

L'OPPOSIZIONE DI CARL SCHMITT AL CONCETTO DI GUERRA GIUSTA E DI PACE PUNITIVA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Pierpaolo Naso*

Sommario: 1. *La polemica sul concetto discriminatorio di guerra.* – 2. *Criticità nella definizione di guerra d'aggressione come crimine internazionale.* – 3. *Attualità del pensiero schmittiano.*

1. Nel saggio *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* (1938), Carl SCHMITT intendeva fornire una soluzione alternativa al declino definitivo dello *jus publicum Europaeum*. Con fondamenti di filosofia politica riguardanti il dualismo *amico-nemico*¹, egli volle rivestire il ruolo di giurista impegnato ad elaborare una “dottrina impura del diritto” – a fronte della perdita delle maggiori conquiste della scienza giuridica moderna –, da opporre ancora una volta all'internazionalismo moralista di Hans KELSEN, che intendeva rimuovere il concetto di *sovranità* della forma-Stato in crisi, idealizzando la creazione di una *Cosmopolis* fondata sulla “pace perpetua”. In realtà, il pacifismo universalista non ha eliminato la possibilità della guerra, ma anzi ha provocato ulteriori conflitti senza limitazioni, condotti da coalizioni autodefinitesi umanitarie contro nemici da discriminare e, una volta vinti, da giudicare come criminali dell'umanità intera².

Alla vigilia della seconda guerra mondiale, SCHMITT si ritrova a dover constatare da una parte il dissolvimento dei “vecchi ordinamenti” dello *jus gentium* europeo e dall'altra l'assenza di qualsiasi proposta di un nuovo *nomos* che potesse in forma concreta riordinare lo spazio terrestre. Dunque “la storia del diritto internazionale è una storia del concetto di guerra”, o meglio di uno *jus belli ac pacis* tra popoli indipendenti ed organizzati su base statale. Pensare la *guerra giusta* significa invece essere fautori di una *guerra totale* secondo la vana pretesa di imporre una giustizia universale, al fine di adempiere a “processi di positivizzazione giuridica e morale”. Per il giurista di Plettenberg, infatti la creazione della Società delle Nazioni (1919) si è rivelata il risvolto

* Laureato in Scienze della Politica alla “Sapienza” Università degli Studi di Roma.

¹ Da specificare che per giurista di Plettenberg “il concetto di Stato presuppone quello di ‘politico’”, contestualmente “la specifica distinzione politica alla quale è possibile ricondurre le azioni e i motivi politici, è la distinzione di *amico* (*Freund*) e *nemico* (*Feind*)”; inoltre questa dicotomia indica “l'estremo grado di intensità di un'unione o di una separazione, di un'associazione o di una dissociazione; essa può sussistere teoricamente e praticamente senza che, nello stesso tempo, debbano venir impiegate tutte le altre distinzioni morali, estetiche, economiche o di altro tipo”. Cit. Carl 3, “Il concetto di ‘politico’ (1932)” *Le categorie del ‘politico’*. *Saggi di teoria politica* (a cura di Gianfranco MIGLIO e Pierangelo SCHIERA), il Mulino, Bologna, 2014, pag. 101 e 108-109.

² Cfr. Stefano PIETROPAOLI, “Nota al testo” in Carl SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra* (1938), Laterza, Roma-Bari, 2008.

di un'organizzazione sovrastatale con chiari intenti “per la preparazione di una *guerra totale*”: la base normativistica dello statuto ginevrino impone un singolare diritto internazionale di stampo istituzional-federalista, ove però manca un'autorità concreta in grado di poter dominare realmente sugli Stati membri: questi ultimi difatti, nel tempo hanno fatto valere per ognuno i propri interessi politici. In seno alla Lega di Ginevra vi fu una disputa tra giuristi riguardo “le *istituzionalizzazioni* tipicamente francesi e le *concretizzazioni* tipicamente inglesi”. Malgrado ciò, la prassi della politica estera delle potenze europee nel primo dopoguerra fu caratterizzata da un “positivismo patetico”, mirante a legalizzare lo *status quo* dei recenti accordi conclusi a Versailles ed a Saint-Germain, con il richiamo al principio *pacta sunt servanda*, ossia della “sacralità dei trattati”; per Schmitt, questo sistema non poteva essere in grado di evitare ulteriori conflitti e poiché si manifestava nei fatti “insostenibile dal punto di vista teorico-giuridico”. La cosiddetta *revisione* dei trattati subì continue proroghe, nonostante le necessità crescenti di sicurezza collettiva e nonostante l'aspirazione a produrre nuove riforme per un *peaceful change* generale³.

Con le incertezze mostrate per definire il concetto di guerra e con l'illusione di aver raggiunto la legittimazione dello *status quo*, si mostrarono evidenti i fallimenti della Lega ginevrina in occasione del conflitto cino-giapponese, della guerra civile in Spagna e della conquista italiana in Etiopia, nel corso degli anni '30⁴.

In questi casi infatti, la pretesa di creare un “ordinamento mondiale istituzionalizzato, sovranazionale, ecumenico” si scontrò chiaramente con la “volontà di autoaffermazione dei popoli liberi”, ponendo in modo rivoluzionario numerose questioni inerenti

³ Cfr. Carl SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra* (1938), Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 3-8.

⁴ Obiettivo delle conferenze di pace tenutesi a Parigi tra il 1918 ed il 1919 doveva essere quello di mettere fine per sempre a qualsiasi guerra, dando avvio ad un processo di pace mondiale. Parteciparono gli Stati di tutti i continenti coinvolti nella Grande Guerra: gli Stati Uniti ribadirono l'importanza determinante del loro intervento sul suolo europeo a scopi umanitari; il Giappone reclamava degli *special interests* di compensi ed annessioni territoriali in Asia; mentre l'unica “grande assente” alle trattative fu la Russia coinvolta nella rivoluzione bolscevica che ne ha determinato l'uscita dal conflitto nel 1917. Per la prima volta nella storia d'Europa, mutò il concetto del “*nemico vinto*”: gli imperi centrali in deflagrazione furono oggetto di nuovo modo di ripartizione territoriale. Le colonie del II Reich tedesco in Africa e nell'Oceano Pacifico vennero sottoposte ad un regime di mandato tra Inghilterra, Francia e Giappone: la Turchia ottomana perse territori divenuti Stati sovrani o protettorati inglesi e francesi; l'Impero austroungarico fu completamente disintegrato in una pluralità di Stati fondati su base etnica (non a caso questo processo produsse il neologismo *balcanizzazione*, tutt'oggi utilizzato nella trattazione geopolitica). Oltre al metodo ingannevole di “successione coloniale”, SCHMITT denuncia che le conferenze di pace permisero a tutto il mondo di decidere sul destino dell'Europa e quindi del suo – decadente – ordinamento spaziale concreto. Il presidente degli USA Woodrow WILSON promosse la costituzione di una *Lega delle Nazioni* (*Société des Nations* o *League of Nations*) riunendo in una conferenza mondiale – suddivisa in *Assemblée générale* e *Conseil* – le potenze vincitrici della Grande Guerra, per concordare delle “relazioni interstatali, prudentemente formulate e piene di riserve” da far valere per tutti i governi membri in tutto il mondo. Cfr. Carl SCHMITT, “La Lega di Ginevra e il problema dell'ordinamento spaziale della terra”, *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello “Jus Publicum Europaeum”* (1950), Adelphi, Milano, 1991, pp. 306-308.

alla filosofia del diritto. Si suppone anche se la Società delle Nazioni dovesse comparire come “coronamento del diritto internazionale” oppure se dovesse essere solamente “inserita nel contesto dei trattati”; ma per Schmitt le tesi sistematiche sulla teoria giuridica necessitano sempre di un’integrazione di argomentazioni pratiche e concrete⁵.

Riprendendo i saggi più importanti sul tema, SCHMITT definisce la *Précis de Droit des Gens* (1932) di Georges SCELLE un’opera sistematico-costruttiva, nella quale “la guerra è da un lato un semplice *crime international*, dall’altro è un’azione di polizia e di conseguenza un vero e proprio procedimento legale”, da realizzare mediante l’istituzione di un’organizzazione sovrastatale. Invece, per quanto riguarda *The Function of Law in the International Community* del giurista inglese Hersch LAUTERPACHT viene mantenuta aperta la questione sulla guerra, tentando di spiegare, partendo dai concetti tradizionali, i mutamenti sulla definizione del diritto di neutralità indotti dalla Lega di Ginevra e dal Patto Kellogg ritrovando la garanzia pattizia nei contenuti dei documenti statutari dei medesimi istituti universalisti⁶.

Viene posta quindi la domanda se il concetto di guerra possa funzionare come “elemento ordinatore” delle convenzioni internazionali: queste non a caso, essendo promosse da potenze come Inghilterra, Francia e Stati Uniti, sono orientate ad adottare un “concetto discriminatorio di guerra”. Esso non ha alcun fondamento nella scienza giuridica di Ugo GROZIO, che differenziava la *guerra giusta* dalla *guerra ingiusta* nel quadro di una collettività semif feudale di *common law* basata sul diritto naturale. In epoca moderna, tuttavia il diritto internazionale ha per soggetti gli Stati sovrani che adottano un “concetto *non* discriminatorio di guerra”, ed essendo nazioni indipendenti decidono da sé medesime sulla “giustizia di una guerra”, mantenendo il principio dello *jus supremae decisionis*. A subire un mutamento di concetto è anche la *neutralità* di Stati terzi in un conflitto tra due forze o coalizioni di potenze: essa è stata spesso oggettivata – benevola, armata, limitata, ecc. – e sfumata per contingenza, ma non può essere “dimezzata [poiché] è inscindibile dai concetti di Stato e di popolo, e dall’attuale ordinamento internazionale”. Difatti, non appena viene negata l’idea di una possibile *neutralità* e con essa la nozione di Stato terzo che non partecipa alle ostilità, emerge la pretesa di esercitare un dominio universale – o regionale –, che significa non riconoscere la sovranità statale. Infine, la disputa tra studiosi di diritto internazionale – compreso SCHMITT – intendeva di risolvere la questione “non se una guerra sia *giusta* o *ingiusta*, lecita o illecita, ma se sia realmente una guerra o non lo sia”, tanto che vennero evidenziate due incompatibilità: in primo luogo, il contrasto sostanziale di qualsiasi concetto di guerra con la pretesa della Lega di Ginevra di creare un ordinamento universale; in secondo luogo, il contrasto teorico tra universalismo e federalismo nell’ambito del diritto internazionale⁷.

⁵ Cfr. Carl SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra* (1938), Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 9-14.

⁶ Ivi, pp. 59-61.

⁷ Ivi, pp. 62-66.

All'interno del medesimo ordinamento, un atto riconosciuto come *legittimo* ed un altro *illegittimo* non possono essere ricondotti ad un unico concetto giuridico. Nel momento in cui, un ordinamento internazionale distingue con validità sovra-statale, in altre parole rilevante anche per gli Stati terzi, tra le guerre legittime ed illegittime, l'uso legittimo della forza è semplicemente attuazione del diritto, esecuzione, sanzione, giustizia o polizia internazionale. Invece, l'intervento illegittimo è da ritenersi soltanto come resistenza contro un atto legittimo, ribellione oppure crimine, ed in ogni caso qualcosa di diverso dall'istituzione giuridica che ci è stata tramandata con il termine di *guerra*. La struttura ideologica della Società ginevrina non si dimostrò fedele ai tradizionali concetti di conflitto e di neutralità, prevedendo nel suo statuto tre tipi di *guerra*: 1) guerra di esecuzione (o di sanzione); 2) la guerra tollerata; 3) la guerra vietata. Il "concetto discriminatorio di guerra" ha per effetto la *denazionalizzazione* del conflitto bellico, alterando la compattezza dell'"unità interna di un popolo organizzato in forma statale", ossia di conseguenza la dissociazione tra Stato e popolo. L'antica definizione giuridica di pirateria viene ora compresa sul piano universalistico: lo Stato diventa *predone* oppure si idealizza una scissione tra il governo *criminale* ed il popolo *innocente*⁸.

SCHMITT scaglia una forte critica al *wilsonismo* che ha rifiutato qualsiasi tradizionale "concetto *non* discriminatorio di guerra", innescando una spaccatura dell'unità statale tedesca, con la proclamazione di eliminare anche il "concetto *non* discriminatorio di neutralità". Da ciò, il giurista francese SCHELLE giustificherà "l'*intervento umanitario* contro gli Stati fascisti o nazionalsocialisti" elevandolo a concetto di diritto internazionale, anche se trae origine da un pensiero politico-morale di "de-nazionalizzazione della guerra tra Stati per internazionalizzarla" e trasformarla in *guerra civile mondiale*: la *guerra giusta* si fonda così in una "pretesa universalistica che distrugge Stati e popoli". Anche in questo caso, SCHMITT deve constatare che questo nuovo ordine umanitario scardina l'ordinamento internazionale originario, non generando alcun ordinamento concreto sostitutivo: come principio, il "concetto discriminatorio di guerra" viene istituzionalizzato dalla Lega di Ginevra con la distinzione tra "guerre lecite e guerre illecite", provocando inevitabilmente i presupposti per una nuova guerra mondiale. Nel diritto internazionale contemporaneo si bilanciano reciprocamente da una parte l'universalismo ecumenico e dall'altra il federalismo. Secondo il giurista inglese JOHN FISCHER WILLIAMS, all'interno di una federazione non può esserci alcuna guerra – rinunciando ai canoni tipici dello *jus belli* – cosicché "non si distingue più tra guerre giuste e guerre ingiuste, anzi ci non sono proprio più guerre, ma solo esecuzioni"; al di fuori della federazione invece è ancora possibile la guerra secondo il vecchio "concetto *non* discriminatorio di guerra"⁹.

Per il giurista di Plettenberg, il concetto di guerra deve necessariamente restaurare il significato tipico del diritto internazionale, possedendo "un proprio diritto,

⁸ Ivi, pp. 67-72.

⁹ Ivi, pp. 73-75.

un proprio onore e una propria dignità per il fatto che il nemico non è un pirata né un gangster, ma è uno Stato e un soggetto del diritto internazionale”, con organizzazioni politiche aderenti ad uno *jus belli* nel senso di *jus ad bellum*. Ma la realtà politica è ben diversa: finché infatti si continuerà a pensare la scienza del diritto internazionale secondo queste ideologie applicate l’introduzione della distinzione tra *guerra giusta* e *guerra ingiusta* in verità avrà come risultato quello di discernere azioni militari giustificate dalla Società delle Nazioni da tutte le altre: l’obiettivo finale sarà quello di condurre una “definitiva ultima guerra dell’umanità, e in ogni caso una *guerra totale*” contro i “nemici [disumani] dell’umanità”. SCHMITT sembra prendere le difese della Germania che dal primo conflitto mondiale in poi subirà accuse di essere *hostis generis humani* per le operazioni sottomarine contro imbarcazioni civili – che peraltro trasportavano materiale bellico dagli Stati Uniti all’Inghilterra –: ritiene sia stato ambiguo il discorso del presidente WILSON (2 aprile 1917), il quale non ha utilizzato esplicitamente il termine “pirateria”, ma ne ha tratto fuori un *exemple-type* per definire la guerra marittima tedesca di essere stata condotta contro l’umanità, cioè una “guerra contro tutte le nazioni”, celando i reali interessi di dominio talassocratico anglo-statunitense. Ancora una volta il giurista di Plettenberg auspica che venga creata “un’autentica comunità dei popoli europei [come] presupposto di un vero ed efficace diritto internazionale”, escludendo totalmente il ricorso alle “istituzionalizzazioni” e alle “federalizzazioni”¹⁰, non facendo però cenno alle mire egemoniche della Germania nazionalsocialista in Europa¹¹.

2. Approfondendo la concezione universalista del “concetto discriminatorio di guerra”, si pone automaticamente la questione su quale soggetto in pratica possa essere definito l’*accusatore* e chi invece il *responsabile* del *crimine* di guerra secondo una fattispecie di reati. Da ciò vanno esclusi due tipi di atti illeciti: in primo luogo, le “violazioni delle regole e degli usi della guerra” – inerenti al cosiddetto *jus in bello*, ovvero diritto *in guerra* – commesse dalle forze armate regolari di uno Stato belligerante durante le operazioni militari e le occupazioni territoriali; in secondo luogo, “le *atrocities* in un senso specifico di uccisioni pianificate e crudeltà disumane”, non vanno considerate azioni belliche regolari poiché sono “manifestazioni di un mostruoso *scelus infandum*”¹².

Per quanto riguarda la definizione di “guerra d’*aggressione* come *crimine internazionale*”, Carl SCHMITT si oppone all’intenzione dei giuristi occidentali a vo-

¹⁰ Ivi, pp. 76-84.

¹¹ Pur non condividendo appieno il piano di espansione nazista di creare un *Lebensraum* tedesco in Europa, il giurista di Plettenberg espone invece la teoria dei *konkreter Großräume* – costituiti da uno Stato-guida e da annessi Stati minori alleati similmente alla *Monroe doctrine* – da inserire in un quadro di ridefinizione dello spazio planetario: Cfr. Carl SCHMITT, “L’ordinamento dei Grandi Spazi nel diritto internazionale con divieto di intervento per potenze straniere. Un contributo sul concetto di impero nel diritto internazionale (1941)”, *Stato, Grande Spazio, Nomos*, Adelphi, Milano, 2015.

¹² Cfr. Carl SCHMITT, *La guerra d’aggressione come crimine internazionale* (1945), il Mulino, Bologna, 2015, pp. 35-39.

ler istituire un nuovo reato posto concettualmente in contrasto con il noto principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, riconosciuto internazionalmente come “chiaro divieto di emettere una sentenza di condanna penale, se al tempo in cui l’azione è stata commessa non era ancora sottoposta a sanzione penale”. Nel pensiero europeo continentale, l’esegesi del termine *lex* consiste nella formula *sine lege* nel senso positivistico come legge penale scritta, promulgata formalmente dallo Stato: un’interpretazione oramai banale e soddisfacente per i giuristi che non trovano alcuna necessità di ricercarne altre. La medesima trattazione è valsa per la giurisprudenza inglese: definendo la “*lex terrae* [come] diritto comune del Paese, [ovvero] la *common law*”, il principio *nullum crimen* diviene parte essenziale del *due process of law* assieme a diverse garanzie per l’imputato sottoposto a giudizio, seguendo le istituzioni del diritto consuetudinario. Similmente, il diritto statunitense ha adottato il “divieto del valore retroattivo delle leggi” condizionato dalle “dichiarazioni dei diritti dell’uomo degli Stati americani” (1776), influenzate dal pensiero tipicamente inglese di John LOCKE e tipicamente europeo continentale di Charles-Louis MONTESQUIEU. Perciò, SCHMITT non condivide le tesi di Robert HOUGHWOUT JACKSON, che nel processo di Norimberga si schiera contro i criminali di guerra come *creative precedent* utili per la definizione del nuovo “*crimine internazionale della guerra d’aggressione*”. Per il giurista di Plettenberg invece le *atrocities* in senso particolare che sono state commesse prima e nel corso della seconda guerra mondiale, vanno considerate solamente come *mala in se*, ovvero delitti punibili con leggi procedurali ordinarie degli Stati, senza il ricorso ad un tribunale penale internazionale¹³.

La guerra nella storia contemporanea è stata essenzialmente un “evento collettivo di *massa*”, una situazione di conflitto *totale*, alla quale vi partecipano – anche se innocenti – tutti i cittadini degli Stati coinvolti; la differenza tra militari e civili sfumava nella logica di dover subire costantemente bombardamenti aerei o di contribuire alle operazioni di offensiva; persino gli Stati neutrali devono guardarsi da un possibile ed imprevedibile coinvolgimento in guerra. Carl SCHMITT intende motivare così le ragioni a difesa degli imprenditori industriali tedeschi accusati penalmente di aver armato il Terzo Reich: poiché allora essi furono sottoposti alle pressioni del regime nazionalsocialista per compiere un dovere patriottico – parimenti ai loro colleghi anglo-statunitensi – nella conduzione di una “guerra d’*aggressione*”, non ritenuta ancora un “*crimine internazionale*”¹⁴.

SCHMITT ritrova ed analizza criticamente tre casi di crimini di guerra.

1) Com’è noto secondo la dottrina giurisprudenziale, lo Stato è l’“unico soggetto” *esterno* del diritto internazionale, separandolo dall’*interno* del diritto statale rapportato con i cittadini. Ciò che viene deciso internamente non può essere giudicato al di sopra dell’ambito statale: la *parità* tra Stati di possedere diritti nel contesto internazionale consiste nella possibilità di condurre una guerra secondo lo *jus ad*

¹³ Ivi, pp. 41-50.

¹⁴ Ivi, pp. 103-104.

bellum, oppure di dichiarare la propria neutralità. Persino all’Aia, la Convenzione sulla guerra (1907) così come la creazione della Società delle Nazioni (1919) si fondarono sul principio di “*parità di diritti* tra Stati”. In caso di guerra, l’interpretazione giuridica della separazione tra *interno* ed *esterno* venne utilizzata dai giuristi per consegnare ogni *responsabilità bellica* allo Stato *aggressore*, escludendo praticamente i cittadini da qualsiasi colpa. Eppure nel dibattito di Versailles, sulla questione di denunciare come colpevole il Kaiser GUGLIELMO II, fu fatta valere un’altra concezione: quella di attribuire una *responsabilità penale* ad un individuo in quanto Capo supremo delle forze armate di uno Stato *aggressore*, un *novum crimen* fallito a causa del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, poiché il giudice del tribunale penale internazionale si sarebbe ritrovato di fronte ad un nuovo tentativo di criminalizzazione senza precedenti fondanti¹⁵.

2) Vista l’inconsistenza nel condannare lo Stato – attraverso la messa in stato d’accusa del suo Capo – come reo del “*crimine internazionale della guerra*”, i giuristi propositori del *novum crimen* pensarono allora di prendere in considerazione “il *popolo* nel suo complesso come autore” del reato di guerra. Una sorta di *responsabilità collettiva* poiché “ogni soldato, ogni operaio di una fabbrica di munizioni, ogni contribuente, dovrebbe essere punito come reo, se non è in grado di discolparsi per il suo singolo caso”, trascinando così l’antico crimine di pirateria sul popolo presente sulla terraferma colpevole come la “nave nella sua totalità”, tranne che un cittadino possa riuscire a farsi considerare ostaggio. Ciò fu attribuito ai ministri ed ai gerarchi del regime *hitleriano*, appartenenti volontari alla “comunità giurata” del *Führerprinzip*, simile al “principio dell’anticamera” della *camarilla* e dell’*antichambre* nei dispotismi assoluti dell’età moderna. SCHMITT specifica che il ministro come tale è responsabile del suo dicastero, mentre il governo è titolare degli atti espressi in forma collegiale. Pertanto, si è al corrente che la nomina dei funzionari ministeriali veniva scavalcata dalla cancelleria del partito nazista che deteneva sempre l’ultima parola, estromettendo il potere di veto dei ministri. Sono stati propriamente il Führer ed il “partito unico” i principali *domini* della società di massa: riprendendo le teorie elitiste di Vilfredo PARETO e Robert MICHELS, SCHMITT individua le cause della creazione di un nuovo ordine totalitario, dall’organizzazione ben strutturata di un’aristocrazia (*minoranza*) che si pone l’obiettivo di indirizzare le masse popolari (*maggioranza*) nello Stato nazionalsocialista; perciò non vi sono fondamenti per criminalizzare il *popolo* secondo il nuovo “concetto discriminatorio di guerra”¹⁶.

3) Essendo la guerra d’*aggressione* anche “un fatto di politica estera” del governo di Stato, si pensò conseguentemente di accusare i relativi governi di Stati alleati, che a seconda delle circostanze possono essere complici di *principals of the first degree or the second degree* di reati di guerra. Tra questi vi può essere la *conspiracy* per punire tutti gli alleati “coinvolti anche nel caso di crimini incompiu-

¹⁵ Ivi, pp. 105-109.

¹⁶ Ivi, pp. 110-115.

ti”, accanto alla perpetrazione del reato, ma non è un delitto del tutto indipendente, piuttosto può essere considerata un’integrazione della disciplina della partecipazione secondo la tipologia di *conspiratio* contenuta nel diritto penale comune. Ad essa, viene annoverata un’altra categoria penalistica come *accessory* e l’indicazione di *complices* per quegli alleati che si rendono partecipi del “*crimine internazionale*”, spesso attribuito anche a quegli Stati che nel dichiarare la propria neutralità, possono trarne giovamento: si ricorda infatti che il nuovo diritto internazionale astratto è in grado di ammettere solamente le *guerre giuste*, nelle quali nessuno Stato può decidere di rimanere *terzo* e neutrale. In quest’ultimo caso, SCHMITT ricorda ad esempio la serie di “patti di non-*aggressione* e ridefinizione dei confini” conclusi nel 1926 e nel 1939 tra Germania e Russia, ed la dichiarazione di neutralità che gli Stati Uniti vollero esprimere allo scoppio della seconda guerra mondiale, nel settembre del 1939¹⁷.

Nelle intenzioni dei giuristi a servizio delle potenze alleate contro l’Asse, alla fine del secondo conflitto mondiale, vi fu quindi un chiaro indirizzo di criminalizzare il *nemico assoluto* colpevole di condurre – per la prima volta nella storia del diritto internazionale – una *guerra ingiusta*. Senza considerare le *atrocities* commesse dalla parte vincitrice, si pensò di creare dal nulla giuridico un “*crimine internazionale*” solo per chi avesse commesso un’azione di “guerra d’*aggressione*”, da giudicare tale arbitrariamente. Vi era celatamente il proposito di incoraggiare le popolazioni europee all’insubordinazione di qualsiasi sacro dovere di ubbidienza patriottica – principio contenuto anche nei testi costituzionali – e di delegittimare i precedenti richiami alle armi degli Stati sovrani, per giustificare invece le azioni di “polizia umanitaria” e “giustizia universalista” di cui solo gli Alleati “portatori di pace” potevano rivendicarne la titolarità. Voler creare un’obbligazione internationalistica – valida per tutti gli Stati e gli individui del pianeta Terra – senza una concreta fattispecie di reato, senza un’organizzazione giudiziaria e senza un’effettiva protezione degli obbligati, non può giustificare alcun fondamento per una condanna penale. Il giurista di Plettenberg contesta ciò, specificando che “azioni che finora erano adempimenti di un obbligo statale diventano crimini, mentre azioni che finora erano punite come criminali nella sfera statale, come per esempio l’alto tradimento, il tradimento, la resistenza e il sabotaggio, rientrano ora nell’adempimento di obblighi internazionali, il cui non adempimento farebbe del cittadino leale un criminale internazionale”. E quindi “portare il normale cittadino che non appartiene alla classe politicamente dirigente, in un tale conflitto e, in più con effetto retroattivo per il passato, violerebbe ogni [principio giuridico di] *equity*”. Il voler colpevolizzare – da parte degli Alleati – i singoli cittadini arruolati negli eserciti regolari o nell’industria pesante, così come gli “*ordinary businessman* economicamente attivi”, significava disintegrare una volta per tutte l’unità politica tedesca e ciò che rimaneva dello *jus publicum Europaeum*¹⁸. Questo fu il tragico bilancio che un conservatore cattolico e

¹⁷ Ivi, pp. 116-119.

¹⁸ Ivi, pp. 135-138.

nazionalista – definiamolo così viste le sue perenni convinzioni distanti dalle ideologie dominanti del Novecento – come SCHMITT dovette constatare alla fine dell’anno 1945: dopo esser stato ostracizzato dai nazisti, ora veniva perseguitato dagli Alleati, in una solitudine intellettuale che gli renderà la vita difficile a fronte delle accuse subite durante il processo di Norimberga¹⁹ e durante la conseguente reclusione forzata²⁰.

Carl SCHMITT, in *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* (1938) ed in *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz “nullum crimen, nulla poena sine lege”* (1945), ha voluto manifestare un momento di svolta nei suoi studi di scienza del diritto internazionale: la questione sulla guerra e sulle forme della sua limitazione giuridica diviene per la prima volta oggetto di analisi accurata nell’ambito del tentativo di sottoporre a critica quelle posizioni che si posero egemonicamente nel dibattito specialistico contemporaneo. La dichiarazione (2 aprile 1917) del Presidente degli Stati Uniti Woodrow WILSON è stata, dal punto di vista giuridico, pionieristica nell’inaugurare la svolta verso una “concezione discriminatoria della guerra”, nel voler indicare sistematicamente il *nemico* dalla parte del torto, del crimine e dell’ingiustizia, rivendicando per sé il titolo di *legittimità* della *justa causa*: alla discriminazione del concetto di ostilità si accompagnano conseguentemente la criminalizzazione del vinto – da annientare – e la sanzione di una “pace punitiva”. Nel quadro del diritto internazionale emergono tre forme teorizzate di guerra: 1) la *respublica christiana* medievale, nella quale la *potestas spiritualis* della Chiesa di Roma fungeva da autorità riconosciuta per dirimere le controversie tra gli Stati; 2) lo *jus publicum Europaeum* dell’età moderna, nel quale non domina più alcuna autorità sovranazionale titolare di qualsiasi prerogativa di decisione della *justa causa* di un conflitto tra Stati sovrani; 3) il declino del diritto interstatale europeo, che determina già nella prima guerra mondiale (1914-1918) un’exasperazione delle ostilità mirate a criminalizzare il *nemico* sul versante soggettivo, e ad utilizzare strumenti bellici di annientamento disumani, oltre che a non ammettere nella regia di risoluzione del conflitto Stati *terzi* neutrali utili alla mediazione tra vincitori e vinti²¹.

La formula della *guerre en forme* – come conflitto agonale tra *combattenti* aventi eguali diritti, essendo rappresentanti di formazioni territoriali istituzionalmente omogenee – non ha così avuto più alcuna validità. Inoltre, partendo dalla diversificazione spaziale di *Landrecht* e *Seerecht* nello *jus gentium*, che ha costituito uno degli aspetti più innovativi della teoria del *nomos* della terra, SCHMITT ha dovuto assistere con amarezza e disillusione al decadimento di questi ordini concreti a vantaggio del “concetto discriminatorio di guerra”, imposto da quei popoli extraeuropei che nella storia hanno costituito forme politiche diverse dagli Stati sovrani. Il nuo-

¹⁹ Cfr. Carl SCHMITT, *Risposte a Norimberga* (a cura di H. Quaritsch), Laterza, Roma-Bari, 2006.

²⁰ Cfr. Carl SCHMITT, *Ex captivitate salus*, Adelphi, Milano, 1987, (Ed. ted. 1950).

²¹ Cfr. Pier Paolo PORTINARO, *La crisi dello jus publicum Europaeum: Saggio su Carl Schmitt*, Edizioni di comunità, Milano, 1982, pp. 202-206.

vo “concetto di criminalizzazione della guerra” si ispira ai principi della *Seekrieg* contro la pirateria: la guerra marittima, essenzialmente condotta in modo predatorio (*Beutekrieg*), sostituisce la lotta terrestre limitata, trasformandosi così in *guerra totale ed assoluta* con l’utilizzo di armi sempre più disumane, per legalizzare lo *status quo* delle democrazie imperialistiche. La Società delle Nazioni ed il Patto Kellogg hanno assunto il compito di imporre un ordine sovranazionale per condurre guerre in forma di “azione di polizia mondiale” ed in nome della “società civile universale”, liberando indirettamente così l’imperialismo economico da ogni ostacolo confinario interstatale. Infine, si aggiunse all’equilibrio tra le forze militari di *terra e mare*, la “*terza arma aerea*”, segnando un ulteriore passo in direzione del conflitto *totale*: nei bombardamenti delle città e dei centri industriali, la criminalizzazione del nemico fu portata alle sue estreme conseguenze²². In questi due saggi, SCHMITT intende esplicitamente allarmare gli studiosi ed i governi ad evitare la conduzione di un tipo siffatto di guerra, in grado di coinvolgere l’intero pianeta, con una velocità ed una brutalità senza precedenti nella storia²³.

3. Come abbiamo affermato in precedenza, la politica nel pensiero di Carl SCHMITT implica inevitabilmente la conflittualità, poiché una visione pacificata della vita sociale ed umana risulterebbe impossibile ed impolitica. Identificare il soggetto *ostile* risulta dunque un problema da risolvere: il concetto di *politico* contribuisce a fornire una definizione di *inimicizia* pubblica – giammai privata – basata sulla distinzione tra il *nemico* esterno e l’*amico* interno di una determinata società politica o aggregato umano. Superando e completando le riflessioni di Carl VON CLAUSEWITZ, SCHMITT considera la guerra come *Grenzbegriff*, ossia concetto-limite, in uno stato di eccezione, dove vi è una *decisione* politica nel riconoscere il *nemico* come tale: “Clausewitz vede ciò che è di politico nella guerra, Schmitt ciò che vi è di conflittuale nella politica”. Nell’ambito dello *jus publicum Europaeum*, il fine della guerra *regolata* riposa nel raggiungimento della pace attraverso un accordo siglato tra Stati belligeranti reciprocamente riconosciuti come eguali: il giurista di Plettenberg espo-

²² Ivi, pp. 207-215.

²³ A tal riguardo il giurista inglese Chris BROWN si è occupato del tema del rapporto tra *umanità* idealizzata e *guerra giusta*, affermando che “the term ‘humanitarian intervention’ is a rather unfortunate recent coinage. It refers to circumstances where one state or a coalition of states intervened by force in the supposedly domestic affairs of another state ostensibly in the interest of the population of the latter, for example to prevent or curtail genocide or other gross violations of their human rights”. Tuttavia, grazie agli scritti di Carl SCHMITT sul *Nomos della Terra* e sulla storia dello *jus publicum Europaeum* si giunge a definire che, anche odiernamente, sia possibile riproporre “the new thinking about war also opened up the possibility of neutrality as a legal status; since war was no longer justified in accordance with a theological judgement based on notions of good and evil, it became possible for third parties to stand aside if their interests were not engaged”. Cfr. Chris BROWN, “From humanized war to humanitarian intervention: Carl Schmitt’s critique of the Just War tradition” in AA.VV., *The international political thought of Carl Schmitt: terror, liberal war and the crisis of global order* (edited by Louiza ODYSSEOS and Fabio PETITO), Routledge, London, 2007, pp. 56-60.

ne le preoccupazioni della recrudescenza della guerra *totale* d'annientamento che non ammette la pace risolutiva di conflitto, quanto invece un atto unilaterale di punizione per crimini internazionali, escludendo l'ammissione del tradizionale principio giuridico *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La forza frenante (*katechon*) del diritto interstatale europeo consisteva proprio nell'inammissibilità d'esistenza di una potenza superiore a tutte le altre – *non est potestas super terram quae comparetur ei* per HOBBS – che avrebbe potuto esercitare il diritto di giudicare la *legittimità* di una guerra secondo un “concetto discriminatorio”. Il senso della *guerra giusta* non può appartenere alla sfera del *politico*, bensì ai valori morali non-politici o antipolitici, poiché nell'identificazione del *nemico* come criminale lo si squalifica da qualsiasi pretesa politica. Questo fu l'obiettivo perseguito dalle ideologie illuministe, liberali e rivoluzionarie dal Settecento in poi, condizionando prepotentemente la trattazione giuridica e politologica inerente sia dello *jus ad bellum* che dello *jus in bellum*²⁴.

Su questo tema, il saggista francese Alain DE BENOIST²⁵ si è soffermato, ripensando all'attualità di Carl SCHMITT dal periodo successivo alla morte del giurista fino all'odierna era della globalizzazione – fortemente condizionata dalla moda dell'*american way of life*²⁶. Dalla Francia rivoluzionaria e dal concetto di “impero della libertà” teorizzato da Thomas JEFFERSON, il presidente Theodore ROOSEVELT poté proclamare di veder costretti gli USA in futuro “ad esercitare un potere di polizia internazionale”. Analogamente, il *wilsonismo* riprese l'ideale universalista d'intervento pacifista nel mondo secondo cui “la bandiera degli Stati Uniti non è soltanto la bandiera dell'America [*dottrina Monroe*], ma dell'umanità [*dottrina Tobar*]”: in seguito questa linea di pensiero si sviluppò – estendendo ulteriormente l'orizzonte di ingerenza sulle questioni al di fuori del Nuovo Continente – con la *dottrina Stimson* contenuta nel Patto Kellogg, prevedendo uno stato di guerra permanente da far condurre da una polizia sovranazionale contro quegli Stati che avrebbero intrapreso una politica di riarmo – e nei fatti, di possibile *aggressione* – non compatibile agli interessi statunitensi. Per tutta la seconda metà del Novecento, la *belligeranza* ha assunto forme diverse di uno “stato permanente di *guerra fredda* o *pace calda*”, nella prospettiva di egemonia mondiale degli USA contro il blocco comunista guidato dall'Unione Sovietica, su più punti del *Rimland* disegnato dal geografo Nicholas J. SPYKMAN²⁷. Su queste

²⁴ Cfr. Alain DE BENOIST, *Terrorismo e “guerre giuste”*. *Sull'attualità di Carl Schmitt*, Guida Editore, Napoli, 2007, pp. 21-28.

²⁵ Cfr. Alain DE BENOIST, “Global terrorism and the state permanent exception: the significance of Carl Schmitt's thought today”, in AA.VV., *The international political thought of Carl Schmitt: terror, liberal war and the crisis of global order* (edited by Louiza ODYSSEOS and Fabio PETITO), Routledge, London, 2007. / ID., *Ripensare la guerra. Dallo scontro cavalleresco allo sterminio di massa*, ASEFI, Milano, 1999.

²⁶ Di questo argomento si è occupato anche il professor Marco TARCHI, *Contro l'americanismo*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

²⁷ Cfr. Patricia CHIANTERA-STUTTE, *Il pensiero geopolitico. Spazio, potere e imperialismo tra Otto e Novecento*, Carocci, Roma, 2014, pp. 159-169.

basi, la politica estera dell'amministrazione di George W. BUSH ha potuto dichiarare l'importanza del ruolo di giustizia e di polizia mondiale, che gli USA intraprendono per il bene dell'intera umanità, a seguito degli attentati avvenuti l'11 settembre del 2001 a Washington e New York per mano di fondamentalisti islamici appartenenti ad Al-Qaida. Con questi presupposti, gli USA sono riusciti ad imporre nell'opinione pubblica globale la propria supremazia, per legittimare quelle operazioni militari che non possono essere riconosciute dall'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU): Afghanistan dal 2001, Iraq dal 2003 (oltre che nella "prima guerra del Golfo" del 1990-91). Nella conduzione di queste guerre, non vi fu semplicemente l'impiego di truppe e mezzi ufficialmente riconoscibili come regolari, ma entrarono in modo subdolo gli interessi di "attori non statali" come organizzazioni non governative e gruppi di pressione, implicando una ridefinizione dei rapporti tra il *pubblico* ed il *privato*, oltre alla cancellazione delle frontiere tra le categorie classiche della belligeranza, culminando nella confusione stessa di guerra e pace. Non a caso si assiste ad una progressiva "privatizzazione accelerata" della sicurezza sia interna che esterna allo Stato: i militari diventano sempre più "tecnici o civili in uniforme", dando spazio ad una proliferazione di *contractors* o *private military companies*. Lo status di cui esse godono è ritenuto paradossale, in quanto vengono ingaggiati legalmente dal governo degli Stati Uniti per poi essere considerati – *mercenari* che non possono nemmeno beneficiare della protezione accordata ai combattenti regolari, secondo le Convenzioni di Ginevra e dell'Aja – illegali dalle norme del diritto internazionale²⁸.

L'attualità di SCHMITT si ritrova nella critica alla *guerra giusta* idealizzata dalla teologia politica dominante negli Stati Uniti sin dall'età moderna: ossia, il messianesimo ideologico del *Manifest Destiny* – enunciata dal pensatore Sean O'SULLIVAN nel 1845 –, secondo cui gli SUA siano l'autentica realizzazione della fusione di "imperialismo ed elezione divina". Dietro questa ideologia vi è stato secondo Alain DE BENOIST un "nuovo giacobinismo", il protestantesimo evangelista e calvinista, che fuggito dall'Europa ha ritrovato il suo "spazio di libertà" in America, creandovi nel tempo una vera e propria struttura di egemonia culturale, con la convinzione di voler esportare il modello di "democrazia [e lo Stato] di mercato" nel mondo. Gli Stati Uniti si pongono così come "Paese d'*eccezione*", secondo cui possederebbero "la libertà di non essere impegnato da nessuna delle regole che esso si augura al contrario che vengano osservate dagli altri", adottando sempre più spesso atteggiamenti rigorosamente unilaterali: ad esempio, non viene riconosciuta dalla "Casa Bianca" l'autorità della Corte penale internazionale dell'Aja, per quanto riguarda eventuali crimini commessi da cittadini statunitensi all'estero, così come il rifiuto di firmare la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia (1989), in cui si tenta di salvaguardare i più deboli evitandone il coinvolgimento nei combattimenti. Non viene dunque nemmeno riconosciuto un *soggetto terzo* neutrale come l'ONU – similmente

²⁸ Cfr. Alain DE BENOIST, *Terrorismo e "guerre giuste"*. *Sull'attualità di Carl Schmitt*, Guida Editore, Napoli, 2007, pp. 31-35.

alla Chiesa di Roma nella *respublica christiana*²⁹ medievale – utile per una possibile mediazione del conflitto. Il *nemico* negli Stati Uniti non viene concettualizzato come “avversario di circostanza, che potrebbe all’occasione trasformarsi in alleato, [poi-ché] esso si confonde con il Male”: una ripresa quindi della formula *hostis generis humani* – attribuita a banditi di terra e pirati del mare³⁰ – da imputare a quelle società politiche che tentassero di attentare alla libertà dei cittadini americani; questa libertà *assoluta* va difesa con qualsiasi mezzo disponibile – d’annientamento – contro i cosiddetti “Stati canaglia (*rogue States*)”, privati oramai di qualsiasi presunzione di *sovranità*, mentre gli USA possono far valere la propria secondo un “principio di precauzione” con ubiquità d’intervento – *guerra preventiva* o legittima difesa anticipata – su tutto il pianeta, violando qualsiasi norma di diritto internazionale. Vivendo dunque in uno stato di “minaccia imminente”, la *guerra giusta* diviene al tempo stesso un “male (inevitabile), in certe circostanze un male minore (possibile) ed un mezzo (legittimo) di rimediare al male”. DE BENOIST riprendendo il filosofo francese Jacques DERRIDA, intravede nella lotta globale tra *crociata* democratica e *jihad* musulmana – ovvero tra il messianesimo *neo-cons* di BUSH e l’islamismo radicale di Osama BIN LADEN –, sostanzialmente “due teologie politiche” universaliste, che si criminalizzano a vicenda³¹.

**CARL SCHMITT’S OPPOSITION TO THE CONCEPT OF JUST WAR AND PUNITIVE PEACE
IN THE INTERNATIONAL LAW**

ABSTRACT: *Since the end of the First World War, the conflict between States has undergone a drastic change of legitimation, mainly due to: massacres in the trenches, economic damage and involvement of the civilian population. The start of a new concept of just war and punitive peace by the Western Allied powers, aroused a great deal of scepticism among jurists such as Carl Schmitt, who dedicated several essays on the subject, taking sides in defense of the Second Reich, defeated by the First World War, and yet without hiding the current political issues of the 30s and 40s.*

KEYWORDS: *War; Discriminatory concept; War of aggression; Opinion of Carl Schmitt.*

²⁹ Cfr. Carl SCHMITT, “Il diritto internazionale del Medioevo cristiano”, *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello “Jus Publicum Europaeum”* (1950), Adelphi, Milano, 1991.

³⁰ Cfr. Carl SCHMITT, *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo* (1942), Adelphi, Milano, 2002 (Ed. ted. 1954).

³¹ Cfr. Alain DE BENOIST, *Terrorismo e “guerre giuste”. Sull’attualità di Carl Schmitt*, Guida Editore, Napoli, 2007, pp. 37-51.