

The Cardozo Electronic Law Bulletin

Una possibile teoria unitaria per il
risarcimento del danno non patrimoniale
alle persone giuridiche

Davide Gianti

We Are Family: A Queer Legal
Analysis of non Conjugal Relationships

Antonio Vercellone
Veronica Pecile

«Al di sopra della mischia»:

Diritto e degenerazioni del Politico

Emanuele Ariano

The Cardozo Electronic Law Bulletin

EDITOR IN CHIEF

Pier Giuseppe Monateri
(Università degli Studi di Torino; Sciences Po-Parigi)

MANAGING EDITORS

Cristina Costantini (Università degli Studi di Perugia)
Mauro Balestrieri (Università degli Studi di Torino)

SCIENTIFIC COMMITTEE

Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata)
Duncan Fairgrieve (British Institute of International and
Comparative Law)
Maria Rosaria Ferrarese (Università degli Studi di Cagliari)
Günter Frankenberg (Goethe-Universität)
Tommaso Edoardo Frosini (Università Suor Orsola
Benincasa di Napoli)
Maria Rosaria Marella (Università degli Studi di Perugia)
Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia)
Ugo Mattei (Università degli Studi di Torino)
Antonello Miranda (Università degli Studi di Palermo)
Horatia Muir Watt (Sciences Po-Parigi)
Roberto Pardolesi (LUISS Guido Carli)
Giorgio Resta (Università di Roma Tre)
Salvatore Sica (Università degli Studi di Salerno)

REFEREES

Daniela Carpi (Università degli Studi di Verona)
Virgilio D'Antonio (Università degli Studi di Salerno)
Francesco Di Ciommo (LUISS Guido Carli)
Rocco Favale (Università degli Studi di Camerino)
Mauro Grondona (Università degli Studi di Genova)
Pablo Moreno Cruz (Universidad Externado de Colombia)
Alessandra Pera (Università degli Studi di Palermo)
Federico Pizzetti (Università degli Studi di Milano)
Alessandra Quarta (Università degli Studi di Torino)
Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno)
Giovanni Sciancalepore (Università degli Studi di Salerno)
Giovanni Varanese (Università degli Studi del Molise)
Arianna Vendaschi (Università Bocconi)
Andrea Zoppini (Università di Roma3)

Sito web: <https://www.ojs.unito.it/index.php/cardozo/index>

e-mail: celbulletin@gmail.com

©1995-2023 ISSN 1128-322X

CONTENTS

Vol. XXIX Issue 2 2023

- 1 DAVIDE GIANTI
**UNA POSSIBILE TEORIA UNITARIA
PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO NON
PATRIMONIALE ALLE PERSONE GIURIDICHE**
- 31 ANTONIO VERCELLONE
VERONICA PECILE
**WE ARE FAMILY:
A QUEER LEGAL ANALYSIS OF NON CONJUGAL
RELATIONSHIPS**
- 45 EMANUELE ARIANO
**«AL DI SOPRA DELLA MISCHIA»:
DIRITTO E DEGENERAZIONI DEL POLITICO**



EMANUELE ARIANO

«AL DI SOPRA DELLA MISCHIA»: DIRITTO E DEGENERAZIONI DEL POLITICO

Abstract: Utilizzando quale cornice teorica il conflitto russo-ucraino, l'articolo si propone di analizzare la progressiva marginalizzazione del discorso giuridico rispetto ad altri discorsi influenti (politica, economia, tecnologia). Dopo aver ricostruito la genealogia del conflitto ed evidenziato la sua rilevanza geopolitica, si osserva come gli stati di emergenza e le crisi internazionali siano viepiù gestiti *ratione imperii* dalla nuda politica che persegue la *debellatio* del nemico e non, invece, *imperio rationis* attraverso gli strumenti offerti dal diritto. A dispetto della rassicurante narrazione della *rule of law*, la storia recente dimostra che è proprio quando la tenuta dello stato di diritto viene messa alla prova che esso è trattato come peso e non come contrappeso; il che rende manifesta l'attuale fragilità del discorso giuridico nel circuito di produzione delle idee e delle soluzioni a problemi istituzionali. In direzione contraria rispetto a questa tendenza involutiva, l'articolo rivendica la necessità di un «ritorno al diritto», inteso come prassi politica di trasformazione sociale e pratica intellettuale di resistenza e critica rispetto al potere, utile a generare una dose di contro-egemonia necessaria per la sopravvivenza della dialettica democratica.

Keywords: guerra russo-ucraina, discorso giuridico, stato di eccezione, *rule of law*, art. 11 Cost., contro-egemonia, Law and Humanities, ritorno al diritto.

TABLE OF CONTENTS: 1. La Guerra oltre la guerra: fine della storia o fine della pace? – 1.1. «*L'empire de la force*»: il diritto tra narrazioni e contro-narrazioni – 2. Strumentalizzazione del diritto e polarizzazione del dibattito pubblico – A. Alle radici del conflitto – B. Dalla narrazione all'informazione: il caso *RT-France c. Consiglio* – 2.1. Il ruolo della pace nel conflitto russo-ucraino: una storia di «amici e nemici» – 2.1.1 Diritto e valore: l'esclusione del «nemico» e i rischi di un'indignazione selettiva – 3. La Costituzione tra *jus ad bellum* e *jus ad pacem* – 3.1. «Al di sopra della mischia»: il giurista come *outsider* – 3.2. Guerra e ordine costituzionale: addio alle armi? – 3.3. L'art. 11 Cost. nel letto di Procuste: evoluzione o revisionismo interpretativo? 4. Concludendo: per un ritorno al diritto – 4.1. La fragilità del *legal discourse* – 4.2. Diritto e guerra tra resistenza e contro-egemonia.



1. *La Guerra oltre la guerra: fine della storia o fine della pace?*

L'ordine mondiale seguito alla caduta del muro di Berlino sembrava preludere ad un mondo irenicamente unipolare a guida occidentale. Il 1989 ha, infatti, marcato una data storica a partire dalla quale gli Stati Uniti hanno assunto il ruolo simbolico di «sceriffo internazionale», incaricato di mantenere un mondo senza guerre e realizzare l'*idéal* kantiano della pace perpetua¹. Senonché tale costruzione geopolitica ha dimostrato in più occasioni di esser un gigante dai piedi di argilla e il conflitto scatenato dall'illegittima invasione russa del territorio ucraino non è che un ulteriore esempio del disordine mondiale² successivo alla fine della guerra fredda³.

Il conflitto russo-ucraino si è rapidamente tramutato in uno scontro di civiltà su cui aleggia la tetra ombra di una nuova *cold war* tra l'Occidente atlantista da una parte e il blocco orientale – oggi rappresentato dalla comunanza di interessi che caratterizza l'asse sino-russo cui si è aggiunta di recente la Corea del Nord – dall'altra; in mezzo ritroviamo i c.d. paesi non allineati come il continente africano e, in generale, il sud globale⁴. Questi paesi, consci delle insidie insite nel prender attivamente posizione a favore dell'uno o dell'altro blocco in un mondo multipolare, hanno optato per posizioni astensioniste o, comunque, si sono sottratti a ciò che a tutti gli effetti si presenta come una *great-power competition*.

Da questo sommario affresco possiamo, anzitutto, trarre una considerazione preliminare. La tanto propagandata «fine della storia»⁵ e, pertanto, la naturalizzazione dell'architettura liberale dell'Occidente capitalista e dei suoi apparati come modello imperfettibile di civiltà, si è mostrata per quella che è: una approssimativa escatologia della storia edificata su una retorica dei vincitori che, superati i toni autocongratulatori, mostra in realtà come l'Occidente abbia prospetticamente tradito la cultura democratica dei diritti e la tradizione del

¹ D. Losurdo, *Un mondo senza guerre. L'idea di pace dalle promesse del passato alle tragedie del presente*, Roma, Carocci, 2016.

² T. Todorov, *Il nuovo disordine mondiale. Riflessioni di un cittadino europeo*, trad. it., Milano, Garzanti, 2003.

³ In ottica genealogica, R. Menon – E.B. Rumer, *Conflict in Ukraine: The Unwinding of the Post-Cold War Order*, Cambridge (MA) – London, MIT Press, 2015.

⁴ Per un recente utilizzo di tali categorie, v. *The Nonaligned World: The West, the Rest and the New Global Disorder*, in 102(3) *Foreign Affairs*, May/June 2023.

⁵ F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992.



costituzionalismo sociale⁶ per divenire megafono del progetto neoliberale⁷. E proprio in considerazione dei conflitti, della deplorabile stagione di regresso politico-giuridico⁸, del passaggio dalla «civiltà possibile»⁹ dello Stato di *welfare* all'inciviltà attuale del *warfare State* e delle disuguaglianze sistemiche che esso ha portato con sé¹⁰, può dirsi che il nuovo ordine neoliberale si è rivelato una storia di promesse mancate e illusioni cadute¹¹. Ciò che si è realizzato in ultimo, infatti, non è un'eroica «fine della storia», bensì una ingloriosa «fine della pace» anche nel mondo occidentale¹².

Al di là di fuorvianti determinismi storici o fatalismi sociali¹³, l'unica realtà osservabile è che una guerra senza confini definiti è tornata, dopo quasi ottant'anni, a lambire il territorio europeo travolgendo i dispositivi giuridici che la stagione del costituzionalismo democratico ha costruito a partire dal Secondo dopoguerra in

⁶ T. Groppi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Bari-Roma, Laterza, 2021.

⁷ La letteratura sul punto è sterminata. Si vedano, a titolo di esempio, D. Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, OUP, 2005; P.G. Monateri, *Verso un capitalismo non liberale? Come guerra e tecnologia rischiano di prevalere sui valori liberali*, in *Biblioteca della libertà*, 2009, 1. ss.; A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, Laterza, 2021; A. Cavaliere – G. Preterossi (a cura di), *Capitalismo senza democrazia? Libertà, uguaglianza e diritti nell'età neoliberale*, Torino, Giappichelli, 2021; C.E. Mattei, *L'economia è politica. Tutto quello che non vediamo dell'economia e che nessuno racconta*, Milano, Fuoriscena, 2023.

⁸ Sia qui sufficiente richiamare la legislazione securitaria del post 9/11, il trattamento degli *enemy combatants*, o le Commissioni militari di Guantànamo, che hanno segnato un punto di non ritorno nella legalità occidentale e l'inizio di una stagione di involuzione politico-giuridica delle democrazie liberali che è giunta, *mutatis mutandis*, emergenza dopo emergenza, sino ad oggi. Cfr. B. Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 2013; e M.J. Sandel, *Democracy's Discontent: A New Edition for Our Perilous Times*, Cambridge (Mass.) - London, Belknap Press, 2022.

⁹ Così F. Caffè, *In difesa del «Welfare State». Saggi di politica economica*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1986.

¹⁰ B. Milanovic, *Ingiustizia globale. Migrazioni, disuguaglianze e il futuro della classe media*, trad. it., Roma, Luiss, 2019; M. D'Eramo, *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano, Feltrinelli, 2020. Su come tali disuguaglianze si presentino in piena luce proprio nella patria del neoliberismo e siano state costruite anche attraverso il diritto, E. Grande, *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2017.

¹¹ Cfr. F. Bartel, *The Triumph of Broken Promises: The End of the Cold War and the Rise of Neoliberalism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2022; M.R. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, Il Mulino, 2017.

¹² L. Caracciolo, *La pace è finita. Così ricomincia la storia in Europa*, Milano, Feltrinelli, 2022.

¹³ Per una intelligente critica di questa pseudo- «scienza della storia» presente sia nella teoria marxista che in quella (neo)liberale, R.M. Unger, *Politics*, trad. it., Roma, Fazi, 2015.



risposta ai totalitarismi che avevano funestato la prima parte del XX secolo¹⁴. Difatti, ciò che in apertura poteva sembrare un conflitto bellico regionale tra paesi sovrani ha assunto le sembianze e le proporzioni di una Guerra da scriversi con l'iniziale maiuscola. Trattasi di una guerra di posizione¹⁵ a carattere globale, nella quale l'Ucraina è stata situata al centro come se fosse un conduttore elettrico attraverso il quale far scorrere le tensioni tra Est e Ovest¹⁶.

1.1. «L'empire de la force»: *il diritto tra narrazioni e contro-narrazioni*

La guerra ha, poi, posto anche gli Stati europei e l'Unione dinanzi un *aut aut* morale prima ancora che giuridico o politico. Un crocevia divenuto immediatamente strada a senso unico, giacché la valutazione critica del conflitto e della legittimità di un intervento di potenze terze in esso si è tramutata frettolosamente in scelta di campo tra tifoserie contrapposte la cui chiave ermeneutica sembra esser necessariamente oppositiva: Occidente v. Oriente, blocco atlantista v. blocco sino-russo, paesi allineati v. paesi non allineati, imperialismo occidentale v. imperialismo orientale. Insomma, una sorta di «fight theory» quale quella che veniva tradizionalmente utilizzata per descrivere il processo nordamericano¹⁷. Esattamente come accadeva per il *trial*, il conflitto russo-ucraino viene dipinto come uno scontro tra litiganti che ha come orizzonte la vittoria di una parte invece di tendere, come dovrebbe, a raggiungere un fine di giustizia che è (anche) necessariamente super-individuale. Sarebbe, invece, preferibile una lettura che andasse oltre il mero conflitto e che, pur riconoscendone l'importanza, non si arrestasse ai retaggi culturali più immediati e all'*ethos* attraverso i quali i contendenti lo interpretano¹⁸. Tali codici interpretativi recano i segni della storia di conflitti tra le due fazioni ingenerando quasi naturalmente ciò che potremmo definire un'ermeneutica dello scontro: una chiave di lettura che non fa altro che riproporre le strutture e le contrapposizioni ideologiche esistenti con uno sguardo miope rivolto al passato e ai problemi, invece che al presente ed alle soluzioni. Al contrario, in analogia al lavoro del comparatista

¹⁴ In dottrina si è parlato opportunamente di un «postwar paradigm» della legalità. L.E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. Choudry (ed.), *The Migrations of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence*, Cambridge, CUP, 2006, 89-98.

¹⁵ A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, Torino, Einaudi, 1975, 859-60.

¹⁶ S. Plokhly, *Le Porte d'Europa. Storia dell'Ucraina*, trad. it., Milano, Mondadori, 2022.

¹⁷ Il riferimento è, ovviamente, a J. Frank, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949, 80-102.

¹⁸ Per una tal impostazione, v. il pregevole lavoro di G. Cristini, *Geopolitica. Capire il mondo in guerra*, Milano, Piemme, 2023.



che, nello studiare un sistema, scava oltre le declamazioni dei giuristi municipali in cerca dei meccanismi di scelta giuridico-istituzionali profondi ed operativi¹⁹, qui a far premio dovrebbe essere una lettura che combini un'indagine archeologica²⁰ con una narrativa²¹. Un'analisi, cioè, che da un lato parta dalle tracce più visibili della guerra in corso ma che le consideri come evidenze di strati più profondi del conflitto da investigare; e, dall'altro, metta in discussione, secondo le intuizioni della migliore tradizione di *Law and Humanities*²², le strategie discorsive che si celano dietro alla pretesa neutralità degli assetti geopolitici e del c.d. diritto dell'emergenza²³.

Tale approccio presenta indubbi vantaggi. Anzitutto, consente di immaginare un *nomos* capace di resistere a ciò che Simone Weil definiva «l'impero della forza»²⁴. Una forma di resistenza rivolta contro quella retorica che, in presenza di guerre (fisiche e ideologiche), disumanizza il nemico e colonizza il linguaggio e la visione del mondo che esso esprime. La *war talk* tende a giustificare l'operato emergenziale marginalizzando ogni narrazione alternativa per creare consenso attorno ad un nuovo senso comune, il quale non è solo un vago senso della realtà (giusto/sbagliato; necessario/possibile) ma è il senso che «fonda la comunità» e la ricollega ad un patrimonio di significati condiviso²⁵. Quando questa retorica si afferma come discorso ufficiale, essa tende a sovvertire valori e credenze tradizionali, rende il confine tra guerra e pace sfocato o inesistente sino a realizzare lo slogan del Ministero della Verità orwelliano per cui «la guerra è pace». In questo processo, spesso tra i meccanismi di organizzazione sociale a cader vittima

¹⁹ R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (pts. 1 & 2), in 39 *Am. J. Comp. L.* 1, 1991, 343 ss.; P.G. Monateri, *Methods in comparative law: an intellectual overview*, in Id. (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2012, 7 ss.

²⁰ L'approccio archeologico è ormai parte integrante del sapere giuridico in generale e giuscomparatistico in particolare. Per tutti, U. Mattei – T. Ruskola – A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law*, 7th ed., New York, Foundation Press, 2009, 255 ss.

²¹ In particolare, per il nostro tema, J.B. White, *Living Speech. Resisting the Empire of Force*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2006.

²² Si ritiene più corretto parlare di *Law and Humanities* e non di *Law and Literature*. Questo perché, aderendo a quanto sostenuto da uno dei suoi padri intellettuali – James Boyd White – il concetto di letteratura è troppo riduttivo rispetto al sapere umanistico e alle sue interrelazioni con quello giuridico (Id., *What Can A Lawyer Learn From Literature?*, in 102 *Harv. L. Rev.* 2014, nt. 3 (1989)). Per una voce di sintesi, C. Costantini, voce *Diritto e letteratura*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., Torino, 2012, 344–353.

²³ Cfr. J.B. White, *Living Speech*, cit., 1-12 *et passim*.

²⁴ S. Weil, *L'Iliade ou le poème de la force* (1941), Paris, Payot & Rivages, 2014.

²⁵ Per questa concezione del senso comune, H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it., Milano, Bompiani, 1983, 42–54.



dell'*empire de la force* v'è proprio il discorso giuridico. Il diritto, infatti, può porsi in due modi diametralmente opposti: può esser allineato alla narrazione dominante venendone assorbito e diventando *instrumentum regni* dell'impero per organizzare e dar vestimento giuridico alla sua nuda forza; oppure può resistervi e recuperare la sua funzione intellettuale e sociale, ponendosi come potente contro-narrazione²⁶. Ora, oltre alla riaffermazione del ruolo sapienziale proprio della *scientia juris*, la resistenza e la demistificazione delle narrazioni dominanti offre un'opportunità: quella di comprendere l'attuale contesto bellico in una luce più articolata, che trascenda il mero *casus belli*. Questo apre la strada ad un'ermeneutica critica, più attenta alla ricerca di soluzioni comuni che non si limitino a riprodurre le gerarchie di potere esistenti, ma che anzi siano dirette a decostruirle, generando così nuova conoscenza e coscienza (giuridica e non)²⁷.

Senza dubbio, una siffatta prospettiva applicata alla guerra attuale richiede «vigilanza archeologica»²⁸, ossia la volontà di scavare oltre la superficie della manovra militare russa sul territorio ucraino (*strato 1*: Russa v. Ucraina) per decifrare le narrazioni che si contrappongono a livello sopranazionale e costituiscono il vero cuore politico del conflitto stesso (*strato 2*: Russia v. NATO).

All'interno di questo secondo strato, troviamo due narrazioni contrapposte. Da un lato la narrazione putiniana che lamenta un'indebita compressione dello spazio geopolitico e geoculturale russo – ciò che i putiniani definiscono *Russkij Mir*, ossia «mondo/pace russo/a» – cagionata dall'espansione della NATO a guida statunitense. Si aggiunge a ciò la malcelata volontà russa, percepita internamente come una sorta di vocazione messianica, di (ri)costruire una sfera di influenza in opposizione alla egemonia americana²⁹. Un atteggiamento che invero non stupisce, e anzi è una costante storica nell'immaginario politico russo moderno e

²⁶ Cfr. *infra*, *amplius* § 4.

²⁷ Il che, poi, rappresenta anche la necessaria eterodossia insita nella comparazione critica, su cui, almeno, G. Frankenberg, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, in 26 *Harv. Int'l. L.J.* 411 (1985) P.G. Monateri, *Everybody's talking: The Future of Comparative Law*, in 21 *Hastings Int. Comp. L. Rev.* 825 (1998); G.P. Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in 46 *Am. J. Comp. L.* 683 (1998); H. Muir Watt, *La Fonction Subversive du Droit Comparé*, 52 *Revue Internationale de Droit Comparé* 503 (2000); U. Mattei – A. di Robilant, *The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, in 75 *Tul. L. Rev.* 1053 (2001); G. Marini, *Comparazione e critica: the legacies of heterodoxy*, in B. De Donno *et al.* (a cura di), *Persona ed attività economica tra libertà e regola. Studi dedicati a Diego Corapi*, Napoli, ESI, 2016, p. 127 ss.; G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2016.

²⁸ G. Agamben, *Signatura rerum. Sul metodo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008.

²⁹ M.E. Sarotte, *Not One Inch: America, Russia, and the Making of Post-Cold War Stalemate*, Yale University Press, 2022.



contemporaneo³⁰, come lo è la vocazione a costruire uno spazio geopolitico eurasiatico o l'intesa con la Cina³¹. Almeno a partire dal Trattato di Nerčinsk del 1689³², infatti, tra i due paesi si è stretta un'alleanza politico-commerciale diretta anche garantire una pace perpetua tra gli stessi; circostanza che sembra ripresentarsi oggi con l'espansione della *Belt and Road Initiative* cinese in terra russa e con il recente *Joint Statement* del 4 febbraio 2022: un protocollo di intesa in materia di relazioni internazionali e sviluppo commerciale tra le due superpotenze al cui interno figurano, però, numerose clausole a contenuto politico. Tra queste, il riconoscimento russo dell'idea di «una sola Cina» (*yī gè Zhōng guó*) e la conseguente opposizione all'indipendenza di Taiwan o la critica agli ideali di democrazia e diritti umani se usati per ingerire indebitamente negli affari interni degli Stati sovrani³³. Dall'altro lato, v'è la retorica securitaria promossa dagli Stati Uniti a fini strategici³⁴. Difatti gli USA, dietro e oltre l'asserita necessità di un'espansione della NATO finalizzata alla protezione della pace internazionale e alla autodeterminazione delle nazioni sovrane, si trovano a dover fronteggiare una crisi bifronte: identitaria sul piano interno (esempi ne siano lo scontro tra partito democratico e repubblicano e anche il riemergere di frange *neocoon* in seno al secondo) ed egemonica su quello esterno³⁵. E così, indeboliti da altri *competitors* globali come la Cina, perseguono anche in questa occasione una strategia politico-bellica di *governance* diretta gramscianamente a recuperare l'equilibrio tra forza (militare, anche indiretta) e consenso della maggioranza (egemonia politico-culturale *sub specie* di rafforzamento della politica atlantista) e lo fanno anche attraverso il diritto che diviene il perfetto apparato ideologico attraverso il quale legittimare la volontà imperialista ammantandola di legalità³⁶; il tutto per rimediare al fatto che in un mondo multipolare anche per Stati Uniti vige la regola per la quale «l'apparato egemonico si screpola e l'esercizio dell'egemonia diventa sempre più difficile»³⁷. A

³⁰ M. Laruelle, *Russian Nationalism. Imaginaries, Doctrines, and Political Battlefields*, Oxon-New York, Routledge, 2019.

³¹ M. Pieper, *The Making of Eurasia. Competition and Cooperation Between China's Belt and Road Initiative and Russia*, London-New York, Tauris, 2021.

³² G. Maniscalco Basile (a cura di), *Aeternum Foedus tra Russia e Cina. Il Trattato Di Nerčinsk (1689): Testi lessici e commentari*, Roma, L'Erma, 2017.

³³ Il documento si può leggere all'indirizzo: <http://en.kremlin.ru/supplement/5770>.

³⁴ Su tutti, N. Chomsky, *Perché l'Ucraina*, trad. it., Milano, Ponte alle grazie, 2022.

³⁵ L. Caracciolo, *America vs America Perché gli Stati Uniti sono in guerra contro se stessi*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

³⁶ Sul concetto di diritto come apparato ideologico, L. Althusser, *Lo Stato e i suoi apparati*, trad. it., Roma, Editori Riuniti, 1997.

³⁷ A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, Torino, Einaudi, vol. I, 1977, Q1, 45, 59.



tal riguardo significative sono le parole del Segretario americano alla difesa Lloyd J. Austin e del Generale Mark Milley i quali, dopo aver ammonito il governo di Pechino a non inviare armi alla Russia, hanno giustificato la richiesta di ben 842 miliardi di dollari di budget per la difesa ricorrendo a due linee argomentative: i) il fatto che l'Amministrazione Biden abbia «mobilitato il mondo» per difendere l'Ucraina, nonostante ultimamente ci sia stato un prevedibile *revirement* politico del Congresso sul finanziamento alla difesa di Kiev; e ii) la considerazione che si tratti di un «bilancio strategico, e guidato dalla serietà della nostra competizione strategica con la Repubblica Popolare Cinese»³⁸.

Ed ecco che anche solo dalla veloce fotografia aerea ora offerta per immortalare le modifiche alla cartina geopolitica prodotte dal conflitto in atto, si avverte un clima da *cold war*. L'impiego di categorie oppostive, la progressiva militarizzazione del vocabolario e del pensiero ne sono prove difficilmente confutabili.

In questo scenario, sembra legittimo domandarsi quale ruolo sia riservato al diritto nella definizione pacifica del conflitto. Tale interrogativo appare ancor più centrale alla luce di uno dei tratti che, per lo meno nella autorappresentazione legittimante dei giuristi occidentali, caratterizza la *Western legal tradition* e che, comunque, è stato veicolo della sua diffusione nel mondo: la separazione tra diritto e politica³⁹. Il preteso divorzio tra circuito giuridico e circuito politico, reso iconico dalla storica contesa tra Sir Edward Coke e Giacomo I, in cui il *Chief Justice* ricordò al sovrano che neppure il Re è superiore alla legge⁴⁰, mira idealmente a garantire il prevalere della *rule of law* sulla *rule of men* e, di conseguenza, il primato del diritto sull'arbitrio e sulle contingenze dell'arena politica. In accordo a tale principio il potere politico dovrebbe operare entro i confini disegnati dalle ragioni del diritto di modo che le decisioni prese, anche in tempo di emergenza (bellica e non), avvengano *imperio rationis* e mai *ratione imperii*. Poiché è proprio quando il politico eccede questa razionalità che il diritto dovrebbe porsi come contro-narrazione. Tuttavia, è la

³⁸ Il testo dell'audizione resa davanti alla Commissione stanziamenti della Camera dei Deputati può leggersi online all'indirizzo: <https://www.defense.gov/News/Speeches/Speech/Article/3338649/opening-testimony-by-secretary-of-defense-lloyd-j-austin-iii-before-the-house-a/>. Peraltro, la competizione strategica con la Cina è confermata in campo tecnologico dall'*America Competes Act 2022*.

³⁹ Cfr. U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *45 Am. J. Comp. L.* 5 (1997).

⁴⁰ *Case of Prohibition del Roy* (1608) 12 *Co. Rep.* 63, su cui si rinvia a U. Mattei- E. Ariano, *Il modello di common law*, 5 ed., Torino, Giappichelli, 2018, 21-24. Su come questa rappresentazione sia una presentazione della legge originata nell'universo immaginifico di *common law*, cfr. P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto: genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, Laterza, 2013.



stessa storia occidentale a insegnare che, a dispetto della narrazione della *rule of law*, è nei momenti critici, quando la tenuta dello Stato di diritto viene messa alla prova, che esso viene posto maggiormente in discussione, trattato come peso e non come contrappeso, o peggio, assorbito dalle logiche di potere come strategia di dominio per perseguire gli obiettivi della propria agenda politica⁴¹.

2. *Strumentalizzazione del diritto e polarizzazione del dibattito pubblico*

Dinanzi ad uno scenario quale quello ora delineato, sarebbe sufficiente allargare lo spettro e le angolature dell'indagine per comprendere, con uno sforzo di realismo critico⁴², i chiaroscuri che attraversano in filigrana lo scontro attuale e lo posizionano nella più ampia cornice della competizione geopolitica per la *governance* globale⁴³. È, pertanto, evidente che per avere un quadro nitido del conflitto, e del ruolo del diritto al suo interno, non è sufficiente accertare chi sia l'illegittimo invasore e chi l'invaso e condannare le azioni della Federazione russa. La genesi della guerra in corso trascende le ragioni contingenti dei due paesi belligeranti e ha sia radici che propaggini più nodose e intricate.

A. *Alle radici del conflitto*

Ciò che nel 1991 fu «un divorzio civile» tra Russia e Ucraina con l'indipendenza della seconda, si è oggi trasformato in una «guerra incivile» di portata globale che ha altri protagonisti oltre Mosca e Kiev⁴⁴. Tale metamorfosi ha origine in una pluralità complessa di fattori successivi alla dissoluzione dell'Unione Sovietica.

Tra di essi figurano anzitutto l'espansione della NATO ad est verificatasi dopo la caduta del muro di Berlino: una manovra percepita dal Cremlino come un progressivo accerchiamento e una minaccia ai propri confini⁴⁵. Nel febbraio 1990, infatti, Gorbacëv diede il proprio *placet* alla riunificazione della Germania entro il perimetro NATO, con la garanzia politica che l'Alleanza atlantica non si sarebbe allargata oltre il confine dell'allora Germania orientale. Tuttavia, a far data dal 1999,

⁴¹ U. Mattei – L. Nader, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, trad. it., Milano, Bruno Mondadori, 2010.

⁴² C. Galli, *Forme della critica. Saggi di filosofia politica*, Bologna, Il Mulino, 2020.

⁴³ P.G. Monateri, *Dominus Mundi. Political Sublime and the World Order*, Oxford, Hart, 2018; Id., *Geopolitica del diritto*, cit.

⁴⁴ P. D'Anieri, *Ukraine and Russia. From Civilized Divorce to Uncivil War*, 2nd ed., Cambridge, CUP, 2023.

⁴⁵ B. Abelow, *Come l'Occidente ha provocato la Guerra in Ucraina*, trad. it., Roma, Fazi, 2023, spec. cap. I.



14 paesi si sono uniti alla NATO alimentando una crescente tensione⁴⁶. A ciò si aggiunga che nel giugno 2002 gli USA si sono ritirati unilateralmente dal Trattato Anti Missili Balistici (ABM): un accordo siglato tra Stati Uniti e URSS nel 1972 allo scopo di limitare la proliferazione di armi nucleari offensive. Il recesso americano, giustificato come parte della guerra al terrorismo contro i cosiddetti «stati canaglia», fu tuttavia interpretato da Cina e Russia come atto ostile. Ciò ebbe come reazione il rafforzamento dell'arsenale nucleare russo e cinese e un ulteriore deterioramento delle relazioni internazionali tra Washington e Mosca, oggi culminato nella sospensione, annunciata da Putin nel febbraio 2023, dell'ultimo trattato ancora in vigore tra le due Superpotenze: il *New Strategic Arms Reduction Treaty* (c.d. New START) firmato nel 2009 da Obama e Medvedev al fine di limitare il numero di testate nucleari in servizio attivo⁴⁷. Merita menzione anche la c.d. Dichiarazione del Summit NATO di Bucarest del 3 aprile 2008 nella quale, su pressione della Amministrazione Bush, nonostante l'opposizione di Francia e Germania, si dichiarò che anche l'Ucraina e la Georgia sarebbero entrate nella NATO. Tale dichiarazione, come prevedibile, fu percepita come una provocazione dal Cremlino. I due paesi, infatti, fungono da roccaforti geostrategiche che demarcano l'ultima linea di confine tra i paesi NATO e il territorio russo⁴⁸. Peraltro, l'impegno di includere Georgia e Ucraina nella NATO – che Chomsky ha definito

⁴⁶ Il settimanale tedesco *Der Spiegel*, con una inchiesta giornalistica del febbraio 2022 intitolata provocatoriamente *Nato's Eastward Expansion. Is Vladimir Putin Right?*, ha analizzato i verbali desecretati e ritrovati nei British National Archives dal politologo Joshua Shiffrin. Tali verbali mostrano come Gorbačëv avrebbe ricevuto tra il 1990 e il 1991 rassicurazioni dai rappresentanti politici delle principali potenze occidentali (in particolare, il Cancelliere Kohl, il Segretario di Stato americano Baker e il Segretario della NATO Woerner) che l'Alleanza non si sarebbe espansa oltre il confine della Germania Est (<https://www.spiegel.de/international/world/nato-s-eastward-expansion-is-vladimir-putin-right-a-bf318d2c-7aeb-4b59-8d5f-1d8c94e1964d>). Tale inchiesta ha ricevuto clamore mediatico poiché si inserisce all'interno della diatriba tra Putin e il Segretario generale della NATO Stoltenberg. Il primo ha fatto notare come, a partir dal 1999, ben 14 Stati siano entrati nell'Alleanza in chiara violazione delle garanzie fornite a Mosca nei summit avvenuti all'indomani della caduta del muro di Berlino. Il secondo ha negato le accuse sostenendo non solo che la mancata espansione della NATO ad est non è sancita da alcun trattato internazionale, ma anche che nessuna garanzia formale è stata mai fornita in merito. Sul punto, v. J. Shiffrin, *Deal or no Deal? The End of the Cold War and the U.S. Offer to Limit NATO Expansion*, in 40 *International Security* 7 (2016).

⁴⁷ <http://en.kremlin.ru/events/president/news/70565>.

⁴⁸ Al § 23 del Memorandum di intesa si legge: «NATO welcomes Ukraine's and Georgia's Euro-Atlantic aspirations for membership in NATO. We agreed today that these countries will become members of NATO» (https://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_8443.htm).



come parte dell'«approccio irrazionale degli USA» in questo conflitto⁴⁹ – è stato reiterato nel Summit del Consiglio del Nord Atlantico tenutosi a Bruxelles il 14 giugno 2021⁵⁰.

A quanto detto sinora, giova aggiungere sia la storica diffidenza occidentale verso la Russia e la sua vocazione imperiale⁵¹ che il timore statunitense per una effettiva posizione dell'Europa come attore globale indipendente e alternativo rispetto alla *pax americana* e al sistema atlantista a guida USA⁵². Una aspirazione verso un ruolo da potenza civile indipendente che l'Europa non ha mai pienamente concretizzato, se si eccettuano i tentativi caldeggiati da De Gaulle per la costruzione di un'Europa post-Jalta che si estendesse «dall'Atlantico agli Urali»⁵³, la *Ostpolitik* del socialista tedesco Willy Brandt che in piena guerra fredda mirava ad un allentamento della tensione verso i paesi del blocco orientale, o la visione di una «casa comune europea» e di un'Eurasia pacifica e socialdemocratica senza alleanze militari (compresa la NATO) immaginate da Gorbačëv⁵⁴.

Per venire, poi, a fatti più recenti e noti, ulteriori *casus belli* sono stati senza dubbio l'annessione russa della Crimea nel 2014 – interpretata come forma di revanscismo sovietico *sub specie* di espansione ad ovest che ha segnato una crisi profonda nei rapporti istituzionali tra Washington e Mosca già incrinati dai bombardamenti NATO in Serbia durante la guerra in Kosovo⁵⁵ – e il conflitto in Georgia del 2008.

⁴⁹ N. Chomsky, *Perché l'Ucraina*, cit., 28-41.

⁵⁰ Al § 69 della Dichiarazione resa dai Capi di Stato e di Governo che hanno preso parte a tale vertice si legge: «We reiterate the decision made at the 2008 Bucharest Summit that Ukraine will become a member of the Alliance with the Membership Action Plan (MAP) as an integral part of the process» (https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm).

⁵¹ G. Mettan, *Russofobia. Mille anni di diffidenza*, trad. it., Roma, Sandro Teti editore, 2016.

⁵² M. Telò, *L'Europa potenza civile*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁵³ Ch. De Gaulle, *Discours et Messages 1958-1962*, vol. III, Paris, Plon, 1970, 85.

⁵⁴ M.S. Gorbačëv, *La casa comune europea*, trad. it., Milano, Mondadori, 1989.

⁵⁵ La distensione dei rapporti istituzionali tra Mosca e Washington che aveva caratterizzato il decennio successivo alla caduta del muro di Berlino, fu messa a rischio dalla decisione delle potenze occidentali e della NATO di effettuare missioni militari per costringere il presidente serbo Milošević alla resa e far subentrare sul territorio la *Kosovo Force* a guida NATO. Alcune trascrizioni desecretate nel 2018 aventi ad oggetto le telefonate intercorse tra Bill Clinton e Boris Yeltsin mostrano come il Presidente russo ammonisse «per il futuro delle nazioni e in nome della sicurezza in Europa» di rinunciare ai bombardamenti e di proseguire con la via diplomatica poiché queste azioni avrebbero generato una «mal disposizione dei russi verso l'America e verso la NATO» gettando alle ortiche tutte le difficoltà incontrate da Yeltsin per far volgere lo sguardo del popolo russo in modo benevolo verso l'Occidente. Inoltre, a bombardamenti in corso, in una telefonata del 19 aprile 1999 il Presidente russo confermò come in Russia «il sentimento anti-



Infine, rilevanza centrale rivestono sia la guerra civile nella regione mineraria del Donbass che la presenza di risorse economiche nei territori contesi⁵⁶.

B. Dalla narrazione all'informazione: il caso RT-France c. Consiglio

Gli esempi ora riportati sono solo una particella infinitesimale della complessità storica, politica e istituzionale sottesa all'attuale conflitto. Tuttavia, invece di riflettere criticamente sui fatti in ottica diacronica e trarre auspici dalla ricchezza di posizioni su un tema, si sta assistendo ad una crescente polarizzazione del dibattito pubblico *sub specie* di un monologo bellicista divenuto oggetto di credenza fideistica più che di conoscenza. Non sembrano esser plausibili posizioni intermedie: o si è dalla parte dell'Occidente a supporto dell'Ucraina – come se l'Occidente fosse tecnicamente una parte coinvolta in modo diretto nel conflitto – oppure si parteggia per l'invasore russo; *tertium non datur*. E in un tale contesto l'unica forma di giuridicità invocata è stata quella legata alla difesa armata e alla *debellatio* del nemico⁵⁷. Si è, in altre parole, ricorso all'idea del diritto come spada e non come scudo che protegge i diritti dalla violenza istituzionale che la guerra porta con sé. E non è forse questo un sintomo dell'allineamento del discorso giuridico all'*empire de la force*?

Questo fenomeno – lo sosteneva già con vigore polemico Benjamin – è il frutto velenoso del passaggio dalla *narrazione*, intesa come arte di raccontare una storia rappresentandone tutte le angolature senza imporre al lettore una determinata versione della storia, all'*informazione*, ossia il resoconto sommario di un avvenimento molto più attento ai frammenti che alla storia in sé⁵⁸. Un'informazione che, nell'attuale epoca di post-verità, si fa sempre più sensazionalistica, artefatta e si precipita ad indossare un elmetto laddove, invece, sarebbe opportuna una distanza contemplativa attenta ai fatti ed aperta al pluralismo. E da questo impoverimento non è stata immune neppure la narrazione giuridica⁵⁹. Anzi, si è dato inizio ad una guerra nella guerra: una *soft war* che ha ad

americano e anti-NATO stesse crescendo come una valanga». Le trascrizioni si trovano in un file conservato all'interno della biblioteca presidenziale di Clinton (<https://clinton.presidentiallibraries.us/items/show/57569>).

⁵⁶ N. Chomsky, *Perché l'Ucraina*, cit. V. anche il fascicolo *Guerra o Pace. I destini del mondo*, in *La Fionda*, 2/2022.

⁵⁷ Sul punto, M. Dogliani, *La guerra in Ucraina tra tabù nucleare e oltranzismo politico-mediatico*, in *Questione Giustizia*, 1/2022, 7-11.

⁵⁸ W. Benjamin, *Il narratore. Considerazioni sull'opera di Nicola Leskov*, in Id., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, trad. it., Torino, Einaudi, 1995, 247-53.

⁵⁹ Su come artificio e populismo abbiano permeato il discorso politico, giuridico e l'informazione travolgendone talora la capacità critica, G. Watt, *The Making Sense of*



oggetto – ed ostaggio – l’informazione combattuta attraverso le parole del diritto; un diritto espressione di una giuridicità nuovamente ridotta a mero strumento di attuazione della volontà politica del momento.

E così da un lato si hanno le leggi draconiane e liberticide del Cremlino che criminalizzano gli organi di informazione che non si adeguano alla linea governativa silenziando sistematicamente il dissenso. Dall’altro, il Consiglio dell’UE che, con un agire istituzionale da democrazia protetta e militante⁶⁰, ha sospeso la radiodiffusione nel territorio dell’Unione della propaganda mediale russa operata dalle trasmissioni di Russia Today e Sputnik⁶¹. Una misura restrittiva che, per quanto ritenuta dalla *Grande Chambre* del Tribunale UE proporzionale e compatibile con il quadro normativo del diritto unionista⁶², si rivela in ultimo strategicamente debole e generativa di alcune esternalità negative.

Anzitutto, essa presta il fianco a potenziali critiche sulla compressione della *freedom of speech* offrendo, al contempo, ai *media* russi la possibilità paradossale di vestire i panni dei martiri della libertà di stampa. E questo perché la linea argomentativa scolpita nella sentenza del caso *Rt-France c. Consiglio*⁶³, secondo la quale gli obiettivi di sicurezza e ordine pubblico possono, in virtù della situazione emergenziale, considerarsi prevalenti rispetto alle conseguenze negative derivanti dalle limitazioni alla libertà di espressione, pone un triplice ordine di problemi.

In primo luogo, la misura costituisce sul piano generale un ennesimo regresso del giuridico rispetto al politico. Si consente che una decisione imperniata su argomenti emergenziali (sicurezza e ordine pubblico) limiti e parzialmente de-sostanzi alcuni diritti di libertà la cui tutela non è solo funzionale alla protezione di interessi individuali, bensì è garanzia dei diritti della collettività in un ordinamento

Politics, Media, and Law. Rhetorical Performance as Invention, Creation, Production, Cambridge, CUP, 2023.

⁶⁰ Su tali nozioni, K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in 31(3) *Am. Pol. Science Rev.* 417 (1937); A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁶¹ Si vedano Regolamento (UE) 2022/350 e Decisione (PESC) 2022/351. In particolare v. Regolamento (UE) 2022/350, *considerando* 10, consultabile online all’indirizzo: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2022.065.01.0001.01.ITA&toc=OJ%3AL%3A2022%3A065%3AFULL.

⁶² Trib. UE, 27 luglio 2022, T-125/22, *RT-France c. Consiglio dell’Unione europea*, su cui v. più diffusamente S. Sassi, *la soft war dell’Unione Europea: il caso RT-France vs. Consiglio*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 6, 2022, 1253 ss.

⁶³ Trib. UE, T-125/22, § 202.



autenticamente democratico⁶⁴. E la misura in parola è chiaramente politica. Ciò è confermato sia dal tipo di fonte utilizzata – il regolamento che è obbligatorio e direttamente applicabile per cui assicura uniformità di *enforcement* all'interno dell'UE – che dall'organo che l'ha adottata: il Consiglio. Non solo il Consiglio è espressione dei Governi degli Stati membri, ma è stato nella storia dell'UE spesso criticato in quanto istituzione usata dagli Esecutivi per imporre una logica di «gioco a due livelli»⁶⁵: ossia implementare a livello europeo misure che difficilmente troverebbero l'approvazione e il favore dei parlamenti nazionali ponendo un evidente dilemma di opacità democratica⁶⁶.

In secondo luogo, la compressione di un diritto fondamentale è stata giustificata dalla Corte come se la guerra fosse in corso tra Russia e Unione Europea, invece che tra Russia e Ucraina⁶⁷. Infine, l'approccio paternalistico utilizzato per giustificare la misura – ossia la necessità di salvaguardare l'opinione pubblica dalla «influenza significativamente deleteria» della disinformazione russa⁶⁸ – non solo non tiene conto dell'impossibilità materiale di controllare *ex ante* tutta l'informazione, ma può anche costituire un pericoloso precedente.

È pur vero che nel modello europeo storicamente la libertà di espressione presenta una maggiore permeabilità rispetto ad interventi regolatori dei pubblici poteri soprattutto laddove si proceda ad una comparazione con il modello statunitense. In tale ultima esperienza giuridica, secondo la tanto celebre quanto abusata *dissenting opinion* di Justice Holmes nel caso *Abrams*, almeno idealmente la *freedom of speech* dovrebbe incontrare come unico filtro il *free marketplace of ideas*⁶⁹. Tuttavia, le limitazioni ora apposte a tale libertà dal Consiglio potrebbero esser riproposte in contesti assai diversi e importare nella futura regolamentazione europea ulteriori compressioni del *public speech* arrecando un *vulnus* al sistema delle libertà fondamentali su cui si sorregge l'identità giuridica dell'Unione⁷⁰. L'UE, infatti, come ha avuto modo di precisare la Corte di Giustizia, è una «comunità di diritto» il cui

⁶⁴ Per tutti, P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, Introduzione a F. Ruffini, *Diritti di libertà*, 2 ed., Firenze, La Nuova Italia editrice, 1946, spec. xvi.

⁶⁵ R.D. Putnam, *Democracy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, in 42(3) *International Organizations* 427 (1988).

⁶⁶ Cfr. T. Piketty et al., *Pour un traité de démocratisation de l'Europe*, Paris, Seuil, 2017, 5 ss.

⁶⁷ V. Zeno-Zencovich, *The EU Regulation of Speech. A Critical View*, in *Rivista del diritto dei media*, 2023, 1, 17.

⁶⁸ Trib. UE, T-125/22, § 89.

⁶⁹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) per Holmes J. Per una panoramica informata, O. Pollicino (ed.), *Freedom of speech and the Regulation of Fake News*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2023.

⁷⁰ V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, 17-18. Si veda anche S. Sassi, *op. cit.*, 1257-59.



asse portante è costituito dai «principi generali di cui fanno parte i diritti fondamentali»⁷¹.

La compressione di una libertà fondamentale, per quanto giustificata politicamente e limitata nel tempo, dovrebbe sempre e comunque suscitare nel giurista «la virtù del dubbio»⁷², ossia ciò che lo porta a valutare criticamente quanto accade al di là delle contingenze, soprattutto quando ad esser in questione sono i diritti fondamentali, ossia quella categoria di diritti che debbono sempre porsi «come limiti indisponibili alla politica quotidiana»⁷³. E il dubbio, in effetti, sorge. Come avvenuto negli USA, dove la protezione e la sacralità del *free speech* sono stati ripetutamente sacrificati allorché ad esser in gioco siano temi politicamente sensibili⁷⁴, anche nel caso di specie la tutela giuridica della libertà di espressione e del dissenso si è rivelata più simbolica che effettiva, venendo contraddetta dalle regole operative; e ciò non può che destare preoccupazione.

Un conto, infatti, è la giusta opposizione alla autocrazia entro il perimetro disegnato dalla legalità costituzionale e dalla tradizione del costituzionalismo democratico che pone un circuito di diritti che non distinguono tra amico e nemico, soprattutto se non si versa tecnicamente in stato di guerra. Ben diverso è, invece, travalicare tali confini tradendo la propria cultura giuridica pensando che i fini possano giustificare i mezzi. Il rischio è quello di riproporre metodi da tribunale giacobino vestendo i panni di Saint Just – «Nessuna libertà ai nemici della libertà» – o di Chamfort – la cui interpretazione del motto rivoluzionario «fraternità o morte» fu tristemente «Sois mon frère, ou je te tue» – ed arrivando così sino al paradosso richiamato da Kelsen di «farsi prendere nella funesta contraddizione di ricorrere alla dittatura per difendere la democrazia»⁷⁵.

Al di là di queste osservazioni, comunque, ciò che appare evidente e preoccupante è un dibattito pubblico orientato dalla politica⁷⁶ all'interno del quale, salvo rare eccezioni, non trova spazio adeguato alcun diritto di critica. Questa lettura è

⁷¹ Sent. 25 luglio 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, Causa C-50-00-P, I-6734.

⁷² G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Bari-Roma, Laterza, 2007.

⁷³ G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, Laterza, 2021, 106.

⁷⁴ Su cui, E. Grande, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, in *Questione Giustizia*, 4/2015, spec. 50-61.

⁷⁵ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, trad. it., Torino, Giappichelli, 2004, 89.

⁷⁶ Come esemplarmente chiarito da Hanna Arendt, nelle democrazie di massa la politica tende a fabbricare, attraverso i media, immagini che non hanno lo scopo di nascondere la realtà, ma di sostituirsi ad essa orientando, così, l'opinione pubblica (H. Arendt, *Verità e politica*, in Ead., *Verità e politica* seguito da *La conquista dello spazio e la statura dell'uomo*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994, 62-63).



chiaramente confermata, ad esempio, dal grottesco tentativo tutto italiano di cancellare un corso universitario su Dostoevskij poiché reo *malgré lui* di esser un filo-putiniano *ante litteram*⁷⁷, o dalla pubblicazione in stile neo-maccartista da parte di quotidiani italiani di una lista di economisti, intellettuali e giornalisti dissidenti considerati pericolosamente russofilo in quanto critici nei confronti della guerra o non apertamente schierati su posizioni belliciste uniformate ai media *mainstream*⁷⁸.

In tutto ciò, dietro ad una inquietante facciata di formalismo, conformismo intellettuale o vuota neutralità interpretativa, si avverte un roboante silenzio del diritto. Che si sia tristemente e nuovamente tradotta in realtà la massima ciceroniana: «*Silent enim leges inter arma*»⁷⁹?

2.1. *Il ruolo della pace nel conflitto russo-ucraino: una storia di «amici e nemici»*

Il prodotto ultimo della polarizzazione del dibattito pubblico cui si è fatto cenno è una spietata dinamica amico-nemico (*Freund-Feind*) di schmittiana memoria che ha portato al prevalere del politico sul giuridico il quale appare così appiattito rispetto al potere⁸⁰.

La distinzione manichea tra amici e nemici è visibile perfettamente nella identificazione tra l'orizzonte assiologico dell'Occidente e la causa ucraina. Quest'ultima, tuttavia, sembra curiosamente potersi supportare in un unico modo: attraverso l'invio di armi. Qualsiasi scelta diversa – sia essa una posizione filo-pacifista proattiva finalizzata alla protezione dei diritti dei cittadini o la neutralità davanti ad uno scontro bellico tra Stati sovrani esterni all'Europa politica – viene

⁷⁷ Ci si riferisce al tentativo, poi abortito, da parte di una Università italiana di cancellare un corso sui romanzi di Dostoevskij tenuto dallo scrittore Paolo Nori con lo scopo di «evitare ogni forma di polemica soprattutto interna in quanto momento di forte tensione». A ben vedere, la vena ancor più paradossale della storia è che lo stesso Dostoevskij, in gioventù, fu condannato a morte, con pena in ultimo commutata in lavori forzati, per aver letto in pubblico una lettera scritta da Belinskij a Gogol ove si propugnavano idee appartenenti al socialismo utopistico che la censura zarista identificò come pericolose attività antigovernative.

⁷⁸ Ci si riferisce, ad esempio, al celebre articolo a firma di Guerzoni e Sarzanini apparso nel giugno 2022 sul Corriere della sera (*La rete di Putin in Italia: chi sono influencer e opinionisti che fanno propaganda per Mosca*) in cui viene pubblicato in stile lista di proscrizione l'elenco di personaggi considerati filo-putiniani e pericolosi secondo un presunto dossieraggio del COPASIR che lo stesso organismo ha poi smentito.

⁷⁹ CIC. *Pro Milone*, IV, 10.

⁸⁰ C. Schmitt, *Le categorie del politico*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1972; Id., *Teoria del partigiano*, trad. it., Milano, Adelphi, 2005, 127 ss.



svilita, talvolta con rozza sicumera⁸¹, a becero pacifismo della domenica o delegittimata in quanto asseritamente antitetica rispetto ai valori fondamentali di libertà e democrazia su cui si basa il pensiero e la razionalità politica occidentale⁸². A commento di tale ultimo rilievo, gioverebbe forse chiedersi se in un momento in cui la *liberal democracy* è avvinta in una stretta mortale tra la deriva populista che realizza una democrazia senza diritti e una deriva autoritaria che produce un sistema di diritti senza democrazia⁸³, sia davvero l'attuale conflitto russo-ucraino ad aver messo a repentaglio la tenuta della democrazia e, soprattutto, se la guerra e non la ricerca della pace possa considerarsi una soluzione o un mezzo di libertà e conservazione dell'ordine democratico.

Per rispondere a tali domande basterebbe richiamare la lunga tradizione di pensiero che, almeno a partire da Erasmo da Rotterdam, sottolinea come la guerra possa apparire un'opzione dolce e plausibile solo a chi non l'abbia vissuta sulla propria pelle poiché produce sistematicamente danni maggiori rispetto ai torti cui vuole porre rimedio⁸⁴. Allo stesso modo si potrebbe citare il personaggio di Pierre del romanzo tolstojano *Guerra e pace* che si accorge della brutalità della guerra unicamente dopo aver visto con i propri occhi la battaglia di Borodino. Tuttavia, anche senza indulgere in dotti richiami, gli interrogativi posti in apertura di paragrafo scolorano immediatamente in domande retoriche non appena si prenda consapevolezza anche solo di due fattori: i) il potenziale distruttivo su scala globale della tecnologia bellica attualmente in possesso delle superpotenze coinvolte (Russia, Cina e Stati Uniti); ii) il cambiamento di significato e aspetto che la guerra ha assunto nell'era contemporanea.

Quanto al primo aspetto, l'impiego potenziale di armi nucleari tattiche – o il rischio di un incidente nucleare come danno collaterale del conflitto (es. il danneggiamento della centrale di Zaporizhzhia) – dovrebbero eliminare dall'immaginario politico qualsiasi giustificazione della guerra anche solo intesa

⁸¹ Ad esempio, in un articolo a firma di Yoram Gutgeld intitolato «Il falso pacifismo», apparso su *La Repubblica* del 22 maggio 2022, si arriva incredibilmente a paragonare la posizione pacifista, contraria all'invio delle armi, a posizioni complottistiche di matrice analoga a quella dei negazionisti dell'Olocausto.

⁸² *E pluribus*, V.E. Parsi, *Il posto della guerra e il costo della libertà*, Milano, Bompiani, 2022.

⁸³ Y. Mounk, *The People vs. Democracy: Why our Freedom is in Danger and How to Save it*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) – London, 2018.

⁸⁴ Erasmo da Rotterdam, *Dulce bellum inexpertis* (1515), in Id., *Dolce è la guerra per chi non ne ha esperienza. Storie politiche tratte dagli Adagia*, Milano, Feltrinelli, 2017. Non è un caso che il proverbio medioevale completo da cui è tratto il titolo erasmiano recitasse: «Dulce bellum inexpertis, expertus metuit».



come rimedio di *extrema ratio* o forma di giustizia riparativa⁸⁵. E a nulla valgono, in tal senso, le rassicurazioni che si ritrovano in alcune comunicazioni politiche riecheggiate in prestigiose riviste nelle quali si sostiene che anche ai tempi di Stalin e Mao si era paventato l'uso di armi nucleari, ma che poi alla minaccia non era mai seguita alcuna azione concreta⁸⁶. Questo perché, anzitutto, salvo taluno sia dotato di straordinarie capacità vaticinatorie, la coazione a ripetersi della storia non è né perfetta né prevedibile. Soprattutto, poi, il rischio di *escalation* nucleare nelle guerre contemporanee integra sempre una difesa e una possibile controffensiva inevitabilmente più dannose e sproporzionate rispetto all'offesa originaria (cosa che anche nella censurabile prospettiva del *bellum iustum* renderebbe la guerra ingiusta). E ciò senza tener conto delle seduzioni esercitate sui governi nazionali, sull'industria bellica e sulle alleanze difensive dalla prospettiva economica di un possibile riarmo militare (di carattere nucleare e non). Peraltro, gli esiti funesti della *war talk* si trovano già iscritti sia nelle parole del Segretario Generale della NATO Stoltenberg che, dalla platea del *Democracy Summit* di Copenhagen, ha sollecitato gli alleati NATO ad arrivare rapidamente alla soglia *minima* del 2% del PIL nazionale in spese per la difesa⁸⁷, che anche nel rifiorire di riflessioni pro-nucleariste sia in Russia che in seno all'intelligenza ucraina⁸⁸.

Quanto, poi, alla morfologia della guerra, andrebbe preso in seria considerazione l'effetto metamorfico prodotto dalla globalizzazione sul concetto stesso di guerra la cui fenomenologia contemporanea è radicalmente diversa rispetto al passato. Oggi si assiste a guerre asimmetriche e de-spazializzate che non oppongono semplicemente due Stati sovrani. L'interconnessione sistemica del mondo globalizzato proietta i conflitti bellici in una dimensione potenzialmente ultranazionale che reca sullo sfondo una competizione per l'egemonia mondiale⁸⁹. È chiaro, dunque, come conflitti locali possano tanto agevolmente quanto

⁸⁵ Correttamente Massimo Luciani afferma che il rischio nucleare fa sì che sia un «nonsense parlare di guerra nucleare giusta» e siccome oggi tale rischio sussiste «è nonsense parlare di guerra giusta in assoluto» (M. Luciani, *Dalla guerra giusta alla guerra legale*, in *Teoria Politica*, 12, 2022, 128).

⁸⁶ *Inter alia*, G. Rose, *Ukraine's Winnable War Why the West Should Help Kyiv Retake All Its Territory*, in *Foreign Affairs*, 13 June 2023 consultabile online all'indirizzo: <https://www.foreignaffairs.com/ukraine/ukraines-winnable-war>.

⁸⁷ https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_214522.htm.

⁸⁸ Y. Kostenko, *Ukraine's Nuclear Disarmament. A History*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2022. In particolare, v. l'introduzione di Paul J. D'Anieri (*ivi*, 9-22).

⁸⁹ William R. Thompson, *American Global Pre-Eminence: The Development and Erosion of Systemic Leadership*, Oxford, OUP, 2022.



drammaticamente tramutarsi in guerre globali⁹⁰. E la dimensione geopolitica del conflitto russo-ucraino non sfugge a questa analisi. Proprio la competizione per l'egemonia in un mondo multipolare è ciò che, secondo alcuni analisti, renderebbe il conflitto tra Russia e Occidente una «guerra tiepida», intendendo con tale espressione uno scenario di scontri molto più caldo e instabile rispetto a quello della *cold war*⁹¹.

Alla luce di quanto ora riportato l'accostamento di guerra e democrazia palesa ancora più la sua assurdità. Tale accostamento suona, infatti, oggi più che mai, come la rivivificazione tanto anacronistica quanto paradossale delle tesi illiberali e reazionarie di von Treitschke che teorizzava la guerra e la forza come diritti quintessenziali della potenza dello Stato e della vita pubblica⁹², o della lezione napoleonica di von Clausewitz che intendeva la guerra come continuazione della politica con altri mezzi⁹³.

Diversamente, la democrazia emersa nel periodo post-bellico è incentrata primariamente sulla dignità e sulla vita dei cittadini che la abitano e che ne sono la fonte sovrana⁹⁴; gli stessi cittadini che, loro malgrado, sono oggi coinvolti in una guerra che non hanno di certo deciso *democraticamente* e che, anzi, hanno avvertito a tal punto da aver cristallizzato il ripudio della guerra come cardine della gran parte delle costituzioni successive al 1945⁹⁵.

Forse, allora, gioverebbe ricordare ancora con Kelsen che: «[...] assicurare la pace mondiale è il nostro principale compito politico, un compito molto più importante della decisione tra democrazia e autocrazia, o tra capitalismo e socialismo»⁹⁶. Eppure, tutto ciò non accade. I detentori del potere e del sapere – e quindi le *élite* politiche e intellettuali – specialmente in una zona semi-periferica del sistema-mondo come oggi è l'Europa⁹⁷, invece di adoprarsi attivamente quali mediatori e proporre una soluzione diplomatica del conflitto, sembrano versare in uno stato di abulia del pensiero di fronte alle catastrofiche conseguenze di lungo periodo della

⁹⁰ C. Galli, *La guerra globale*, Bari-Roma, Laterza, 2002.

⁹¹ E. Casini – A. Manciuoli, *La guerra tiepida. Il conflitto ucraino e il futuro dei rapporti tra Russia e Occidente*, Roma, LUISS, 2023.

⁹² H. Von Treitschke, *La politica*, trad. it., voll. I-IV, Bari, Laterza, 1918, *spec. vol. IV*.

⁹³ C. von Clausewitz, *Della Guerra (1832)*, trad. it., Milano, Mondadori, 1997.

⁹⁴ Per tutti, v. S. Rodotà, *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018, 143 ss. e *passim*.

⁹⁵ V. *infra* §. 3.

⁹⁶ H. Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944, viii (la traduzione è mia).

⁹⁷ I. Wallerstein, *World Systems Analysis: An Introduction*, Durham-London, Duke University Press, 2004.



guerra: un sonnambulismo molto pericoloso che già in passato ha portato a esiti tragici⁹⁸.

2.1.1 Diritto e valore: l'esclusione del «nemico» e i rischi di un'indignazione selettiva

La Russia anzi, forse meglio sarebbe dire Putin, dato il pericoloso ritorno del *Führerprinzip* che caratterizza l'attuale fase autoritaria e populista della politica internazionale⁹⁹, è presentata come il «nemico pubblico»¹⁰⁰ da cui distaccarsi. Ne discende che la scelta di posizione – ora filo-ucraina ora filorusa ora neutrale – trascolora facilmente in un'alternativa radicale: quella tra un «noi» (l'Occidente filo-ucraino) e un «loro» (la Russia, i soggetti istituzionali filorussi o financo i non schierati) che prelude sempre ad uno scontro culturale e finisce col favorire convenienze mercenarie di natura economica (*in primis* quelle di *corporations* e *lobbies* delle armi)¹⁰¹ e politica (l'UE, invece di farsi foriera di una propria posizione indipendente favorendo il negoziato per la pace, appare strumentalmente schiacciata nel conflitto tra U.S.A. e Russia e Cina)¹⁰².

D'altra parte, questa radicalizzazione non sorprende, ed anzi fa parte della retorica dell'*empire de la force* cui si accennava in apertura del presente scritto¹⁰³. Come insegna l'antropologia, la formazione di un'identità e di un fronte comuni passano attraverso l'adozione (e altresì l'esportazione) di una narrazione con la quale si stabiliscono dei criteri che ci permettono di identificare chi siamo attraverso chi non siamo¹⁰⁴. È la classica costruzione dell'altro come avversario che è radicalmente diverso *da* e opposto *a* noi.¹⁰⁵ Il confine tra il noi e l'altro diviene così pericolosamente il *discrimen* fondamentale per organizzare il tessuto valoriale

⁹⁸ C. Clark, *I sonnambuli. Come l'Europa arrivò alla Grande Guerra*, trad. it., Bari-Roma, Laterza, 2013. In merito al conflitto russo-ucraino, v. le acute riflessioni di M. D'Eramo, *Le élite sonnambule: la guerra e l'industria bellica*, in *Micromega+*, 10 febbraio 2023 (<https://micromegaedizioni.net/2023/02/10/le-elite-sonnambule/>).

⁹⁹ G. Frankenberg, *Authoritarianism: Constitutional Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020.

¹⁰⁰ C. Schmitt, *Le categorie del politico*, cit., 111.

¹⁰¹ Sul punto, E. Grande, *Guerra Inc. Il conflitto in Ucraina, gli Stati Uniti e gli interessi delle corporations*, in *Questione Giustizia*, 1/2022, 18-22.

¹⁰² A. Somma, *Si scrive europeismo ma si legge atlantismo. L'unione europea nel conflitto tra Nato e Russia*, in *La Fionda*, 2/2022, 57-67.

¹⁰³ Cfr. *supra* § 1.1.

¹⁰⁴ F. Barth, *I gruppi etnici e i loro confini*, in V.A. Maher (a cura di), *Questioni di etnicità*, Torino, Einaudi, 1994, 33 ss.

¹⁰⁵ Cfr. U. Eco, *Costruire il nemico*, Milano, La nave di Teseo, 2020; J.B. White, *Living Speech*, cit.



attorno al quale riconoscersi e, contemporaneamente, disegnare le regole di esclusione di altri gruppi (e culture) poiché diversi e, in quanto tali, barbari o inferiori¹⁰⁶.

In questo modo, invece del weberiano politeismo dei valori in cui la conflittualità è attenuata dialogicamente dalla compresenza di diversi punti di vista e dall'assenza di un criterio normativo assoluto, si giunge ad una «tirannia dei valori». Seguendo tale ultima logica, nel momento in cui un paese tradisce il nostro codice valoriale (es. democrazia, libertà etc.), il tradimento giustifica l'annientamento giuridico del valore altrui con ogni mezzo e anzi: «Ogni riguardo nei confronti del nemico viene a cadere, anzi diventa un non-valore non appena la battaglia contro il nemico diventa una battaglia per valori supremi. Il non-valore non gode di nessun diritto di fronte al valore, e quando si tratta di imporre il valore supremo nessun prezzo è troppo alto»¹⁰⁷.

Orbene, secondo la riscrittura dell'altro cui stiamo assistendo, noi – l'Occidente – non siamo l'altro – i russi – né potremmo esserlo, poiché la nostra tradizione democratica ci impedirebbe di aggredire militarmente un altro paese in modo illegittimo. Ma tale visione corrisponde alla realtà o è una narrazione di alterità che, tra le altre cose, si frappone di ostacolo ad un serio percorso rivolto alla pace tra i contendenti?

Pensando alla supposta radicalità delle differenze tra «the West and Rest» – in questo caso i russi, ma lo stesso è valso per altri Stati – occorrerebbe forse ricordare che le retoriche dell'intervento umanitario per prevenire un genocidio, l'idea della *preemptive war* e tutte le strategie di *peace washing* oggi invocate da Putin a supporto della sua invasione camuffata ad arte da «operazione militare speciale» non sono una novità. Esse presentano dei tratti analoghi a quelle impiegate dalla Amministrazione Bush per giustificare le guerre in Iraq e Afghanistan.

La miglior dottrina americana ha bene evidenziato come sotto l'egida della *war on terror* sono stati condotti interventi militari in spregio alle più basilari norme di diritto internazionale e interno¹⁰⁸. Il tutto senza una legittima dichiarazione di guerra da parte dal Congresso degli Stati Uniti che, secondo l'architettura

¹⁰⁶ T. Todorov, *La paura dei barbari. Oltre lo scontro di civiltà*, trad. it., Milano, Garzanti, 2009.

¹⁰⁷ C. Schmitt, *La tirannia dei valori. Riflessioni sulla filosofia dei valori*, trad. it., Milano, Adelphi, 2008, 65. Sul pericolo di decisioni giuridiche e legislazioni che si fondino sulla idea di valore, piuttosto che su quella di norma o principio, v. J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it., Milano, Guerini e Associati, 1996, 302 ss.

¹⁰⁸ B. Ackerman, *This is not a War*, 113 *Yale L. J.* 1871 (2004).



newtoniana di *check and balances*¹⁰⁹ sui cui si fonda la Costituzione statunitense, è il detentore di tale potere (art, 1 sec. 8, cl. 11 U.S. Const.). D'altronde, a ben vedere, l'utilizzo della *war talk* da parte della politica per giustificare poteri eccezionali e azioni che esorbitano dalla legalità ordinaria è una pratica inaugurata da lunga data anche nel contesto occidentale. Non è nuova la teoria giuridica secondo cui il sistema di governo dello Stato costituzionale «è essenzialmente concepito per funzionare in condizioni normali e pacifiche»¹¹⁰, per cui la sua temporanea sospensione in tempi di crisi può essere giustificata.

Eppure, il cuore della questione sta proprio nel delicato equilibrio tra regola ed eccezione poiché l'eccezione prolungata *sine die* distrugge la regola sostituendosi ad essa. La retorica marziale usata in più occasioni dalla presidenza statunitense¹¹¹ porta avanti l'idea per cui in tempo di emergenza il diritto sia un ostacolo burocratico alla soluzione dei conflitti sul falso presupposto che, nelle parole di Bush, «it is not enough to serve our enemies with legal papers». Inoltre, la dottrina Bush della guerra preventiva si spinge ancora più in là. Essa trasforma un'emergenza temporanea in un pericoloso stato di eccezione permanente, segnando un ulteriore passo indietro rispetto all'immagine della legalità con la quale la *Western legal tradition* si autodescrive¹¹² e ampliando ulteriormente lo iato tra teoria e prassi della *rule of law*¹¹³. Difatti, in nome di un presunto bene superiore (la sicurezza nazionale), si è avallato un pericoloso unilateralismo internazionale; si sono disumanizzati i prigionieri attraverso una detenzione *sine die*¹¹⁴ cui la SCOTUS in decisioni come Hamdi, Padilla, Rasul o Boumediene ha posto solo parzialmente rimedio¹¹⁵; si è operato un inaccettabile (soprattutto in ottica liberale) doppiopesismo tra cittadini e stranieri quanto alla tutela di basilari libertà costituzionali¹¹⁶; e si sono legittimate deprecabili violazioni dei diritti civili che

¹⁰⁹ L.H. Tribe, *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*, in 103 *Harv. L. Rev.* 1, 3 (1989).

¹¹⁰ C.L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton, Princeton University Press, 1948, 5.

¹¹¹ J.K. Tulis, *The Rhetorical Presidency*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2017.

¹¹² U. Mattei – L. Nader, *Il saccheggio*, cit.

¹¹³ G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, 12 ss. Si veda anche U. Mattei – L. Guanghua – E. Ariano, *The Chinese Advantage in Emergency Law*, in 21 *Global Jurist* 1, 46-56 (2021).

¹¹⁴ Cfr. J. Butler, *Precarious Life. The Powers of Mourning and Violence*, London – New York, Verso, 2004.

¹¹⁵ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); Rumsfeld v. Padilla, 542 US 426 (2004); Rasul v. Bush, 542 US 466 (2004); Boumediene v. Bush 553 U.S. 723 (2008).

¹¹⁶ D. Cole, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, New York, New Press, 2003.



hanno inaugurato una nuova era di involuzione giuridica e indebolimento democratico che ha contribuito al «disordine mondiale»¹¹⁷.

Si badi bene, quanto appena affermato non può, né invero deve, servire a legittimare l'occupazione russa o a sminuire le sue tragiche conseguenze. Al contrario, serve proprio a rammentare che l'elevazione di muri ideologici o la costruzione di verità valoriali *a priori* che non ammettono critiche e separano in modo netto gli amici dai nemici spesso ottenebrano lo sguardo. Non ci consentono di vedere contraddizioni e violazioni quando accadono a casa nostra, alimentando così una pericolosa *indignazione selettiva*: un'indignazione a geometria variabile che non è tanto rivolta verso l'atto compiuto quanto piuttosto verso il soggetto che lo compie. Se è il nostro «amico» a compiere un atto ingiusto, questo viene giustificato; se, all'opposto, è un nostro «nemico» a tenere la medesima condotta, questo diviene oggetto delle più severe condanne, come se esistesse una guerra di invasione meno esecrabile di un'altra.

Il rischio di una simile prospettiva è il riproporsi di quella coscienza geo-culturale che tende a polarizzare Occidente e Oriente su estremità opposte di uno stesso spettro, quasi che fossero due linee parallele destinate ineluttabilmente e paradossalmente allo scontro e mai all'incontro. Trattasi della medesima visione etnocentrica che, soprattutto in tempo di guerra fredda, tendeva a contrapporre l'Occidente democratico, libero e giuridico all'Oriente e alla sua tradizione raffigurati, invece, come la culla del dispotismo liberticida, dell'autocrazia e della *rule of men*¹¹⁸. E si è parlato, non a caso, di rischio. Nella seconda metà del '900, fu proprio la lettura della mappa geopolitica condotta esclusivamente secondo logiche conflittuali di egemonia e di spartizione del globo ad esacerbare i conflitti e rafforzare quelle tensioni tra Est e Ovest che tennero il mondo in bilico, sospeso sull'orlo di una guerra nucleare¹¹⁹.

3. *La Costituzione tra jus ad bellum e jus ad pacem*

Posti davanti ad uno scenario internazionale quale quello attuale sembra legittimo sollevare alcuni dubbi. Anzitutto, davvero la visione manichea cui si è fatto cenno, una visione che separa con la scure la civiltà dalla barbarie, è fedele alla realtà? Essa

¹¹⁷ T. Todorov, *Il nuovo disordine mondiale*, cit.

¹¹⁸ La portata mistificatoria di tale visione orientalista fu svelata compiutamente dai *postcolonial studies*. Si veda, in particolare, E.W. Said, *Orientalismo. L'immagine europea dell'Oriente*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2013 e T. Ruskola, *Legal Orientalism: China, The United States, and Modern Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2013.

¹¹⁹ J.L. Harper, *The Cold War*, Oxford, OUP, 2011.

perora nel modo migliore la causa del popolo ucraino? E soprattutto, ai nostri fini, che ne è della ricerca della pace come obiettivo primario e dell'utilizzo del diritto (*in primis* costituzionale e, poi, internazionale) come argine al potere laddove questo assuma le inquietanti sembianze dell'*autoritäre Gewalt* weberiano¹²⁰, ossia del potere autoritario che si concepisce come imposizione di volontà refrattaria a stringenti limiti giuridici e capace di vincere qualsiasi resistenza ignorandola e tacitandola?

3.1. «Al di sopra della mischia»: il giurista come outsider

Come sempre la realtà presenta tinte molto più sfumate rispetto a quella che è la sua riduzione formalizzata nella narrazione ufficiale. E quando la narrazione ufficiale diviene un monologo bellicista¹²¹, ripetere i proclami che sostengono ora l'una ora l'altra fazione non aggiunge alcunché al dibattito. Non può e non deve esistere un *Minculpop* o un distopico Ministero della Verità di orwelliana memoria che offre l'interpretazione esatta e la versione ufficiale della storia cui semplicemente *aderire*. E questo è soprattutto vero per coloro che sono chiamati istituzionalmente a pensare in modo critico e hanno la responsabilità di individuare le strutture di potere per costruire, quando necessario, un pensiero contro-egemonico: gli intellettuali¹²².

Come sosteneva Bobbio «[...] agli intellettuali non spetta il compito di rimasticare formule e recitar canoni»¹²³. Non possono comportarsi come il protagonista del Barone Rampante calviniano che si limita ad osservare la rivoluzione da lontano appollaiato su un albero. In altre parole, il loro compito è quello di porsi «al di sopra della mischia»¹²⁴, ma non per cercare una inarrivabile equidistanza o per farsi giudici severi della situazione, bensì per osservare criticamente cosa accade. E, soprattutto laddove il potere politico ricorra a slogan e dogmi incontestabili per tacitare il dissenso (ad es. l'idea di guerra giusta), l'uomo di cultura ha un obbligo

¹²⁰ M. Weber, *Economia e società* (1922), II, trad. it., Milano, 1974, 247.

¹²¹ Lorenza Carlassare, oltre ad aver argomentato tecnicamente l'incostituzionalità dell'invio delle armi in Ucraina, ha ribadito che «la Costituzione è pacifista» e che «la retorica bellicista, a giornali e reti unificati, è insopportabile» (*Opacità sulle scelte: l'invio di armamenti è incostituzionale*, in *il Fatto Quotidiano*, 28 aprile 2022).

¹²² N. Chomsky, *La responsabilità degli intellettuali*, trad. it., Milano, Ponte alle grazie, 2019.

¹²³ N. Bobbio, *Politica e cultura* (1955), Torino, Einaudi, 1977, 281.

¹²⁴ Il riferimento, da cui prende anche il titolo il presente scritto, è a R. Rolland, *Al di sopra della mischia* (1915), trad. it., Milano, Soc. ed. "Avanti!", 1916. L'A. francese, rifugiato in Svizzera dopo lo scoppio della Prima guerra mondiale, aveva scritto il libello per lanciare appelli antimilitaristi rivolgendosi soprattutto all'intelligenza del tempo che aveva abbracciato in modo acritico il nazionalismo bellicista di inizio '900.



di «resistenza contro il dogmatismo» e di «difesa dello spirito critico» che diviene «un dovere, oltre che morale, politico»¹²⁵. Peraltro, andrebbe notato incidentalmente che la tutela del dissenso è principio giuridico su cui si fonda l'intera tradizione del costituzionalismo liberale, poiché il principio maggioritario senza diritto al dissenso diviene facilmente coercizione del debole, dittatura della maggioranza e può trascolorare nella legge del più forte¹²⁶.

A maggior ragione, dunque, anche a costo di venire marginalizzato o ridicolizzato, l'intellettuale – e il giurista come intellettuale – deve in questi frangenti porsi come un «outsider» che non cerca a tutti i costi il compromesso armonico con l'opinione dominante ma che, al contrario, ha il coraggio di dire la verità al potere perseguendo il dubbio e la critica dello *status quo*¹²⁷. D'altra parte, come insegna un Maestro del diritto, compito del *legal scholar* è proprio quello di investigare nei «dark places»¹²⁸, non limitandosi a ciò che appare ma indagando le relazioni di potere cristallizzate nelle norme giuridiche.

E allora, in quest'ottica due elementi dovrebbero balzare all'occhio di un osservatore attento: i) il carattere recessivo del diritto odierno come meccanismo democratico di controllo sociale del potere¹²⁹; ii) il fatto che gli interventi volti a disinnescare il conflitto russo-ucraino o presentare una valida proposta corale di pace sono stati poco più che declamazioni sconfessate dalla realtà operativa.

Nei discorsi politici si utilizzano, piuttosto, parole bellicose, discutendo di guerra giusta o di pace a condizioni imposte unilateralmente¹³⁰. Cosa ne è, in tutto ciò, della composizione pattizia del conflitto diretta a riaffermare le ragioni del diritto che costituiscono sin dalle origini del pensiero politico-giuridico moderno il meccanismo atto a salvar la comunità dal *bellum omnium contra omnes*? Certo non si trova eco di ciò nelle condizioni materiali create dalle potenze intervenute che si sono prodigate nell'annunciare e/o garantire, ad esempio, l'invio di missili come Francia e Italia; né negli oltre 40 miliardi di dollari spesi sinora dagli USA in

¹²⁵ N. Bobbio, *op. ult. cit.*, 40.

¹²⁶ E. Ruffini, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, Adelphi, 1976; U. Mattei, *Il diritto di essere contro. Dissenso e resistenza nella società del controllo*, Milano, Piemme, 2022.

¹²⁷ E.W. Said, *Dire la verità. Intellettuali e potere*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2014.

¹²⁸ G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1982, 180.

¹²⁹ Cfr. *infra* § 4.

¹³⁰ F. Pallante, *Ucraina: quelle di Mattarella e Meloni sono parole di guerra*, in *Volerelaluna*, 19/05/2023, consultabile all'indirizzo <https://volerelaluna.it/controcanto/2023/05/19/ucraina-quelle-di-mattarella-e-meloni-sono-parole-di-guerra/>).



armamenti e dispositivi di sicurezza forniti al governo ucraino¹³¹; e neppure nell'invio da parte del Pentagono di munizioni a grappolo a Kiev nonostante queste siano bandite nella maggior parte dei paesi per ragioni umanitarie e la decisione sia stata avversata dagli alleati e dall'ONU¹³².

Questi pochi esempi confermano che la via più strenuamente perseguita e sostenuta è stata la *debellatio* del nemico in nome del diritto di difesa.

3.2. *Guerra e ordine costituzionale: addio alle armi?*

Anche l'Italia, al pari di molti altri Stati, si è collocata rispetto al conflitto russo-ucraino manifestando la volontà politica di partecipare all'isolamento istituzionale della Russia e contribuire alla causa ucraina attraverso l'invio di dispositivi bellici in forza di decreti-legge – poi convertiti – predisposti sia dal Governo Draghi che dal Governo Meloni¹³³. Tuttavia, giova ribadirlo, tale scelta governativa, ancorché ammantata di obbligatorietà giuridica, resta una scelta di indirizzo politico. Poi, soprattutto per le conseguenze che porta con sé, tale decisione andrebbe sottoposta ad un severo scrutinio che non dovrebbe esser solo quello parlamentare ordinario o quello tecnico dei giuristi, ma soprattutto quello democratico del corpo politico cui appartiene la sovranità: la cittadinanza.

Inoltre, posto di fronte a uno scontro di valori fondamentali (libertà, autodeterminazione, difesa, pace etc.) come quello attuale, un governo democratico dovrebbe anzitutto affidarsi alla carta dei valori per antonomasia: la Costituzione. Eppure, come è stato ben evidenziato da autorevole dottrina, nel «dibattito sull'Ucraina [...] *la Costituzione è stata rimossa*. Mai richiamata, né nell'intervento del Presidente del Consiglio né nella risoluzione approvata con il consenso di maggioranza e opposizione»¹³⁴.

¹³¹ Le cifre si possono consultare sul sito del Dipartimento di Stato americano (https://www.state.gov/u-s-security-cooperation-with-ukraine/?utm_source=substack&utm_medium=email).

¹³² <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/press-briefings/2023/07/07/press-briefing-by-press-secretary-karine-jean-pierre-and-national-security-advisor-jake-sullivan-5/>.

¹³³ V., in particolare, il D.L. 25 febbraio 2022, n. 14 e D.L. 2 dicembre 2022, n. 185 sui quali C. De Fiores, *Il principio costituzionale pacifista, gli obblighi internazionali e l'invio di armi a paesi in guerra*, in G. Azzariti (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, in *Quad. n. 4 di Costituzionalismo.it*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, spec. 51-60.

¹³⁴ G. Azzariti, *La Costituzione rimossa*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022, I (corsivo aggiunto).



Una semplice ragione di questa rimozione quasi freudiana della nostra Carta fondamentale dal dibattito sulla guerra potrebbe risiedere *prima facie* nella difficoltà di conciliare le attuali scelte politiche con il dettato costituzionale.

Il «ripudio della guerra» come arma di offesa e come metodo di risoluzione delle controversie internazionali di cui all'art. 11 Cost. appare difficilmente compatibile con lo stanziamento di ingenti somme deputate a spese belliche per l'invio di armamenti ad un paese belligerante. L'Italia – e si ponga qui attenzione alle scelte micro-semantiche dei costituenti – non si limita a condannare la guerra: la «ripudia». La scelta del verbo ripudiare non è casuale. Se si guarda ai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, tale preferenza giunse al termine di una lunga diatriba e fu determinata dalla precisa sfera semantica richiamata dal verbo¹³⁵. Nella seduta del 24 marzo 1947, il Presidente Ruini spiegò che posti dinanzi alla scelta dei verbi rinunzia¹³⁶, ripudia o condanna, la Commissione per la Costituzione ritenne che «[...] mentre «condanna» ha un valore etico più che politico-giuridico, e «rinunzia» presuppone, in certo modo, la rinunzia ad un bene, ad un diritto, il diritto della guerra (che vogliamo appunto contestare), la parola «ripudia», se può apparire per alcuni richiami non pienamente felice, ha un significato intermedio, ha un accento energico ed implica così la condanna come la rinuncia alla guerra»¹³⁷.

Lungi dal voler proporre qui una lettura originalista à la Bork della nostra Costituzione¹³⁸, i richiami di cui sopra servono solo a capire come l'idea di fondo che guidò i costituenti fu evidentemente quella secondo la quale la guerra non è affatto un diritto cui rinunciare, poiché un vero e proprio *jus ad bellum* non dovrebbe esistere in uno stato democratico. Peraltro, a suffragio di quanto affermato giova

¹³⁵ Per una più ampia ricostruzione, L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013.

¹³⁶ La prima versione del testo dell'art. 11 (art. 4 del Progetto), originariamente redatto da Dossetti e portato al voto della Prima Sottocommissione per la Costituzione nel dicembre del 1946, recitava: «La Repubblica *rinunzia* alla guerra come strumento di conquista o di offesa alla libertà degli altri popoli e consente, a condizioni di reciprocità, le limitazioni di sovranità necessarie alla difesa e alla organizzazione della pace» (Tupini, Seduta del 3 dicembre 1946, I Sottocommissione, in A.C., 452).

¹³⁷ Ruini, Seduta pomeridiana del 24 marzo 1947, in A.C. p. 2432. Vale la pena rammentare che nella medesima seduta, ricorrendo allora il terzo anniversario della strage nazista delle Fosse Ardeatine, il Presidente Terracini dinanzi ad una Assemblea levatasi in piedi ricordava le vittime della strage e ammoniva a rispondere alla «bestialità del nemico» e all'orrore della guerra con «il sentimento, la fraternità di tutti gli uomini contro il male e per il bene comune» (ivi, 2414).

¹³⁸ R.H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Macmillan, New York, 1990.



ricordare che il ripudio della guerra contenuto nella nostra carta dei diritti non è affatto un riferimento isolato. Esso è frutto di una volontà costituente condivisa che trascende le provenienze politiche o geografiche; una volontà costituente che ha trovato traduzione normativa sia nel mezzo della Seconda guerra mondiale – ad es. nella dichiarazione di principi nota come Carta Atlantica sottoscritta nel 1941 da Roosevelt e Churchill a bordo di una nave da guerra¹³⁹ – che, soprattutto, in molte delle costituzioni ad essa successive. Ad esempio, la Legge Fondamentale tedesca dichiara incostituzionali e criminalizza tutti gli atti posti in essere «con l'intento di turbare la pacifica convivenza dei popoli, e specificamente di preparare una guerra d'aggressione» (art. 26); la Costituzione francese del 1946, che influenza ebbe anche sui lavori preparatori che poi portarono alla formulazione del nostro art. 11, consente nel suo Preambolo a limitazioni di sovranità necessarie per l'organizzazione e la difesa della pace; quella giapponese del 1947 non solo declama la rinuncia definitiva alla guerra ma disconosce apertamente l'esistenza di un *jus ad bellum* dello Stato (art. 9)¹⁴⁰.

Lo *Zeitgeist* a livello internazionale fu, allora, chiaramente quello di rifondare nelle nuove democrazie post-belliche le relazioni tra Stati perché queste non fossero più basate su rapporti di forza e competizione, bensì su rapporti di collaborazione e convivenza pacifica. Questa fu proprio una delle ragioni che spinse molti popoli a coltivare il «desiderio normativo» di una costituzione¹⁴¹ quale meccanismo giuridico di ordinamento del caos, limitazione dei poteri e presidio delle libertà fondamentali. E la chiave di volta del linguaggio giuridico post-bellico per raggiungere tale fine fu proprio la rifondazione semantica del concetto di forza e la sua progressiva espulsione dalla sfera del giuridicamente legittimo. Tale approccio costituì senza dubbio una rottura rispetto al passato.

Anteriormente alla Carta delle Nazioni Unite del 24 ottobre 1945, la libertà di ricorrere alla forza armata per la soluzione di controversie internazionali era riconosciuta quale manifestazione della sovranità statale. L'esigenza di una giustificazione esterna della guerra e, pertanto, la ricerca di un *bellum iustum*

¹³⁹ Il testo può leggersi online: https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_16912.htm.

¹⁴⁰ M.G. Losano, *Le tre Costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle Costituzioni di Giappone, Italia e Germania*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2020. Per una discussione comparata della disciplina della guerra nel diritto costituzionale, cfr. A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2007.

¹⁴¹ K. Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1959.



iniziata con Agostino¹⁴², consolidata con le tre *condiciones* di Tommaso d'Aquino¹⁴³ e con la scuola di Salamanca¹⁴⁴, aveva perso di centralità con l'avvento della modernità giuridica: un'epoca in cui la guerra si trasforma in strumento statalizzato. Lo Stato moderno diviene, infatti, l'unico 'signore della guerra' rivendicando per sé il monopolio sull'uso legittimo della forza. Esso è detentore dell'*imperium* e uno degli *arcana imperii* è proprio il *jus ad bellum* ossia il legittimo ricorso alla forza armata¹⁴⁵.

A dire il vero, già prima della fine del secondo conflitto mondiale, alcuni passi avanti nella direzione di limitare la guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali furono fatti grazie al Patto della Società delle Nazioni del 1919 e al Patto Kellogg-Briand del 1928 firmato dalle 15 potenze più eminenti con l'eccezione significativa dell'U.R.S.S.¹⁴⁶ Tuttavia, fu solo al termine della Seconda guerra mondiale che la categoria politico-giuridica della guerra (e della pace) mutò sensibilmente.

Anzitutto, l'Accordo di Londra del 1945 istitutivo del Tribunale di Norimberga diede avvio ad un processo di criminalizzazione delle condotte violative della pace e di repressione della violenza istituzionalizzata in tempo di guerra. Fu così che si prevede la punibilità dei *crimes against peace* (art. 6 a), dei *war crimes* (art. 6 b) e dei *crimes against humanity* (art. 6 c), in reazione agli atti di barbarie che avevano caratterizzato il conflitto bellico¹⁴⁷. Nondimeno, il vero punto di svolta del diritto internazionale di pace e del diritto internazionale bellico si deve alla Carta dell'ONU del 1945¹⁴⁸. Essa bandì non solo l'uso, ma anche la semplice minaccia di impiego della forza (art. 2, para. 4) con l'eccezione del «diritto naturale» alla legittima difesa individuale e collettiva «nel caso in cui si verifichi un attacco armato contro un membro delle Nazioni Unite» (art. 51). Tale divieto assurse presto a principio generale e ad *opinio iuris* diffusa degli Stati anche grazie alle risoluzioni della

¹⁴² AUG., *quaest. hept.* 6,10.

¹⁴³ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 40, a.1., che richiede quali tre condizioni perché un *bellum* sia *iustum*: i) l'autorità del principe, per ordine del quale deve esser proclamata; ii) una causa giusta; e iii) che l'intenzione di chi combatte sia retta.

¹⁴⁴ F. De Vitória, *Relectio de Jure Belli* (1539), trad. it., Bari-Roma, Laterza, 2005.

¹⁴⁵ C. Galli (a cura di), *Guerra*, Bari-Roma, Laterza, 2004.

¹⁴⁶ O.A. Hathaway – S.J. Shapiro, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, New York, Simon&Schuster, 2017.

¹⁴⁷ La *Charter of the International Military Tribunal* allegata all'Accordo di Londra si può consultare online (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf).

¹⁴⁸ N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 7 ed., Torino, Giappichelli, 2021, 23 ss.



Assemblea Generale delle Nazioni Unite¹⁴⁹ e ad alcuni *leading cases* decisi dalla Corte Internazionale di Giustizia come il caso *Nicaragua c. USA* del 1986¹⁵⁰.

Fu così che, almeno sino agli anni '80 del secolo scorso, si formò una sorta di koinè ermeneutica e culturale attorno al tramonto dello *jus ad bellum* come attributo coesistente alla esistenza politica degli Stati, e che, contemporaneamente, il divieto generalizzato dell'uso della forza sancito nella Carta ONU divenne *Grundnorm* e riferimento sistematico per qualsiasi interpretazione – anche di diritto interno – sul concetto di guerra come strumento per la definizione delle relazioni internazionali¹⁵¹.

Questo «addio alle armi» pro-pacifista è stato particolarmente evidente in Europa. In parziale rottura rispetto al proprio passato imperialista, nel periodo della guerra fredda – *rectius* nei Trenta gloriosi – l'Europa ha preferito il *welfare* al *warfare* inaugurando ciò che James Sheehan ha definito una «età post-eroica»¹⁵². Un'era di demilitarizzazione passata attraverso una sensibile diminuzione della spesa militare, un incremento della legislazione sociale e, soprattutto, una demarzializzazione del diritto e della mentalità pubblica.

Il più chiaro epifenomeno di questa età post-eroica fu la manifestazione contro la guerra in Iraq tenutasi contemporaneamente nelle maggiori capitali europee nel febbraio 2003. Tale evento segnò uno spartiacque tanto significativo da indurre due tra le menti più raffinate della nostra epoca, Derrida e Habermas, a scrivere un celebre appello/manifesto incentrato sull'identità e sui valori dell'Europa. Questo manifesto auspicava una politica estera europea basata sull'etica pacifista e allo stesso tempo sottolineava da questa prospettiva il crescente divario tra il vecchio continente e tutta l'anglosfera¹⁵³; lo stesso divario che ha portato alcuni pensatori *neo-con* americani a criticare gli europei per il loro disimpegno militare e dire con

¹⁴⁹ Si vedano specialmente le risoluzioni n. 3314 (XXIX) del 1974 e n. 42/22 del 1987.

¹⁵⁰ Nel caso *Nicaragua c. USA* la CIG condannò gli USA respingendo l'allegazione americana secondo la quale il bombardamento dei porti nicaraguensi integrasse un atto di autodifesa collettiva. La Corte argomentò, al contrario, che il finanziamento americano ai *contras* rappresentava un'illecita intromissione negli affari interni del Nicaragua con l'obiettivo di sovvertirne gli assetti politici; ma come è noto tale sentenza non fu rispettata dal Governo americano. Sul punto, da ultimo, D. Ganser, *Le guerre illegali della NATO*, trad. it., Roma, Fazi, 2023, 232-244.

¹⁵¹ Ricostruisce perfettamente questo clima M. Dogliani, *Il valore costituzionale della pace e il divieto della guerra*, in P. Carnevale (a cura di), *Guerra e costituzione*, Torino, Giappichelli, 2004, *spec.* 37-38.

¹⁵² J.J. Sheehan, *Where Have All the Soldiers Gone? The Transformation of Modern Europe*, New York, Houghton Mifflin, 2008.

¹⁵³ J. Habermas – J. Derrida, *February 15, or What Binds Europeans Together: A Plea for a Common Foreign Policy, Beginning in the Core of Europe*, in *10 Constellations* 291, 292-295 (2005).



un malcelato e ingiustificato senso di superiorità che: «Americans are from Mars and Europeans from Venus»¹⁵⁴.

3.3. *L'art. 11 Cost. nel letto di Procuste: evoluzione o revisionismo costituzionale?*

Sia le notazioni genealogiche ora riportate sull'origine del fraseggio adottato nell'art. 11 Cost. che il clima politico-giuridico post-bellico confermano l'ispirazione pacifista – che, si noti, non è da confondersi con una mera aspirazione ideale – della nostra Carta dei diritti. L'art. 11 non è un principio programmatico privo di forza precettiva¹⁵⁵. Esso è un principio fondamentale del nostro ordine costituzionale che impone nella sua portata normativa di «perseguire attivamente una politica pacifista»¹⁵⁶ e, pertanto, configura una direttiva d'azione cogente per i pubblici poteri secondo la quale le controversie internazionali, come quella in atto, andrebbero risolte primariamente per via negoziale.

Perché, allora, l'art. 11 viene confinato in un letto di Procuste attraverso prassi interpretative che, esaltando il suo versante internazionale, sminuiscono la portata vincolante del «ripudio della guerra» sino ad una sua decostituzionalizzazione di fatto?

Sul punto si è autorevolmente sostenuto che la prassi dei rapporti internazionali che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, ha legittimato l'uso della forza anche al di fuori della legalità ONU avrebbe «appannato» il principio pacifista della nostra Costituzione, richiedendone una revisione interpretativa¹⁵⁷. Questo perché l'ingresso sulla scena internazionale di guerre umanitarie e preventive avrebbe ampliato consuetudinariamente le ipotesi di guerra difensiva compatibili con lo Stato costituzionale modificando i confini tra guerra lecita e illecita. Poi, sempre seguendo un'analogia linea di pensiero, proprio in occasione del conflitto russo-ucraino, si è giustificato l'invio di armi italiane come esempio di integrazione tra ordinamento interno e internazionale, inquadrandolo nell'ambito degli obblighi derivanti dalla adesione dell'Italia alle «organizzazioni internazionali» (art. 11

¹⁵⁴ R. Kagan, *Paradise and Power. America and Europe in the New World Order*, London, Atlantic Books, 2003.

¹⁵⁵ Classico sul tema resta V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.

¹⁵⁶ A. Cassese, *Art. 11*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 575.

¹⁵⁷ G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, 10.



Cost.) e dell'obbligo di interpretazione conforme alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10 Cost.)¹⁵⁸.

Tuttavia, tali conclusioni, per quanto autorevoli, non convincono del tutto. Esse contrastano con la genealogia dell'art. 11 cui si è accennato in precedenza. Inoltre, è la stessa struttura sintattica dell'articolo a render difficile aderire all'impostazione ermeneutica ora prospettata. L'articolo in parola non è diviso in commi. Esso ha una struttura unitaria, constando di un'unica frase divisa da due punti e virgola, e ciò riflette la *ratio* unitaria e la continuità logico-concettuale del principio contenuto al suo interno. L'enunciazione del principio pacifista e la sua precettività si trovano nel primo alinea in cui si afferma che «l'Italia ripudia la guerra». È sì vero che il prosieguo del testo recita che l'Italia consente a limitazioni di sovranità e partecipa a organizzazioni internazionali. Nondimeno, nell'aprire l'ordinamento italiano a quello internazionale e sovranazionale, i Costituenti non hanno certo inteso lasciare *carte blanche* al diritto e alle organizzazioni internazionali trasferendo ad esse pieni poteri decisionali in merito alla propria politica estera in campo bellico. Al contrario, l'art. 11 funzionalizza le limitazioni di sovranità e la partecipazione ad organismi internazionali al raggiungimento di due fini: la «pace e la giustizia tra le Nazioni» che, dunque, costituiscono allo stesso tempo sia la *condicio sine qua non* della adesione italiana che anche gli obiettivi del suo piano internazionalistico¹⁵⁹.

Ne è che, nell'architettura democratica e istituzionale del nostro ordinamento, il diritto internazionale e la Costituzione sono pensati come un doppio sistema di garanzie a tutela della pace. E non potrebbe esser diversamente per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto l'obbligo di interpretazione conforme ex art. 10 Cost. non può portare in alcun caso ad una interpretazione decostituzionalizzante dell'art. 11. Questo perché i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, di cui l'art. 11 fa parte, costituiscono, secondo consolidata giurisprudenza del Giudice delle leggi, un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute»¹⁶⁰ laddove tali norme si pongano in conflitto con essi.

¹⁵⁸ Si veda, ad esempio, M. Iovane, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, in *Oss. Cost.*, 3, 2022, 18-19; G. De Vergottini, *La Costituzione e il ritorno alla guerra*, *ivi*, 89-90.

¹⁵⁹ In tal senso v. U. Allegretti, *Guerra del Golfo e Costituzione*, in *Foro It.*, 1991, 384 ss.; Id., *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, in *Dir. pubbl.*, 2005, *spec.* 104 ss.; L. Carlassarre, *L'art. 11 nella visione dei Costituenti*, *cit.*; G. Azzariti, *La Costituzione rimossa*, *cit.*, pp. II-II. V. anche E. Caterina – M. Giannelli – D. Siciliano, *Il ripudio della guerra preso sul serio. Quattro tesi sull'incostituzionalità dell'invio di armi all'Ucraina* consultabili sul sito <http://www.sidiblog.org/2022/04/26/il-ripudio-della-guerra-preso-sul-serio-quattro-tesi-sullincostituzionalita-dellinvio-di-armi-allucraina/>.

¹⁶⁰ Corte Cost. sent. n. 48/1979, 73/2001, 238/2014.



Inoltre, gli organismi internazionali come l'ONU dovrebbero tendere geneticamente alla risoluzione pacifica delle controversie (art. 52, 3 Carta ONU) e certo l'adesione italiana alla NATO – che è un'alleanza difensiva più che un'organizzazione internazionale – non può fungere da scusante per operare *contra constitutionem*¹⁶¹.

Ed ecco, allora, che anche in occasione del presente conflitto lo iato tra parola e azione, tra principio e realtà, si è reso nuovamente tanto palese quanto inaccettabile. Questo perché si è abdicato all'idea di utilizzare la politica come processo di costruzione democratica e il diritto e la diplomazia come strumenti per raggiungere tale scopo.

Alla posizione appena espressa si risponde frequentemente con argomentazioni che, in ultimo, risultano funzionali ad una visione belligerante della realtà. Ad esempio, quella secondo la quale la Russia sarebbe la personificazione del Male radicale – qui la retorica degli Stati canaglia (*rogue states*) utilizzata dall'Amministrazione Bush nel post 9/11 si ripresenta come il fantasma di Banquo – con il quale non solo non sarebbe *possibile*, ma non sarebbe *etico* e *legittimo* trattare. In più, la stessa idea per la quale la Russia è personificazione del nemico serve altresì a legittimare misure eccezionali. E in effetti, l'articolo 1 del D.L. 2 dicembre 2022, n. 185 con quale si è autorizzata la proroga della cessione di armi all'Ucraina è una deroga eccezionale alla Legge Organica del 1990 che sancisce il divieto di collaborazione bellica con un paese in guerra¹⁶².

Ora, non occorre aver letto Schmitt o Agamben per comprendere che l'eccezione si invoca laddove non si possa/voglia applicare la norma ordinaria. Nel caso di specie, dato che l'Ucraina non fa parte della NATO e non è uno Stato membro dell'Unione Europea, e considerato che l'Italia non versa in stato di guerra (artt. 78 e 87 Cost.) né è direttamente coinvolta in una guerra difensiva del proprio territorio (art. 52 Cost.), non ci troviamo propriamente di fronte ad un atto obbligato. Di conseguenza, non può parlarsi di 'impossibilità'¹⁶³. Sarebbe stato sufficiente invocare il principio di neutralità e l'applicazione dell'art. 11 Cost. contribuendo alla causa del paese invaso esclusivamente attraverso una solidarietà disarmata, ossia mediante aiuti umanitari. Ma se non si tratta di comportamento obbligato, allora la

¹⁶¹ G. Azzariti, *op. loc. ult. cit.*; U. Allegretti, *Guerra del Golfo e Costituzione*, cit., 392-394; L. Sico, *Senso e portata dell'art. 11 della Costituzione nell'attuale contesto normativo e nelle proposte di riforma costituzionale*, in *Dir pubbl. comp. eur.*, 2003, 1511 ss.

¹⁶² Più precisamente i decreti di invio armi derogano alle disposizioni di cui alla legge 9 luglio 1990, n. 185, agli artt. 310 e 311 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 e alle relative disposizioni attuative.

¹⁶³ C. De Fiores, *op. cit.*, 39 ss.



condotta dell'Esecutivo cade nell'alveo della discrezionalità politica e l'eccezionalità è più che altro un *vestmentum* utilizzato per giustificare le proprie azioni. La straordinarietà della situazione è, poi, sempre secondo la suddetta vulgata di pensiero che tinge le proprie argomentazioni di giusnaturalismo nel tentativo di far passare alcune azioni come naturali e necessarie, esattamente ciò che renderebbe l'attuale conflitto un *bellum iustum*.

Orbene, a tacer del fatto che qualsiasi naturalismo è in sé antipolitico – poiché serve a tacitare la discordia politica – ed antiggiuridico – poiché mira a paralizzare l'evoluzione del diritto e la critica dello *status quo* – l'idea di guerra giusta è una narrazione da sempre impiegata a fini (neo)coloniali per prendere e mai per comprendere (es. si ricorse ad essa durante la *Conquista* delle Americhe col fine di depredare i nativi dei loro beni)¹⁶⁴. Non può esistere alcuna guerra giusta¹⁶⁵. Sia nella versione giusnaturalistica che giustifica i mezzi (la guerra) attraverso la giustizia dei fini (es. esportare la democrazia, contribuire all'autodeterminazione dei popoli etc.), che in quella giuspositivista che giustifica, invece, i fini attraverso la legittimità dei mezzi (la guerra legale o legalizzata), trattasi di strategie argomentative utilizzate per rendere socialmente accettabile e oggettivizzare, depoliticizzandola, la decisione soggettiva e politica di chi dà avvio all'atto bellico o vi aderisce. La stessa idea di atto «giusto», infatti, implica un atto *secundum jus*, ma la guerra, in virtù della sua eccezionalità ontologica rispetto alla *rule of law*, potrà anche avvenire *secundum legem*, ma non può, perlomeno nel diritto contemporaneo, a rigore dirsi legittima e condotta *jure*. Essa, semmai, determina un «fallimento del diritto»¹⁶⁶ se non, addirittura, la sua «antitesi»¹⁶⁷.

Risibile è, poi, l'idea della guerra come mezzo di promozione di «valori superiori»¹⁶⁸. La storia insegna, almeno dalle crociate in poi, che dietro le guerre condotte sotto il pretesto di promuovere o difendere alcuni valori (es. democrazia e

¹⁶⁴ T. Todorov, *La conquista dell'America: il problema dell'«altro»*, Torino, Einaudi, Torino 2005; E. Ariano, *Ius includendi, Note su natura e beni comuni in America Latina: il caso dell'Ecuador*, in A. Quarta - M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Controegemonia e nuove istituzioni*, Milano-Udine, 2016, spec. 60-64.

¹⁶⁵ M. Dogliani, *La guerra in Ucraina*, cit., 11 cristallinamente conclude: «le guerre andrebbero considerate nel loro eterno ripetersi, come fenomeni esecrabili ma diffusi e continui, tutti identici perché non esistono guerre giuste e ingiuste [...] nessuno da giustificare in nome di principi superiori non negoziabili neanche se proclamati da vaste «alleanze difensive»».

¹⁶⁶ U. Allegretti, *Guerra del Golfo e Costituzione*, cit., 382.

¹⁶⁷ N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, 2 ed., Bologna, Il Mulino, 1984, 112.

¹⁶⁸ Un classico esempio di tale retorica si trova in F. Fukuyama, *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century*, Ithaca, Cornell University Press, 2004.



libertà) si cela una volontà di dominio e conquista, semplicemente inserita in una narrazione atta a renderla accettabile dall'opinione pubblica internazionale¹⁶⁹. La missione di denazificazione dell'Ucraina di Putin o la promozione della democrazia in Afghanistan condotte *attraverso* interventi militari, al netto delle differenze specifiche, rispondono entrambe ad una vocazione imperialista che con la libertà e la democrazia poco c'entrano. Del pari, non esistono armi puramente difensive e, tantomeno, armi non letali a meno che il nostro paese stia inviando dardi e cerbottane, cosa che non è dato sapere visto che la lista dei dispositivi bellici inviati dall'Italia resta secretata, mentre la conoscenza dello specifico tipo di armi inviate contribuirebbe alla valutazione della legittimità/illegittimità costituzionale degli aiuti italiani¹⁷⁰.

4. *Concludendo: per un ritorno al diritto*

Due anni sono ormai trascorsi dallo scoppio del conflitto russo-ucraino. A fronte della persistente imprevedibilità del suo esito, però, un aspetto è emerso in modo cristallino: le ragioni della forza hanno prevalso su quelle del diritto. Le parole del diritto sono state nuovamente distorte e piegate sino ad indebolire il dettato costituzionale che ha dovuto ceder il passo di fronte a esigenze belliche e pressioni internazionali. Questo rende ancor più manifesta l'attuale fragilità del discorso giuridico nel circuito di produzione delle idee e delle soluzioni istituzionali. È, dunque, ancora possibile, in questo quadro, parlare di ritorno al diritto?

4.1. *La fragilità del legal discourse*

Il *legal discourse* appare, oggi più che mai, recessivo rispetto ad altri linguaggi influenti.

Lo è rispetto a quello economico, giacché in un'epoca neoliberale nella quale la «teologia economica» diviene paradigma di interpretazione della tradizione giuridica¹⁷¹, il diritto per esser efficiente deve esser *market friendly* e limitarsi a «mimare il mercato» senza intralciarlo né correggerlo. Il che porta a due storture: in primo luogo, si continua ad alterare il compromesso tra capitalismo (disuguaglianza economica) e democrazia (eguaglianza politico-sociale) a favore

¹⁶⁹ L. Canfora, *Esportare la libertà. Il mito che ha fallito*, Milano, Mondadori, 2007.

¹⁷⁰ G. Zagrebelsky, *Il governo dichiara che armi invia a Kiev*, in *La Stampa*, 8 giugno 2023.

¹⁷¹ G. Preterossi, *Teologia politica e diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2022, 204 ss.



del primo e a danno della seconda, tradendo l'idea stessa di Stato Costituzionale che, in quanto stato sociale, è chiamato ad intervenire proprio per «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona»; in secondo luogo, l'idea stessa del *market-mimicking* trasforma il dialogo tra diritto ed economia in un monologo della seconda sul primo, secondo i canoni della più retriva *Economic Analysis of Law*¹⁷².

Lo è rispetto a quello tecnologico poiché nell'attuale fase di *surveillance capitalism* che mira a incorporare tutta l'esperienza umana (abitudini, orientamenti politici etc.) nelle dinamiche di mercato per mercificarla¹⁷³, il diritto è ridotto a meccanismo di estrazione del capitale sulla nuova frontiera di accumulo capitalistico, ossia quella tecnologica¹⁷⁴.

Lo è rispetto a quello politico poiché lo stato di emergenza permanente, di cui anche questa guerra fa parte, serve a spegnere lo spirito critico di cui il diritto è – *rectius* dovrebbe essere – portatore.

Si badi bene, l'attenzione alla lingua con la quale gli apparati di potere si esprimono, è centrale. Non solo perché, al di là di falsi purismi, il rapporto tra diritto, potere e gruppi d'interesse è inscindibile¹⁷⁵, ma anche perché, come è stato ben detto, «la lingua è fascista»¹⁷⁶. Essa ha un potere coercitivo su chi parla e veicola una serie di significati ben precisi. Laddove, dunque, non si voglia cadere in un cieco fideismo nella neutralità del diritto o restar confinati in una visione meramente normativistica del fenomeno giuridico, diviene essenziale considerarne la

¹⁷² Guido Calabresi, con l'usuale chiarezza, distingue tra la *Economic Analysis of Law*, in cui è il discorso economico a costituire l'unica lente attraverso la quale osservare i fenomeni sociali, e la *Law and Economics* che, invece, costituisce un tentativo di dialogo interdisciplinare tra diritto e economia (G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, New Haven-London, 2016, 2-23).

¹⁷³ S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it., Luiss, Roma, 2019; C. O'Neil, *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Washington DC, Penguin, 2016.

¹⁷⁴ K. Pistor, *The Code of Capital. How Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton-Oxford, 2019; U. Mattei, *Do Smart Things Make Us Dumb? Reflections on the Addiction Crisis of Cyborg Consumerism*, in *Rev. Eur. Droit La Consomm / Eur. J. Consum. L.* 613 (2020).

¹⁷⁵ Per tutti, R.M. Unger, *Knowledge and Politics*, New York, Free Press, 1975; Id., *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Risk*, London-New York, Verso, 2015.

¹⁷⁶ R. Barthes, *Lezione. Il punto sulla semiotica letteraria*, Einaudi, Torino, 2001, 178.



dimensione narrativa¹⁷⁷ e linguistica¹⁷⁸. Il diritto, infatti, funge anche da prisma teorico-linguistico attraverso il quale si rappresenta ed esprime una particolare *Weltanschauung*¹⁷⁹. Questo perché il discorso giuridico ha un carattere sia «educativo» – nel senso che prescrive cosa di volta in volta può esser detto/fatto attraverso quel linguaggio – che «creativo» – poiché crea un linguaggio ed una comunità di riferimento che aderisce a determinati codici narrativi e valoriali di cui quel linguaggio è foriero¹⁸⁰.

Ne è che la colonizzazione del discorso giuridico da parte di altri linguaggi influenti e, pertanto, il diffondersi di linguaggi la cui semantica è sottratta al magistero del giurista, deve esser studiata attentamente poiché mette in luce trasformazioni sistemologiche e sociali che non possono che incidere sulla grammatica del diritto e della democrazia. È ovvio, infatti, che se compito del diritto è conformarsi al mercato o tradurre in legge un diktat politico, esso diviene replica di un ordine che sta *fuori* (eteronomia del discorso giuridico) e *sopra* di esso (subordinazione). Inoltre, in tale processo conformativo a modificarsi è il ruolo del giurista. Questi, da guardiano dell'ordine giuridico e tessitore della delicata dialettica tra teoria giuridica e prassi politica¹⁸¹, diviene meccanico ripetitore di saperi altri che non padroneggia. Ma proprio in questo modo il giurista perde pericolosamente la capacità di critica e resistenza rispetto ai processi decisionali rischiando di abdicare a quella vocazione sapienziale e civile che ha storicamente caratterizzato il suo successo professionale¹⁸².

Per queste ragioni, così come i realisti criticavano la «mechanical jurisprudence»¹⁸³ per esser cieca rispetto agli effetti sociali del suo operato, va del pari stigmatizzata

¹⁷⁷ R.M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term – Forward: Nomos and Narrative*, in 97 *Harv. L. Rev.* 4 (1983).

¹⁷⁸ Per tutti, P. Goodrich, *Legal discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, New York, St. Martin's Press, 1987, *spec. cap.* 6-8; R. Sacco, *Langue et droit*, in *Les multiples langues du droit européen uniforme*, éd. par Id. et L. Castellani, Torino, L'Harmattan, 1999, 163-185.

¹⁷⁹ C. Costantini, *Nomos e rappresentazione. Ripensare metodi e funzioni del diritto comparato*, Milano-Udine, Mimesis, 2017.

¹⁸⁰ Così J.B. White, *Heracles Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1985, 34. L'A. definisce il diritto come una «constitutive rhetoric» che crea una «ethical identity [...] The lawyer's speech is always implicitly argumentative not only about the result - how should the case be decided? - and about the language -in what terms should it be defined and talked about? - but also about the rhetorical community of which one is at that moment a part» (*ibidem*).

¹⁸¹ Cfr. R.C. Van Caenegem, *I signori del diritto*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1991.

¹⁸² A. Gambaro, *Il successo del giurista*, in *Foro Italiano*, V, 1983, 85 ss.

¹⁸³ R. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, in 8 *Columbia L. Rev.* 695 (1908).



l'allarmante *deminutio* del giurista a «mechanical lawyer» che, sordo alle sfide poste alla cultura dei diritti dagli eventi recenti, si limiti ad *aderire* al pensiero dominante. Inoltre, questa condizione di persistente subalternità del giuridico fa sì che il *diritto*, inteso come istituzione posta a guardia della razionalità del potere, perda mordente sociale e sia sempre più ridotto a *legge*¹⁸⁴ - quest'ultima intesa in senso formale¹⁸⁵. E se è vero che ogni riduzione produce una perdita di senso, la transizione da *jus* (giustizia) a *lex* (obbligatorietà), segna un passo indietro nella civiltà giuridica perché la legge da sola è, in ultimo, solo il «comando del sovrano che esercita il proprio potere»¹⁸⁶. Tale passaggio allontana la visione ordinamentale del fenomeno giuridico inteso come specchio della società nel suo divenire storico, a favore di una visione potestativo-formalista. Si riduce il diritto a comando e quindi a legge del più forte, a ordine del *Commander in chief*, che stabilisce le regole del gioco cui gli altri debbono semplicemente *aderire* e *obbedire*. Se questo è un diritto democratico, ciò che esprime è una «democrazia dei signori»¹⁸⁷. A ben vedere, infatti, tale lettura agevola l'imporsi di istituzioni autoritarie e guarda al diritto come mero strumento di «disciplinamento sociale» con cui trasformare i cittadini in un aggregato di sudditi «docili e obbedienti» i cui diritti possono esser violati o affievoliti quando la *voluntas principis* lo ritiene necessario¹⁸⁸.

Lo stridore di questa condizione rispetto all'*idéal* della *rule of law* si avverte soprattutto in una tradizione giuridica come quella occidentale. Quest'ultima, ha costruito la propria narrazione sul primato del diritto rispetto ad altri meccanismi di regolazione sociale (religione, politica, tradizione)¹⁸⁹. Nella *Western legal tradition* al diritto è stata riconosciuta la virtù taumaturgica di regolare l'antagonismo sociale e salvare l'umanità dal disordine dello stato di natura e, financo, la capacità di trascendere l'esistenza di Dio, secondo il celebre «etiamsi daremus» con cui Ugo Grozio inaugura la stagione moderna del giusnaturalismo laico. Ma, allora, proprio

¹⁸⁴ Da ultimo, U. Mattei, *The Death of the Law*, in 3 *Global Jurist* 1 (2023).

¹⁸⁵ La precisazione non è superflua poiché il formalismo legalistico tende a equiparare la legge alla legislazione obliterando l'eccedenza di significato che il termine possiede al di là della tradizionale lettura riduzionista. Sul tema v. la colta disamina di P.G. Monateri, *Legge, linguaggio e costume. L'ambiguità della legge dal 'costume' alla soft law*, Napoli, ESI, 2013; Id., *I confini della legge*, Torino, Bollati Boringhieri, 2014.

¹⁸⁶ J. Bodin, *Les six livres de la République*, lib. I, cap. VIII (1576).

¹⁸⁷ L. Canfora, *La democrazia dei signori*, Roma-Bari, Laterza, 2022.

¹⁸⁸ M. Foucault, *Bisogna difendere la società. Corso al Collège de France (1975-76)*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2020.

¹⁸⁹ Per tutti, v. U. Mattei – P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, CEDAM, 1997, 62-79; H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1998.; A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2017.



secondo questa visione della giuridicità, una emergenza bellica dovrebbe rappresentare il banco di prova perfetto per dimostrare l'impegno verso lo stato di diritto. Durante le emergenze le leve del potere si spostano nelle mani degli esecutivi. Il dissenso viene limitato in nome di un bene superiore (es. sicurezza pubblica, salute etc.) e, pertanto, lo iato tra la legalità formale delle decisioni politiche e la loro legittimità democratica tende farsi maggiore. Proprio in queste condizioni, quando anche la *lex* comprime i diritti, il *jus* dovrebbe funzionare come scudo ultimo delle libertà civili¹⁹⁰. In tempo di guerra, infatti, l'alternativa al diritto è ciò che Polibio chiamava la *cheirocrazia* ossia la degenerazione della democrazia in dominio della forza bruta¹⁹¹.

Eppure, questo non accade. Anche solo restringendo il discorso ai conflitti bellici, è sufficiente osservare con quanta facilità la cultura dei diritti sia stata tradita nelle guerre che hanno coinvolto l'Occidente (es. Kosovo, Iraq, Afghanistan, Libia) per saggiare la misura in cui lo stato di diritto abbia ceduto e ceda rispetto alla *rule of politics*. Ma se è proprio nei momenti in cui il sistema di garanzie offerte dal diritto è più necessario che si disattende la *rule of law*, essa diviene una mera strategia discorsiva: un principio *à la carte* che si invoca laddove esso sia funzionale all'egemonia e alla circolazione del modello occidentale, ma che si sacrifica ogniqualvolta intralci i suoi interessi¹⁹². Ed è proprio in questa persistente discrasia tra declamazioni e regole operative, tra detto e fatto, che la giuridicità occidentale tradisce sistematicamente la propria immagine e i suoi valori fondativi: se il diritto è ridotto a utile idiota del potere, esso si impoverisce e passa dall'esser guardiano del potere e istituito *hominum causa* – ossia edificata *da e per* l'uomo secondo la celebre definizione di Ermogeniano¹⁹³ – a mero dispositivo di riproduzione dell'ordine esistente manipolabile dal potere di turno¹⁹⁴.

Sovvengono alla mente, a tal proposito, le parole proferite da Lord Radcliffe nel corso delle *Rosenthal Lectures* del 1960. Egli rimarcava che le democrazie liberali prendono con troppa leggerezza il proprio ordine giuridico, dandolo talora per scontato sul presupposto che esso meriti obbedienza e vigenza per il solo peso della tradizione. Questa leggerezza, aggiungeva Radcliffe, è preoccupante poiché il

¹⁹⁰ Cfr., *e multis*, A. Barak, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in 116 *Harv. L. Rev.* 19 (2002).

¹⁹¹ POLIBIO, *Storie*, trad. it., Milano, Mondadori, 1988, VI, 9, 6-7.

¹⁹² U. Mattei – L. Nader, *op. cit.*

¹⁹³ D. 1, 5, 2.

¹⁹⁴ Cfr. J.B. White, *Keep Law Alive*, Durham, North Carolina Academic Press, 2019, 130-134 *et passim.*; U. Mattei, *A Theory of Imperial Law. A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in 10 *Indiana J. Global Leg. Stud.* 383 (2003).



cittadino, nel decidere se aver fiducia nel sistema giuridico e riconoscervisi aderendo ai suoi principi e osservando i suoi precetti, deve sapere cosa esso rappresenta e quali siano i suoi scopi ultimi. Perché ciò sia possibile il diritto deve presentarsi come un'incarnazione della saggezza collettiva e non come il prodotto della volontà politica di questo o quel legislatore¹⁹⁵. E ciò vale a maggior ragione per la Costituzione che è fondamento normativo dello Stato democratico e riferimento identitario, culturale e assiologico della comunità dei suoi cittadini.

4.2. *Diritto e guerra tra resistenza e contro-egemonia*

Per le ragioni ora esposte, la riproposizione della narrazione che erge l'Occidente a campione di legalità e difensore dei diritti degli oppressi anche in occasione dell'attuale emergenza bellica continua ad esser vuota retorica se le fonti che più di tutte dovrebbero materializzare tale narrazione nella storia – le Costituzioni – restano lettera morta o si cerca di eluderne i principi con *escamotage* linguistici o interpretazioni abroganti, come è avvenuto per l'art. 11 Cost.

Con quanto detto non si intende certo prender posizione a favore della ossificazione del testo costituzionale né si vuole negare l'importanza di prassi interpretative che adeguino il dettato costituzionale alle trasformazioni sociali. Tuttavia, un conto è constatare che il diritto non è ma *diviene* e che questo dinamismo giustifica evoluzioni interpretative; un altro è aprire a interpretazioni revisioniste del testo costituzionale che ne limitano a tal punto la portata operativa da snaturarne le parole, il portato assiologico e le finalità, risultando in un'abrogazione sostanziale dello stesso a fronte di una sua vigenza formale¹⁹⁶. Un esempio di questa tendenza revisionista si ritrova nella riproposizione dell'idea secondo la quale l'estensione semantica del concetto di guerra difensiva dovrebbe tenere conto degli equilibri egemonici; in particolare dell'egemonia degli USA che «con la forza persuasiva dei fatti, consentita dalla loro potenza bellica» hanno affermato «un proprio diritto che si affianca, derogandolo di volta in volta pur non impedendone la permanente validità, a quello delle Nazioni Unite»¹⁹⁷.

Orbene, siffatte posture interpretative non sono condivisibili poiché contribuiscono a ridurre il diritto ad apologia del potere politico facendo prevalere

¹⁹⁵ Lord Radcliffe, *The Law and its Compass*, London, Faber & Faber, 1960, 3-11 e 69 ss.

¹⁹⁶ Per una autorevole critica di tale atteggiamento, G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamenti*, 2 ed., Roma-Bari, Laterza, 2016.

¹⁹⁷ G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione*, cit., 11.



la legge della forza sulla forza della legge¹⁹⁸. Al contrario, specialmente in un momento come quello attuale in cui l'eccezione è normalizzata, servirebbe una *lettura resistente*¹⁹⁹. E al centro della resistenza c'è la critica²⁰⁰, per cui urge un ripensamento radicale della giuridicità che non sia mera riproduzione degli assetti egemonici esistenti, ma che anzi concepisca il diritto in chiave contro-egemonica per evidenziare le contraddizioni del potere, proporre alternative allo *status quo* e garantire il diritto al dissenso come momento necessario di intelligenza collettiva, capace di generare civiltà giuridica e trasformazione sociale²⁰¹.

Seguendo tale impostazione e superando la cortina di fumo creata per giustificare l'indebito perseverare delle operazioni belliche, gioverebbe sì un ritorno alle armi, ma a quelle offerte dal diritto e dalla diplomazia. L'unica lotta accettabile è, infatti, «la lotta per il diritto» di jheringhiana memoria²⁰². Questa sola sarebbe la via per comprendere, al di sopra di divisioni partigiane tra amico e nemico, che il ripudio della guerra di cui all'art. 11 Cost. va «preso sul serio»²⁰³. Al di là del fatto che, come sostenevano Freud e Einstein nel loro scambio epistolare sul tema, l'indignazione contro la guerra non abbisogna di argomentazioni perché «siamo pacifisti [...] per ragioni organiche»²⁰⁴, è l'essenza stessa della guerra ad esser antigiuridica – in quanto esercizio di nuda forza che è, allo stesso tempo, fallimento e negazione del diritto – nonché illogica poiché essa si pone come dispositivo di soluzione di un conflitto che, invece, non fa che attualizzare e perpetuare.

Seguire nell'invio di armamenti in costanza di conflitto equivarrebbe a voler sedare una rissa tra conoscenti dotando l'agredito più minuto e debole di un'arma; cosa che, come ben si coglie dalla semplice metafora ora impiegata, non farebbe che esacerbare lo scontro e innalzare il livello della violenza sino ad esiti potenzialmente letali. E comunque, persino nella denegata ipotesi di voler concedere la possibilità di inviare armi, una decisione politica di tale portata, che

¹⁹⁸ Avvertiva di questo rischio con focus specifico sul diritto internazionale: M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, CUP, 2005.

¹⁹⁹ J.B. White, *Living Speech*, cit.

²⁰⁰ Sul punto, E. Said, *Umanesimo e critica democratica. Cinque lezioni*, trad. it., Milano, il Saggiatore, 2007, 87-108.

²⁰¹ B. Ackerman, *The Civil Rights Revolution*, in *We the People*, vol. 3, Cambridge (Mass.) – London, Harvard University Press, 2014.

²⁰² R. Jhering, *La lotta per il diritto*, trad. it., Bari, Laterza, 1960.

²⁰³ U. Allegretti, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, cit., 106-110. V. anche *supra*, § 3.3.

²⁰⁴ S. Freud – A. Einstein, *Riflessioni a due sulle sorti del mondo* (1932), trad. it., Torino, Bollati Boringhieri, 1989, 87.



incide sulla vita e i diritti dei cittadini, avrebbe dovuto per opportunità essere sottoposta a referendum²⁰⁵. Il referendum rappresenta uno strumento che, agendo dal basso, è in grado di ridurre il divario tra legalità formale e legittimità democratica di una decisione politica. Tale meccanismo permette al depositario ultimo della sovranità – il popolo – di partecipare attivamente alla vita democratica del paese e di attuare il diritto di resistenza rispetto a scelte ritenute ingiuste o in disaccordo con la volontà della cittadinanza²⁰⁶. Ma anche questa via non è stata intrapresa.

E allora, in chiusura, non solo adatte alle circostanze attuali ma divinatorie ci sembrano le parole di Hannah Arendt quando, discutendo delle degenerazioni totalitarie del politico, ci ricorda che «[...] il potere lasciato a se stesso non può produrre altro che più potere, e la violenza impiegata per il potere (e non per la legge) scatena un processo distruttivo che si arresta solo quando non rimane più nulla da calpestare»²⁰⁷. Per non lasciare libero il potere occorre che esso sia sottoposto a vaglio critico attraverso un controllo di razionalità del suo operato che il diritto come meccanismo di organizzazione sociale è chiamato a svolgere.

La guerra, come ogni evento tragico, porta con sé la necessità di uno sguardo critico sul presente poiché, a seguito di un conflitto, «le parole perdono il loro significato»²⁰⁸ e richiedono una rifondazione semantica. Allora, sembra giunto il momento del tanto auspicato *ritorno al diritto*²⁰⁹. Ritorno che, però, non deve essere uno sguardo nostalgico al passato o un'accettazione passiva del presente, ma un avanzare verso la riaffermazione dell'autonomia della dimensione giuridica rispetto all'economia e alla politica attraverso un richiamo contro-egemonico ai

²⁰⁵ Due comitati composti da giuristi e intellettuali hanno promosso una campagna referendaria presentando due quesiti diretti all'abrogazione della L. 27-01-2023 n. 8 nella parte in cui proroga l'invio di armi, mezzi, equipaggiamenti e materiali militari ai Paesi coinvolti nel conflitto (<https://generazionifuture.org/il-significato-del-referendum-contro-la-guerra-e-a-favore-della-sanita-pubblica/i-quesiti/>). Nonostante un buon riscontro, proprio la polarizzazione del dibattito pubblico cui si è accennato ha impedito che ci fosse una reale copertura mediatica e, di conseguenza, che tale proposta giungesse ai cittadini in modo consono ad un referendum su un argomento così sensibile.

²⁰⁶ Sulla connessione tra l'istituto del referendum e le decisioni in materia di politica bellica del paese, v. l'acuta ricostruzione in chiave assiologica di P. Perlingieri – P. Femia, *Art. 78*, in P. Perlingieri (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, 2 ed., Napoli, ESI, 2001, *spec.* 573 ss.

²⁰⁷ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Torino, Edizioni di Comunità, 1951, 191.

²⁰⁸ J.B. White, *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, Chicago, Chicago University Press, 1984 (l'A. mutua il titolo da una celebre frase di Tucidide).

²⁰⁹ Per tutti, P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.



valori fondanti il nostro ordine costituzionale. Soprattutto in un'epoca segnata dalla frammentazione giuridica e sociale, e percorsa da incessanti conflitti e antinomie,²¹⁰ assume particolare rilievo il recupero della forza performativa e trasformativa del diritto. In questa prospettiva, il diritto va inteso come prassi politica di trasformazione sociale e pratica intellettuale di resistenza, utile a generare quella dose di contro-egemonia necessaria per la sopravvivenza della dialettica democratica²¹¹. L'alternativa è che il diritto continui ad esser complice del progressivo scivolamento verso ciò che Stefano Rodotà chiamava «una democrazia per sottrazione». Un regime post-democratico nel quale, dietro la retorica della *rule of law* e in nome di presunti valori superiori (sicurezza, efficienza, democrazia, libero mercato etc.) si *riducono* i diritti fondamentali secondo una pericolosa logica mercantile di *do ut des* che trasforma i diritti in merce di scambio.

A ben vedere, il ritorno al diritto è geneticamente iscritto nella tradizione del costituzionalismo sociale che, sin dal principio, è stato disegnato per disinnescare la volontà di potenza della politica ed evitare la degenerazione del potere legittimo e legale in violenza e arbitrio. La Costituzione è guardiana dell'ordine democratico perché non è frutto della volontà contingente di un legislatore né di una effimera maggioranza parlamentare, ma è espressione di principi che costituiscono l'ossatura valoriale, giuridica e civica profonda di un popolo. Come fu ben detto da uno dei suoi padri, la Carta costituzionale «porta l'impronta di uno spirito universale e in certo modo trans temporale»²¹². Supportare una guerra non è, dunque, solo tradimento del dettato costituzionale, ma è anche tradimento delle cause e dei diritti dei popoli in guerra che hanno bisogno che il conflitto termini e non che si protragga *sine die* ampliando le falangi dei combattenti e i dispositivi di morte di cui sono provvisti.

Rivolgere lo sguardo alla Costituzione permetterà di osservare quanto sta accadendo *al di sopra della mischia*.

²¹⁰ G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, trad. it., Milano, Bruno Mondadori, 2012.

²¹¹ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012; U. Mattei – A. Quarta, *The Turning Point in Private Law. Ecology, Technology and the Commons*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2018.

²¹² G. Dossetti, *La Costituzione. Le radici i valori le riforme*, Roma, Ed. Lavoro, 1996, 25.