sostenere che non ci fosse una separazione tra l’ordine legale internazionale e quello Statale, e che le obbligazioni internazionali siano, così come il diritto costituzionale, solo un prodotto dell’autolimitazione della sovranità dello Stato-nazione?

Con questo dubbio, cercheremo di analizzare le differenti concezioni della legalità offerte da Max Weber, Hans Kelsen, Hermann Heller, Carl Schmitt, Niklas Luhmann e Jürgen Habermas.

## ***6.2 Forme di legalità tra tipi ideali e sfere normative***

La problematica della legittimità del potere e del diritto (emanazione dello stesso) affrontata in precedenza, si confronta – negli autori trattati – con la questione della legalità del sistema giuridico - politico che si vuole analizzare. E’ il

---

<sup>264</sup> G. Jellinek, *Die rechtliche Nature der Staatenverträge*, Holder, Wein, 1880.

caso di Max Weber che sviluppa il tema della legalità nel classico *Economia e società*<sup>265</sup>.

La Germania fa da sfondo alle riflessioni del sociologo che utilizza la legalità come categoria concettuale “utile” per la costruzione della legittimità. Per Weber, la domanda alla base della sua riflessione, rimaneva una: come il potere si poteva tramutare in autorità (*Herrschaft*)? In altre parole, perché le persone, i singoli, accettavano di sottoporsi e obbedire al «*monopolio legittimo dell'uso della forza fisica in un dato territorio*»? L'autore risponde ricostruendo i meccanismi di legittimazione del potere, in cui la legittimità è intesa come l'obbligo di obbedienza. Una delle tre fonti di legittimità è rappresentata dalla legalità, intesa come diritto formale-razionale. Weber, infatti, descriveva la legalità come una virtù: la virtù della credenza a giustificare l'accettazione del dominio da parte dello Stato. La razionalità rappresenta, allo stesso tempo, il motore di questo processo e la ragione del credere. La virtù non è endogena al sistema, ma si colloca negli osservatori che riconoscono la qualità del sistema stesso.

Il sistema è orientato razionalmente, e la chiave di volta del pensiero weberiano va ricercata nel processo di razionalizzazione che è cominciato con l'avvento del moderno capitalismo. In questo contesto si deve guardare la legalità come giustificazione razionale-formale (e legittimazione) del tipo puro di autorità.

---

<sup>265</sup> Max Weber, (1922) *Economia e società. IV Sociologia Politica*, Edizioni di Comunità, Torino, 2000.

Come scrive Van Manen,

«1. *Formal-rational law, 'legality' in the terms of Weber, is not empty and neutral, but it contains all the values of the 19th century economic liberalism.*

2. *Weber, at some places, did realize that his concept of formal-rational law was reflecting some kind of (relative) natural law, fit for a specific society.*

3. *He who rules in accordance with this 19th century economic liberalism, can indeed seek support in law as a source of legitimacy. Law does matter, if not as a leading normative directive, then at least in establishing a framework of justification of a certain natural view on social order and therefore as a source of legitimacy of power»<sup>266</sup>.*

Le critiche dell'autore sono rivolte ad un'idea più dinamica di legalità<sup>267</sup>. Tuttavia, in questo contesto, è interessante riflettere sulla teoria weberiana proprio alla luce del contesto storico economico in cui fu prodotta, come giunse alla sua definizione di legalità, più che soffermarci sulle possibili limitazioni della stessa.

La fine della prima guerra mondiale e i nuovi equilibri della Germania post-bellica hanno inciso ampiamente sulle teorie della legittimità e sulle teorie dello Stato *tout court*. La questione della legalità e la sua problematicità in relazione

---

<sup>266</sup> Niels F. van Manen, "Legitimacy and types of Legality", Paper submitted to the LSA/RCSL Conference Berlin, 25-28 July 2007.

<sup>267</sup> «*Legality is a coherent entirety of convictions that is expressed in the social practice of the legal order and is performed in social institution, concerning the proper construction of society and parts thereof.*» (Hoekma, A. J. – Van Manen, N. F. 2000, p. 30). Inoltre, si veda: Hokema, A.J.. & N.F. Van Manen (1994, 2000) *Typen van legaliteit. Recht en maatschappelijke orde in de 20<sup>ste</sup> eeuw (Types of Legality. Law and Social Order in the 20th Century)*. first edition, Deventer: Kluwer 1994 (193 pp.) and *Typen van legaliteit. Ontwikkelingen in recht en maatschappij (Types of Legality. Development in Law and Society)*. Second edition, Deventer: Kluwer 2000.

con la legittimità ha assunto una rilevanza primaria durante la c.d. “Repubblica di Weimar”. La diatriba si è svolta pubblicamente tra Hans Kelsen e Carl Schmitt, e, in seguito, la discussione si è estesa anche al contributo di Hermann Heller<sup>268</sup>.

Il principale oggetto del contendere riguardava la distinzione tra *Rechtsstaat* (Stato di diritto) e *Gesetzstaat* (Stato Legale).

Nel saggio *Il guardiano della costituzione*, del 1931, Schmitt attribuiva al presidente il ruolo di decidere sull'emergenza e interpretare la Costituzione.

Schmitt, richiamando le teorie di Constant sul “potere neutrale”<sup>269</sup> e le sue giustificazioni della dittatura commissariale, descriveva lo stato di eccezione (che rappresentava un concreto caso di emergenza ex art. 48 della costituzione di Weimar) come la possibilità per il Sovrano (in questo caso, il Presidente della Repubblica) di prendere questa decisione, che è presentata dall'autore come “neutrale”<sup>270</sup>. Il presidente è indipendente dalle parti politiche, così come prevede il suo ruolo, e la Costituzione presuppone che la volontà politica generale del

---

<sup>268</sup> Il dibattito di questo paragrafo riprende la ricostruzione proposta da David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*, Oxford University press, 1997

<sup>269</sup> Benjamin Constant , (1806), *Principi di politica applicabili a tutte le forme di governo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007.

<sup>270</sup> Carl Schmitt (1932) *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, Il mulino, Bologna, 1986, pp. 136-140.

popolo tedesco possa dare al presidente il potere di vincolare se stesso a questa volontà<sup>271</sup>.

Deliberatamente in polemica con il pamphlet di Schmitt, Hans Kelsen scrisse *Who should be the guardian of the Constitution?*, in cui sosteneva che la spettasse alla Corte costituzionale il ruolo legittimo di “guardiano della Costituzione”.

Nei fatti, ebbe ragione Schmitt, e grazie a questo “cuneo giuridico” si poté assistere all’ascesa del nazismo a scapito della debole repubblica di Weimar. E’ interessante, tuttavia, in questa sede, riprendere quel dibattito, soffermandoci in particolare sull’idea di legalità emersa dalle posizioni degli autori.

Per Kelsen lo Stato è identificabile con un insieme di norme. Kelsen “giuridifica” lo Stato, i suoi apparati: in questo modo, cerca di escludere “la ragion di Stato” e i rischi di abuso di potere del sistema normativo. Attraverso questo processo la norma e il sistema giuridico si “purificano”<sup>272</sup>, alzate al livello del “dover essere” e separate dal più pericoloso livello dell’ “essere”.

Questa concezione è proposta da Kelsen nella cornice interpretativa di uno Stato democratico.

La massima garanzia di democraticità è data dall’indipendenza dei controllori<sup>273</sup>. La legalità dell’esercizio del potere politico è controllata, testate e

---

<sup>271</sup> Carl Schmitt (1931) *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981, p.159.

<sup>272</sup> Hans Kelsen, (1934) *La dottrina pura del diritto*. Einaudi, Torino, 1991.

<sup>273</sup> Hans Kelsen, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti*, ARE, Roma, 1932.

garantita da ufficiali indipendenti. Ciononostante, Kelsen deve ammettere che la stessa Corte è comunque parte di un sistema di esercizio di potere, e che l'aspirazione ad un'indipendenza "pura" è utopica. Così, egli ha sostenuto che la contingenza in cui si trova ad operare la Corte Costituzionale è tale da garantire un livello di indipendenza tale da giustificare la legalità del suo giudizio<sup>274</sup>.

Hermann Heller prese parte a questo dibattito criticando entrambe le posizioni: l'autore polemizzava con Schmitt partendo da una visione democratica della società fondata sull'equità. Tuttavia, si trovava in accordo con alcune critiche mosse da Schmitt alla dottrina pura del diritto di Kelsen, in particolare, sostenendo che tutte le concezioni del diritto partono da una base fondamentale politica e storicamente radicato nella società. Per questo, una teoria di positivismo estremo che definisca ogni stato come "Rechtsstaat" rappresenterebbe un "apripista per la dittatura"<sup>275</sup>.

La distanza tra gli autori emerge non solamente sulla questione dei guardiani della Costituzione; le loro teorie differiscono in molti punti, e la legalità rappresenta uno dei più controversi.

---

<sup>274</sup> Hans Kelsen, *ibidem*.

<sup>275</sup> Hermann Heller, *Dottrina dello Stato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988; Hermann Heller, *Stato di diritto o dittatura? e altri scritti (1928-1933)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998; Hermann Heller, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 4 (Berlin 1928), in H.Heller, *Gesammelte Schriften* [Collected Writings], Tübingen, 1992; Heller, H. *Europa und der Fascismus* [Europe and the Fascism] (first publ. 1929).

Per riassumere, per Kelsen con legalità s'intende un principio dell'ordine legale (gerarchico) e questo principio è il criterio principale per contenere la legislatura stessa. Significa armonia con la *grundnorm* la norma fondamentale alla base del sistema legale, che, per alcuni versi, può essere ricollegata alla Costituzione.

Schmitt non può accettare l'idea di una violenza pura (così come descritta da Walter Benjamin in *Zur kritik der Gewalt*) e l'idea schmittiana di legalità non presuppone nessun tipo di resistenza.

*«Il significato ultimo e più proprio del fondamentale "principio della legalità" (Gesetz-mässigkeit) di tutta la vita statale consiste nel fatto che alla fine non si governa o comanda più, poichè vengono fatte valere solamente norme impersonalmente vigenti. La giustificazione di un sistema statale di questo tipo consiste nel fatto che alla fine non si governa o comanda più, poiché vengono fatte valere solamente norme impersonalmente valenti. La giustificazione di un sistema statale di questo tipo consiste nel legalità generale di ogni esercizio del potere da parte dello Stato»<sup>276</sup>.*

La fine della seconda guerra mondiale e le derive decisionistiche dei governi europei incidono sugli sviluppi della teoria sociale. Non si predilige più una riflessione sulla sovranità, sul potere, ma su come rendere l'apparato giuridico equo e funzionale. Nella teoria sistemica di Luhmann, la legalità rientra nel sistema

---

<sup>276</sup> C. Schmitt, (1932), *Le categorie del 'politico'*, Il mulino, Bologna, 1972, p. 212.

giuridico ed è chiaramente separata dagli altri sistemi, quali l'economia, la politica, il sistema morale, rappresenta un sotto-sistema della società. Luhmann era cosciente della questione schmittiana della fonte del potere: chi prende le decisioni? Qual è la relazione tra il diritto e la politica? Quali sono i confini del sistema giuridico? Il sistema auto-riproduce se stesso attraverso una forma di comunicazione a cui prende parte, nella realtà, attraverso la produzione di discorsi.

Il diritto e il sistema giuridico hanno il potere di decidere cosa sia legale e cosa no:

*«Solo il diritto può dire cosa è lecito e cosa è illecito, e risolvendo questa questione deve sempre riferirsi alle operazioni che compie e alle conseguenze per le operazioni future del sistema. In ognuna di queste operazioni deve essere in grado di riprodurre la sua stessa capacità operativa. Si raggiunge la stabilità strutturale attraverso la ricorsività»<sup>277</sup>.*

La legge si presenta con una sorta di riflessività sulle proprie conseguenze e trova la sua stabilità nella sua ricorsività, nel fatto di essere prevedibile da parte del sistema, così da ridurre la complessità. Anche se al livello di queste operazioni il diritto è completamente anonimo, questo presenta una «autonomia relativa» dovuta alla sua contingenza con il sistema sociale e con l'ambiente.

---

<sup>277</sup> Niklas Luhmann, *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977, p.139.

Qual è la funzione che si attende dal diritto? Il rispettare le aspettative normative. In questo senso, il diritto è chiuso normativamente, ma cognitivamente aperto. Il sistema giuridico, di fatto, codifica attraverso il codice binario: *recht-unrecht*, al fine di ridurre la complessità, di dare valore positive o negative alle aspettative che permette la riproduzione autopoeietica del sistema.

Il diritto rappresenta per Luhmann un sistema semi-autonomo, governato dalla legalità che può coincidere con il sistema stesso. La decisione legislativa traduce le aspettative nel codice binario *recht-unrecht*, riducendo i conflitti e costruendo, attraverso la costruzione di una memoria, non solamente la stabilità del sistema, ma la sua riproduzione auto poietica.

Jürgen Habermas, partendo da presupposti simili giunge a conclusioni divergenti. Habermas deduce le sue teorie sulla legalità dal pensiero Kant e Talcott Parsons. Kant aveva diviso le sfere della moralità e del diritto, dicendo che il diritto (legalità) rientrava nella sfera del *dover essere*, mentre la moralità concerneva a quella dell'*essere*. Il diritto era un concetto di “riduzione della moralità” attraverso lo strumento della coercizione<sup>278</sup>.

Sebbene Habermas, fondamentalmente, concepisca la legalità come il diritto positivo puro, in questo senso, per ricostruirne la genealogia, è necessaria

---

<sup>278</sup> Immanuel Kant (1785) *Fondazione della metafisica dei costumi*, Laterza, Bari, 1988.

una definizione più ampia di diritto, nel quale la moralità viene ancora una volta, coinvolta nel processo legislativo.

L'idea di sistema di Parsons è richiamata da Habermas nella sua concezione di "sistema e mondo vitale" ma la forte connessione tra gli stessi, che trova una giustificazione nella teoria dell'agire comunicativo-razionale, differisce dalla teoria di Parsons. Habermas prende ancora, da Parsons, il concetto di «societal community» e la differenziazione del sistema come conseguenza della modernità. La positivizzazione del diritto per Parsons era un effetto collaterale della sua razionalizzazione e della sua validità. In *Fatti e norme*<sup>279</sup> Habermas definisce la legalità come la funzione principale della legge e distingue la sua idea di diritto dagli assunti di Parsons. Per Habermas il diritto presenta un doppio significato: è, infatti,

*«Per 'diritto' intendo il diritto moderno, che è oggetto di statuizione e si presenta con una pretesa sia di fondazione sistematica sia di interpretazione e imposizione vincolante. A differenza della morale post-convenzionale, il diritto non è solo una forma di conoscenza culturale, ma forma anche una componente importante del sistema sociale e istituzionale. Il diritto è entrambe le cose insieme: sistema di sapere e sistema d'azione»<sup>280</sup>.*

---

<sup>279</sup> Jürgen Habermas, (1992) *Fatti e norme*, Guerini e associati, Milano, 1996.

<sup>280</sup> Jürgen. Habermas (1992), *ibidem*, p. 99.

Ma la legalità è da intendere come il prodotto della razionalità così come concepita da Weber, e rappresenta la miglior approssimazione al pensiero razionale nella sfera giuridica, al fine di proteggere attraverso i poteri di amministrazione dalle inferenze dell'economia (sebbene Habermas concepisca l'aspetto politico che contraddistingue il diritto, in contrasto con la separazione dei sistemi operata da Luhmann).

La legalità rappresenta, inoltre, la base teorica per la legittimazione. Critico nei confronti delle posizioni di Weber e cosciente dei rischi, Habermas riconosce i possibili contrasti tra legalità e legittimità e affida la questione della legittimità nelle mani dei cittadini, giustificando che la moralità presente a livello del mondo della vita possa distinguere tra ciò che è legittimo e ciò che non lo è e, in accordo con questo, credere o no alla sua legalità.

Il sistema giuridico e la sua categoria della legittimità svolgono un ruolo fondamentale nel sistema habermasiano: di fatto, risolvono l'indeterminatezza cognitiva (Luhmann direbbe che ne riducono la complessità).

*«Il legislatore politico decide quail norme debbano valere come legge, mentre sull'applicazione di norme valide ma bisognose d'interpretazione sono I tribunali ad appianare (in maniera per tutti perspicua e definitiva) le controversie interpretative. Il sistema giuridico toglie così agli individui – nel loro ruolo didestinatari delle norme – il potere di definire i criteri per giudicare ciò che è giusto o ingiusto. Dal punto di vista della complementarietà tra diritto e morale, le procedure legislative*

*del parlamento, la prassi decisionale giudiziaria, la professionalità d'una dottrina giuridica che precisa regole e sistematizza sentenze, equivalgono tutte per il singolo individuo ad uno 'sgravio' dagli oneri cognitive d'una formazione in prima persona di un giudizio morale»<sup>281</sup>.*

L'idea di legalità non si reduce a questo, ma comporta alcune conseguenze nella teoria di Habermas:

- Una perplessità motivazionale nelle azioni guidate da principi;
- il problema della fragilità della volontà e la relazione tra legalità, validità cosa può essere ragionevolmente richiesto;
- il problema dell'imputabilità delle obbligazioni.

Cosa comporta la teoria di Habermas sulla legalità? Una serie di effetti disparati, tra cui si ricordano: il principato democratico che rappresenta il fondamento implicito del sistema, i diritti morali radicati nella società, il ruolo attivo degli individui e le loro interazioni sul diritto e sulla legislazione, e, infine la razionalità del sistema. Ma sono queste le basi per la legittimità? E come può, un concetto statico come quello della legalità, legittimarne uno dinamico (come la legittimità) o dare avvio ad un processo democratico di legittimazione?

---

<sup>281</sup> Jürgen Habermas, (1992), *ibidem*, p.140.

### ***6.3 Tra legalità e legittimità: pregi e rischi delle procedure***

In questa terza parte abbiamo ripercorso le vicende storiche e teoriche che hanno coinvolto i concetti di legalità e legittimità, alla base della moderna teoria dello stato di diritto. In questa ricostruzione, non va dimenticato l'ultimo tassello che permette, secondo i teorici del garantismo, la limitazione dei poteri e della violenza di chi li esercita: la limitazione e la funzionalizzazione delle situazioni giuridiche di potere<sup>282</sup>.

La limitazione e la regolamentazione attraverso funzioni delle situazioni giuridiche di potere viene interpretata dai differenti autori con accezioni contrastanti.

Nel pensiero di Max Weber il processo di burocratizzazione rappresenta l'ultimo aspetto del sistema razionale in una società capitalista. Ma la burocrazia, per Weber svolge anche un'ulteriore funzione e risolve un ulteriore problema della società capitalista: divide i proprietari dei mezzi di produzione dagli operai. La specializzazione e le conoscenze tecnologiche rappresentano, per Weber, la chiave di volta del sistema economico.

---

<sup>282</sup> L. Ferrajoli, (1989) *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2004, p. 975.

La prima funzione viene descritta dal sociologo in *Economia e società* III<sup>283</sup>, quando descrive le tipologie di diritto, e formula una serie di postulati che appartengono alla scienza giuridica a lui contemporanea (la pandettistica):

«1) che ogni decisione giuridica concreta è “l’applicazione” di un principio giuridico astratto a una “fattispecie” concreta;

2) che per ogni fattispecie concreta deve essere possibile, con i mezzi della logica giuridica, ricavare una decisione dai principi giuridici astratti in vigore;

3) che il diritto oggettivo vigente deve di conseguenza essere, almeno allo stato latente, un sistema di principi giuridici “privo di lacune”, o comunque deve venir trattato come se lo fosse, per gli scopi dell’applicazione del diritto;

4) che ciò che non è suscettibile di una “costruzione” tecnico giuridica razionale è anche irrilevante per il diritto;

5) che anche l’agire di comunità degli uomini deve venire sempre interpretato come “applicazione” o “esecuzione” di principi giuridici, oppure, al contrario, come “infrazione” di essi (questa conseguenza è tratta – anche se non esplicitamente – da Stammler) poiché corrispondentemente alla “assenza di lacune” del sistema giuridico anche la “regolamentazione giuridica” costituisce una categoria fondamentale di ogni divenire sociale»<sup>284</sup>.

Attraverso la prospettiva giuridica di *Rechtssoziologie*, Weber spiega il processo di razionalizzazione formale del diritto, che è funzionale all’evoluzione

---

<sup>283</sup> Max Weber (1922) *Economia e società. III Sociologia del diritto*, Edizioni di Comunità, Torino, 2000, pp.16-17.

<sup>284</sup> Max Weber, (1922), *ibidem*, p. 17.

storico sociale dello stato burocratico che il sistema dei rapporti economici capitalistici ha imposto.

*«L'impresa capitalistica moderna si fonda internamente soprattutto sul calcolo. Ha bisogno per la propria esistenza di una giustizia e di un'amministrazione il cui funzionamento, almeno in linea di principio, possa essere razionalmente calcolato in base a precise norme generali, così come si calcola la prestazione prevedibile di una macchina»<sup>285</sup>.*

Questo legame “a doppio filo” tra burocrazia e capitalismo non coinvolge solamente la sfera dei commerci, del mercato, ma investe soprattutto la sfera dei diritti e la loro “modernizzazione”:

*«Anche nei diritti, e anzi soprattutto nei diritti in quanto espressione più significativa dell'uguaglianza formale (dell'oggettivismo giuridico che astrae dalle soggettività concrete, vive lo spirito “formalistico” della modernità. Impersonalità ed indifferenza nei confronti di ogni considerazione etica, comuni appunto all'uomo politico degli apparati burocratici dello stato e all'uomo economico dell'impresa capitalistica: la loro azione è oggettiva e calcolatrice “senza riguardo alla persona”, sine ira ac studio, senza odio e senza amore, del tutto ‘libera’ da sentimenti e passioni»<sup>286</sup>.*

---

<sup>285</sup> Max Weber, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania e altri scritti politici*, Einaudi, Torino, 1982, p. 82.

<sup>286</sup> Realino Marra, *La religione dei diritti. Durkheim, Jellinek, Weber, Giappichelli*, Torino, 2006, p. 135.

La visione “ottimistica” del diritto che Costa rileggeva nelle rivendicazioni della rivoluzione francese viene demistificata da Weber, che svela le ragioni profonde della giustiziabilità dei diritti individuali e la finalità economica che sta alla base del loro riconoscimento.

Se, per Weber, la burocrazia è presagio di connessioni sempre più forti tra sistema economico e sistema giuridico, la logica procedurale viene analizzata differentemente sia da Luhmann che da Habermas.

I due autori si trovano concordi nel valutare positivamente la funzione “distributiva” del potere attraverso le procedure.

Habermas descrive gli effetti collaterali della legalità e i problemi connessi alla stabilizzazione del sistema, quello che chiama ‘giuridificazione’. Il concetto si riferisce ad un aumento di diritto formale che può accadere tramite due distinte modalità:

- un’espansione del diritto positivo;
- un addensamento (intensificazione) delle leggi.

Habermas descrive ondate di giuridificazione nella storia Europea, specialmente nel contesto dei c.d. *welfare states*. I tre contesti descritti da Habermas presentano caratteristiche comuni: l’ascesa del potere economico ed un ricambio delle strutture politiche.

La prima ondata si ebbe con la creazione dello stato assolutista borghese in Europa. L’obiettivo era la legittimazione della coesistenza del mercato ed un potere monarchico-assolutista forte; la seconda si ebbe nel XIX secolo, quando l’ascesa della borghesia al gradino più alto dello stato costituzionale costrinse la regolamentazione dei diritti individuali da tutelare rispetto all’autorità politica del monarca; la democratizzazione del potere dello stato con la cristallizzazione dei diritti sociali dei cittadini alla partecipazione alla creazione di un ordine politico

all'indomani della rivoluzione francese. Infine, la 'giuridificazione' del sistema economico nel contesto del libero mercato durante l'ascesa del capitalismo selvaggio e dei suoi imperativi nel XX secolo attraverso la costruzione di uno stato sociale, con la finalità di assicurare i diritti sociali ai cittadini.

Il processo di giuridificazione rappresenta la risposta alle differenti forme di colonizzazione del mondo vitale da parte dello stato e dei poteri economici.

Habermas è conscio dell'ambivalenza di questo processo, a causa del controllo dei diritti e la protezione di alcuni di essi, si rischia una perdita di libertà in senso opposto. Come scrive Deflem, a commento di Habermas, possiamo individuare quattro questioni centrali connesse con questa ambivalenza:

*«1) the formal restructuring of legal interventions in the lifeworld entails an individualization of legal claims; 2) the conditions under which social laws apply are formally specified; 3) legal entitlements relate to social problems but are bureaucratically implemented through centralized and computerized impersonal organizations; and 4) social-welfare claims are often settled in the form of monetary compensations (the consumerist redefinition)»<sup>287</sup>.*

---

<sup>287</sup> Mathieu Deflem, (1996) "Introduction: Law in Habermas's Theory of Communicative Action." Pp. 1-20 in *Habermas, Modernity and Law*, edited by Mathieu Deflem. London: Sage.

Quali sono i rischi connessi con queste procedure? Come scrive Habermas, il rischio è la presenza (intrusiva) del diritto come medium nel sistema del mondo vitale, ma,

*«As instances of the latter case, Habermas mentions school and family laws that manage to convert contexts of social integration over to the medium of law in terms of bureaucratic and monetary controls. These laws do not need any substantive justification but are simply a matter of functional procedure. Law as an institution, on the other hand, retains an intimate connection with morality. Legal institutions, such as constitutional and criminal law, refer to regulations that have to be normatively evaluated, and that remain in need of justification in terms of moral-practical discourse»<sup>288</sup>.*

Habermas descrive ancora due forme di diritto, diritto come procedura, che è strumentalmente parte del sistema, e diritto come prodotto di un'istituzione legale, che necessita di una valutazione normativa e di una giustificazione (legittimità) in termini di discorso. Questo escamotage permette di usare le procedure come sistema di protezione e cura del mondo vitale, ma è così semplice, nelle pratiche, distinguere tra diritto come procedura e diritto come norma? Cosa produce questa distinzione? Sono solo i diritti che necessitano di una valutazione morale e una legittimazione soggettiva? Tutte le procedure possono essere accettate come funzionali?

---

<sup>288</sup> Mathieu Deflem, 1996, *ibidem*, p. 16.

Analizzando la forte relazione tra potere e verità, e i discorsi con una pretesa di verità, Foucault si interroga sul ruolo del diritto e del sistema giuridico in questa costruzione.

Per l'autore francese, l'apparato giuridico ha svolto, nei secoli scorsi, il ruolo di costruzione dei privilegi del re. Nella sua ricostruzione genealogica, il filosofo si focalizza sulla funzione dell'apparato burocratico nel periodo successivo alla crisi dell'impero Romano e sul ruolo di 'collante' sociale svolto dalla legge e dai diritti.

E' in questo ambito che Foucault introduce il concetto di governamentalità:

*«Con la parola “governamentalità” intendo tre cose. [Primo] l'insieme di istituzioni, procedure, analisi e riflessioni, calcoli e tattiche che permettono di esercitare questa forma specifica e assai complessa di potere, che ha nella popolazione il bersaglio principale, nell'economia politica la forma privilegiata di sapere e nei dispositivi di sicurezza lo strumento tecnico essenziale. Secondo, per “governamentalità” intendo la tendenza, la linea di forza che, in tutto l'Occidente e da lungo tempo, continua ad affermare la preminenza di questo tipo di potere che chiamiamo “governo” su tutti gli altri –sovrantà, disciplina-, col conseguente sviluppo, da un lato, di una serie di apparati specifici di governo, e, [dall'altro] di una serie di saperi. Infine, per governamentalità” bisognerebbe intendere il processo, o piuttosto il risultato del processo, mediante il quale lo stato di giustizia del Medioevo, divenuto stato amministrativo nel corso del XV e XVI secolo, si è trovato gradualmente “governamentalizzato”»<sup>289</sup>.*

---

<sup>289</sup> Michel. Foucault, *Sicurezza, Territorio, Popolazione*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 88.

In altre parole, “i due corpi del re” narrati da Ernst Kantorowicz nel suo saggio di teologia medievale<sup>290</sup> permangono nella società nonostante la scomparsa del corpo fisico del re e del suo potere monarchico *stricto sensu*. La morfologia del potere giuridico è modellata sul corpo (simbolico) del re e il sistema di legittimazione, di protezione dei diritti e la lotta contro gli abusi dipende comunque da questa dimensione.

L’obiettivo di Foucault è rivelare che il sistema dei diritti, l’apparato, le sue procedure che devono “controllare” il potere sono, in realtà, sistemi di dominio. Le “tecniche polimorfe” di dominazione”, le “forme multiple di soggiogazione” descritte da Foucault rappresentano i sostituti della sovranità e obbedienza, in altre parole, la legittimità.

Il processo di legittimazione è descritto da Michel Foucault come un processo di dominazione e sottomissione che attraverso lo strumento burocratico diffonde il ‘controllo’. È una microfisica del potere, che lavora specialmente sulla fase finale della delega, che, come scrive Foucault, «è tuttavia meno legale nella sua essenza». Il processo qui descritto da Foucault è l’esatto opposto dell’operazione compiuta da Hobbes nel Leviatano. Se Thomas Hobbes partiva dall’idea di una moltitudine per giungere ad una volontà individuale, che veniva sublimata nella

---

<sup>290</sup> Ernst H. Kantorowicz (1957) *I due corpi del re: l’idea di regalità nella teologia politica medievale*, Einaudi, Torino, 1989.

figura del sovrano, l'idea di Foucault è quella di un ritorno ad una visione pluralistica del potere, una moltitudine, ai corpi che rappresentano il tassello finale della catena di poteri, il più reale e tangibile esempio di sottomissione. Foucault si sofferma sulla microfisica delle relazioni di potere, che rappresentano solamente una parte della sua teoria: non dobbiamo dimenticare il principio fondamentale, promosso dall'autore, sulla circolazione dei poteri (e delle resistenze). Il potere è multiforme: centralizzato nella figura del pastore (il potere pastorale)<sup>291</sup> e pratiche diffuse, così possiamo riconoscere sistemi di produzione e differenti processi di riproduzione della dominazione. Sono questi processi che ad essere riconosciuti da Luhmann e Habermas come processi di liberazione: quegli stessi meccanismi vengono descritti da Foucault come differenti forme di dominio.

---

<sup>291</sup> «L'idea del potere pastorale è l'idea di un potere che si esercita su una molteplicità più che su un territorio. E' un potere che guida verso un fine e agisce da intermediario rispetto a questo fine. E' pertanto finalizzato a quelli su cui si esercita, non a unità superiori come la città, il territorio, lo stato, il sovrano [...] E' un potere, inoltre, che si indirizza a tutti e a ognuno nella loro paradossale equivalenza, e non all'unità superiore formata dal tutto». Michel Foucault, *Sicurezza, Territorio, Popolazione*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 103. Inoltre, si veda Michel Foucault, 'Omnes et singulatim. Verso una critica della ragion politica'. In Michel Foucault, (1994) *Biopolitica e liberalismo*, Edizioni Medusa, Milano, 2001, pp. 107-147.

**Parte Quarta. Conclusioni. Crisi,  
paradossi, evoluzioni ed eterni ritorni: la  
legittimità dell'ICTY**



# Capitolo Settimo. Il paradosso critico dell'ICTY tra guerra e diritto. Effetti collaterali di nuovi processi di democratizzazione

## 7.1 *Il vincolo inscindibile tra guerra e diritto*

«Nessuno può regnare innocentemente»

Louise Antoine De Saint-Just

All genuine political theories presuppose man to be evil.

Carl Schmitt

Nelle prime due parti di questa ricerca sono state ricostruite, appellandosi al metodo genealogico, le due principali traiettorie su cui si basa l'istituzione del tribunale penale per la Ex Jugoslavia: il conflitto –o, in altre parole la Guerra- e il diritto internazionale.

Abbiamo ripercorso la genesi degli scontri, le peculiarità del conflitto, l'intervento Nato e i 78 giorni di bombardamenti su Belgrado.

A quest'analisi, si è accompagnata una ricostruzione delle tappe salienti della storia e filosofia del diritto internazionale.

La “spina dorsale” di questa ricostruzione è stata l'analisi proposta da Carl Schmitt nel *Nomos della terra*, la controversa ricostruzione dello *jus publicum*

*europaeum*, che sfocia nella teoria dei grandi spazi, il progetto del *Grosse Raum* che costò all'autore una condanna davanti a Norimberga<sup>292</sup>.

In questo percorso attraverso la storia del diritto internazionale e le sue interpretazioni abbiamo osservato come diritto e guerra siano spesso contingenti e come nelle loro differenti declinazioni si possano delineare i perimetri della sovranità statale e dello *jus puniendi*.

La questione si pone come un problema di confine e sui confini: dove si colloca il limes tra guerra e diritto? Questa domanda trova una prima risposta definita nel pensiero di Thomas Hobbes, nell'artificio del contratto sociale che sancisce l'uscita dell'uomo dallo stato di *bellum omnium contra omnes*, teorizzando una netta distinzione tra "interno" ed "esterno".

Foucault ricostruisce abilmente questo meccanismo in *Il faut défendre la société*, una raccolta di scritti sul tema della guerra e la sua correlazione con la politica. Si può pensare un diritto solo irenico, o, al contrario, una norma di origine solo polemogena? A supporto delle teorie ireniche del diritto, possiamo ricordare i promotori del c.d. "garantismo", quali Kelsen<sup>293</sup>, Habermas<sup>294</sup> e, in Italia, Bobbio<sup>295</sup> e Ferrajoli<sup>296</sup>, ma c'è anche chi sostiene che nonostante i

---

<sup>292</sup> C. Schmitt (1974), *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano 2003.

<sup>293</sup> H. Kelsen (1944) *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino, 1990

<sup>294</sup> J. Habermas (1996) *L'inclusione dell'altro*, Feltrinelli, Milano, 2008.

<sup>295</sup> N. Bobbio (1984) *Il problema della guerra e le vie per la pace*, Il Mulino, Bologna, 1984.

<sup>296</sup> L. Ferrajoli (1989) *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2004.

molteplici tentativi di separazione, diritto e guerra permangono connessi, sposando le tesi che vedono un continuum tra i due: in particolare, le teorie di Clausewitz<sup>297</sup>, Schmitt<sup>298</sup> e Foucault<sup>299</sup>.

Al contrario, qual è la prima connessione tra guerra e diritto? Sicuramente la componente violenta interseca entrambi i fenomeni, si pensi alla celebre definizione weberiana di Stato come «impresa politica a carattere istituzionale deputata ad esercitare il monopolio legittimo dell'uso della forza». Analizzando più a fondo questa relazione, ci accorgiamo di poter elencare almeno cinque differenti fenomeni a sostegno della nostra ipotesi, cristallizzate nella storia del diritto: è il caso dello *Jus in bello*, regolazione giuridica del diritto di guerra; lo *Jus ad bellum*, ossia il diritto a fare la guerra, nelle forme codificate da Francisco de Vitoria, la violenza politica sia nella forma della violenza di stato e della violenza contro lo Stato, assieme al suo pendant giuridico, la fattispecie del reato politico, istituto ibrido che deroga a molte garanzie nel nome dell'emergenza; il diritto penale del nemico, categoria generale che equipara il nemico al criminale, e, infine, il settore più rilevante per quest'analisi, ossia il diritto penale internazionale, forma di punizione giuridica dei crimini di guerra.

---

<sup>297</sup> Karl von Clausewitz *Della guerra*, A. Mondadori, Milano, 1995.

<sup>298</sup> Carl Schmitt *Le categorie del politico*, Il mulino, Bologna, 1986; Carl Schmitt, *Teoria del partigiano : note complementari al concetto di politico*, Il saggiatore, Milano, 1981.

<sup>299</sup> Michel Foucault (1997) *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano, 2008.

Prima di esaminare queste categorie, è opportuno fare un passo indietro, e tornare laddove queste categorie sono state divise, o almeno se n'è tentata una separazione, seppur solamente attraverso artifici retorici.

Per poter compiere questa operazione risulta necessario costruire l'asse cartesiano su cui questi fenomeni possono esser declinati.

Possiamo pensare a due rette perpendicolari con agli estremi delle ascisse il confine della sovranità statale, quindi l'idea di un confine interno (+) ed un opposto confine esterno (-); sull'asse delle ordinate, si posizioneranno le dicotomiche logiche regolative: il politico inteso come ragion di stato (-), e il giuridico (+), inteso come la logica del diritto di tipo garantista. Nel primo quadrante positivo, caratterizzato dalla sfera interna e giuridica, avremo lo Stato di diritto, nel secondo quadrante in cui il fronte interno passa dal giuridico al politico, ci sarà il c.d. Stato di eccezione, sul terzo quadrante giuridico-esterno, avremo la sfera del diritto internazionale, e infine nel quarto quadrante, la c.d. guerra globale.

La costruzione cartesiana serve più che altro come guida del pensiero: i confini, reali o immaginati come questi subiscono sempre modifiche, alterazioni, "balcanizzazioni", e anche queste divisioni ideali tra categorie difficilmente reggono la nitida separazione. Sono proprio quelle zone grigie non definite a creare quella continuità tra guerra e diritto, attraverso la cinghia di trasmissione della violenza, che qui vorremmo in un certo senso mettere a fuoco.

Quindi, cerchiamo di sfumare i fenomeni laddove i margini si fanno labili e di definire le categorie dove possibile.

Se provassimo a separare i piani, l'unica sfera in cui questo è possibile è la sfera lessicale: il diritto penale, e quindi il giuridico, e la guerra sono separati e presentano due vocabolari antagonisti ed escludenti.

In linea teorica, l'atto violento compiuto in guerra assume il nome di azione, in un contesto giuridico tutti gli atti codificati *contra legem* e vettori di violenza (fisica, simbolica) vengono rinominati crimini. Il soggetto agente in un contesto bellico è il nemico mentre il suo corrispettivo in un contesto pacifico è il criminale. Seguendo la codificazione proposta da Walter Benjamin ne *l'Angelus Novus*<sup>300</sup>, si può distinguere tra una violenza-mezzo (usata per dirimere i conflitti e mantenere l'ordine pubblico) e una violenza-fine, che caratterizza la guerra, tra la violenza sancita come potere, e la violenza non sanzionata.

Su questo crinale, è possibile ipotizzare un teorico “spazio interno” ed uno “spazio esterno” oltre i confini definiti dello “Stato”.

Ancora, la logica del diritto penale classico propende per la responsabilità individuale dei crimini, mentre sia lo *jus ad bellum* che lo *jus in bello* sono tesi a regolamentare rapporti tra Stati.

Nei momenti di guerriglia, che non prevedono sovversione dell'ordine democratico, il codice penale tende ad etichettare l'agente della violenza politica come terrorista; al contrario, in contesti bellici, lo stesso viene definito come combattente o guerrigliero.

A regolamentare l'ordine pubblico, nei sistemi democratici, vi è la polizia, nei periodi di guerra, questo compito è affidato all'esercito.

---

<sup>300</sup> Walter Benjamin (1955) *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Einaudi, Torino, 2006

In *medias res*, starebbe la categoria dell'emergenza. La distinzione tra Stato di pace (*état de paix*), stato di guerra (*état de guerre*) e stato di assedio (*état de siège*) risale al Decreto dell'8 Luglio 1791 dell'Assemblea costituente francese, che definisce lo stato d'assedio come lo stato in cui «tutte le funzioni di cui l'autorità civile è investita per il mantenimento dell'ordine e della polizia interna passano al comandante militare, che le esercita sotto la sua esclusiva responsabilità<sup>301</sup>».

Questa definizione ben si adatta al c.d. stato di eccezione descritto da Schmitt, alla *martial law* inglese e al principio di necessità<sup>302</sup>.

Nella storia del Novecento, molte volte le prassi emergenziali hanno teso a mantenere la “forma” normativa dello Stato di diritto, ma hanno derogato nelle pratiche, in nome della protezione dell'esistenza dello Stato stesso. Si è assistito, quindi, ad un passaggio de facto da forme di *herrschaft* a forme di *macht*: cambiando la natura del potere che si esercitava, non ne veniva intaccata la nomenclatura.

Questo processo ha subito un repentino cambiamento con la fine della Guerra Fredda. La caduta del muro di Berlino, lo scoppio del primo conflitto nel Golfo, le guerre nella ex Jugoslavia, la guerra in Rwanda, i bombardamenti su Belgrado fino alla caduta delle torri gemelle l'11 settembre 2001 e le conseguenti guerre in Afghanistan e Iraq, hanno cambiato la logica della guerra. Il conflitto si è staccato dai modelli Westfaliano e ginevrino, la guerra è divenuta “preventiva”,

---

<sup>301</sup> T. Reinach, (1895) *De l'État de siège, Étude historique et juridique*, Pinchon, Paris.

<sup>302</sup> G. Agamben, (2003), *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

“umanitaria”, o, ancora, strumento di polizia internazionale. L’arricchimento del lessico bellico non è stato il solo effetto: a questo si sono affiancati istituzioni giuridiche ed un diritto penale internazionale, che ha trovato nelle prassi giudiziarie dei tribunali ad hoc legittimazione dottrinale e strumento esegetico. Sebbene vi siano stati diversi episodi nella storia europea che avevano fatto presagire un cambio di prospettiva, come abbiamo visto in precedenza, è con il caso Tadić (vedi, supra) che ha avviato una nuova prassi giudiziaria: una produzione normativa che prevede la responsabilità individuale per i crimini di guerra. Questa forma d’ibridazione si muove, sul piano teorico, spinta da nobili principi: punire l’efferatezza dei crimini (qui emerge la controversa categoria del genocidio) e la tutela dei diritti umani in termini universalistici. Tuttavia, questo modello rischia di subire la forte spinta repressivo-restitutiva e di produrre equilibri e squilibri di potere complessi da gestire (chi è legittimato a giudicare? E, soprattutto, chi è legittimato a punire?), che spesso possono sfociare in forme di colonialismo giuridico e di “soggezione” degli stati giudicati rispetto ai giudicanti<sup>303</sup>.

Come valutare quale di queste componenti abbia prevalso? Come riuscire a “misurare” la democraticità di un’istituzione nuova, di una giustizia penale che prescinde dallo Stato, su cui il potere punitivo si è storicamente fondato?

---

<sup>303</sup> D. Zolo (2007) *Da Norimberga a Baghdad: la giustizia dei vincitori*, Laterza, Bari

## 7.2 *Il paradosso critico dell'ICTY*

Per affrontare in modo analitico la complessità delle relazioni tra guerra e diritto e la loro compresenza nel tessuto giuridico e nell'operato del tribunale, abbiamo adottato una definizione descrittiva che ne ricomprendesse le molte aporie. Abbiamo scelto di analizzare l'ICTY con la costruzione del concetto di "Paradosso critico". *Paradosso* è parte del lessico socio-giuridico, e rientra nella "cassetta degli attrezzi" di Niklas Luhmann: nella teoria sistemica, infatti, con paradosso si intende la coesistenza nel sistema di due forze contrastanti, due poteri antinomici. Definisco l'ICTY un paradosso poiché, come istituzione, presenta in nuce tendenze dicotomiche che si polarizzano. Da un lato possiamo riconoscere l'eredità del tribunale di Norimberga e Tokyo, il rischio di ricadere nel solco dei "tribunali dei vincitori" che hanno rappresentato (seppur con molti distinguo) il primo esempio di queste nuove forme di giustizia sovranazionale; dall'altro abbiamo l'esempio della Corte Penale Internazionale (ICC), modello recente di un accordo pattizio sulla giustizia penale Internazionale. Se il tribunale di Norimberga e l'ICC rappresentano i due estremi, i due modelli che si negano, l'ICTY si trova nel mezzo e rappresenta il "paradosso" delle due istituzioni antinomiche. L'ICTY può essere visto come la membrana osmotica tra due polarizzazioni (giuridiche) configgenti. Questa è solo la prima della serie di dicotomie che possiamo riscontrare nell'ICTY; il tribunale si contraddistingue per: a) la coesistenza del cosiddetto *jus in bello*, conosciuto anche come legislazione di guerra (che aveva disciplinato in parte il tribunale di Norimberga) e la nuova forma di diritto penale che caratterizza il tribunale. I crimini perseguiti sono, infatti, abusi del diritto di guerra, giudicati in conformità a un nuovo diritto penale

che trova la sua fonte primaria nelle convenzioni di Ginevra; b) la difficile separazione tra responsabilità di Stato e colpa individuale. Il tribunale presenta una competenza limitata alla persecuzione degli individui, nonostante la casistica presenti una stretta connessione con i c.d. *Crimini di Stato*: è il caso del reato collettivo che rientra nella fattispecie della *Joint criminal enterprise*. Il tribunale, infatti, è stato più volte chiamato a rispondere del possibile coinvolgimento della Repubblica Serba di Slobodan Milosevic nel compimento del genocidio bosniaco; c) La distinzione tra *Ragion di Stato* e *Ragion Giuridica*. Secondo Machiavelli, possiamo separare la logica politica che governa gli affari statali e la logica giuridica che risponde al principio di legalità. Nell'ICTY ci troviamo di fronte ad una commistione delle due logiche; d) La teorizzazione Schmittiana che distingue tra la categoria del Politico che traduce il mondo nel codice binario "Amico-Nemico" e la categoria del *Giuridico* che è la logica vigente in tempo di pace. Per riassumere, ci affidiamo alle parole di Guenter Lewy, che descrive uno spazio intermedio "dove l'ordine legale di guerra finisce ed inizia l'umanità" nel quale possiamo collocare il paradosso dell'ICTY. Come uscire dalle dicotomie e risolvere il paradosso? Al termine paradosso all'inizio di questo breve contributo, abbiamo affiancato l'aggettivo critico. Critico qui utilizzato nella sua doppia significazione: prima di tutto critico come attinente alla crisi, il momento di debolezza della rule of law. Il tribunale è una crisi, un momento d'infermità del sistema giuridico che cerca di riadattare le categorie nazionali al piano internazionale. Il termine crisi risulta qui importante anche nel suo significato etimologico, da *krino* che significa separazione, scelta, decisione. Il tribunale si pone come obiettivo (teorico) il superamento (o forse il misconoscimento) di una delle due parti che costituiscono le dicotomie, al fine della risoluzione del paradosso attraverso la scelta.

L'analisi e il confronto, il tentativo di un'epistemologia della legittimità potrebbe favorire il superamento del paradosso.

### ***7.3 Il Tribunale Internazionale e l'eredità di Norimberga: ancora una giustizia dei vincitori?***

L'ultimo paragrafo solleva alcune importanti questioni, e, principalmente, come superare il paradosso? E' possibile risolvere il contrasto tra guerra e diritto? Com'è possibile una scelta tra le antinomie? Per trovare una risposta a queste domande molto ambiziose, ci siamo dotati di uno strumento analitico che verrà confrontato con i differenti modelli e teorie prese in esame.

Il contrasto si potrà notare tra le prime due parti della tesi e la terza evidenza la distanza esistente tra un modello di giustizia (innovativo) e le categorie a disposizione per poterlo interpretare.

Questo è il primo risultato di quest'analisi: qualunque sia l'autore che sarà privilegiato, vi è, comunque una distanza concettuale tra le nuove forme di potere punitivo e gli strumenti cognitivi che la sociologia del diritto (penale) possiede per valutarne l'efficacia e la democraticità o meno.

Tuttavia, i diversi percorsi operati dagli autori possono essere riassunti e presentano alcuni tratti comuni: il concetto di legittimità e i differenti processi di legittimazione, come abbiamo visto nelle teorie esaminate in precedenza, si sviluppano a volte sul piano normativo, altre volte su quello fattuale, altre ancora su entrambi i livelli.

Il differente livello concettuale su cui si fonda la legittimazione ne definisce i diversi approcci al potere, e, se applicata all'ICTY, provoca effetti molteplici sul "paradosso critico".

Per Max Weber, la definizione di legittimità e il processo di legittimazione devono fondarsi sul piano fattuale: si basa, infatti, sulla credenza dei cittadini che legittimano il potere dell'autorità attraverso l'obbedienza, una scelta ed un'azione razionale.

Secondo questo assunto, per verificare la democraticità dell'ICTY basterebbe valutare l'obbedienza dei cittadini a quest'istituzione.

Ma chi dovrebbe obbedire al tribunale? I criminali? Le altre popolazioni? L'umanità tutta? L'eccezionalità del tribunale non spiega quale sia l'arena sociale, quella che Durkheim chiamerebbe 'la coscienza collettiva' che dovrebbe essere costruita attraverso la somministrazione della pena.

Quest'assunto pone il principale problema della giustizia penale internazionale: a chi si rivolge questo strumento punitivo, se come argomentava Fatic in precedenza, i soggetti internazionali si dividono in "agenti" e "partecipi" o, peggio ancora, "territori", sfondi per una giustizia esemplare (e morale) nei confronti dell'umanità (occidentale)?

A sostegno di questo, è interessante ricordare le molte reticenze da parte della Croazia e, soprattutto della Serbia, per la consegna dei criminali contumaci,

oltre alla ormai celebre dichiarazione rilasciata da Slobodan Milosevic all'inizio del suo processo<sup>304</sup>.

Infine, è importante richiamare le recenti vicende riguardanti l'arresto del nemico pubblico n°1, Radovan Karadzic, che, oltre a trovarsi nella capitale Serba, è stato oggetto di contrattazione politica dichiarata, "corpo" di Stato da barattare con il riconoscimento (o meno) dell'indipendenza del Kosovo.

Queste 'resistenze' dal basso possono bastare a delegittimare il potere dell'istituzione giudicante sul piano fattuale?

Se decidiamo di applicare invece la prospettiva Schmittiana, il paradosso si sposta tutto sul lato del 'politico': il tribunale e le sue azioni sono direttamente l'espressione della "decisione sovrana", in questo caso, la decisione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, ogni decisione costituirebbe una decisione sovrana. Il tribunale sarebbe solamente una forma più elaborata e mascherata di "tribunale dei vincitori" (o dei potenti) che maschera il potere attraverso il linguaggio e i rituali della giustizia, muovendosi nel solco tracciato da Norimberga, usando non il contesto militare, bensì quello democratico.

Seguendo il filo conduttore proposto da Luhmann il processo di legittimazione coinvolgerebbe solamente il livello normativo, e possiamo assistere

---

<sup>304</sup> Slobodan Milosevic, alla prima udienza del processo a suo carico, dichiarò: «*I consider this Tribunal a false Tribunal and the indictment a false indictment. It is illegal being not appointed by the UN General Assembly, so I have no need to appoint counsel to illegal organ*». Initial Appearance July 3rd 2001, trascrptions».

ad una forma di 'legittimazione attraverso le procedure'. Se applichiamo questa definizione al caso dell'ICTY, possiamo richiamarci allo schema delle procedure garantiste nel diritto penale proposte dal Luigi Ferrajoli in *Diritto e ragione. Una teoria del garantismo penale*<sup>305</sup> nel quale si distingue tra "garanzie ordinamentali" e "garanzie procedurali" per riuscire a discernere quali sono le procedure legittimanti in senso luhmaniano. Nel lessico di Ferrajoli, con "garanzie ordinamentali" si intendono tutte quelle garanzie relative alla creazione del giudice, la sua posizione istituzionale, le sue relazioni con gli altri poteri statali e con gli altri soggetti del giudizio. Sono le garanzie di indipendenza, imparzialità, responsabilità, la separazione tra magistratura giudicante e inquirente, l'istituzione del giudice naturale. Il caso dell'ICTY presenta alcune anomalie, già sollevate nella prima decisione sulla giurisdizione: il problema della retroattività della costituzione dei reati, il problema dell'indipendenza dello stesso dal consiglio di Sicurezza dell'ONU, il problema del giudice naturale. Con "garanzie procedurali" Ferrajoli intende tutte le garanzie relative alla formazione del giudizio, la raccolta delle prove, degli atti difensivi, il diritto alla difesa, in breve tutto l'apparato giudicio ricollocabile sotto la c.d. "rule of law" moderna.

Come abbiamo visto, le procedure sono state scritte "in corso d'opera" e le "Rules and procedures" modificate 42 volte dalla prima udienza.

---

<sup>305</sup> L.Ferrajoli (1989), *Diritto e ragione. Per una teoria del garantismo penale*. Laterza, Bari, 2004.

Anche valutandole all'oggi, la dimensione procedurale ha assunto una connotazione troppo "dinamica" per poter garantire un pieno controllo dei poteri tramite la loro burocratizzazione.

Inoltre, possiamo costruire la nostra legittimità sociale solamente basandoci sul piano normativo?

Infine, se adottiamo una prospettiva habermasiana, dobbiamo distinguere nuovamente tra piano normativo e fattuale. La definizione offerta da Habermas richiederebbe una fondazione del tribunale nel complesso delle leggi a tutela dei diritti umani, che ne offrirebbero la legittimazione sul piano normativo e, come abbiamo visto, sebbene il tribunale si richiami esplicitamente alle carte a protezione dei diritti umani e le Convenzioni di Ginevra, in queste, come abbiamo visto in precedenza, non vi è un riferimento specifico ad una loro giustiziabilità, ed, in particolare, ad una giustiziabilità tramite uno strumento ad hoc come l'ICTY. Inoltre, questo non sarebbe comunque sufficiente. In accordo con Weber, anche per Habermas è necessaria una produzione di legittimità fattuale attraverso il consenso, piano cognitivo su cui il processo risulta ancora una volta fallace.

La nostra ricognizione delle teorie porta ad una riflessione conclusiva: se il tribunale risulta illegittimo sul piano sociale (e normativo) rispetto a tutte le categorie che abbiamo esaminato, oltre a dichiararne la non democraticità, forse dovremmo interrogarci su come le nostre stesse categorie, che si affidano sul consenso, necessitino di correttivi a fronte della loro applicazione ad un contesto internazionale.

Possiamo mantenere questi parametri, ed arrenderci alla prospettiva schmittiana che riconosce all'ambito internazionale un dominio totale del 'politico' ed un sistema giuridico completamente asservito ai voleri e agli umori delle relazioni economiche e di potere.

La questione della legittimità richiede uno specifico confronto con il potere, sulla sua essenza multiforme, ma anche con il legame simbiotico con la dimensione della sovranità statale che si riproduce, uguale a se stessa, a qualunque livello, dal più basso della catena della sussidiarietà politica, della regionalizzazione al più alto gradino dell'internazionalismo.

Non potendo più appellarci ad una fonte divina di legittimità che aveva giustificato gli abusi di potere nella fase pre-moderna della storia e il dominio incontrastato dell'oligarchia da esso investita, dobbiamo ripensare le categorie affinché questo tipo di deficit partecipativo non si riproponga in questo momento di crisi della forma-Stato. Dobbiamo impedire che anche le interpretazioni riducano i cittadini possessori di diritti a generiche collettività, popolazioni, o come direbbe Canetti, masse indistinte.

Sulle masse, infatti, gli stereotipi della persecuzione hanno un potenziale di presa, così come le unghie rapaci del colonialismo che muta strumenti e forme, ma non nietzschiana volontà di potenza.

E' necessario trovare un canale per la partecipazione dei singoli, degli individui ai processi di legittimazione: come scrive Habermas, la condizione di consenso è necessaria, anche per valutare il dissenso, il disaccordo, le resistenze al potere.

Una rivalutazione dell'audience della giustizia internazionale sarebbe auspicabile per evitare gli scivolamenti del potere soprattutto nei momenti di crisi, di scelta tra le istituzioni, di separazione tra fasi di stabilità democratica e fasi di autoritarismo (più o meno celato).



## BIBLIOGRAFIA

AA. VV. *Diritto penale internazionale*, Giuffr , Milano, 2006.

Agamben, G. (1995) *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino.

Agamben, G. *Stato d'eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p.11.

Agamben G. (2005) *State of Emergency* an extract from a lecture given at the Centre Roland-Barthes Universite Paris VII, Denis-Diderot.

Amendola A. (1999), *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, Edizioni scientifiche italiane, Salerno.

Appelbaum A.I. (2004), *Legitimacy in a bastard kingdom*, working papers, Center for public leadership, Harvard University, 2004.

Arendt H., (1964), *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano, 2003.

Arendt H., (1973), *The Origins of Totalitarianism*, New York, (trad. It. di A. Guadagnin, *Le origini del totalitarismo*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2004).

Aristotele, *Opere*, Laterza, Roma-Bari, vol. IX.

Bassiouni M. C. *Etude historique 1919-1998*, Nouvelles Etudes Penales, 1999, 2.

Beetham D. (1991), *The Legitimation of power*, Humanities Press, Atlantic Highlands, N.J.

Belvisi F., “Niklas Luhmann e la teoria sistemica del diritto”,  
in Massimo La Torre e Gianfrancesco Zanetti *Seminari di filosofia del  
diritto: categorie dal dibattito contemporaneo*, Rubbettino, Soveria Mannelli,  
2000, p.230.

Benhabib, S. (2006), *Cittadini globali*, Il Mulino, Bologna.

Benjamin W. (1978), [Zur Kritik der Gewalt], *Angelus Novus.  
Saggi e frammenti*. Einaudi, Torino.

Bix H., *Hirohito and the making of modern Japan*, New York,  
HarperCollins, 2000.

Bobbio N., (1992) *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni  
scientifiche italiane Napoli.

Bobbio N., (1984) *Il problema della guerra e le vie per la pace*, Il  
Mulino, Bologna, 1984.

Bobbio N., (1990) *Le età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

Boister N.- Cryer R., *The Tokyo International Military Tribunal: a reappraisal*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008.

Boudon Raymond, - Cherkaoui Mohamed (edited by), *Central Currents in Social Theory*, vol I-II, London, 1997.

Boudon Raymond, - Cherkaoui Mohamed (edited by), *The Classical Tradition in Sociology, The European Tradition, vol.IV*, London, 1997.

Boustany K., Dormoy D., *Génocide(s)*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

Bracton H. (1968), *De legibus et consuetudinibus Angliae*, Harvard University press, vol. II.

Brackman A.-C., *The Other Nuremberg: the Untold Story of the Tokyo War Crimes Trial*, William Morrow and Company, New York 1987.

Brook T., “The Tokyo Judgment and the Rape of Nanking”  
The Journal of Asian Studies 8-2001.

Butler, J. *Scambi di genere. Identità, sesso e desiderio*, Sansoni, 2004.

Canetti, E. (1960) *Massa e potere*, Adelphi, Milano, 1981.

Cassese A., (1984) *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*,  
Il Mulino, Bologna.

Cassese A., “Genocide”, in, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I (a cura di Cassese A., Gaeta P., Jones J.R.W.D.), Oxford University Press, Oxford, 2002

Cassese, A. *International Law*, Oxford University press, Oxford, 2002.

Cassese, A. *International Criminal Law*, Oxford University press, 2003.

Cassese, A. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

Chomsky N., *Il processo impossibile*, "L'Internazionale" n° 525, 5 febbraio 2004.

Cockayne J., *Hybrids or Mongrels? Internationalized War Crime Trials as Unsuccessful Degradation Cerimonies*, *Journal of Human Rightst*, 4: 455-473, 2005, p. 455.

Collins R. (1988), *Theoretical Sociology*, Harcourt Brace Jovanovich, San Diego.

Constant B., (1815) *Principles of Politics applicable to all governments*, Indianapolis: Liberty Fund, 2003

Costantino S., *Sfere di legittimità e processi di legittimazione. Weber, Schmitt, Lubmann, Habermas*. Giappichelli editore, Torino, 1994,.

de Benoist A. *Oltre i diritti dell'uomo: per difendere le libertà*, Settimo Sigillo, Roma, 2004.

De Fontanette F. *Il processo di Norimberga*, Editori Riuniti, Roma, 1997.

De Visscher C., *De la belligerance dans ses rapports avec la violation de la neutralité*, conferenza del 28 Luglio 1916 («Grotius Society» II).

De Vitoria F., (1539) *De iure belli*, Laterza, Bari, 2005.

Deflem M., (1996), *Habermas, Modernity and Law*, edited by Mathieu Deflem, Sage, London.

Demandt A., (1996) *Processare il nemico*, Einaudi, Torino.

Derrida J., *In forza di legge*, Bollati Boringhieri, Torino, 1994.

Dower J., *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II*,  
New York, W.W. Norton, 1999;

Deflem Mathieu 1996 "Introduction: Law in Habermas's  
Theory of Communicative Action." Pp. 1-20 in *Habermas, Modernity and  
Law*, edited by Mathieu Deflem. London: Sage.

Draskovic B. (1960), *Socijalistička revolucija u Jugoslaviji (The  
Socialist Revolution in Yugoslavia)*, Naprijed, Zagreb.

Dyzenhaus D. (1997), *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans  
Kelsen and Herman Heller in Weimar*, Oxford University press.

Dupuy P.-M. *L'Unité de l'ordre juridique International. Cours general de droit international public*, 297, Recueil des Cours de l'Académie de droit international (Leiden: Nijhoff, 2003).

Durkheim É. (1893) *La divisione del lavoro sociale* (introduzione di Alessandro Pizzorno), Edizioni di Comunità, Milano, 1999.

Dürrenmatt F. (1981), *Racconti*, Feltrinelli, Milano, 2003.

Endicott S.- Hagerman E., *The United States and Biological Warfare: Secrets from the Early Cold War and Korea*, Bloomington, Indiana University Press, 1999.

Falk R., *The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order*, in C. A. Blach.- R.A Falk (a cura di) *The future of International Legal Order*, I, Princeton University Press, Princeton, 1969.

Fatić A., (2000) *Reconciliation via the War Crimes Tribunal?*, Ashgate, Aldershot, p. 5.

Febbrajo A. (1995). “Introduzione”. In Luhmann N. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, p. XI.

Ferrajoli L. (1989), *Diritto e ragione. Per una teoria del garantismo penale*. Laterza, Bari.

Ferry J.-M. (1987), *Habermas. L'éthique de la communication*, Presses Universitaires de France, Paris.

Ford R.T. (1999), *Law's Territory (A History of Jurisdiction)*, “Michigan Law Review” n°97, pp.843-930

Foucault M. (1976), *La volontà di Sapere. Storia della sessualità 1*, Feltrinelli, Milano.

Foucault, M. (1997), *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano, 1998

Foucault, M. (2004) *Sicurezza, Territorio, Popolazione*, Feltrinelli, Milano.

Foucault M. (1979), 'Omnes et singulatim. Verso una critica della ragion politica'. In Michel Foucault, (1994) *Biopolitica e liberalismo*, Edizioni Medusa, Milano, 2001

Frank R.- B., *Downfall: The End of the Imperial Japanese Empire*, New York, Penguin Books, 1999;

Franck, T. *Humanitarian law*, in Philosophy of International Law, edited with John Tasioulas, Oxford: Oxford University Press 2009.

Gamberini A. – Orlandi R. (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi editore, Bologna, 2007, p. 382-383.

Girard, R. (1987), *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano.

Giddens A. (1971), *Capitalismo e teoria sociale. Marx, Durkheim, Weber*, Il Saggiatore, NET, Milano, 2002.

Gramsci A., (1971), *Scritti politici*, Editori Riuniti, Roma.

Graven J., *Les Crimes contre l'Humanité*, in Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 76, 1950, pp. 433-605.

Greppi E., *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Utet, Torino, 2001.

Gross Leo, *The Peace of Westphalia, 1648-1948*, American Journal of International Law, 42,1,(1948).

Grozio Ugo, *Il diritto della guerra e della pace*, (introduzione di Francesca Russo, premessa di Salvo Mastellone), Centro editoriale toscano, Firenze, 2002.

Habermas, J. (1973) *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Laterza, Bari, 1982.

Habermas, J. (1981) *Teoria dell'agire comunicativo*, voll. 1-2, Il Mulino, Bologna, 1991.

Habermas, J. (1992) *Fatti e norme*, Guerini e associati, Milano, 1996.

Habermas, J. "Interpeting the fall of a Monument" German Law Journal 4 (2003), p. 706.

Habermas, J. (1996), *L'inclusione dell'altro*, Feltrinelli, Milano, 2008.

Hedges C., "Kosovo's Next Masters?" FOREIGN AFFAIRS (May/June 1999): 24.

Heller H. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 4 (Berlin 1928)

Heller H. *Dottrina dello Stato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988.

Heller H. *Stato di diritto o dittatura? e altri scritti (1928-1933)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998.

Henham R. (2003) “*Some issues for sentencing in the International Criminal Court*”, *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford University press.

Hobbes T., *Leviatano*, Bompiani, Milano, 2001.

Hobsbawm E.J., (1987), *L'età degli imperi*, Laterza, Bari, 1992.

Hobsbawm, E.J., *Il secolo breve 1914-1991*, Bur Storia, Giugno 2004.

Hoekema, A.J.- Van Manen N.F. (1994, 2000) *Typen van legaliteit. Recht en maatschappelijke orde in de 20ste eeuw* (Types of Legality. Law and Social Order in the 20th Century). first edition, Deventer: Kluwer 1994

Hoekema, A.J.- Van Manen N.F. *Typen van legaliteit. Ontwikkelingen in recht en maatschappij* (Types of Legality. Development in Law and Society). Second edition, Deventer: Kluwer 2000.

Ignatieff, M. (2001) *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003.

Illuminati G. – Stortoni L. – Virgilio M., *Crimini Internazionali tra diritto e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2000.

Jaspers, K. *La colpa della Germania* a cura di Renato De Rosa, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1947.

Jaspers K. *La questione della colpa : sulla responsabilità politica della Germania*, Cortina, Milano, 1996.

Jescheck H.H., *Genocide*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 1985, vol. 8.

Jellinek, G. *Die rechtliche Nature der Staatenvertrage*, Holder, Wein, 1880.

Kant I., (1785) *Fondazione della metafisica dei costumi*, Laterza, Bari, 1988.

Kant, I. (1795) *Zum ewigen frieden*, trad. It Roberto Bordiga, *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, Milano.

Kelsen, H. 'Das Urteil des Staatgerichtshof vom 25. October 1932' [The court's judgement of the 25 October 1932] *Die Justiz* 6 (1930-1931), 576.

Kelsen, H. ‘*Wer soll der Hüter der Verfassung Sein?*’ [*Who should be the Guardian of the Constitution?*] *Die Justiz*, 8 (1932-1933), 65.

Kelsen H., *Law and Peace in International Relations*, The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-41 (1952).

Kelsen, H., (1934) *La dottrina pura del diritto*. Einaudi, Torino, 1991.

Kelsen H., *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti*, ARE, Roma, 1932.

Kelsen, H. (1944), *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino, 1990.

Kelsen H. (1947), *Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?* “The international law quarterly” 1947, 2, pp. 153-171.

Kelsen H. (1950), *The Law of the United Nations* Frederick A. Praeger, New York.

Kelsen H.(1967), *Principles of International Law*, New York, Holt, Rinehart and Winston, Inc., third ed..

Kelsen, H., *Il processo di Norimberga ed il diritto internazionale*, in Nuovi Studi Politici, vol. XIX, ottobre-dicembre 1989, p. 110.

Kissinger H.A. *The Pitfalls of Universal Jurisdiction*, Foreign Affairs 80 (4), 2001, p. 77.

Kirkheimer O., (1972) *Giustizia Politica*, Liberi Libri, Macerata, 2002.

Kohen J. L. (1995), *Broken Bonds – Yugoslavia's disintegration and Balkan politics in transition*, West view press.

Konomi A., *I Balcani secondo gli Albanesi*. Intervista a B. Mahmuti, in "Limes" (1998), n°3, pp. 123-126.

Koskenniemi M., *International Law as Political Theology*, "Law in Social Theory". Constellations Volume 11, Number4, 2004, p. 466.

Kunz J.L., *The United Nations Convention on Genocide*, in American Journal of International Law, 1949, pp. 738-746,

Lael R. L., *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, Wilmington, DE, Scholarly Resources, 1982.

Lefebvre H., (1991) *The production of space*, Paperbacks.

Lemkin R., *Axis Rule in Occupied Europe*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944.

Louria, M. (2000) *Triumph and downfall: America's pursuit of peace and prosperity, 1921-1933*, Westport, London.

Luban, D., *Legal modernism*, University of Michigan Press, 1994.

Luhmann N. (1972) *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977.

Luhmann N. (1983), *Legitimation Durch Verfahren*, Suhrkamp, Frankfurt a M.

Luhmann N. –De Giorgi R. (1992), *Teoria della Società*, Franco Angeli, Milano.

Maga T. P., *Judgment at Tokyo: The Japanese War Crimes Trials*, University Press of Kentucky, 2001.

Marra R., *La religione dei diritti. Durkheim-Jellinek-Weber*, Giappichelli, Torino, 2006.

Matvejevic P., *I Balcani*, saggio pubblicato su Predrag Matvejevic official homepage: <http://giardini.sm/matvejevic/balcani.htm>). J.

Miner R. H., *Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1971.

Nietzsche F. W., *Umano, troppo umano*, Adelphi, Milano, 1981.

Palmisano G., *L'ammissibilità del ricorso alla forza armata a fini umanitari e la guerra del Kosovo*, La Comunità Internazionale, 2003, n. 1, pp. 17-45.

Panebianco M. - Ascolese C. - Tafuri A. (1993), *Dossier ex-Jugoslavia: 1991-1992*, Elea press, Salerno.

Paolini F. *A dieci anni dal processo di Norimberga: la sua giustificazione*, Cappelli, Bologna, 1956;

Pavlowitch S. K. (1992), *Yugoslavia's great dictator, Tito*, United Kingdom by Hurst and co. Ltd.

Philipose E. *Prosecuting violence, performing sovereignty: the trial of Dusko Tadic*, "International Journal for the Semiotics of Law", 15, 159-184, 2002.

Piccigallo P. R., *The Japanese on Trial: Allied War Crimes Operations in the East, 1945-1951*, Austin, TX, University of Texas Press, 1979.

Pirjevic (2001), *Le guerre jugoslave 1991-1999*, Einaudi, Torino, 2002

Report of the Secretary-General, *The rule of law and transitional justice in conflict and post conflict societies*, UNDoc. S/2004/616\* (Aug. 23, 2004) para.42.

Resta E., *La certezza e la speranza: saggio su diritto e violenza*, Roma: Laterza, 1992.

Robespierre, M. *La rivoluzione giacobina*, a cura di U. Cerroni, Studio Tesi, Pordenone, 1992.

Robinson N., *The Genocide Convention. A Commentary*, Institute of Jewish Affairs, New York, 1960,

Ronzitti N., *Genocidio*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1969, vol. XVIII, pp. 573-588,

Rosen-Zvi I., *Pigs in space: Geographical separatism in multicultural societies*, in Michael Freeman (Ed) *Law and Sociology (2005) Current Legal issues, Volume 8*, Oxford, Oxford University press, p.3.

Rumiz P., (1996), *Maschere per un massacro - Quello che non abbiamo voluto sapere della guerra in Jugoslavia*, Roma, Editori Riuniti.

Sacco J. (2006), *Gorazde. Area protetta*, Strade blu, Mondadori, Milano.

Schabas W: *Perverse Effects of the Nulla Poena principle: National practice and the Ad hoc Tribunals*, European Journal of International Law, 2000.

Schabas W.A., *Genocide, in International Law. The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000,

Schabas W.A. (2006), *The UN International Criminal Tribunals. The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge University Press.

Schmitt C. (1939), *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte* Deutscher Rechtsverlag, Berlin-Wien.

Schmitt C., *Staat, Grossraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969* 287 (Günther Maschke, ed., 1995).

Schmitt C., (1950) *Ex captivitate salus*, Adelphi, Milano

Schmitt, C. *Verfassungslehre* [Doctrine of the Constitution]  
Munchen 1928.

Schmitt, C. (1974), *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 2003  
pp.164-165.

Schmitt, C. (1995) *Staat GrossRaum Nomos*, Dunker &  
Humblot, Berlin.

Schmitt C. (2006), *Risposte a Norimberga*, Laterza, Bari.

Schmitt C., *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges  
und der Grundsatz «Nullum crimen, nulla poena sine lege»* a cura di Quartisch,  
H., Berlin, 1994.

Schmitt C., *Sul concetto discriminatorio di guerra*, Laterza, Bari,  
2008.

Schmitt C., (1932), *Le categorie del 'politico'*, Il mulino, Bologna, 1972.

Sofocle, *Le tragedie. Aiace-Trachinie-Antigone-Elettra-Edipo re-Filottete-Edipo a Colono*, Grandi classici tascabili, Marsilio, 2004.

Tarantino A. – Rocco R. (a cura di ) *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Giuffrè, Milano, 1998;

Taylor T., *Anatomia dei processi di Norimberga. I crimini del nazismo: l'accusatore racconta*, Rizzoli, Milano, 1996.

Thornhill Chris, "Luhmann Political Theory: Politics After Metaphysics?", *Luhmann on Law and Politics. Critical appraisals publications*, Onati, IISL, 2006

Tucidide, *La Guerra del Peloponneso*, Einaudi, Torino, 1996.

Tudjman F., (1960), *Stvaranje Socialisticke Jugoslavije (The Creation of Socialist Yugoslavia)*, Naprijed, Zagreb.

Vedovato, G. *Diritto Internazionale Bellico*, Sansoni, Firenze, 1946.

Verdirame G., *The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad hoc Tribunals*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 49, 2000, pp. 578-598.

van Manen Niels F., “*Legitimacy and types of Legality*”, Paper submitted to the LSA/RCSL Conference Berlin, 25-28 July 2007

Wacquant L., (1997) *Le astuzie del potere. Pierre Bourdieu e la politica democratica*, Ombre corte, Verona, 2005

Weber, M. *Tra le due leggi*, 1916, pubblicato in Weber, M. *Scritti politici*, a cura di A. Bolaffi, Donzelli, Roma, pp. 39-42.

Weber M., *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania e altri scritti politici*, Einaudi, Torino, 1982.

Weber M., (1922), *Economia e società, vol.I-II- III*, Ed.Comunità, Milano, 1961

Weber M., *From Max Weber: Essays in Sociology*, (with an introduction of H:H. Gerth and C.Wright Mills), Kegan Paul, London, England 1948.

Weil, S. (1988) *La Pesanteur et la Grâce*, trad. It in *Quaderni*, III, p. 158, a cura di G. Gaeta, Adelphi.

Zaninovich G., (1968), *The development of Socialist Yugoslavia*, Johns Hopkins Press (Baltimore).

Zizek S. *Contro i diritti umani*, Il saggiatore, Milano, 2006.

Zolo D., (1995), *Cosmopolis*, Fetrinelli, Milano.

Zolo D., (2001), *Chi dice umanità*, Einaudi, Torino.

Zolo D., *La giustizia dei vincitori da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Bari, 2008.

Zolo D. *Militarismo umanitario?*, in *Philosophy of International Law*, edited with John Tasioulas, Oxford: Oxford University Press 2009.

## Ringraziamenti

E' veramente difficile riassumere in poche parole tutti i grazie che ho detto e lasciato sottinteso in questi tre anni di studio. Un lavoro come scrivere una tesi di dottorato per definizione impone una crescita, che non può avvenire, e non avviene mai in solitaria. Si attinge dai maestri del passato e del presente, istituzionalizzati e non, da discorsi fatti in aule polverose, in biblioteche desolate, ma anche al mare, davanti ad un bicchiere di vino, sotto cieli stellati o ombrelli troppo stretti, in chat striminzite o nel corso di lunghe telefonate.

Vorrei riuscire a ricordare tutti, ma sono certa che qualcuno mi sfuggirà, perché troppi sono i giorni e le notti che rientrano in questo percorso, spesso impervio e qualche volta doloroso.

Quindi, grazie per l'ascolto, in ordine sparso e disordinato come i miei pensieri: a Realino e Danilo, che preferiscono il tu al titolo, e che hanno contribuito a strutturare questo lavoro; a Giuseppe, Ivan, Angelo e Nicola, che come fratelli maggiori mi hanno guidato e criticato, a Luce, Salvatore, Chiara, Fra, compagni di viaggio; all'Istituto IISJ di Onati e ai suoi abitanti nell'anno 2006-2007; ad Antonella, Chiara, Rickard, Riccardo, Carlo, Pietro, Tomaso e i colleghi-amici del dottorato; a Capraia e gli isolani occasionali; a mia mamma, le mie cugine, gli zii, a Betta ed Elena, a Corrado, Bea e Filo, Luca e Roy,

Andrea e Franz, Marta, Alessia, Chiara, Pietro, a mio “marito” e al collegio dottorale, al seminario permanente di Criminologia per i molti dibattiti, al dipartimento di Sociologia della Bicocca e ai suoi abitanti, all’Altro diritto che mi ha fatto sentire coi piedi per terra nei miei voli pindarici.