

# CARL SCHMITT:

LA GUERRA, IL NEMICO, IL DIRITTO INTERNAZIONALE  
ESTRATTO DALLA TESI DI LAUREA IN STORIA DELLA FILOSOFIA POLITICA  
DI

GIOVANNA LENTI  
Parte terza



Carl Schmitt

## INDICE:

Introduzione

<>I La guerra categoria politica

I, 1 La guerra

I, 2 all riconoscimento del nemico fonda la società, la cui natura è conflittuale

I, 3 Il presupposto della politica

I, 4 Gli elementi del nemico e dellamico costituiscono la dialettica della lotta

I, 5 I significati di nemico

II Dalla specificità del nemico specificità di guerra

II, 1 Guerra civile

II, 2 Guerra di religione

II, 3 Guerra totale

II, 4 Guerra esterna

<>

III, La guerra, il diritto, la politica

III, 1 justa causa belli e guerra interstatale

III, 2 jus publicum europeum

III, 3 Il teatro di guerra e la dichiarazione di neutralità

III, 4 diritto internazionale e ineliminabilità della guerra

Conclusioni

Bibliografia

### III, La guerra, il diritto, la politica

#### III, 1 *justa causa belli* e guerra interstatale

La guerra viene regolata dal diritto formale e diviene soggetta a definizione di giusto o ingiusto in merito alla formalizzazione di natura giuridica, non più legata a giudizi morali sulla definizione del giusto.

La tradizione morale era inerente al concetto del nemico ingiusto. La differenza e la legittimità sia del nemico che della guerra proveniva da criteri di natura morale, non giuridici. In Kant il concetto del nemico ingiusto[1] era legato all'attacco immotivato subito[2]. La definizione di giusto seguiva alla rivendicazione non di un diritto che si presumeva leso, violato, o disatteso, ma di una norma morale lesa, violata e disattesa e dunque non ad una condizione che appartiene alla qualità del belligerante. Ciò che non veniva considerato era la posizione di entrambe le forze belligeranti, la possibilità di essere entrambe nel torto o entrambe nel vero e giusto rivendicato. Si considerava la legittimità e la giustificazione di una giustizia contrapposta ad una violazione, giusto era chi reagiva ad un imperativo morale violato, un imperativo morale universalmente accettato. Nello specifico kantiano ingiusto è il nemico la cui volontà, pubblicamente esternata tradisce una massima che, qualora diventasse generale, renderebbe impossibile lo stato di pace tra i popoli, perpetuando invece lo Stato di natura[3] e dunque anche una guerra preventiva contro un simile nemico sarebbe più che giusta. Sarebbe una crociata[4], ma non per impossessarsi poi del territorio. Veniva infatti escluso il diritto di preda, un'azione moralmente condannabile non giustifica una predazione. Non dunque il fine di occupazione o appropriazione doveva caratterizzare una guerra giusta, ma il fine di difesa e annientamento delle forze nemiche attraverso un depotenziamento esercitato anche con uso della forza armata per eliminare la minaccia esternata di violazione della legge morale o dell'accordo di armonia tra popoli[5]. Tutta la definizione kantiana resta legata al problema teologico-morale della colpa, per cui risulta inscindibile il contenuto morale dalla *justa causa*, e viene escluso il depotenziamento inerente alla possibilità futura di minaccia, la risposta alla violazione esiste solo nel momento in cui questa violazione viene esternata o annunciata. Esiste in ciò un limite giuridico, dichiarare una guerra giusta comporta, infatti, un giusto risarcimento, in una guerra giusta ciò che si sottrae al nemico lo si acquista sia per fare giustizia, sia per essere risarciti delle spese di guerra, sia infine per indebolire l'avversario in misura tale che questi non possa più essere di danno[6], un depotenziamento che resta comunque l'obiettivo della lotta. Oltre la natura morale della *justa causa*, per determinare giusta una guerra occorre un'autorità legittimante sia la *justa causa* morale sia la determinazione e la promozione della guerra. La guerra era giusta perché richiesta e condotta da un'autorità superiore indiscutibile, irresistibile, come l'autorità spirituale che agisce sulla terra in nome di Dio. È Schmitt ad indicare l'autorità decidente della Chiesa in materia di guerra giusta, secondo la dottrina medievale della guerra giusta &.[che] si situava in ogni caso nel quadro di una *res publicae christiana* &. Le crociate e le guerre di missione autorizzate dalla Chiesa erano *eo ipso* guerre giuste, prescindendo dal fatto che fossero di aggressione o di difesa &. Il presupposto di tutto ciò era l'autorità giuridica internazionale esercitata da una «*potestas spiritualis*»[7].

Storicamente la conquista territoriale è questione di guerra giusta, con la conquista spagnola dell'America, la guerra giusta diventa tale per una definizione di *justa causa* fornita da Francisco de Vitoria[8] che propose un diritto più ampio quale quello dello *jus gentium*, un diritto che segue al diritto naturale[9], realizzando la prima esplicita universalizzazione del diritto.

Francisco de Vitoria elenca una serie di diritti soggettivi goduti da tutti gli individui: lo *jus communicationis*, lo *jus peregrinandi et degendi*, lo *jus migrandi*, lo *jus praedicandi et annuntiandi Evangelium*[10], posseduti *ex iure gentium*, *quod vel est jus naturale vel derivatur ex iure naturali*. È attraverso l'estensione di questi diritti a tutti gli individui umani e dei sette titoli giuridici che Vitoria legittima la conquista spagnola dell'America con la conseguente imposizione manu militari del Cristianesimo.

Successivamente la giustizia di una guerra si formalizzò in base al riconoscimento del giusto nella qualità del belligerante, non seguiva alla *justa causa* la definizione di giusta guerra, ma alla

condizione dei belligeranti. Ciò accade attraverso la formalizzazione e quindi l'esclusione della condizione morale sia della colpa che della reazione dalla definizione della guerra.

Il passaggio alla formalizzazione di natura giuridica sulla giustezza di una guerra e il definitivo secolarizzarsi della guerra resta legato al riconoscimento dell'impossibilità della determinazione stessa della guerra giusta, e ai dubbi circa la guerra giusta e alla dissoluzione della guerra giusta definita dall'autorità spirituale, dalla dissoluzione dell'incarico di missione assegnato da una potestas spiritualis solida, istituzionalmente stabile al di sopra di ogni dubbio[11].

Il presupposto per una guerra giusta era l'autorità giuridica internazionale esercitata da una potestas spiritualis, un potere che esercitava il suo dovere di istanza d'ordine, attraverso la dottrina della guerra giusta che non si trasformava mai in una guerra civile, ma che rispondeva sempre all'istanza sovrana della potestas spiritualis. L'istanza d'ordine della potestas spiritualis, né le definizioni di San Tommaso[12] permisero, riproposte, di dissolvere i dubbi sorti circa la definizione della giustezza di una guerra. Si avvertì la totale inadeguatezza del postulato della *justa causa belli* sia per un immediato scetticismo umano per cui risulta difficile stabilire da che parte risieda la verità e la giustezza tra antagonisti che sostengono difese e attacchi giusti, sia per un motivo di natura giuridica legato all'autorità competente in materia di dichiarazione di guerra e cioè all'autorità statale e al suo potere esercitato nella decisione che accompagna una guerra.

Si verificò un passaggio di rottura con l'antico uso della guerra, che nacque proprio dai dubbi sulla guerra giusta che Schmitt ripropone riportando le tre tesi di Ayala: primo punto: il carattere giuridico viene trasferito da considerazioni contenutistiche di giustizia nel senso della *justa causa* alle qualità formali di una guerra interstatali di diritto pubblico, condotta da sovrani portatori della *summa potestas*. Secondo punto: il concetto di guerra giusta è formalizzato in quello di nemico giusto. A sua volta il concetto di nemico viene orientato completamente, nello *justus hostis*, attorno alla qualità dello Stato sovrano, per cui - senza alcun riferimento alla *justa* o *injusta causa* - viene stabilita la parità e l'eguaglianza tra le potenze belligeranti e raggiunto un concetto non discriminante di guerra, poiché anche lo Stato sovrano belligerante senza *justa causa* rimane, in quanto Stato, uno *justus hostis*. Terzo punto: la decisione se vi sia o non vi sia una *justa causa* diventa di competenza esclusiva di ogni Stato sovrano[13].

Il concetto di sovranità statale rivoluzionò il modo di intendere e di promuovere una guerra: La svolta storica tra il medioevo e l'età moderna si compie in una duplice separazione di due ordini di idee che per tutta la durata del medioevo erano apparsi inseparabili: nel definitivo distacco dell'argomentazione ecclesiastica e teologico-morale da quella giuridico-statale e nel distacco egualmente importante della questione morale e giusnaturalistica della *justa causa* da quella tipicamente giuridico-formale dello *justus hostis*, distinto a sua volta dal criminale, vale a dire dallo *oggetto di punizione*[14].

Separando la guerra giusta dalla *justa causa* la guerra diventa regolarizzabile dagli Stati, dagli Stati controllata ed esercitata e quindi definibile secondo diritto. La formalizzazione della guerra proviene direttamente dall'autorità statale. Si assiste ad una duplice formalizzazione della guerra la attraverso il diritto e attraverso il nuovo potere sovrano: lo Stato.

L'aspetto giuridico di una guerra viene trasferito dalla causa necessariamente giusta per poter legittimare una guerra ad un'azione statale di per sé giusta e quindi il diritto della guerra si trasferisce nel sistema giuridico formale dei rapporti statali. La giustezza di una guerra viene legata alla giustezza del nemico.

Posta la differenza fondamentale tra nemico interno e nemico esterno, tra *hostis* e *rebellis*, posta la differenza tra le loro proprietà, per guerra si intende solo quella combattuta tra Stati sovrani, tra nemici esterni che sono quindi *justi hostes*. Ne consegue che il conflitto tra *justi hostes* è l'unico che definisce una guerra[15] e quindi che guerra tra Stati è guerra giusta. Il termine giusto significa in questo caso «ineccepibile», «perfetto» nel senso di «adeguato sul piano della forma»[16]. La guerra perfetta secondo la sua forma, definibile *justa*, comporta la presenza di un nemico adeguato e quindi *justum*[17] che definisce la guerra pubblica e dalla quale viene escluso, sempre in base alla caratterizzazione del nemico, tutto il resto: la guerra non pubblica è la guerra non statale .... non è guerra nel senso del nuovo diritto internazionale. Può essere tutto il resto: ribellione sedizione,

turbamento della pace, barbarie e pirateria, ma non guerra nel senso del nuovo diritto internazionale europeo[18], così come banditi, pirati e ribelli, non sono considerati nemici, *justi hostes*, ma oggetto di azione penale e di repressione[19].

La guerra, essendo oggetto dello Stato che la promuove e la autorizza, viene sottoposta alla regolamentazione che assicura il corretto funzionamento dell'intero apparato statale. È il diritto statale, un nuovo diritto sorto nello Stato europeo, un diritto internazionale europeo, che interpreta la guerra secondo criteri giuridici di giustizia[20].

La guerra è dunque diventata interstatale, pubblica e da ambo le parti riconosciuta[21].

Largomento secondo il quale non esiste un'autorità decidente al di sopra della parti per legittimare una causa belli, rafforza la decisione della guerra come esclusiva competenza statale, stabilendo di fatto il passaggio alla guerra interstatale attraverso anche la formalizzazione di un diritto che diventa internazionale. Nacque l'ordinamento territoriale «Stato», spazialmente in sé chiuso ... portatore di un nuovo ordinamento di diritto internazionale, la cui struttura spaziale è a sua volta determinata in rapporto allo Stato e statualmente. La sua peculiarità sta nel fatto che il suo diritto internazionale diviene un diritto tra Stati, interstatale ...in seguito alla chiara delimitazione di superfici territoriali in sé chiuse si conforma nettamente uno *jus inter gentes*[22].

Gli Stati divennero le *gentes* possessori di *jus*, i loro rapporti vennero regolati dallo *jus inter gentes*, ponendo la netta separazione con lo *jus gentium*: il fatto però che le *gentes* diventassero ora Stati territoriali centralizzati, in sé chiusi e delimitati, dà origine a una nuova struttura spaziale[23], *inter gentes europeas*. Una separazione dai vincoli esistenti con la Chiesa, l'entità Stato secolarizza e si sviluppa un nuovo sistema giuridico a valenza universale basato sull'autorità statale. Sempre Schmitt chiarisce come il diritto internazionale europeo post-medievale, caratteristico dell'epoca interstatale che va dal XVI al XX secolo, cerca di respingere il principio della *justa causa*. Il punto di riferimento formale per la definizione della guerra giusta non è più l'autorità giuridica internazionale della Chiesa, ma l'eguale sovranità degli Stati. L'ordinamento giuridico internazionale interstatale parte, anziché dalla *justa causa*, dallo *justus hostis* e definisce e legittima ogni guerra interstatale condotta tra sovrani con uguali diritti. Mediante questa formalizzazione giuridica si rese possibile una razionalizzazione e unumanizzazione, cioè una limitazione della guerra[24].

Il diritto internazionale europeo continentale ... fu essenzialmente ... un diritto interstatale tra sovrani europei e determinò, partendo da questo nucleo europeo, il *nomos* del resto della terra. Quello di «statualità» non è quindi un concetto universale, valido per qualsiasi epoca e per qualsiasi popolo, ma un fenomeno storico concreto legato a un'epoca determinata. La particolarità storica ... di quel fenomeno che viene chiamato in senso specifico Stato consiste nel fatto che esso è il veicolo della secolarizzazione ... La nuova entità «Stato» elimina l'impero sacrale del Medioevo ed elimina inoltre la potestà *spiritualis* di diritto internazionale del pontefice[25].

I giuristi del diritto pubblico proseguirono in quelle dottrine e in quei concetti muovendo dallo Stato sovrano. Così riuscì loro di depurare la dottrina della guerra giusta dagli elementi propri della guerra civile, separando la questione della *justa causa belli* da quella dello *justi hostis* e riacquistando consapevolezza dell'antica distinzione di nemico e criminale. Fu questa la loro grande opera, l'apporto che divenne il nucleo di un nuovo diritto internazionale, dello *jus publicum Europeum*[26].

### III, 2 *jus publicum europeum*

Lo *jus publicum europeum* fu essenzialmente dal XVI in poi un diritto interstatale tra sovrani europei e determinò, partendo da questo nucleo europeo, il *nomos* del resto della terra[27].

Si trattò di una grande elaborazione teorica che delimitò il teatro di guerra e la guerra stessa all'interno dello stesso sistema delimitato europeo, così come riconosce Schmitt: la delimitazione di uno spazio d'azione liberato da ostacoli giuridici, di una sfera esclusa dal diritto, di una zona di lotta extraeuropea servì a limitare la guerra europea[28].

Lo Stato crea competenze al suo interno, unità politica centralizzata, superficie territoriale chiusa delimitata da confini. Il suo diritto internazionale diventa così interstatale, mentre il diritto territoriale divenne intrastatale, ed in seguito alla chiara delimitazione si conforma uno *jus inter*

gentes europeas. Successivamente con la personificazione degli Stati territoriali europei si sviluppò la scienza giuridica dello jus inter gentes interstatale.

Lo jus publicum europeum fu l'adattamento giuridico alla nuova persona giuridica costituitasi, lo Stato. Lo Stato territoriale acquisì una connotazione ed un riconoscimento internazionale con specifico status di diritto internazionale. Si trattò di un adattamento graduale attraverso il passaggio da jus gentium a jus inter gentes. Gentes aveva un significato specifico: esso indicava lo Stato. Il diritto delle genti venne ridotto od esteso alla rappresentanza, lo Stato, e dirigeva i rapporti tra i vari altri Stati fino a costituire, storicamente, uno spazio internazionale gestito dal diritto europeo degli Stati territoriali europei.

Il primo effetto di razionalizzazione operato dalla formazione spaziale dello «Stato» consistette, in politica interna e in politica estera, nella deteologizzazione della vita pubblica e nella neutralizzazione dei contrasti sorti dalle guerre civili di religione[29].

Alla guerra di religione e alla guerra civile si contrappone la guerra puramente statale del nuovo diritto internazionale europeo, al fine di neutralizzare e quindi di superare i conflitti tra i partiti. La guerra diventa ora una «guerra in forma», una guerra en forme, e ciò solo per il fatto che essa diventa guerra tra Stati europei chiaramente delimitati sul piano territoriale, ovvero un confronto tra entità spaziali raffigurate come personae publicae, le quali costruiscono sul suolo comune d'Europa la «famiglia» europea e possono quindi considerarsi reciprocamente come justis hostes[30].

Lo Stato definito comunque justus hostis, tra Stati equaliter justis, possessore dello jus belli, comportò la definizione della guerra stessa da parte degli Stati come giusta[31]. Le regole giuridiche in materia di guerra, vennero stabilite dal diritto interstatale, per cui la guerra dagli Stati venne formalizzata e definita guerre en forme[32].

Guerre in forme, è la guerra giuridicamente limitata, stabilita e rispondente a canoni di legge, si tratta della guerra che si combatte secondo diritto e che secondo diritto è definita, essa è legittima perché unica guerra accettabile.

Vera guerra è dunque quella programmata, che non è però la guerra regolata di Clausewitz secondo i giusti mezzi ma quella il cui percorso è segnato dalla legge.

L'elaborazione di un diritto inter gentes europeas costituì, tuttavia una nuova situazione non prevista e problematica il cui nucleo consisteva nel fatto che, anziché un diritto internazionale generale e privo di dimensione spaziale, erano sorti numerosi diritti internazionali, distinti per grandi spazi[33] e soprattutto allo Stato giuridicamente riconosciuto era affiancato lo Stato non sovrano soggetto al riconoscimento da parte degli altri Stati[34], pur nonostante gli Stati così intesi vennero inseriti nel sistema del diritto internazionale, costituendo di fatto una inadeguatezza giuridica del diritto alla nuova sistemazione spaziale inerente al riconoscimento di entità territoriali come Stati: il riconoscimento giuridico-internazionale di nuovi Stati, che in ogni autentico ordinamento rappresenta un'accettazione o un'ammissione, veniva qui affievolito in una sorta di attestato di fiducia, da parte degli altri Stati circa il rafforzamento e la stabilità dei nuovi rapporti[35]. Non si ebbe più il lineare equilibrio tra gli Stati tra loro sovrani ma una pluralità di entità territoriali non sovrane che il diritto internazionale cercava di contenere estendendo la propria giurisdizione, ma il diritto internazionale stesso costituì, nel diffondere il messaggio del diritto, la dissoluzione dell'intero jus publicum europeum, dell'intero sistema che aveva garantito un limite alla guerra tra gli Stati non parificando situazioni tra loro diverse quale era lo Stato sovrano belligerante contro enti riconosciuti Stati ma non aequaliter justis.

Si ebbe la parificazione di tutti gli Stati tra loro uguali non per autorità esercitata nel proprio territorio ma per riconoscimento e dunque uguali senza alcun limite spaziale-territoriale con la conseguente uguaglianza della dichiarazione di guerra tra justis hostes e no.

Non era più valida la distinzione tra gli Stati sul piano giuridico istituzionale il riconoscimento giuridico degli Stati e dei governi doveva perdere ciò che restava del proprio significato sostanziale, assieme ad ogni riferimento all'omogeneità tra lo Stato attore e lo Stato oggetto del riconoscimento. La distinzione, fondamentale per il diritto internazionale europeo fino ad allora vigente, tra popoli civilizzati, semicivilizzati ... e selvaggi ... divenne giuridicamente irrilevante[36], non solo, anche il confine giuridico, che il diritto internazionale europeo aveva promosso limitando la guerra a

territori definiti, non venne più rispettato: i precedenti di diritto internazionale furono impiegati senza alcun riferimento spaziale definito, e quanto avveniva in Europa tra Svezia e Norvegia doveva senz'altro costituire un precedente per le relazioni tra Giappone e Messico[37].

La scienza giuridica considerò il terreno per il diritto internazionale non più quello concreto, ma quello teorico della terra senza confini al diritto, universalmente accettato con un sistema di norme astratte che, come denuncia Schmitt, generalmente riconosciute stavano sospese al di sopra di una rete impenetrabile di accordi contrattuali, i quali erano accompagnati da riserve fondamentali di ogni tipo ..... le riserve trasformavano anche le migliori convenzioni in semplice facciata. Il principio *pacta sunt servanda* sventolava come vessillo giuridico sopra un'inflazione nichilistica di innumerevoli patti tra loro contraddittori e completamente svuotati da riserve espresse o tacite[38]. Nell'universalizzazione del diritto internazionale europeo mancò la distinzione necessaria tra guerra non più spazialmente limitata e i nuovi conflitti senza regole.

Tutti i problemi autentici, le questioni politiche, economiche e relative alla suddivisione dello spazio furono così bandite come non giuridiche dall'ambito giuridico, ovvero dall'ambito della loro autoconsapevolezza scientifica .... la scienza giuridica, in nome di quello che essa riteneva positivismo giuridico, si impose da sé il silenzio su tutte le grandi questioni giuridiche del proprio tempo ... con questa abdicazione del diritto internazionale l'Europa entrò vacillando in una guerra mondiale che destituì il più antico continente dalla posizione di centro della terra e annullò la limitazione della guerra fino ad allora riuscita[39].

Ciò che si impose dopo l'estensione del diritto internazionale privato della sua corrispondenza territoriale per un diritto esclusivamente formale, fu un nuovo limite alla guerra che, senza un riconoscimento territoriale di limite, senza la qualifica di giusta attraverso l'esercizio di Stati sovrani, divenne potenzialmente globale.

Il sistema del diritto delle genti e l'equilibrio costituito dall'ordinamento spaziale dello *jus publicum europaeum* entrò in crisi, si costituì un ordinamento non più locale o delimitato con spazi esclusi, ma totale. Subentrò il diritto mondiale. Tutto ciò avvenne quando la comunità internazionale non era più l'Europa ma un universo con l'integrazione e le realtà riconosciute di sistemi giuridici diversi da quello esistente, pur tra le eccezioni tra *common law* e *civil law*, tra l'eredità del diritto romano e sistemi vari di codificazione giuridica, nell'Europa[40].

La dottrina europea ha perduto il senso spaziale ha creduto che l'estensione fosse una vittoria del diritto internazionale europeo e i giuristi non si erano neppure resi conto di avere dissolto tutti i fondamenti di una concezione: svaniva senza alcuna possibilità di sostituzione la realtà di comunanza dinastica di Stati che assicurava un ordinamento spaziale. Al suo posto subentrano le relazioni fattuali, Stati che si consideravano uguali tra loro[41].

### III, 3 Il teatro di guerra e la dichiarazione di neutralità

*Etant donnée les monstruosité, la barbarie et les atrocités auxquelles donnent lieu les manifestations de la guerre menée avec la violence la plus folle, les hommes ont de tout temps essayé de donner aux conflits armés la forme du combat* [42], ovvero di trasferire la lotta armata in conflitto regolato[43], legale perché sottoposto alla disciplina della legge. La limitazione della guerra comportò una riduzione del conflitto a relazione di carattere militare tra Stato e Stato, sottoponendo, quindi, gli Stati ad un esercizio della loro potenza armata giuridicamente limitato[44], attraverso una costituzione di teatro di guerra, distinguendo così, all'interno di un conflitto, le aree interessate. Separando tra spazio di guerra e spazio dal quale la guerra è invece esclusa.

Teatro di guerra in senso giuridico è il limite all'interno del quale la guerra può essere legittimamente combattuta. Il teatro effettivo è quello dove si svolgono le attività belliche. Il limite comprende il territorio dello Stato nemico, comprese le acque interne ed esterne, i territori staccati, le colonie e le terre libere definite *nullius*; le zone di confine, compreso il mare costiero; lo spazio sovrastante[45].

Ciascuno di questo ambito è regolato dal diritto internazionale in stato di guerra, esso però non regola la guerra, ma lo svolgimento di questa all'interno dell'area definita, sanzionando lo sconfinamento.

La determinazione del teatro di guerra, escludendo dalla presenza del conflitto territori ed intere nazioni, fornisce alle nazioni stesse la possibilità della dichiarazione, in merito ad un conflitto, di neutralità. È la condizione di equalitas di giusti nemici che possiedono i belligeranti a permettere al terzo la neutralità[46].

Secondo la dottrina della neutralità, gli Stati hanno, prima di tutto, un diritto ad essere neutrali, inerente alla loro sovranità, e permette loro di scegliere se astenersi o meno dall'intervenire in caso di conflitto tra due (o più) Stati. Lo Stato che non si decide resta neutrale, e inversamente: chi è neutrale si astiene dalla decisione sul diritto o sul torto dei belligeranti[47].

La condizione di neutralità, così come Schmitt suggerisce, non prevedendo un giudizio di merito sulla guerra[48], definisce la neutralità non un aspetto del diritto, una sua possibilità o un suo strumento, ma un aspetto della politica. Se lo Stato decide di intervenire in una guerra o di dichiararsi neutrale, tanto la guerra come l'astensione dal conflitto costituiscono scelte politiche di Stati.

È infatti politicamente che uno Stato assume l'aspetto di Stato belligerante o di Stato neutrale in quanto risponde ad una volontà di intervento o non intervento.

La neutralità è quindi una forma collettiva e volontaria di non intervento.

In quanto collettiva essa estende i suoi benefici a ogni membro di una comunità politica, indipendentemente dal fatto che questi sia soldato oppure un civile e quindi estraneo all'esercizio della guerra; in quanto volontaria, essa può essere liberamente assunta da ogni Stato in riferimento a una guerra effettiva o potenziale combattuta da altri Stati.

Se gli individui possono essere coscritti, e quindi non rimane possibilità alcuna di dichiararsi neutrali qualora lo Stato a cui si appartiene sia belligerante, gli Stati possono esigere, invece, il riconoscimento della loro neutralità dagli altri Stati[49].

È quindi in base ad accordi di natura politica che gli Stati hanno la possibilità di dichiararsi neutrali[50].

Sottoposto al diritto è invece la conseguenza della dichiarazione di neutralità: dichiararsi neutrali comporta infatti l'obbligo di non far parte di alleanze militari di natura reciproca, di non concedere basi militari, in pieno rispetto alla definizione del teatro di guerra. Il terreno escluso dalla guerra esclude l'autorità che lo possiede e che all'interno dei confini territoriali esercita il suo potere sovrano, dall'esercizio della guerra stessa[51].

Essendo il teatro di guerra soggetto a diritto internazionale per cui la guerra combattuta viene regolata e vincolata al confine stabilito, e permettendo con l'identificazione del teatro di guerra l'esclusione delle parti esterne, il diritto internazionale consente e protegge dalla guerra i confini neutrali, dichiarati tali in quanto non coinvolti nel combattimento. Il vincolo giuridico protegge la sfera di neutralità, ma nel caso in cui uno Stato dichiarato neutrale decidesse di entrare in guerra, esso commetterebbe illecito[52]. Questo aspetto sembrerebbe ostacolare la definizione della neutralità come aspetto della politica, se infatti lo Stato è accusabile di illecito, quindi soggetto al diritto, non esprime una possibilità politica, quella cioè dell'intervento in una guerra, che resta una scelta politica e dimostra come la dichiarazione di neutralità non sia soggetto giuridico, ma soggetto esterno al diritto che tuttavia contempla. La neutralità resta invece carattere politico, soggetto politico e quindi potenzialità politica non definitiva.

Ciò dimostra inoltre come uno Stato possa decidere autonomamente in merito a dichiarazioni di neutralità o a ritiro di tale dichiarazione, esprimendo così l'interesse per affari esterni.

Nessun Stato è escluso da una guerra, la spinta alla neutralizzazione e alla limitazione della guerra secondo l'intervento del diritto o il ridimensionamento del teatro di guerra non annulla il coinvolgimento economico o morale sulla guerra stessa e non esclude l'intervento di uno Stato già dichiaratosi neutrale. E del resto Schmitt riconosce come nessuno è alius quando sono comuni lo spazio e l'ordinamento spaziale complessivo a essere posti in questione. Il carattere vincolante dell'ordinamento spaziale complessivo è senz'altro riconoscibile se l'ordinamento spaziale viene rappresentato come un equilibrio. Tutti gli Stati sono interessati alla struttura dell'ordinamento spaziale comune[53] minacciato da ostilità potenziali guerre.

L'interesse per l'equilibrio condusse non alla scongiura della guerra ma alla sua catalogazione e come

scenario limitato, e come la legittimazione di un nemico, oppure definendo le regole della guerra secondo una guerra en forme, seguendo ad un ordine spaziale[54].

Così come era valso per la limitazione operata dallo jus publicum europeum, la nuova comunità internazionale con il diritto universalizzato ed esteso senza limitazioni territoriali si predispose per una limitazione formale operata dal diritto puro.

### III, 4 diritto internazionale e ineliminabilità della guerra

L'unico diritto che dal giusnaturalismo è riconosciuto come limite concreto alle attività politiche di governo è il diritto alla vita, che diventa elemento di comunione tra tutti gli uomini. Basato su elementi posti al di fuori di qualsiasi legislazione temporale o religiosa, il diritto che si presume valido ed efficace perché comune a tutti gli uomini, ha per soggetto la vita e quindi ha attualità anche in caso di guerra.

Non solo ma il diritto, inteso come mediatore tra le varie anime della società, dopo aver supportato la definizione del nemico, della guerra e della causa stessa di una guerra, supporta ora, con il sistema internazionale, diverso dal diritto classico, l'intera definizione della guerra volta a scongiurarne l'attuazione.

Gli Stati vengono quindi vincolati ad un diritto positivizzato[55] che definisca i rapporti tra i vari Stati sovrani, la loro politica estera viene sottoposta alla giurisdizione della norma giuridica.

Tuttavia le norme si riferiscono a persone titolari di qualifica giuridica, lo Stato è persona giuridica, ma il diritto internazionale in quanto normativizza il diritto alla vita ha come soggetto l'uomo.

Dunque il singolo individuo è rappresentato nella norma giuridica ad estensione internazionale.

Così interpretato il diritto internazionale è, secondo un rapporto logico, precedente a qualunque costituzione di stato, pur essendone, invece, successivo in un rapporto storico. Il diritto

internazionale si basa infatti sul comune, comune agli uomini, diritto naturale. Infatti riconoscendo in Grozio il padre del diritto naturale si dà a fondamento del diritto internazionale proprio il diritto che è connaturato all'esistenza umana e che possiede il carattere di eternità ed inamovibilità, essendo infatti naturalmente connaturato all'uomo e quindi non positivo ma positivizzabile per un definitivo riconoscimento tutela e garanzia. Il diritto naturale è variabile come il diritto positivo, ma a differenza di quest'ultimo, che può stabilire arbitrariamente non importa quale legge, anche ingiusta, e che per questo può essere in opposizione al telos del diritto, il diritto naturale ha per sua funzione di ristabilire la legge nel suo telos seguendo la natura delle cose, seguendo la loro fusione[56] e quindi anche la naturale conflittualità umana.

In Grozio i principi del diritto di natura sono da fondamento alla naturale socievolezza degli uomini, e quindi la giustizia naturale è logicamente antecedente alla stessa definizione soggettiva di jus.

Il concetto di comunità internazionale è il postulato o presupposto indispensabile del diritto delle genti .... l'idea di società internazionale è un'esigenza della ragione, da porre all'inizio di qualunque riflessione sul diritto delle genti, ma non è realtà storica, mentre lo è la divisione del mondo in sovranità indipendenti[57].

L'accusa di astoricismo che ha colpito il giusnaturalismo evidenzia come esistano due sfere di competenze giuridiche: il diritto statale e il diritto ad estensione universale qual è quello internazionale.

Il singolo uomo può essere soggetto ad entrambi i diritti, è il carattere universale che rende il singolo soggetto di entrambe le norme: in quanto cittadino egli è sottoposto alla giurisdizione politico-giuridico dello Stato; in quanto uomo è sottoponibile alla giurisdizione internazionale tramite appello.

L'uomo nella sua totalità è inteso dal diritto internazionale come elemento dell'umanità. È l'umanità che diventa il nuovo soggetto giuridico, unico soggetto giuridico è un soggetto morale capace di concordare su un giudizio morale: evitare i conflitti armati.

Al concetto di umanità, fa notare Julien Freund, viene attribuita l'illusione di virtù morali ed il ruolo protettrice dei valori[58].

Un diritto internazionale suggerisce infatti un'umanità già unita in una società sostanzialmente pacificata, dove sotto la giurisdizione delle leggi internazionali colui che viola è soggetto a



sanzione. È da riconoscere un errore di fondo nel processo costituzionale del diritto internazionale al di là dell'immediato giudizio di valore che si dà ad un sistema giuridico, se sia cioè efficiente e garante di giustizia come porta a domandarsi J. Freund: niente prova che un società dominata da un giudice-arbitro sia più equa di quella governata da un politico, ma ciò che ha più importanza segue immediatamente: per eseguire la loro sentenza i giudici hanno bisogno del potere politico custode della forza pubblica[59]. Il potere politico presuppone, per poter avere efficacia, una coercizione tale da tenere unite le genti del mondo, una efficacia di esecuzione, ma soprattutto la comunità organizzata e riconosciuta come corpo collettivo soggetto delle norme stesse. Non esiste una comunità che abbia carattere internazionale e che abbia espresso volontà unitaria. Il diritto internazionale non è diritto di un popolo, non ha un popolo che agisce unitariamente e/o che abbia determinato una decisione politica di volontà costituente. Questa presuppone un popolo come entità politicamente esistente tale da far discendere da sé una disciplina legislativa. Una costituzione che non sorge quindi da norma ma da decisione politica, la sua validità risiede nel potere costituente che l'ha posta, non nella legge che la esplica solo secondariamente[60]. Vi è quindi un'insufficienza teorica: ogni istituzione sorta all'esterno dello Stato e dotata di potere autonomo detiene una porzione di sovranità, ma l'istituzione internazionale che ha potere sovrano non è da se sovrana, anche se si ritiene che riceva sovranità dal diritto, perché una legge costituzionale è norma esecutiva della volontà costituente. Il potere sovrano non è nella norma ma nella volontà costituente. Le leggi, inoltre, per poter essere accettate, eseguite e rispettate necessitano di legittimità. Nello Stato la legittimità delle norme risiede nel potere costituente dei cittadini che si sono determinati corpo collettivo e che hanno successivamente prodotto una costituzione organizzata in apparati quali sono gli organi di legittimità costituzionale o il sistema parlamentare. Le leggi del diritto internazionale hanno una legittimità che non risiede in alcun potere costituente, non esiste cioè una comunità politica, dotata di potere costituente che ha con un atto politico di volontà determinato un sistema di leggi a cui sottoporsi. La sua legittimità risiede nel principio morale che la politica riconosciuta fallibile non riesce a rappresentare. Principio morale che invece assume piena realizzazione nel diritto e nella legge supremi garanti.

Il diritto internazionale per allontanare la possibilità di una guerra ha privato la scelta di confliggere del carattere decisionale personale sottoponendolo al rispetto di norme. Carl Schmitt invita a riconoscere i limiti di queste posizioni, gli errori di questa scelta ed i rischi della conseguente spoliticizzazione. La posizione dei giuristi formali internazionalisti, di cui il giurista H. Kelsen è il massimo esponente, è alla base del processo che ha visto la solidificazione del sistema del diritto internazionale come massimo garante, secondo la tesi che il contenuto di un evento concreto coincide con il contenuto di una norma data e valida, è il senso di un atto che si prescrive e si autorizza un certo comportamento dovuto secondo la norma[61], secondo il suo contenuto congruente al Sollen.[62]. Tutto il sistema del diritto positivo e il diritto internazionale è valido se vi è una norma fondamentale che dia validità, secondo una gerarchia delle norme al cui vertice vi è appunto la norma superiore che legittima le altre.

Ritenendo la guerra come un conflitto armato che scaturisce allorché un diritto è violato non si deve incorrere nell'errore di ritenere, secondo la tesi del diritto formale, che problema e soluzione siano nello stesso ambito, la soluzione risiede nell'ambito della politica, le aporie del sistema che ritiene risolvibile secondo norma anche l'eccezione sono riconosciute da J. Freund: il conflitto si manifesta nel momento in cui una norma si oppone ad una regola: le norme di giustizia si oppongono alle regole positive e stabilite[63]. La regola è frutto di convenzione, codificabile, individuabile ... si fonda su un permesso e su un divieto ... implica un obbligo. La norma al contrario appartiene alla sfera dei valori ... essa non implica necessariamente un obbligo[64]. Ne consegue che non avendo il carattere obbligante il sistema regolato da norme non prevede la resistenza allorché si violino le norme, non ha capacità di intervento perché la politica è diventata pura amministrazione e la legittimità si è tecnicizzata ed è diventata funzionalismo neutro, assolutamente privo di impurità personalistiche. La determinazione di validità delle norme sia limitata e insufficiente perché non dotata di autorità. Non si fonda su una norma ma su un'idea non oggettivabile in una norma, non prescrivibile. Il diritto internazionale non detiene potere sovrano sui suoi soggetti giuridici, manca

di diretta esecuzione che ne applichi il potere decisionale. La decisione è un elemento giuridico, ma non caratteristica della norma giuridica. È l'elemento giuridico completamente personalistico, non soggetto a normatività. La norma è ciò che costituisce, certo, il fenomeno giuridico, ma è un altro elemento giuridico insieme all'ordinamento ed i tre elementi non sono tra loro determinabili, né complementari. Non esiste nel campo giuridico una gerarchia tra norma, decisione e ordinamento, sono elementi del giuridico che fanno della propria concezione specifica lo stesso concetto di diritto[65]. Qualificano l'organizzazione della convivenza umana[66]. Se l'ordinamento è l'aspetto sovraperonale, e la norma è l'aspetto impersonale, la decisione è quello personale.

Non potrebbe essere valida nessuna dottrina del diritto che abbia la pretesa di essere pura se per la purezza del diritto venisse privata anche solo di uno dei suoi elementi fondanti. Questa è l'accusa che Schmitt muove ai giuristi formali colpevoli di nascondere la capacità di decidere che è aperta manifestazione di sovranità. Se il diritto internazionale non può decidere né consegue che non possiede sovranità.

Per i giuristi formali e positivisti l'eccezione è una situazione che non avrebbe dovuto prodursi perché la norma regola tutto e all'interno delle norme è prevista ogni azione. La norma viene intesa dai giuristi positivisti come unico elemento del giuridico, sembrerebbe che la norma contempli ogni carattere del giuridico per cui anche la guerra sarebbe soggetta alla normatività giuridica.

Kelsen riduceva l'autorità e il potere poiché non garantivano perfezione e annullavano la purezza del diritto in quanto elementi personali. Ma la riduzione del diritto a norma trascurando ordinamento e decisione comporta la fallibilità del diritto stesso, non più capace di discernere e risolvere le situazioni che si verificano.

Questo apparato di diritto mostra in realtà il suo limite tecnico, infatti non può dare fondamento alla decisione immediata, una norma generale contenuta in un articolo di legge vigente non può mai comprendere un'eccezione assoluta quale quella che comporta una decisione[67]. Una decisione non aspetta la convocazione del corpo costituente, è il corpo costituente che ha già delegato la sua sovranità a terzi per decidere. Una giurisprudenza orientata alle questioni della vita di ogni giorno e degli affari ordinari non ha alcun interesse al concetto di sovranità, per essa è normale solo ciò che è conoscibile, tutto il resto è disordine, di fronte al caso estremo essa rimane senza parole [68]. La sovranità o la volontà non è determinata da una norma, ma da decisione politica che ne ha determinato la costituzione. Il soggetto del potere costituente, sia esso popolo o suo rappresentante, detiene potere sovrano di decisione.

Sovrano è chi decide nello stato di eccezione[69] e lo stato di eccezione è proprio quello che il diritto internazionale non riesce a risolvere perché l'eccezione necessita di decisione che la norma del diritto non possiede e non esercita.

A creare sovranità non è la norma ma la decisione che ha in sé l'istanza sovrana. Privandosi dell'elemento decidente il diritto internazionale resta senza efficacia. Il diritto che non prevede l'eccezione è dunque limitato e si sospende. Non esiste alcuna norma che possa applicarsi alla situazione eccezionale che è proprio in quanto eccezione, non è normale. La guerra non è condizione di normalità nella situazione di ordinarietà ci si sforza di risolvere le difficoltà attraverso i compromessi, negoziazioni o concertazioni ... mentre la situazione eccezionale punta a imporre una soluzione unilaterale ... richiedendo prese di posizione rapide e decise[70], il diritto statale esterno invece collocato nella politica mantiene sovranità di azione.

Non esiste il corpo collettivo che unitamente combatte e agisce, le azioni, anche quelle di guerra, sono dei singoli Stati.

Si può concludere dopo le osservazioni di Schmitt e Freund che il diritto non può operare nella scelta della guerra, che rappresenta l'eccezione.

Il diritto opera dopo la guerra, stabilisce il regolamento della condotta, ma non interviene nella scelta decisionale nel momento dell'eccezione: non è evento contemplato dalla norma semplicemente perché non è norma, è decisione.

La norma si esercita in condizioni di normalità, in situazione di ordine, nessuna norma vige nel caos[71] e ancora Freund: la condizione normale implica la capacità di istituire una pluralità di norme[72] non si può ridurre la vita sociale ad una norma seppure unica, generale e fondamentale, e

l'ordine viene stabilito o ripristinato dalla decisione.

Le disposizioni giuridiche valgono per le situazioni ordinarie. Schmitt distingue tra normale turbamento dell'ordine pubblico e caso d'eccezione. La situazione di normale turbamento è risolta mediante l'articolazione delle varie sfere di competenza previste dallo Stato, quali possono essere gli apparati delle forze armate per l'ordinamento dello Stato interno. L'eccezione, che Schmitt definisce più interessante del caso normale, è risolta senza alcun intervento di apparati statali, è risolta con la decisione presa da chi, nello Stato, detiene il potere sovrano. Esso si manifesta nel momento della decisione. Lo Stato è monopolio di potere, di forza legittima, come già ricordava Max Weber, e di decisione, la sua autorità statale, scissa in interno ed esterno, dimostra di non avere bisogno del diritto per creare diritto. Con la sua decisione stabilisce la normalità nella quale opererà in un secondo momento il diritto. Solo la rivoluzione era contemplata dalla norma, prevista come fatto normativo Kelsen conduceva la legittimità ad un fatto normativo creato e determinato da una rivoluzione. Il principio di legittimità è quel principio in base al quale le norme restano valide fino a che non vengono invalidate da una procedura determinata dall'ordinamento giuridico stesso. Questo principio manca nel caso della rivoluzione che è sovvertimento dall'esterno dell'ordine preesistente. Tale sovvertimento è quindi illegittimo e rende diverso il fondamento di validità anche se le norme nel loro contenuto siano le stesse. L'espedito del mutamento della norma fondamentale permette di neutralizzare normativamente le rivoluzioni, contemplando tutto nella regolarità formale.

Il punto di massima decisione si manifesta nelle dichiarazioni di guerra, punto di massima eccezione, il caso che il diritto, che le norme del diritto nascondono come possibilità. Seguendo lo schema del formalismo giuridico del sistema del diritto internazionale: alla violazione di un diritto segue una sanzione. La guerra scaturisce da una violazione di diritto, essa viene interpretata quindi o come illecito o come sanzione. Se la guerra è violazione di un diritto è perseguibile per pena. Si presenta un'aporia nel sistema del diritto internazionale: se la guerra risulta essere un'azione secondo può la sanzione stessa essere sanzionata? Esiste una norma che sanziona la pena prevista per una sanzione? Esiste una norma che contraddica un'altra norma? La legislazione internazionale si legittima da sé in quanto soddisfa la pace e il mantenimento della giustizia attraverso i diritti positivi racchiusi in pochi fondamentali principi: persone da trattare con umanità, evitare l'accanimento contro i prigionieri di guerra, utilizzare armi consentite, non coinvolgere i civili nel conflitto.

Il diritto non presenta norme a contenuto politico, la guerra non è più di competenza politica è sottoposta al diritto le cui norme, in quanto espressione di legge, hanno carattere di sanzione. Contrariamente a quanto si è portati a ritenere le norme internazionali non sanzionano le scelte di una guerra, non limitano neanche la potenzialità di una guerra né il suo aspetto crudele di morte provocata. Il diritto internazionale ha norme giuridiche di diritto penale.

Vietare la tortura ai prigionieri di guerra, trattandoli con umanità, è estensione internazionale del diritto penale che già vietava la tortura come mezzo inquisitorio. Non è una limitazione o una eliminazione della guerra. Neanche il primo fondamento rispetta la volontà di cancellare la possibilità della guerra, esso si limita infatti ad assicurare l'intervento umanitario in soccorso di quanti, pur restando estranei al conflitto, di fatto vengono colpiti. Se la guerra fosse eliminata dal diritto internazionale, questo non avrebbe una norma che proponesse di proteggere il neutrale. Il terzo fondamento è un tentativo di limitazione che si rivolge solo alle armi in uso in condizioni di guerra, dunque non annulla la volontà di confliggere. La decisione stessa di scegliere e di differenziare le armi sottintende la volontà di uso delle armi stesse e quindi di confliggere. Infine l'ultimo fondamento riguardante la popolazione civile, assimilabile alla posizione del neutrale del primo punto. Riguardo a chi sia lecito uccidere, le regole non indicano, semplicemente escludono, esse mirano a mantenere fuori dal conflitto interi settori della popolazione, la cui uccisione indiscriminata viene identificata come crimine[73].

Il diritto internazionale interviene con condanne su chi violi le norme internazionali, ma non neutralizza i conflitti. Protegge le vittime secondo giustizia.

La politica mondiale, che il diritto internazionale presenta, viene sostituita da una polizia mondiale. Posto che la violazione sia lo scatenarsi di una guerra, il diritto non ha impedito la guerra, può solo

operare per sanzionare e contro un esercito armato schierare di contro un altro esercito armato. All'interno del sistema posto dal diritto internazionale si distingue tra guerra interpretata come illecito, dunque condannabile, e guerra intesa come sanzione, e dunque giustificabile e ammessa. Non si ferma la potenzialità della guerra, né seguendo le differenziazioni si annulla la guerra. Il diritto internazionale non annulla la guerra, nel caso in cui riesca a punire secondo azione penale, riesca cioè ad applicarsi al caso concreto manca di tribunale che decida su chi abbia scatenato la guerra. Chi decide in definitiva sulla scelta della guerra, chi promuove un conflitto? A quale diritto sarà sottoposto chi ha deciso già secondo diritto statale secondo un potere conferitogli dall'autorità legittimante quale può essere un popolo o un delegato, un rappresentante della volontà costituente? Lo stato mantiene la sua sovranità, quanto Kelsen voleva radicalmente eliminare[74] e non è ridotto alla sua costituzione. Non vi è identità tra stato e ordinamento fa notare Schmitt, questa identità comporterebbe la sovranità del diritto e lo stato inteso come puro atto normativo. Se così fosse lo stato verrebbe ad identificarsi con la norma giuridica e, operando così, il formalismo non si accorge della separazione tra ordinamento giuridico e istanza politica.

L'identità di stato e di ordinamento giuridico comporta la sovranità del diritto, lo stato sarà dunque stato di diritto. Lo stato di diritto non spiega la decisione, non coglie l'elemento personalistico. La tradizione originaria dello Stato di diritto ha come presupposto che solo una massima giuridica generale possa fungere da criterio di giudizio, per cui la legge dà autorità[75]. Ma tale principio non rivela a chi la legge dà autorità, occorre riferirsi all'istanza decidente da cui deriva l'autorità. Lo Stato di diritto non significa costituzione né stato autonomo, il potere costituente ne resta escluso, oscurato da sovranità della giustizia, della costituzione. Mancano i principi che regolano la forma politica[76]. Lo stato è persona giuridica, supremo garante di unità[77], unico organo che rappresenta.

Essendo l'atto normativo non decidente della guerra, perché non ha sovranità, sarà lo Stato che costituisce la volontà costituente e quindi che possiede istanza decidente, ad avere sovranità decisionale. La guerra è dunque di pertinenza dello Stato sovrano che decide di azioni politiche, non può neutralizzarsi cedendo spazio politico a poteri sostitutivi che depoliticizzano la società. Lo Stato non è una associazione tra le altre, è l'unità politico-giuridica che il potere costituente si è determinato con fenomeno storico, questo non significa temporaneità dello Stato ma semplice accadimento storico. Lo Stato ha dovere di intervenire ovunque la politica sia messa in discussione. Il popolo come detentore del potere costituente non è stabile e organizzato del resto se lo fosse non avrebbe bisogno della rappresentanza. Il diritto è infine limitato, la sua effettività è anche limitata perché relativa: il diritto internazionale solo se è riconosciuto dagli Stati e solo dalle entità riconosciute come Stato possiede effettività, trova attuazione. Inoltre i trattati tra contraenti nel diritto internazionale hanno validità se gli Stati operano un reciproco riconoscimento, i trattati non hanno carattere universale ma particolare perché riferentesi ai soli contraenti. Non hanno dunque carattere universale ma prettamente particolare, e il particolare è elemento politico. La dottrina internazionale ignora lo spessore della dimensione del politico, dimentica che la relazioni degli uomini sono basate sul rapporto di amico e nemico. Non potendo riconoscere un nemico pubblico, perché non esisterebbe più una sfera pubblica distinta da una privata sotto la giurisdizione del diritto internazionale, ciascun individuo procederà alla tutela della vita privata determinandosi i nemici e agendo secondo violenza[78]. Questo è il rischio che Schmitt imputa alla spolticizzazione: la privazione dell'elemento politico alla realtà del nemico.

Il diritto internazionale essendo incapace di eliminare con la sanzione normativa la possibilità della guerra, dovrà annullare la caratteristica primaria della guerra: il nemico. Venendo a mancare la causa principale, la motivazione per la quale si decide di combattere, doveva essere eliminata anche la sua conseguenza, la guerra. Non potendo annullare il nemico fisicamente e non potendo impedire la potenzialità concorrenziale di più soggetti, il diritto internazionale poiché il nemico è colui che viola un diritto il cui possessore risulta leso, rende il nemico criminale per necessità giuridica[79]. Perseguendo con la guerra come sanzione il criminale, il diritto internazionale provoca guerra. Dato che il criminale violando una norma di diritto naturale attenta l'umanità, l'umanità è costretta a combattere il criminale tramite i suoi rappresentanti, gli Stati. La guerra sarà quindi totale, non

esiste neutralità perché tutta l'umanità è minacciata.

La pretesa di agire in nome dell'umanità nasconde una verità crudele: tutto ciò potrebbe manifestare soltanto la terribile pretesa che al nemico vada tolta la qualità di uomo, che deve essere dichiarato hors-la-loi e hors l'humanité e quindi che la guerra debba essere portata fino alla più estrema inumanità[80], ma non solo Schmitt denuncia il paradosso internazionale, anche Freund a riguardo scrive infatti: a voler dissimulare ad ogni costo i conflitti, si finisce spesso per bloccare qualunque soluzione, compresa quella della negoziazione, e per esasperare l'opposizione tra le diverse parti[81].

Il diritto internazionale proibisce l'intervento perché interferenza a carattere dittatoriale, ammette la guerra come sanzione nel momento in cui ad essere minacciato è l'equilibrio delle potenze, e i giuristi formali non riconoscono queste come scelte politiche pur essendo atti politici non regolabili come conseguenze giuridiche secondo gerarchie di norme.

Nella concezione moderna e discriminante della guerra la distinzione tra giustizia e ingiustizia della guerra consiste proprio nel fatto che il nemico non è più considerato justus hostis, ma criminale[82]. Ne consegue che non esiste più alcuna differenza di guerra giusta o causa giusta, ogni guerra è ora giustificata, il nemico è dichiarato criminale ed eliminabile fisicamente con il permesso di quelle autorità che non avrebbero mai dovuto permettere secondo principi costitutivi, e soprattutto legittimare, alcuna guerra.

Se oggi la guerra è azione penale, l'avversario non può essere justus hostis e la guerra appare semplice esecuzione[83].

Il diritto alla prevenzione alla guerra computò la pretesa di qualificare le guerre come lecite o illecite e di discriminare tra gli Stati belligeranti tra ragione e torto. Veniva negata l'aequalitas tra justus hostes[84].

Persistere nell'errore di considerare la guerra eliminabile tramite diritto, comporta la rottura di tutti i rapporti con creazione di una cosa priva di senso e di scopo[85] quale è la comunità regolata dal diritto internazionale con la pretesa di riuscire ad eliminare la guerra.

Non può essere concluso che è guerra solo quella per sanzionare. Le caratteristiche di una guerra restano identiche: si ha un nemico contro cui combattere, il conflitto e una fine. La guerra si rivela carattere politico, per cui è falsa l'ipotesi che sia regolabile dal diritto.

Tutti i tentativi di dare una condizione della guerra devono concludersi con un decisionismo soggettivistico e volontaristico: la guerra sussiste quando un partito che diventa attivo vuole la guerra[86].

Lo stato di guerra è dichiarato dall'autorità statale, sia esso effettivo e politico, ovvero proprio e improprio, ovvero sotto autorità militare o pubblica.

Il diritto ad interesse internazionale, non detta la nozione di tempo, non decide la sua attuazione, o meglio non indica stato di guerra.

È il diritto statale che stabilisce, infine, il tempo della guerra e quindi il suo termine. È il diritto degli Stati che permette la fine e stabilisce la pace. Si decide, si legifera e si esegue: una decisione stabilisce lo stato di guerra, un decreto ne limita il territorio, il così detto teatro di guerra, e un altro decreto ne sancisce la fine.

Lo stato di guerra dura fino a che il nemico permane nella sua attualità[87] ed ha termine in due modi: con la fine delle ostilità per debellatio e incorporazione o per trattato di pace e per questo non è sufficiente la pressione morale sul vinto[88].

Secondo il diritto internazionale la fine della guerra è segnata dal giorno in cui si firma il trattato di pace. Dunque il diritto internazionale non decide la fine, si applica a pace già stipulata.

Il diritto internazionale non decide di guerra così come non decide di pace. Si applica a normalità stabilità, così come Schmitt aveva riconosciuto, non può legiferare su tutto, né tutto è normativizzabile, né la legge, né le pure norme costituiscono diritto e questo vige solo ad ordine già stabilito dalla decisione che pone fine allo stato di eccezione.

È la politica che decide di guerra così come di pace, perché tratta con il nemico. Guerra e pace sono due concetti opposti solo in quanto trattano in modo diverso la medesima realtà concreta del nemico[89] è con il nemico che infatti avviene la pace. Questa è possibile solo riconoscendo il

nemico come tale e non ritenendolo criminale. Con il criminale non si conclude la pace, si esegue una condanna. Il nemico è il centro del processo di pace[90]. La pace non è dunque assenza del nemico e quindi della guerra, ma conclusione della guerra e non annulla il nemico, è da fare esattamente come la guerra, non è data[91].

È compito della politica, è sfera della politica entrambi si materializzano la guerra, in conflitto armato, la pace in un trattato[92].

Molte volte accade che il trattato non venga ritenuto importante e negativo perché fonte di conflitti futuri. In realtà fa notare Freund se scoppia una nuova guerra è perché si è modificato il rapporto di forze e una delle due parti rifiuta di rigonfiare il trattato per prenderne atto[93].

La contrapposizione indica una lotta permanente, sempre potenziale, che diventa guerra. Sempre potenziale perché infatti la posizione del nemico è onnipresente, egli può infatti essere attuale o virtuale[94], come si è già evidenziato, e si ha quindi o stato di guerra o stato di pace. Lo stato di guerra è una frattura provocata da nemici attuali e lo stato di pace è la coabitazione equilibrata di nemici virtuali.

La guerra è strumento della politica, aveva già ricordato Clausewitz, e nella categoria del politico devono ritornare ad essere tutte le caratteristiche.

L'abolizione della guerra senza una sua autentica limitazione ha come unico risultato quello di provocare nuovi tipi di guerra, verosimilmente peggiori ricadute nella guerra civile e altre specie di guerra di annientamento. La distruzione della neutralità portò al rifiuto di ogni dimensione spaziale tipico della guerra mondiale globale e dissolve ciò che veniva chiamato pace senza spazio, struttura, ideologia[95]. L'unica limitazione possibile della guerra è riconoscere potere decisionale al singolo Stato, garantire la qualifica di nemico, garantire la sfera di neutralità. Tutte caratteristiche che il diritto internazionale non può risolvere tutte motivazioni invece che la politica non annulla, provoca, ottiene, ma risolve.

Tutti gli organi sociali sono fenomeni storici, la politica invece non è soggetta ad accadimento storico. Se però la forma sociale costituita non riesce a contenere l'elemento politico, si scosta da essa, non contiene l'inimicizia interna[96] non solo è incapace di diventare autentica unità politica nota Freund, ma prosegue cade preda del disordine e dall'anarchia .... non è più in grado di .... garantire la protezione e la sicurezza dei propri membri[97], il primario e costitutivo elemento della politica, la sua essenza.

Il pericolo già riconosciuto da Schmitt di una guerra la più terribile risiede nella spoliticizzazione della guerra, nell'aver proposto di risolvere il problema guerra con la sfera della neutralità massima, il diritto.

Il diritto, come massimo garante che non poteva essere soggetto a strumentalizzazioni, in realtà, si è mostrato non solo incapace di frenare qualunque conflitto ma ha dimostrato di essere inadeguato alla sfera della politica a cui la guerra appartiene. Privare la guerra delle sue caratteristiche primarie, quali il nemico e lastio, cercando di ridurle a motivi di altra natura: economia, morale, ha reso solo trasferibile il conflitto dall'ambito della politica all'ambito dell'economia e della religione. Neppure la scientificità naturale poté portare pace: le guerre di religione si trasformarono nelle guerre nazionali del XIX secolo, determinate per metà da motivi culturali e per metà già da motivi economici, e infine semplicemente nelle guerre economiche[98], le spinte alla neutralizzazione della guerra per una visione pacifista e riconciliativa operate nella storia, nell'Europa del XIX secolo, non condussero alla neutralità del conflitto sociale e della politica.

#### Conclusioni

Jamais il nest averti plus souvent et vivement qua la guerre, de sa propre nullité et de linevitable puissance qui régle tout[99].

L'esercizio di forza, definito da de Maistre inevitabile, regola i rapporti umani. L'origine della società che ha radici nella differenza, riconosciuta, degli uomini pone lagire umano esercizio e bilancio di forze capaci di schierare gli uomini stessi in amici o nemici. La differenza, a cui segue l'unione degli uguali in una comunità chiusa, non si esaurisce nella formazione degli amici e degli alleati, ma permane. Proprio questa permanenza rappresenta lineliminabilità del confronto umano in amico-nemico e le categorie come connaturate alle esperienze umane.

La guerra, che ha proprio nelle categorie amico-nemico il presupposto indispensabile per esistere, appare essere, dunque, ineliminabile così come il confronto e la rappresentazione.

L'aspetto inutile e dannoso della guerra ha comportato i tentativi di limite alla guerra fino all'utopia dell'eliminabilità del conflitto stesso. Dapprima attraverso l'eliminazione della categoria del nemico poi attraverso l'estensione del diritto, quanto di più tecnico e puro nelle garanzie di vita si sia prodotto, ma quanto di più polemico si sia rivelato.

Il confronto degli uomini è regolato dalla forza, non dal diritto: solo la violenza, non il diritto, è l'ultima ratio. Solo il potere è polemico, l'impotenza lo è altrettanto. È ciò che dimenticano le utopie giuridiche[100].

Il potere come puro esercizio di forza, anche legittimo, ha una controparte. È manifesto, anche in questo caso, il rapporto conflittuale tra due posizioni in antitesi, una controparte dell'altra. La loro relazione si basa su un equilibrio di forze, la rottura, con successivo conflitto, si basa su un diritto violato che viene rivendicato. Per cui il diritto è polemico.

Nascondere la vera natura politica delle relazioni umane comporta, come dalle tesi di Schmitt e Freund, qui esposte, è deducibile, la proliferazione delle guerre.

Rendere scientifiche le guerre e tecnicizzarle, per poterle non solo prevedere ma anche fermare, è la spolitizzazione della guerra e della natura umana, delle categorie amico-nemico.

Tesi confutabile, ma continuando con Schmitt non si può non riconoscere come la spolitizzazione che si rincorre da secoli e con la quale cessa la guerra e inizia la pace universale ... è errore ... la tecnica non può far nulla quanto a facilitare la pace o la guerra, essa è pronta ad entrambe le soluzioni allo stesso modo e non muta nulla richiamare o scongiurare la pace[101].

La guerra e, ciò che viene presentata come suo opposto, la pace, hanno lo stesso presupposto: il nemico. La guerra si attua in presenza di un nemico, così come la pace ha esistenza con il nemico.

Ricerca la pace senza riconoscere la naturale definizione del nemico è errore.

La guerra non è annullata dalla ricerca e dal risultato di pace e sicurezza, l'ipotesi di una scientificità della guerra che la possa rendere prevedibile era già esclusa dalle parole di Clausewitz, secondo il quale la guerra non può essere né arte né scienza. Essa appartiene all'imprevedibilità umana e quindi non può subire neutralità scientifiche. Soprattutto la neutralità scientifica non conduce alla pace e non annulla la guerra.

## NOTE

[1] Kant introduce in maniera del tutto sorprendente il concetto di nemico ingiusto C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, pag. 202

[2] Un nemico giusto sarebbe colui al quale io mi contrapponessi a torto; ma questi non sarebbe allora neppure mio nemico. Non si potrebbe fraintendere più di così il concetto di nemico giusto, Idem, pag. 202

[3] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 202

[4] Idem, cit. pag. 203

[5] Un esempio .. è costituito dalla violazione di pubblici trattati, che possiamo ritenere questione coinvolgente tutti i popoli, la cui libertà viene così minacciata, Idem, cit. pag. 203

[6] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 196

[7] Idem, cit. pag.132. Così come evidenzia Schmitt il punto di riferimento per la definizione della

guerra giusta sotto l'aspetto formale consiste nell'autorità stabilizzata della Chiesa &.. la guerra giusta è guerra condotta ex justa causa, ovvero per attuazione di determinate pretese giuridiche senza tenere conto se essa sia, tatticamente o strategicamente, una guerra di aggressione o di difesa. Il criterio della justa causa esclude che la tutela puramente giuridica del possesso & possa da sola determinare il diritto o il torto di una guerra, Idem, pag. 133.

[8] Vitoria sostiene che la libertà non è una proprietà alienabile del soggetto, ma è data dalle leggi di Dio, e può essere ceduta solo per salvare la vita. Di conseguenza non è legittimo acquistare schiavi se le ragioni della loro schiavitù non sono chiare. La vita e la libertà degli individui vengono dunque tutelate in maniera molto più efficace facendo ricorso alla priorità della legge divina sui diritti individuali di quanto avvenisse in teorie più radicalmente soggettivistiche

[9] Attraverso la nozione dei diritti soggettivi, indirizzo ripreso dalla scolastica francescana poi universalizzata con il nome di seconda scolastica spagnola

[10] Il titolo giuridico per la conquista territoriale era la guerra giusta. Vitoria pose il diritto alla conquista inerente alla guerra giusta in una prospettiva teologico-morale, la cui obiettività e neutralità ha la caratteristica di essere apolitica.

[11] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, trad. it. di E. Castrucci, cit. pag. 194

[12] San Tommaso, nel delineare per la guerra le giuste motivazioni tali che potessero ammettere come umanamente accettabile una qualsiasi guerra, riconosceva come obiettivo di guerra la pace priva di qualsiasi vizio, la justa causa, la legittimazione dell'autorità competente nel promuovere guerra e il proposito dell'onestà.

[13] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 182

[14] Idem, cit. pagg. 133-134

[15] Infatti la guerra civile era definita una non guerra. In presenza di un justum bellum si ha guerra combattuta inevitabilmente tra justis hostes

[16] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 180

[17] Giusta nel senso puro della forma è solo la guerra pubblica condotta da sovrani posti sullo stesso piano come eguali, come aequales. Con grande chiarezza il concetto paritario e non discriminante di guerra, il bellum utrumque justum, viene sviluppato a partire dal concetto di nemico giusto per entrambe le parti, Idem, pag. 181

[18] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 189

[19] Idem, cit. pag. 181

[20] La guerra non statale non è definibile giusta e soprattutto non lo è secondo il diritto internazionale europeo. La definizione di giustezza di una guerra nella sua componente di nemico e nella sua legittimità statale comporta un giudizio sulla guerra che invece esula dalla formalizzazione



e viene definita ingiusta nelle sue componenti.

[21] Il non riconoscimento comporta uno squilibrio e una possibile diversa, non prevista, non regolata, fine del conflitto o addirittura l'estensione stessa del conflitto e la sua non accettata conclusione.

[22] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, trad. it. di E. Castrucci, cit. pagg. 145-146

[23] *Idem*, cit. pag. 146

[24] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 133

[25] *Idem*, cit. pag. 142

[26] C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus*, Milano, Adelphi, cit. pagg. 73-74

[27] La comparsa di spazi liberi immensi e la conquista territoriale di un nuovo mondo resero possibile un nuovo diritto internazionale europeo a struttura interstatale, C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 163

[28] *Idem*, cit. pag. 199. Il diritto venne diviso tra diritto continentale e diritto valido nel territorio coloniale. Un esempio è dato dal diritto inglese: l'Inghilterra operò la divisione del diritto del re, il cui potere si esercitava sul continente e sul mare, ma in mare era limitato dal common law. Il common law è law of the land, lex terrae.

[29] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 164

[30] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 165

[31] La giustizia di una guerra non implica un contenuto morale o normativistico inerente alla giusta causa, poiché la giustizia di una guerra, il suo diritto ad essere operata consiste nella qualità dei belligeranti che sono possessori di jus belli. La qualità di detenere lo jus belli consiste nel fatto che a muoversi guerra sono sovrani aventi eguali diritti ossia gli Stati tra loro sovrani.

[32] Lo Stato territoriale sovrano mette la guerra «in forma» non mediante norme, ma grazie al fatto che esso limita la guerra sulla base del principio della sovranità delle due parti, facendo della guerra una relazione tra ordinamenti specifici spazialmente concreti e organizzati, ovvero riducendola ad azione militare sul suolo europeo di eserciti statualmente organizzati contro altrettanto eserciti statualmente organizzati dalla parte opposta, *Idem*, pagg. 186-187

[33] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 292

[34] *Idem*, cit. pag. 293

[35] *Idem*, cit. pag. 296

[36] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 297

[37] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 297

[38] *Idem*, cit. pag. 304

[39] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 305

[40] È stato il vuoto normativo a determinare la dissoluzione perché le regole si presumevano note, il diritto non aveva considerato la politica. Ebbe fine tra 1890 e 1939, l'ordinamento spaziale e la limitazione della guerra. Il diritto internazionale divenne interstatale, Carl Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, pag. 305

[41] Carl Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 305

[42] Attraverso armate regolari di eserciti, attraverso un'autorità decidente, uno speciale codice militare. Continua Freund *les conférences de La Haye et les conventions de Genève ne sont que des exemples récents de la volonté de règle sur le plan international les actes d'hostilité*, J. Freund, *Essence du politique*, Paris, Sirey, 1965, pag. 540.

[43] L'intento di circoscrivere una guerra ha come periodizzazione storica i secoli compresi tra il XVI e il XIX: nell'epoca interstatale del diritto internazionale, che va datata tra il secolo XVI e la fine del XIX, si conseguì un reale progresso: quello di circoscrivere e di limitare la guerra europea &.. esso si verificò solo perché si realizzò un nuovo ordinamento spaziale concreto, C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 163.

[44] La guerra &. con sfondo le linee globali si razionalizzò umanizzò, legalizzò in una parola limitò la guerra su terra mediante riduzione della guerra a relazione militare tra Stato e Stato, *Idem*, cit. pag. 165

[45] P.P. Portinaro, *Amicus (Inimicus) Hostis*, Milano, Giuffrè, 1992, pag. 221

[46] La *equalitas* dei «giusti nemici» conduce il terzo alla neutralità, C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 186

[47] *Idem*, cit. pag. 186

[48] Legato da patti di alleanza a entrambe le parti belligeranti, il diritto di venire in soccorso di quella tra le due parti che, in conformità al patto di alleanza, possiede la *justorem causam*, cosa sulla quale è il neutrale stesso che deve decidere. A ciò, che implica di nuovo una confutazione riguardo alla chiara alternativa tra guerra e neutralità perfetta, è stato giustamente rimproverato di costituire una ricaduta nel mondo di idee che si era basato sulla *justa causa*, C. Schmitt, Carl Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 197.

[49] Benché la condizione sia assunta unilateralmente e il riconoscimento non sia necessario

[50] L'equilibrio è però instabile, fattori impreveduti potrebbero minare una qualunque alleanza. *Toujours il y a un certain équilibre dans l'univers politique, et même il ne dépend pas de l'homme de la rompre (si lon except quelques cas rares précis et limités); voila pourquoi les coalitions sont si difficiles, poco oltre ci avvisa come sia un miracolo un'alleanza stretta senza alcun interesse di parte*

: une coalition entre plusieurs souverains, faite sur une morale pure et désintéressée, serait un miracle, J. de Maistre Le soirée de Saint- Petersburg, Paris, Le maisne, 1980, pag. 30.

[51] Significa che lo Stato belligerante è in stato di guerra in ogni suo territorio, lo Stato neutrale estende la sua neutralità a tutto il territorio anche se questo è compreso nel teatro di guerra.

[52] La violazione di questa regola porta alla perdita dei diritti di neutralità, esponendo lo Stato in questione alla rappresaglia dello stato belligerante danneggiato dalla violazione. Non comporta violazione il fatto di intrattenere rapporti commerciali con uno o entrambe le potenze belligeranti. Condizione che fa emergere la differenza sostanziale tra diritto internazionale e diritto civile.

[53] C. Schmitt, Il nomos della terra, trad. it. di E. Castrucci Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 197

[54] La limitazione della guerra attraverso l'intervento del diritto si rese possibile definendo legittima un determinato tipo di guerra, legittimando un determinato nemico, e circoscrivendo la guerra, secondo un teatro di guerra più ampio che escludes l'Europa continentale. Si sviluppò lo jus publicum europeum e gli Stati europei tra loro si delimitarono e definirono la guerre en forme.

[55] Il diritto è costituzionalizzato, esso è fonte unica di rapporti giuridici, ovvero di rapporti tra poteri pubblici stabiliti esclusivamente dall'autorità della legge.

[56] J. Freund, Diritto e politica, in Diritto e politica, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, cit. pagg. 23-24

[57] J. Freund, Il terzo, il nemico, il conflitto, Milano, Giuffrè, 1995, cit. pag. 95

[58] Idem, cit. pag. 92

[59] J. Freund, Il terzo, il nemico, il conflitto, Milano, Giuffrè, 1995, cit. pag. 93

[60] La comunità unita concorda e delibera la forma secondo la quale la sua unione è garantita e tutelata. La forma di unione è posteriore alla decisione di unione.

[61] H. Kelsen, La dottrina pura del diritto, Torino, Einaudi, 1966, cit. pag. 365

[62] Sollen indica il senso normativo di un atto rivolto alla condotta altrui.

[63] J. Freund, Il terzo, il nemico, il conflitto, Milano, Giuffrè, 1995, cit. pag. 179

[64] J. Freund, Il terzo, il nemico, il conflitto, Milano, Giuffrè, 1995, cit. pag. 179

[65] C. Schmitt, Il concetto del politico, in Le categorie del politico, trad. it. di P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, cit. pag. 250

[66] Decisione, norma e ordinamento formano la scelta sociale di aggregazione e definiscono la costituzione che le contempla e ne tutela l'esercizio.

[67] La decisione deve essere competenza di una autorità che la costituzione prevede ma il cui potere è esterno alle norme costitutive.

[68] C. Schmitt, Il concetto del politico, in *Le categorie del politico*, trad. it. di P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, cit. pag. 38

[69] C. Schmitt, Teologia politica, in *Le categorie del politico*, trad. it. P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, cit. pag. 33

[70] J. Freund, *Il terzo, il nemico, il conflitto*, Milano, Giuffrè, 1995, cit. pag. 184

[71] La norma ha bisogno di una situazione media omogenea. Questa normalità di fatto non è semplicemente un presupposto esterno che il giurista può ignorare; essa riguarda invece direttamente la sua efficacia immanente. Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos. Prima devessere stabilito l'ordine: solo allora ha senso l'ordinamento giuridico, C. Schmitt, Teologia politica, in *Le categorie del politico*, trad. it. P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, cit. pag. 39.

[72] J. Freund, *Il terzo, il nemico, il conflitto*, Milano, Giuffrè, 1995, cit. pag. 179

[73] Queste norme riflettono la concezione della guerra come combattimento tra combattenti. Nel Medioevo, ad esempio, si privilegiava il combattimento tra singoli individui secondo il principio che preferiva la morte di uno solo che di un intero esercito. A coloro che erano ritenuti inadatti alla guerra come le donne, i bambini, i vecchi e i preti veniva accordata protezione, questo è il retaggio degli esclusi dal combattimento pena l'accusa di criminale.

[74] Kelsen risolve il problema del concetto della sovranità semplicemente negandolo. La conclusione delle sue deduzioni è: «il concetto di sovranità deve essere radicalmente eliminato», C. Schmitt, Teologia politica, in *Le categorie del politico*, trad. it. P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, pag. 47

[75] C. Schmitt *Le categorie del politico*, trad. it. P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, cit. pag. 253

[76] Identità e rappresentazione.

[77] Lo Stato è originariamente potere sovrano, ma lo è in quanto forza dell'ordinamento, «forma» della vita popolare, non in quanto coazione indeterminata per mezzo di qualsivoglia potere, C. Schmitt, Teologia politica, in *Le categorie del politico*, trad. it. di P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, pag. 51

[78] Ciascuno, finché non ha qualche garanzia contro l'attacco altrui, conserva il diritto originario di provvedere a se stesso in qualsiasi modo voglia; cioè, il diritto a tutte le cose, o diritto di guerra. T. Hobbes, *De cive*, a cura di T. Magri, Roma, Editori Riuniti, 1999, pag. 123

[79] Così come per il diritto penale il delinquente commette crimine e diventa soggetto a sanzione, a coercizione, così il nemico, nel violare il diritto di pace garantita dal diritto internazionale,

commette reato. Il nemico è criminale e dunque condannabile.

[80] C. Schmitt, *Le categorie del politico*, trad. it. di P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, cit. pag. 139

[81] J. Freund, *Il terzo, il nemico, il conflitto*, Milano, Giuffrè, 1995, cit. pag. 177

[82] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 138

[83] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991 pag. 140

[84] *Idem*, cit. pag. 146

[85] K. von Clausewitz, *Della guerra*, trad. it. di A. Bollati e E. Canevari, Milano, Mondadori, 1987, cit. pag. 812.

[86] C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972, cit. pag. 199

[87] Lo stato di attualità della condizione del nemico si riferisce alla reale e concreta presenza della conflittualità e dell'ostilità. Il nemico quindi può essere attuale o permanere nello stato di virtualità, ossia trovare diretta espressione o restare in potenza espressione di ostilità. Il carattere attuale o virtuale del nemico è trattato da Julien Freund in *Il terzo il nemico il conflitto*, Milano, Giuffrè, 1995, pag. 96

[88] Occorre una definizione dei rapporti che garantiscano il riconoscimento come possessore di diritto anche nel trattare la pace, in modo da non incorrere in prevaricazioni che annullerebbero la qualità e l'essenza del nemico.

[89] J. Freund, *Il terzo, il nemico, il conflitto*, Milano, Giuffrè, 1995, pag. 293

[90] *Idem*, cit. pag. 295

[91] *Idem*, cit. pag. 293

[92] *Idem*, cit. pag. 295

[93] J. Freund, *Il terzo, il nemico, il conflitto*, Milano, Giuffrè, 1995, cit. pag. 296

[94] *Idem*, cit. pag. 296

[95] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, cit. pag. 315

[96] L'inimicizia interna onnipresente è regolata dal diritto statale interno, dalle leggi formulate per la convivenza degli individui che costituiscono la società e lo stesso Stato. Una comunità politica che non presenta una forma di conflitto non avrà leggi a garanzia delle libertà, ma soprattutto non sarà politica, politica è infatti la società che presenta i caratteri politici: comando-obbedienza, pubblico-privato, amico-nemico.

[97] J. Freund. Il terzo, il nemico, il conflitto , Milano, Giuffré, 1995, cit. pag. 58.

[98] C. Schmitt, Neutralizzazioni e spoliticizzazioni in *Le categorie del politico*, trad. it. di P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, pag. 177

[99] J. de Maistre, *Le soirée de Saint- Petersburg*, Paris, La mainsnie, 1980, cit. pag. 32

[100] J. Freund, *Diritto e conflitto* , in *Diritto e politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, cit. pag. 45.

[101] C. Schmitt, Neutralizzazioni e spoliticizzazioni in *Le categorie del politico*, trad. it. di P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, cit. pag. 182.

## Bibliografia

### Testi classici

Aristotele, *La Politica*, Torino, U.T.E.T., 1992

Clausewitz, K. von, *Della guerra*, trad. it. di A. Bollati e E. Canevari Milano, Mondadori, 1987

De Maistre, J., *Le soirée de Saint- Petersburg, ou, Entrétiens sur le gouvernement temporel de la Providence*, Paris, La mainsnie, 1980

Freund, J., *Essence du politique*, Paris, Sirey, 1965

Freund, J., *Diritto e politica*, in *Diritto e Politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994

Freund, J., *Diritto e conflitto*, in *Diritto e politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994

Hobbes, T., *De cive*, Roma, Editori Riuniti, 1999

Morani, M., *Il Nemico nelle lingue indoeuropee*, in *Amicus, (Inimicus), Hostis*, Milano, Giuffré, 1992

Machiavelli, N., *Discorsi sulla prima deca di Tito Livio*, Torino, Einaudi, 2000

Platone, *Le leggi*, in *Dialoghi politici e lettere*, a cura di F. Adorno, Torino, UTET, 1970

Platone, *La Repubblica*, Milano, Mondadori, 1990

PierPaolo Portinaro, *Materiali per una storicizzazione della coppia amico-nemico*, in *Amicus, (Inimicus), Hostis*, Milano, Giuffré, 1992

Schmitt, C., *Ex captivitate salus*, Milano, Adelphi, 1987

Schmitt, C., *Il concetto di politico* , testo del 1932, in *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972

Schmitt, C., *Neutralizzazioni e spoliticizzazioni*, in *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972

Schmitt, C., *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991

Schmitt, C., *Teologia politica*, in *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972

Schmitt, C., *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972

Vitale, A., *Il nemico nelle lingue slave, dal concetto di nemico come non-amico alla conflittualità privata e politica*, in *Amicus, (Inimicus), Hostis*, Milano, Giuffré, 1992

*La tecnica della guerra attuale*, Roma, Istituto Nazionale di cultura fascista, 1941

### opere consultate

Ardigò, A., *La guerra nel pensiero politico*, a cura di Carlo Jean, Milano, Angeli, 1987

Armao, F., *Capire la guerra*, Milano, FranoAngeli, 1994

Aron, R., *Penser la guerre*, Clausewitz, Paris, Gallimard, 1976

Aron, R., *La politica, la guerra, la storia*, trad. it. di R. Falcioni, a cura di A. Panebianco, Bologna, Il Mulino, 1992

Bonanate L., *La guerra*, Roma-Bari, Laterza, 1998

Haggenmacher, P., *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983

Kelsen, H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966

Pillet, A., *Les fondateurs du droit international*, Paris, Giard & Brière, 1904

Schmitt, C., *Teoria del partigiano, note complementare al concetto di politico*, Milano, Il Saggiatore, 1981

Severino, E., *La guerra*, Milano, Rizzoli, 1992

Sun Tzu, *L'arte della guerra*, trad. it. di Guida, Napoli, 1988

Tronti, M., *Soggetti, crisi, potere*, a cura di A. De Martinis, A. Piazzini, Bologna, Cappelli, 1980

Tronti, M., *Sull'autonomia del politico*, Milano, Feltrinelli, 1977

Tronti, M., *Il tempo della politica*, Roma, Editori Riuniti, 1980