

**Antonio Corsi**

***La pluralità dei sistemi giuridici nella ricostruzione di***

***Renato Federici.***

***Il diritto come strumento di pace***

***Sommario***

1. Le grandi opinioni a confronto
2. La pluralità degli ordinamenti giuridici: la formulazione originale e originaria di Santi Romano
3. La pluralità degli ordinamenti giuridici: il diritto canonico e i diritti degli Stati
3. 1. Essenza del diritto canonico
4. La dottrina pura del diritto di Hans Helsen.
5. Caratteri e funzioni degli ordinamenti giuridici.
6. Cenni sul *"Giusnaturalismo"*
7. Esame e critica del concetto di *"guerra giusta"*
8. Cenni sulla guerra fredda
9. Il diritto come *"strumento di pace"*

## 1. Le grandi opinioni a confronto

1.1. Il diritto (ogni diritto, ogni sistema giuridico, ogni ordinamento giuridico) deve fare uso della forza. Una forza, però, diversa da quella bellica, una forza *"legittima"*, come sostenuto da J. J. Rousseau<sup>1</sup>. Il diritto può essere definito quale una macchina al servizio delle classi dominanti, che cambia al mutare di esse. La sua specifica funzione è quella di *"prevenire"* e *"risolvere"* le controversie: prevenire attraverso il diritto sostanziale: diritto civile, diritto penale, diritto amministrativo; e risolvere tramite il diritto processuale (civile, penale, amministrativo, tributario, contabile)<sup>2</sup>.

Tale tesi, del tutto innovativa, è stata elaborata da Renato Federici; egli evidenzia come il diritto oggettivo ovvero i sistemi giuridici avrebbero il compito importantissimo di garantire il benessere e l'equità tra gli associati, ma è già tanto se essi riescono a prevenire e risolvere i conflitti tra gli associati stessi<sup>3</sup>. Al fine di spiegare meglio il concetto, l'autore afferma che la stessa differenza che si avverte tra essere e dover essere la si trova nelle due definizioni principali del diritto; quest'ultimo come *"essere"*, ha la funzione di strumento alternativo alla guerra, allo scopo di prevenire e risolvere i conflitti, mentre quale *"dover essere"* è l'arte del buono e dell'equo<sup>4</sup>. Come è noto quest'ultima è la definizione classica risalente a *"Celso"*, ripresa da *"Ulpiano"*, e inserita all'inizio del *"Digesto, I, I, I"*, il quale esordisce appunto con il celebre

---

<sup>1</sup>J.J.Rousseau, *Il contratto sociale*, libro I, cap. I; libro I, cap. IV e V.

<sup>2</sup>Federici R., *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, cit., *passim*.

<sup>3</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pagg., 313-343.

<sup>4</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pag. 347.

sintagma "*jus est ars boni et aequi*"<sup>5</sup>. Questa definizione ha in seguito ispirato tutta la dottrina giusnaturalistica.

1.1.2 Clausewitz<sup>6</sup> afferma che la guerra è la prosecuzione della politica con altri mezzi, il che fa dire a Federici che gli altri mezzi sono mezzi non giuridici e quindi il diritto è la prosecuzione della politica con mezzi appropriati. Secondo questa ricostruzione guerra e diritto rappresentano strumenti alternativi, o l'uno o l'altro. Quando vige l'uno, l'altro dorme e viceversa<sup>7</sup>.

A questa tesi si potrebbe opporre un grosso ostacolo: il cosiddetto "*diritto bellico*", consistente in tre pilastri: "*ius ad bellum*", "*ius in bello*" e "*ius post bellum*". Sulla demolizione di questi tre pilastri da parte dello stesso Federici si ritornerà in seguito.

Per il Federici, dunque, la funzione del diritto sostanziale consiste nel regolare i rapporti tra i cittadini al fine di prevenire i contrasti, al contrario il processo ha il compito di separare i contendenti e affidare ad un giudice la soluzione della questione. Le liti, in sintesi, possono e devono essere prevenute tramite l'osservare e far rispettare le norme di diritto sostanziale, mentre occorre utilizzare i mezzi processuali per poterle dirimere<sup>8</sup>.

1.1.3. "*Ubi societas ibi ius*", e viceversa "*Ubi ius ibi societas*", è un brocardo assai noto. Dove vige il diritto ivi si organizza in società una pluralità di persone; dove esiste una organizzazione sociale, ivi esiste il diritto. E da ciò scaturisce il dubbio: è l'organizzazione sociale che crea le regole giuridiche, o viceversa? Per Santi Romano ed alcuni altri autori è l'organizzazione che crea le norme, invece per i normativisti sono le regole che creano le organizzazioni

---

<sup>5</sup>Ulpiano, *Digesto*, 1,1,1.

<sup>6</sup>Clausewitz K. von, *Vom Kriege*, pubblicato postumo tra il 1832 e il 1834 (trad. it. *Della guerra*, a cura di Bollati A. e Carnevari E., prima ed. 1942; ripubblicata negli oscar Mondadori nel 1970), p. 9, 38 (le citazioni si riferiscono ad una ristampa del 2006).

<sup>7</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pagg. 22 ss.; 263-268.

<sup>8</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., 275 ss; 326-27; 330 ss.

sociali. Per il Federici è il problema dell'uovo e della gallina: è l'uovo ad aver dato la vita alla gallina o viceversa? Non si sa e non ha importanza. Da millenni dall'uovo fecondato nascono galli e galline e le galline producono le uova. E' un processo circolare.

#### 1.1.4. La pluralità degli ordinamenti giuridici.

Quello che Federici ammira della costruzione di Santi Romano<sup>9</sup> è la portata ad evidenza dell'esistenza della pluralità degli ordinamenti giuridici, non solo tra popoli e Stati diversi, il che è comunemente accettato, ma anche all'interno dello stesso Stato, fra lo stesso popolo e nello stesso tempo<sup>10</sup>.

1.1.5. Di Hans Kelsen, Federici apprezza la distinzione netta tra ciò che è diritto e ciò che diritto non è. La regola giuridica per Kelsen è quella rispettata spontaneamente o fatta rispettare anche con l'uso della forza, poiché il diritto è anche forza<sup>11</sup>.

## **2. La pluralità degli ordinamenti giuridici: la formulazione "originale" e "originaria" di Santi Romano.**

Una evoluzione del concetto di diritto molto importante si ha con Santi Romano, il quale afferma che *"il diritto non può essere soltanto la norma posta dall'organizzazione sociale, come spesso dice, ma è l'organizzazione sociale che, fra le sue altre manifestazioni, pone anche la norma"*<sup>12</sup>. Egli, nel suo famoso saggio intitolato *"L'ordinamento giuridico"*, espone la teoria istituzionale, affermando recisamente che definire il diritto come norma è un modo inadeguato e insufficiente. Il diritto si presenta anche come norma, ma

---

<sup>9</sup>Cfr. Romano Santi, *"L'ordinamento giuridico"*, I ed. 1917-18; II ed., Sansoni, Firenze, 1946 (ristampa 1977).

<sup>10</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., 327; 346 ss; 107, 143, 169 ss., 271 ss., 279, 280 ss.

<sup>11</sup>Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (traduzione italiana a cura di Treves R.), Einaudi, Torino 1967, p. 191 ss.

<sup>12</sup>Romano Santi, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 18 ss.

la definizione del diritto non può coincidere con la definizione delle norme che vi si comprendono. La dottrina romaniana sostiene che le norme giuridiche rappresentano solo una parte dell'ordinamento, non essendo in grado di esaurirle. Santi Romano formula una teoria del tutto innovativa sulla pluralità degli ordinamenti giuridici<sup>13</sup>; egli considera *"l'organizzazione"* la madre delle prime norme positive, a differenza di Kelsen, il quale, invece fonda il *"tutto giuridico"* sulla cosiddetta norma fondamentale (vedi oltre).

La teoria istituzionale, elaborata da Santi Romano, critica l'opinione secondo cui non esisterebbero altri veri ordinamenti giuridici all'infuori di quello statale e interstatale; gli altri sarebbero intesi dunque quali *"pertinenze, immediate o mediate del primo, elementi integranti del suo sistema, o al più suoi satelliti"*; il diritto viene identificato in una *"forza o una volontà"*, che si irradierebbe soltanto dallo Stato, e da più Stati nella comunità internazionale<sup>14</sup>. Per Santi Romano, al contrario, le organizzazioni che si confrontano e si scontrano e si fronteggiano tra loro al pari dello Stato, si dovrebbero considerare *"ordinamenti giuridici"*, e tale loro carattere non può essere negato dal fatto che lo Stato le combatta<sup>15</sup>. Egli dunque sottolinea come *"L'illeceità di esse non vale e non può valere se non di fronte all'ordinamento statale, che potrà perseguirle in tutti i modi di cui dispone e quindi determinarne anche la fine, con tutte le conseguenze, anche penali, che rientrano nella sua potestà. Ma finchè esse vivono, ciò vuol dire che sono costituite, hanno un'organizzazione interna e un ordinamento che, considerato in sé e per sé, non può non qualificarsi giuridico. L'efficacia di tale ordinamento sarà quella che sarà, quella che risulterà dalla sua costituzione, dai suoi fini, dai suoi mezzi,*

---

<sup>13</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., p. 93.

<sup>14</sup>Romano Santi, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 107.

<sup>15</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., p. 94 ss.

dalle sue norme e dalle sue sanzioni di cui potrà disporre: sarà infatti debole se forte sarà lo Stato; potrà talvolta essere così potente da minare l'esistenza dello Stato stesso; ma ciò non ha alcuna importanza per la valutazione giuridica dell'ordinamento. E' noto come, sotto la minaccia delle leggi statuali, vivono spesso, nell'ombra, associazioni, la cui organizzazione si direbbe quasi analoga, in piccolo a quella dello Stato: hanno autorità legislative ed esecutive, tribunali che dirimono controversie e puniscono, agenti che eseguono inesorabilmente le punizioni, statuti elaborati e precisi come le leggi statuali". Esse realizzano dunque al pari dello Stato e delle istituzioni statualmente lecite un ordine proprio.

La negazione a tale ordine del carattere della giuridicità non può essere altro che la conseguenza di un *"appezzamento etico, in quanto siffatti enti sono spesso delittuosi o immorali"*<sup>16</sup>. L'autore vuole qui dimostrare come una determinata società può essere governata da più ordinamenti giuridici<sup>17</sup>, che possono essere anche in contrasto tra loro. Tale contrasto può avvenire in maniera chiara o nascosta, più o meno fittizia, più o meno combattuta con o senza esclusione di colpi<sup>18</sup>.

Tale teoria fa ben comprendere come al di fuori di una organizzazione, ossia di una società organizzata non vi può essere diritto. Fuori dal quadro dell'organizzazione, l'individuo non ha uno *"status"* giuridico, cioè non ha obblighi e diritti giuridici. Proprio da tale organizzazione vengono prodotte e acquistano forza le norme che possono dirsi giuridiche, poiché *"ciò che configura e qualifica in termini giuridici una norma, un comportamento, una"*

---

<sup>16</sup>Romano Santi, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 123 ss.

<sup>17</sup>Salvia F., *L'ordinamento giuridico feudale e l'organizzazione mafiosa. I problemi della globalità e il nuovo 'Medioevo' conseguente alla crisi della sovranità*, in *Diritto e Società*, 2000, p. 37 ss.

<sup>18</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., p. 96.

*pretesa, la stessa persona umana, è l'esistenza di una società organizzata, di una istituzione entro la quale si inquadrano quelle norme, comportamenti, etc.*<sup>19</sup>.

La teoria di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici appare dunque del tutto rivoluzionaria rispetto alla dottrina di Kelsen, il quale si ferma alla qualifica di *"senso soggettivo del diritto"*.

### **3. La pluralità degli ordinamenti giuridici: il *"diritto canonico"* e i**

#### ***"diritti degli Stati"***

Tra la molteplicità degli ordinamenti, vi si colloca anche quello canonico, ordinamento del tutto peculiare rispetto a quello dello Stato; mentre infatti il diritto statale ha il suo fine nell'assicurare una convivenza pacifica e il perseguimento di *"finalità generali"* della propria comunità, il diritto canonico ha come fine primario, un fine escatologico, consistente nella *"salus aeterna animarum"*<sup>20</sup>; quest'ultima diviene l'elemento che caratterizza nella sua essenza l'ordinamento canonico, e non solo lo rende totalmente diverso da ogni altro ordinamento giuridico, ma lo identifica nella sua specifica fisionomia<sup>21</sup>.

Durante il percorso storico, il diritto canonico e il diritto secolare, pur procedendo in modo parallelo, hanno avuto una intensa serie di posizioni reciproche, che si intensificarono soprattutto tra il IX e il XII secolo, in cui, a causa della lotta per le investiture, si ha una fase importante, nella quale si gettano le basi per quella che sarà poi la politica legislativa della Chiesa; infatti, appena alcuni anni dopo il concordato di Worms (1122), venne posta la pietra miliare della codificazione del diritto della Chiesa tramite il *"Decretum"* di

<sup>19</sup>Romano Santi, *"L'ordinamento giuridico"*, cit., pp. 25 ss.

<sup>20</sup>Fedele P., *Discorso generale su l'ordinamento canonico*, Roma, 1974, p. 30.

<sup>21</sup>Moneta P., *«La "Salus animarum" sul dibattito della scienza giuridica»*, in *Jus Ecclesiae*, 2000, 2, pp. 308 ss.

Graziano<sup>22</sup>, tramite il quale terminava l'epoca dello "ius antiquum", e si apriva quella dello "ius novum"<sup>23</sup>. Fino ad allora, infatti, mancava una vera e propria elaborazione del diritto canonico, e tutto si riassumeva in semplici raccolte cronologiche di materiale conciliare. Nella grande opera di riordino del materiale legislativo della Chiesa, importantissima risulta essere la recezione del diritto romano nei testi canonistici, cosa che già in precedenza aveva attuato il connubio fra la legge spirituale e la legge civile, e dunque la dimostrazione piena che la legge civile per eccellenza, la "veneranda lex" da cui trarre le norme regolanti i negozi temporali, consisteva per l'appunto nella "lex romana"; quest'ultima poteva dare un notevole contributo, sia per la medesima struttura, sia perchè conteneva leggi imperiali che avevano privilegiato la religione e la Chiesa di Cristo<sup>24</sup>. Nella seconda metà del IX secolo, frutto caratteristico di questo indirizzo, potremmo dire scientifico, può essere considerata la così detta "Lex romana canonice compta", raccolta di "capitula cum sententiis suis romanae legis ad canones pertinentia", cioè, tanto per intenderci, di diritto romano adattato alla vita dell'ordinamento ecclesiastico<sup>25</sup>. Tale materiale romanistico è preso in gran parte dall'"*Epitome Juliani*", e pur se consta di capitoli numerati progressivamente senza alcuna apparente sistematica, tuttavia potremmo dividerlo in tre gruppi: il primo riguarda gli ecclesiastici e le cose sacre o appartenenti alla Chiesa (cap. I-168), il secondo di materie civili, scelte tra quelle di maggiore interesse per la Chiesa (cap. 169-

---

<sup>22</sup>Graziano era un monaco camaldolese italiano, vissuto tra l'XI e il XII secolo; residente nel monastero di S. Felice di Bologna, è autore di una raccolta di leggi ecclesiastiche discordanti spesso tra loro perchè non in ordine cronologico, e a tal proposito intitolata da lui stesso "Concordia discordantium canonum"; il suo ingegno fu di trasformare l'insieme delle regole e consuetudini ecclesiastiche in un sistema normativo, superando le contraddizioni. In seguito tale opera fu chiamata "Corpus iuris canonici", e sul finire del secolo XII, "Decretum". Tale compilazione dottrinale-normativa diede vita ad una vera e propria "scienza del diritto canonico", trasformando "la mole complessa di regole e tradizioni ecclesiastiche in un sistema ragionato, universale", che per la sua autorevolezza prese il nome di "Decretum Gratiani" (Kuttner, Graziano, 1953, p. 17).

<sup>23</sup>Calasso F., *Medio Evo del Diritto*, Milano, 1954, cit., pagg. 316-317.

<sup>24</sup>Calasso F., *Medio Evo del Diritto*, cit., pagg. 318-319.

<sup>25</sup>Ediz. Mor, nella collana *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Università di Pavia, vol. XIII, Pavia, 1927.



308), il terzo nella gran parte di diritto penale ecclesiastico (cap. 309-324). Ciò rappresenta la nascita per la prima volta di un principio di ordine sistematico del diritto canonico. Ma, per la nascita di una codificazione vera e propria, bisognerà attendere il codice Piano-Benedettino del 1917, in cui si mette in rilievo come, al momento applicativo della legge, si applichi il principio dell' "equità", che induce a tener conto delle specifiche esigenze del caso concreto, di particolari interessi o situazioni personali, che richiedono un certo adattamento della disposizione legislativa; tale "flessibilità" denota come il carattere generale ed astratto della legge, messo a confronto con le più svariate ed imprevedibili circostanze umane, può giungere a scontrarsi con situazioni di fatto che rendono contraria ad un più alto senso di giustizia una sua rigorosa applicazione<sup>26</sup>. La codificazione segna dunque un momento di forte accentramento legislativo che facilita l'imposizione di una disciplina uniforme a tutta la chiesa, anche presso popolazioni di diversa civiltà e tradizione giuridica<sup>27</sup>.

L'applicazione della legge, soprattutto nel momento più importante, quale quello dell'attuazione della funzione giudiziaria, viene ad essere improntata ad un atteggiamento di misericordia, di comprensione, di condivisione delle esigenze spirituali di ogni fedele. Le disposizioni legislative verranno in tal modo addolcite, mitigate, animate dallo spirito evangelico, facendo nascere una giustizia tendente a ricondurre alla stessa misericordia divina<sup>28</sup>. L'aspirare ad una giustizia secondo equità finisce per tradursi nell'aspirazione a conformarsi alla giustizia divina. Dunque l'essenza dell' "equitas" canonica

---

<sup>26</sup>Moneta P., *Introduzione al diritto canonico*, in collana di studi di diritto canonico ed ecclesiastico, (diretta da Rinaldo Bertolino), 30-Sezione canonistica, Torino, 2001, pag. 43.

<sup>27</sup>Moneta P., *Introduzione al diritto canonico*, cit., pag. 59.

<sup>28</sup>Bellini P., *Suprema lex Ecclesiae: salus animarum*, in *Incontro di canonisti d'Oriente e d'Occidente*, I, Bari, 1994, pag. 342.

risiede proprio nell'intima compenetrazione tra giustizia umana e volontà divina<sup>29</sup>.

La giustizia, dunque, da sola non basta, come sottolinea Giovanni Paolo II, e *“anzi può condurre alla negazione, all'annientamento di se stessa, se non si consente a quella forza più profonda che è l'amore, di plasmare la vita nelle sue varie dimensioni”*<sup>30</sup>. In tale prospettiva viene collocata la canonizzazione delle leggi civili, la *“canonizatio”* per l'appunto, che designa la *“insertio in canonibus”*, e indica l'applicazione delle leggi civili anche nell'ordinamento canonico, e perchè ciò sia possibile è necessario da parte del legislatore un discernimento ai fini di interpretarle in conformità ai dettami del diritto canonico; quest'ultimo deve essere sempre conforme, secondo la Chiesa, al diritto divino, composto da una serie di norme dettate da Cristo, e quindi *“assolute”*<sup>31</sup>.

La Chiesa, nonostante la canonizzazione delle leggi civili, non considera di per sé il diritto civile una fonte, ma in quanto accolto dal legislatore ecclesiastico, cioè *“canonizzato”*, quest'ultimo potrebbe essere considerato come fonte secondaria. Infatti, da quando le autorità civili hanno riconosciuto la Chiesa come entità autonoma, l'opposizione di prima si è tramutata necessariamente in una collaborazione e gli ordinamenti giuridici delle due società non hanno potuto che esercitare un influsso reciproco. Ciò proprio al fine di evitare conflitti tra gli ordinamenti in alcune materie comuni alla Chiesa ed allo Stato, riguardanti in special modo la sfera temporale (come ad esempio in ambito economico e patrimoniale), anche per permettere all'autorità

---

<sup>29</sup> Cfr. Moneta P., *Introduzione al diritto canonico*, cit., p. 44; cfr. Fedele P., *Equità canonica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 147 ss.; *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962, p. 230 ss.

<sup>30</sup> Giovanni Paolo II, *Dives in misericordia*, 1980, n. 12.

<sup>31</sup> Moneta P., *Introduzione al diritto canonico*, cit., pagg. 49-51.

ecclesiastica di concentrarsi nella produzione di norme in quei campi di sua esclusiva competenza, cioè nelle *"res spirituales"*.

Ne consegue che le norme civili *"canonizzate"*, hanno sempre avuto nella Chiesa una esistenza più o meno estesa e rilevante<sup>32</sup>.

L'ordinamento canonico, pur definendosi come un ordinamento primario, indipendente ed autonomo, al pari dell'ordinamento statale, tuttavia possiede una sua propria ragion d'essere, che non si identifica nella convivenza dei consociati, bensì nella *"salus aeterna animarum"*, che si concretizza nel suo fine primario e specifico e sottolinea l'eterogeneità dell'ordinamento canonico rispetto a quelli statali.

Tale caratteristica del tutto *"peculiare"* sottolinea come il diritto canonico non è fine a se stesso, ma è al servizio della *"salus animarum"*<sup>33</sup>; può offrire il suo contributo agli ordinamenti statali per il mantenimento della pace, apportando in essi *"equità"*, elemento da cui scaturiscono, a nostro avviso, aspetti quali *"magnanimità"*, *"benevolenza"*; tali qualità, favorendo il dialogo tra i popoli, contribuiscono a far maturare sempre più gli ideali di *"libertà"*, *"uguaglianza"*, *"fraternità"* e *"giustizia"*, tutti pilastri indispensabili all'edificazione di un mondo di pace; esse, ponendo al centro la *"dignitas"* della persona umana, sono in grado di apportare nel diritto un maggiore senso di *"iustitia"*<sup>34</sup>.

### 3.1. Essenza del *"diritto canonico"*.

---

<sup>32</sup>Ferme B. E., *Introduzione alla storia del diritto canonico*, I, in *Quaderni di Apollinaris*, Pontificia Università Lateranense, 1998, pag. 34.

<sup>33</sup>Pio XII, *Discorso 5 giugno 1956*, citato da V. Fagiolo, *Diritto canonico e pastorale*, in *Problemi e prospettive di diritto canonico*, a cura di E. Cappellini, Brescia, 1977, pag. 369.

<sup>34</sup>Concilio Ecumenico Vaticano II, *Dichiarazione Dignitatis humanae*, 1965, I, 2.

Lo "*ius canonicum*" nel suo aspetto sostanziale appare, rispetto al diritto civile, un diritto molto complesso, per le sue origini, la storia e l'evoluzione. Esso, traendo origine dall'antico "*ius gentium*"<sup>35</sup>, cioè dal diritto delle genti, da cui nascerà il diritto internazionale, possiede una struttura che trova il suo fondamento nell'antico diritto romano e in quello giustiniano, il cui ausilio si rivelerà indispensabile anche nella Curia Romana<sup>36</sup>.

Il suo substrato nasce dalla riscoperta dei libri antichi e delle leggi, attraverso il recupero delle fonti nella loro genuinità e integrità; si parla dunque di "*nuova cultura giuridica*", che trova le sue basi nella scuola di Bologna<sup>37</sup>; quest'ultima trovò il suo massimo splendore nel secolo XI, e attrasse studenti da tutta Europa. In tale contesto, il diritto romano, fonte che durante il periodo dell'alto Medioevo si era trasformato in consuetudine, ora si riveste nuovamente della sua natura legislativa, e la nuova scienza attua uno studio approfondito al fine di adeguare i concetti normativi alle nuove realtà storiche<sup>38</sup>. I libri "*legales*", letti e studiati dai professori del tempo, saranno sistemati in 5 codici manoscritti, quali "*Digestum vetus*", "*Informatiatum*", "*Digestum novum*", "*Codex*" (i primi 9 libri), e "*Volumen*", cioè quasi uno scrigno aperto (contenente "*Institutiones*", "*Tres libri Codicis*", "*Novellae dell'Authenticum*", e in seguito anche libri di epoca posteriore, quali i "*Libri feudorum*". Il "*Digestum*" era uno tra i libri più impegnativi da interpretare<sup>39</sup>.

Si susseguono tra i maestri nomi illustri, come ad esempio Grozio, Ugo da Sanvittore, e in seguito Jacopo Baldovini. Grazie a costoro la dottrina

---

<sup>35</sup>Cfr. Padoa Schioppa A., *Il diritto nella storia d'Europa*, I vol., *Il medioevo*, Padova, 1995, *passim*.

<sup>36</sup>Cfr. Cortese E., *Il diritto nella storia medievale*, II vol., *Il basso Medioevo*, Roma, 1999; Bellomo M., *Medioevo edito e inedito*, III vol., Roma, 1997-1998.

<sup>37</sup>Cfr. Grossi P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma- Bari, 2011.

<sup>38</sup>Cfr. Padovani A., *Modernità degli antichi. Breviario di argomentazione forense*, Bologna, 2006.

<sup>39</sup>Cfr. Padoa Schioppa A., *France et Italia dans l'histoire du droit: greffes et osmose* (Lectio doctoralis, Montpellier, 2011), in *Italian review of legal history*, I.

bolognese ebbe eco anche in Inghilterra tramite Vacario e nel Midi provenzale tramite le scuole fondate da Roggiero e Piacentino. Tra i giuristi appartenenti alla comunità scientifica vi era scambio di idee, confronto di tesi e il loro studio travalicava i confini delle aree geografiche.

I maestri, ascoltati i commenti orali e data una valutazione, li annotano ai margini o nell'interlinea. Queste annotazioni vengono chiamate *glosse* e rappresentano lo strumento principale di lavoro dei Glossatori, tramite il quale essi espongono il loro pensiero. Nell'attività di interpretazione, le leggi vengono plasmate con espressione di equità e non mera volontà. L'equità in quanto oggetto di volizione è detta giustizia e dalla giustizia discende la norma giuridica<sup>40</sup>. Nel secolo XI i teologi-canonisti, scoprendo la forza costruttiva della ragione, riescono a combinare insieme "*auctoritas*" e "*ratio*", così come i legisti attuano la "*solutio contrariorum*" e tutto si studia in modo scientifico tramite il confronto tra dottrine; dunque il canone della testualità si arricchisce con un ulteriore profilo della contestualità, collegando ogni singola legge alle altre come parte di un tutto.

Si passa in rassegna il contenuto delle norme, più che la verità in esse racchiusa. Tale riflessione ha fatto sì che nascessero nuovi concetti del tutto originali rispetto a quelli romani, ora in concomitanza ora in disaccordo con le norme civili<sup>41</sup>.

Così si sviluppano da ogni parte gli "*jura propria*" e il diritto comune si impone come strumento di interpretazione e integrazione degli stessi diritti propri, prescindendo dalla sua applicazione come "*jus civile*"<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup>Cfr. Padovani A., "*Tenebo hunc hordinem*". *Metodo e struttura della lezione nei giuristi medievali (secoli XII-XIV)*, 2011, 79, pp. 353-89.

<sup>41</sup>Cfr. Padovani A., "*Tenebo hunc hordinem*". *Metodo e struttura della lezione nei giuristi medievali (secoli XII-XIV)*, cit., pp. 353-89.

<sup>42</sup>Cfr. Bellomo M., *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1998.

In questo periodo e in quelli successivi, le discipline del diritto civile e del diritto canonico si intrecciano, si integrano a vicenda, pur restandone nettamente distinte per quanto concerne i fini. Il giurista Baldo, in particolare, sottolinea le differenze e i contrasti tra "*ratio naturalis*" e "*aequitas canonica*", i cui punti di collegamento trovano valida spiegazione nel sistema "*utrumque ius*"<sup>43</sup>.

La peculiarità del diritto canonico si evidenzia dal fatto che le sue norme, pur ricollegandosi all'ordinamento statale, hanno origine differente, poiché alcune hanno derivazione diretta dall'ordinamento statale, altre nascono dall'esecuzione di preventivi accordi, come ad esempio i concordati e le intese con l'autorità religiosa, altre ancora vengono prodotte da ordinamenti diversi da quello statale, quali gli ordinamenti interni confessionali delle varie comunità religiose, recepite in quest'ultimo attraverso particolari forme di collegamento<sup>44</sup>.

Il diritto a livello civilistico ha sempre avuto come suo scopo quello di dirimere le controversie, e possiamo definirlo in tal senso l'anima stessa della civiltà, senza il quale quest'ultima non potrebbe sussistere. Quest'aspetto in un certo qual modo in passato era prerogativa anche del diritto della Chiesa, soprattutto nell'alto Medioevo, quando i Vescovi svolgevano la funzione di dirimere le controversie. Ma mentre il diritto civile regola dunque il viver civile, cercando di garantire la dignità di ogni persona, la libertà da esercitare nel pieno rispetto di chi ci circonda, il diritto canonico si propone le stesse mete proiettandole verso un fine escatologico, cioè la "*salus aeterna animarum*". Per

---

<sup>43</sup>Cfr. AA.VV., *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di Liotta F., Bologna, 2007.

<sup>44</sup>Cfr. Cardia C., *Revisione dei Patti lateranensi e intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, Città & Regione, 1982, n. 6, p. 154; d'Avack P.A., *Patti lateranensi*, Enc. dir., XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 456; Rodelli L. (a cura di), *Patti lateranensi e piccola antologia della legislazione italiana*. Introduzione di M. Berutti, Quaderni dell'ALRI, n. 1, Milano, Dall'Oglio, 1968, pp. 101 ss.; Gorino Causa M., *Valore dei trattati internazionali e dei Patti Lateranensi nel diritto italiano*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, I, t. 2°, Milano, Giuffrè, 1963, p. 957; Finocchiaro F., *I patti lateranensi e i principî supremi dell'ordinamento costituzionale*, Giur. it., 1982, I, 1, p. 955.

fare un esempio, mentre nel diritto penale statale l'azione punitiva è diretta oltre che a punire per un reato commesso, anche a reinserire il reo in società, nel diritto penale canonico oltre tali fini vi è un cammino di trasformazione per poter redimere quella persona, in base anche al fatto che le azioni contemplate nel libro sesto del Codice di Diritto Canonico oltre a costituire reato sono considerate peccati, come un'offesa al diritto divino, che la Chiesa nel suo legiferare deve sempre avere come punto massimo di riferimento<sup>45</sup>.

Al fine di poter ben comprendere l'ermeneutica del diritto canonico, bisogna risalire al IV-V sec., quando la Chiesa, pur non avendo un codice (bisognerà attendere il 1917), aveva comunque al suo interno un corpo giuridico di norme, molte mutate dalle concezioni di diritto romano. Di particolare rilevanza in quell'epoca, risultano essere le *"Aepiscopalis Audientiae"* degli organismi giudicanti che, seppur nella loro peculiarità, dovuta al fatto che il loro agire si rivestiva di preziose qualità, quali *"aequitas, benevolenza, misericordia e tolleranza"*, venivano addirittura utilizzati da soggetti laici (come ad esempio universitari, *"miserabiles"*, etc.), che preferivano dirimere le loro controversie dinanzi al vescovo. Tali organi analizzano i singoli soggetti, applicando la norma nel caso concreto solo se ciò non costituisce nocumento, quindi non in ogni caso.

Il diritto, dunque, diventa uno strumento immerso nel mondo temporale, calato nell'umanità, e potremmo aggiungere diffidente dal diritto inteso come

---

<sup>45</sup>Cfr. Ventura M., *«La dinamica comparativa nella ridefinizione di un diritto sociale, canonico ed ecclesiastico»*, *Quad. dir. e pol. eccl.*, 8° (1991-92), n. 2, pp. 33-60; Musselli L., *«Ideologia e storia del diritto canonico»*, in *Dir. eccl.*, 113 (2002), I, n. 2, pp. 559-82; Melillo A., *«Il can. 1399 c.j.c. nella definizione del sistema penale canonico»*, in *Dir. eccl.*, 113 (2002), I, n. 2, pp. 694-714; Astorri R., *«Recensione a M. Vismara, Diritto canonico e scienze giuridiche. L'insegnamento del diritto della Chiesa nelle Università italiane dall'Unità al Vaticano II»*, Padova, Cedam, 1998», in *Dir. eccl.*, 113 (2002), n. 4, pp. 1416-9.

legge<sup>46</sup>. Un grande ruolo assume, ai fini della comprensione di tale diritto, l'elemento della circostanza, che porta a considerare prima la persona, poi la norma da applicare. Tale termine deriva dal latino "*circum stare*", cioè ciò che sta intorno, il contesto al cui interno viene determinato un atto.

Dell'importanza delle circostanze parla anche San Tommaso D'Aquino, che specifica la loro incidenza sulla volontarietà o involontarietà degli atti posti in essere dall'uomo, spiegando come esse circoscrivono l'atto senza toccarne l'essenza; esse vengono dunque considerate dal teologo poiché vengono a determinare in concreto l'atto umano nel suo commisurarsi al fine ultimo, ed essendo direttamente legate alla volontarietà dell'atto, ne determinano il fine (*perché*) e l'oggetto (*che cosa*). Le circostanze di un qualsiasi atto umano sono privilegiate da una mentalità che potremmo definire "*empirica*", la quale concepisce la regola giuridica come naturalmente elastica<sup>47</sup>.

Grande impulso ebbe il diritto canonico nei sistemi di "*Common law*", soprattutto in Inghilterra, dove il tribunale ne ha utilizzato principi e nozioni fino alla scissione di Enrico VIII. Significativo è il ricorso diretto al sovrano attraverso il "*lord cancelliere*", il quale, avendo la funzione di guida spirituale del re, studiava in maniera approfondita il diritto canonico; e così si assistette man mano a un aumento delle petizioni e suppliche al sovrano, che delegò al "*lord cancelliere*" il compito di valutare l'ammissibilità o meno di una causa richiesta. Alla fine del Quattrocento si addivenne alla nascita della "*Court of Chancery*", e il processo veniva chiesto direttamente a quest'ultima, che

---

<sup>46</sup>Cfr. Indelli T., *La episcopalis Audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Valentiniano III (secoli IV-V d.C.)*, in "SinTesi", Rivista online, Fasc. I/2012; Cimma M.R., *L'episcopalis Audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Ed. Giappichelli, Torino, 1989.

<sup>47</sup>Cfr. San Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a 2.



valutava attentamente le varie e possibili circostanze. Trattasi chiaramente di una prerogativa ereditata dal diritto canonico<sup>48</sup>.

Totalmente diverso il modo di concepire il diritto e la sua evoluzione nei paesi di "Civil Law", dove lo statalismo giuridico aveva instaurato il culto della legge, del codice, inoltre la fiducia nelle virtù quasi potremmo dire "taumaturgiche" del legislatore. Si pone dunque un po' da parte la strumentalità del diritto, l'elasticità della norma e la valorizzazione dell'interprete della legge, elementi presenti in larga misura nel diritto canonico.

Sul finire dell'Ottocento, anche la Chiesa avverte la necessità di avere un proprio codice di diritto, e si pone il problema di codificare il suo diritto senza stravolgerne l'essenza e il suo precipuo fine ultimo. Proprio per la sua peculiarità, il processo di codificazione si è svolto non senza difficoltà, anche perché tale diritto si è sempre basato fin dall'antichità sulla consuetudine, derivante dall'antico "*Ius Gentium*", oltre a tutta quella serie di norme, come su descritto. Per quanto concerne, dunque, la codificazione, essa risulta come il risultato finale di un lungo dibattito che, iniziato nel 1904 si concluderà nel 1917, con la promulgazione del codice Pio-Benedettino, primo della Chiesa Cattolica, a cui seguirà in seguito il nuovo e attuale codice promulgato nel 1983 da Giovanni Paolo II, aggiornato al seguito di tutte le riforme apportate dal Concilio Ecumenico Vaticano II.

A tale dibattito hanno partecipato insigni giuristi, che hanno preso come punto di riferimento Eugen Huber, giurista fautore del codice svizzero, differente dagli altri codici perché contemplava la consuetudine, e inoltre c'era una valorizzazione del ruolo del giudice che in caso di "*lacuna legis*" poteva

---

<sup>48</sup>Cfr. Albisetti A., «Ermeneutica giurisprudenziale, diritto canonico e common law», in *Dir. eccl.*, 112 (2001), I, pp. 403-12; Torron J. M. 1991 «Diritto canonico e "common law"», *Dir eccl.*, 102°, n. 4, I, pp. 576-605.

avere la funzione di legislatore<sup>49</sup>. Si nota come nella dialettica universale si ha sempre l'applicazione del particolare, assumendo grande ruolo la circostanza. Questo codice svizzero poteva dunque essere preso a modello per la codificazione del diritto canonico. Per addivenire alla nascita del codice si sono susseguite varie tesi, alcune favorevoli altre contrarie. Ad esempio Pio Fedele, rimarcando che il diritto canonico è da intendersi come mezzo, non come fine, proprio per la sua peculiarità, per questo suo spirito esclusivo, vedeva come cosa ardua la comparazione col diritto civile<sup>50</sup>.

Un notevole impulso darà Emilio Betti; egli parte dal considerare oggetto dell'ermeneutica non tanto la *"quaestio facti"*, ossia ciò che sempre accade (secondo l'ermeneutica ontologica, l'imprescindibilità dei giudizi e il fraintendimento), quanto piuttosto la *"quaestio iuris"*, cioè forme di comprensione epistemologicamente garantite e che non si esauriscono nell'incontrollata riflessione esistenziale sulle proprie strutture conoscitive. Si mira, dunque, ad una oggettività ermeneutica intesa non tanto quale esito definitivo e disponibile, ma piuttosto come un'esigenza procedurale ed etica, che limita il proprio coinvolgimento e contraddistingue un determinato contenuto dal suo contesto. L'autore, tramite tale teoria innovativa, ribadisce come la verità oggettiva si può scorgere da qualsivoglia punto di osservazione, nei limiti della prospettiva adottata di volta in volta. Ciò comporta una necessità di rielaborazione del *"dato storico"* attraverso una sistemazione (*rielaborazione storica*) che sarà tanto più complessa quanto più complessa sarà la rilevanza del caso concreto<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup>Cfr. Huber W., *Il pluralismo religioso in Europa fra cultura e sistemi politici, le chiese protestanti e l'Europa*, Idee, 1982, n. 1, p. 20.

<sup>50</sup>Cfr. Fedele P., *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962, *passim*.

<sup>51</sup>Cfr. Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, (1955), edizione ampliata a cura di Crifò G., Milano, 1990; ID., *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari,

L'impostazione di Betti influenzerà Pietro Agostino D'Avack, il quale arriverà a sostenere che l'ordinamento canonico deve essere valutato caso per caso utilizzando la dogmatica secolare qualora non contrasti con lo Spirito del Diritto Canonico<sup>52</sup>. In tal modo, D'Avack riesce ad adattare in modo sistematico il metodo dogmatico-giuridico alle dottrine della Curia Romana, elaborando una fondazione scientifica del diritto canonico in grado di competere con le altre discipline giuridiche insegnate nelle Università statali; egli si muove nell'ambito di due discipline convergenti verso la costruzione del diritto canonico come ordinamento giuridico *sui generis*. La prima intende assimilare la teoria della Chiesa "*societas iuridice perfecta*", di origine medioevale, al concetto moderno di "*ordinamento giuridico originario, primario, autonomo*". Tale direttrice trova articolata applicazione alle tre entità istituzionali definite dai Patti Lateranensi, quali Chiesa, Santa Sede, Città del Vaticano. La seconda, invece, mira a costruire una nuova ermeneutica delle dottrine curiali mediante il confronto tra le teorie dogmatiche contemporanee e la loro traduzione in concetti di diritto pubblico e privato, per quanto possibile analoghi e intercambiabili.

Di notevole interesse risulta il pensiero di Orio Giacchi, che nel 1938 analizzando il rapporto tra diritto canonico e dogmatica giuridica moderna, nota come tante volte si ha una certa convergenza col diritto civile, tante volte no<sup>53</sup>. Il canonista può utilizzare i principi della moderna dogmatica giuridica

---

1961, XVI, pp. 1 ss.; ID., *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, a cura di Mura G., Roma, 1987.

<sup>52</sup>Cfr. D'Avack P. A., *Biblioteche e archivi ecclesiastici*, Enc. giur., 5, Roma, Treccani, 1988, pp. 1-6. (Aggiornamento di A. Ronzani); ID., *Patrimonio culturale ecclesiastico*, Enc. dir., XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 420 ss.; ID., *Chiesa, Santa Sede e Città del Vaticano nel jus publicum ecclesiasticum*, Firenze, Cya, 1936, pp. 326 ss.; Gismondi P., *La dottrina di d'Avack e le discipline ecclesiastiche*, Dir. eccl., 1955, pp. 518 ss.

<sup>53</sup>Cfr. Giacchi O., *Lo Stato e la libertà religiosa*, in AA.VV., *Libertà religiosa e trasformazioni della società*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 35; Fumagalli Carulli O., *Società civile e società religiosa di fronte al Concordato*. Premesse di E. Corecco e O. Giacchi, Milano, Vita e Pensiero, 1980, *passim*; Giacchi O., *Autorità della Chiesa e autorità dello Stato. Studi*, Milano, Giuffrè, 1963, *passim*; ID., *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, I: *La Chiesa e il suo diritto. Religione e società*; II: *La Chiesa davanti allo Stato. Lo Stato e la vita sociale*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. XX-772.

laica, e il diritto canonico viene identificato come metodo scientifico sistematico, poiché l'ordinamento canonico è vivente e quindi deve essere studiato con categorie moderne. I due ordinamenti possono convivere pur sussistendo l'esistenza di uno spirito del diritto della Chiesa diverso dallo spirito degli ordinamenti statali.

Un contributo rilevante è stato apportato anche da Francesco Ruffini<sup>54</sup>. Infatti, in un periodo difficile a seguito della censura istituzionale e politica del Regno d'Italia, l'insegnamento del diritto canonico era stato soppresso e assorbito nella nuova disciplina di diritto ecclesiastico, ed egli è stato uno dei padri fondatori di tale svolta poiché, coltivando studi di storia e di diritto canonico, intende evidenziare, rispetto alla scuola tedesca, i tratti peculiari di concetti e istituti del diritto della Chiesa, quali quelli di "*persona giuridica*", "*buona fede*", "*rappresentanza ecclesiastica*".

Pertanto, possiamo notare come anche la Chiesa, nonostante il suo principale scopo e aspetto escatologico, necessita nel suo esistere di una organizzazione, di norme che tutelino e garantiscano i diritti soggettivi dei "*christifideles*", sempre inquadrati in relazione alla comunità, ma tutto sempre finalizzato in relazione al bene delle anime. Tale diritto tende a corrispondere a ideali di giustizia, di pazienza, tutti finalizzati al bene della persona nel supremo rispetto di quest'ultima. E, proprio in base a tale peculiarità di cui è rivestito, il principio di legalità, secondo cui atti individuali e concreti trovano il loro fondamento in regole generali ed astratte, non si applica come a livello civilistico in modo rigido, ma in modo flessibile, cioè la norma è applicata a

---

<sup>54</sup>Cfr. Ruffini F., *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, a cura di F. Margiotta Broglio, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 313 ss.; ID., *L'indirizzo odierno del diritto ecclesiastico in Italia*, Studi sen., 1893; ID., *Lo studio e il concetto del diritto ecclesiastico*, Riv. it. scienze giur., 1892, 35; Bertola A., «*La vita e l'opera di Francesco Ruffini*», Giur. it., 1949, IV, 89; Falco M., «*Francesco Ruffini*», Riv. dir. priv., 1934, 202.

discrezione dell'autorità competente solo se è per il bene di quella persona o di quelle determinate persone e mira al recupero morale e spirituale nonché alla salvezza dell'anima<sup>55</sup>. Quindi la competente autorità è tenuta a considerare le circostanze. Tale diritto contempla istituti come la "*dispensa*" e il "*precetto*"; si può dunque essere dispensati da una norma che si è obbligati a osservare per un nobile fine (per es. essere dispensati dal voto di povertà ai fini di raccogliere fondi per un ospedale), oppure ricevere provvedimenti disciplinari per un'azione od omissione non contemplate dal "*Codex Iuris Canonici*" come reato, ma che hanno arrecato nocimento alla comunità; in tal caso l'autorità competente, analizzati i fatti, specificate le ragioni, emanerà nei confronti di quella o di quelle determinate persone un atto di precetto tramite decreto, nei confronti del quale i soggetti coinvolti potranno espletare presso l'autorità competente superiore ricorso gerarchico<sup>56</sup>. Ciò non sarebbe mai possibile nel diritto penale statale, a causa del brocardo "*nullum crimen sine lege*".

Nonostante le sue profonde differenze, il suo essere strumento anziché fine, ci interroghiamo se esso possa trovare dei punti significativi di contatto col diritto civile degli Stati, asse portante ed essenza stessa di tutte le civiltà. La libertà, infatti, di ogni individuo, si manifesta entro il dettame di una norma giuridica la quale stabilisce le modalità stesse del viver civile, garantendo il rispetto per l'altro, l'incolumità fisica, un sereno dialogo da cui scaturisce un confronto sulle idee. Bisogna qui evidenziare che, soprattutto nei tempi odierni, con l'intervento via via sempre più marcato del diritto internazionale negli Stati,

---

<sup>55</sup>Cfr. Parlato V., «*Osservazioni sulla natura giuridica del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*», in C. Cardia (ed.), *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 599-604; Falco M., *Introduzione allo studio del Codex juris canonici* (1918), Intr. di G. Feliciani, Bologna, il Mulino, 1992.

<sup>56</sup>Cfr. Gargani A., «*Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari*», *Dir. eccl.*, 114 (2003), n. 3, I, pp. 1011-39; Ciprotti P., *Qualche punto caratteristico della riforma del diritto penale canonico*, in *Studi Petroncelli* [cit. in *extenso* in Margiotta Broglio, in 1.4.], I, pp. 131-46; Ciprotti P., *Diritto penale canonico*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana - Treccani, 1989.

si è andati e si tende tutt'ora ad andare verso un diritto che garantisca al viver civile un sempre maggior senso di giustizia, soprattutto per quanto attiene ai diritti di ognuno.

Alla missione assunta storicamente dal diritto, cioè quella di dirimere le controversie, si va man mano aggiungendo un'altra, e cioè quella di abolire le controversie come sistema, il che appare utopico. Infatti, ancora nel mondo assistiamo a guerre ingiustificate ed inutili, scoppiate sotto vari pretesti; esse troppo spesso opprimono la vita di innocenti, uomini, donne e bambini. Nonostante tutti i passi innanzi e una presa di posizione da parte dei popoli siamo lontani dall'abolizione della guerra come sistema. Spesso anche a livello civilistico per secoli, al fine di dirimere le controversie si è ricorso al rimedio estremo della guerra. *In "extrema ratio"* era dunque legittimo ricorrere alle armi, e molto spesso non solo *"in extremis"*, ma anche quando queste potevano tacere troppo facilmente se ne è fatto uso.

Come nel diritto degli Stati, anche in ambito canonico<sup>57</sup> si parlava di *"guerra giusta"*, e tale concetto compare fin dall'epoca antica della Patristica<sup>58</sup>; un grande Padre della Chiesa, Agostino, vescovo di Ippona, affermava che la guerra può essere considerata giusta quando costituisce legittima difesa di un popolo che senza alcun motivo viene attaccato da un altro popolo, onde salvare la vita di tanti innocenti; quindi la considera giusta solo in caso di *extrema ratio*, quando non c'è alcun rimedio; egli fa riferimento in una delle sue opere

---

<sup>57</sup>Cfr. Flori J., *La guerra santa. La formazione dell'idea di crociata nell'Occidente cristiano*, trad. di P. Donadoni, Bologna, il Mulino, 2003, p. 442; Consorti P., *La rivincita della guerra. Le ragioni di Bush a confronto con quelle di Wojtyla*, Pisam Ediz. Plus-Univ. di Pisa, 2003.

<sup>58</sup>Cfr. Bellini P., «*La rinuncia all'utopia. La "guerra lecita" della tradizione pubblicistica cattolica*», in *Il Ponte*, 59 (2003), n. 3-4, pp. 43-56; Morozzo Della Rocca R., *La fede e la guerra. Cappellani militari e preti soldati (1915-1919)*, Roma, Studium, 1980, pp. XI-269.

più famose<sup>59</sup>, il *"De Civitate Dei"*, a una interpretazione della Bibbia, dove la *"guerra giusta"* è considerata legittima *"per decreto divino"*.

Spesso però nella lunga storia dell'umanità e purtroppo ancora adesso, abbiamo assistito a guerre scoppiate per ragioni economiche, politiche, espansionistiche<sup>60</sup>. Dove sussistono interessi economici, purtroppo, l'uomo ha sempre fatto in modo di opprimere il più debole, e ciò è all'apice di diseguaglianze tra i popoli, oppressioni in schiavitù, ingiustizia, come la discriminazione razziale, lo sfruttamento delle risorse solo da parte di alcuni, che ha avuto come conseguenza la miseria per alcuni popoli<sup>61</sup>; inoltre il proliferare per decenni delle armi di distruzione di massa, e ancora oggi sono molti i miliardi spesi per tale scopo.

Ai fini dunque di abolire la guerra è lo stesso diritto che deve essere modificato, per meglio intendere purificato, cioè reso tale da garantire su tutto il pianeta il non proliferare delle armi, e devolvere i fondi per lo sviluppo adeguato dell'agricoltura, dell'industria, naturalmente in modo moderno ed eco sostenibile, in modo che nessun essere umano patisca la fame. Ed è proprio questo tipo di evoluzione che potrebbe portare all'abolizione della guerra come sistema. E per tale scopo, il diritto degli Stati, aiutato dal diritto internazionale, può evolversi, senza tralasciare il suo fine primario, in modo conforme ai principi di giustizia, di equità, benevolenza, misericordia, tolleranza, principi cardine dell'ordinamento canonico. Solo tale evoluzione potrà fare in modo che l'umanità raggiunga un livello di civiltà tale da superare anche quelle situazioni

---

<sup>59</sup>Cfr. Picozza P., *Considerazioni sulla pace nel pensiero cattolico: dal concetto di guerra giusta alle prospettive di superamento*, in *Dir. eccl.*, 87, 1987 (Raccolta di scritti in onore di Luigi De Luca), n. 2, I, pp. 950-71.

<sup>60</sup>Cfr. Margiotta Broglio F., *«Il Papa e la guerra. Nuovi orientamenti dottrinali sul diritto di intervento "umanitario"»*, in *Riv. studi pol. internaz.*, 59°, 1992, n. 236, pp. 499-512.

<sup>61</sup>Cfr. Panebianco M., *Guerra: diritto internazionale*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana - Treccani, 1989; Klitsche de la Grange T., *Considerazioni su guerra e diritto*, in *Behemoth*, 1989, n. 4, 25-40; Freund J., *Ricerca sulla pace e ricerca sulla guerra*, in *Behemoth*, 1989, n. 4, pp. 49-56; Cotta S., *Dalla guerra alla pace. Un itinerario filosofico*, Milano, Rusconi, 1989, pp. 187 ss.

estreme di "guerra giusta"; solo così la terra potrà trasformarsi in un vero e proprio giardino di pace, dove le nuove generazioni potranno costruire la "civiltà dell'amore", come definita e auspicata dalla Costituzione Pastorale "Gaudium et spes"<sup>62</sup> del Concilio Ecumenico Vaticano II<sup>63</sup>, in cui si sottolinea l'esigenza di evitare la guerra e il dovere di mitigarne il suo aspetto disumano.

#### 4. La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen.

Dimostrata la pluralità degli ordinamenti giuridici nello stesso spazio e nella stessa comunità attraverso il rapporto (storico) tra ordinamento canonico e ordinamento dei singoli Stati, riprendiamo il confronto tra le principali teorie in tema di caratteri e funzioni degli ordinamenti giuridici.

Kelsen definisce il diritto come uno dei tanti fenomeni sociali, distinto dagli altri, soprattutto da quelli che non sono sociali<sup>64</sup>. Dunque scopo di tale dottrina è l'elaborazione di uno strumento capace di effettuare una separazione netta tra la "speculazione giuridica" e le altre "scienze sociali" con le quali il diritto si mescola in continuazione, metodo che, si potrebbe dire, avrebbe la funzione di distinguere il "giuridico dal non giuridico".

Egli distingue il diritto dalla giustizia: per Kelsen il perseguimento della giustizia non è un problema giuridico, ma morale e politico<sup>65</sup>. Kelsen sottolinea come il diritto primitivo, avente come regola l'autodifesa e in sostanza la

---

<sup>62</sup> Costituzione pastorale *Gaudium et Spes*, (1965), Cap. V, Sez. 1,79, in *I documenti del Concilio vaticano II, Costituzioni – Decreti – Dichiarazioni*, Milano, 2002, Paoline Editoriale Libri, pp. 316 ss.

<sup>63</sup> Cfr. Caron P.G., *La libertà religiosa nelle statuizioni del Concilio ecumenico vaticano II e nel nuovo Concordato*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, II, Perugia, Ed. Scientifiche Italiane (Napoli), 1984, p. 847; Zizola G., *Concilio Vaticano II*, in AA.VV., *Il mondo, Storia d'Europa*, 1, Firenze, La Nuova Italia, 1980, p. 171; Melloni A., *Un concilio di transizione: Il quarto periodo e la conclusione del concilio (settembre-dicembre 1965)*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 792 ss.; Colella P., «A trent'anni dal Concilio Vaticano II», *il Tetto*, 29°, 1992, n. 172-4, pp. 382-6; Zanchini F., *Riflessioni canonistiche sulla ricezione del Concilio Vaticano II*, in *Studi Spinelli* [cit. in *extenso* in Baccari, in 6.3.], III, pp. 1261-80; Spinelli L., *Il diritto pubblico ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II. Problemi e prospettive* (in collaborazione con G. Dalla Torre), Milano, Giuffrè, 1982, pp. IV-156.

<sup>64</sup> Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino, 1954, p. 48.

<sup>65</sup> Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 47 ss; 56 ss.; Id., *Teoria generale del diritto*, pag. 398 e altrove.



vendetta, sia stato superato dal *“diritto positivo, quale ordinamento umano ed arbitrario, le cui norme difettano di una giustizia evidente di per sé”*; esso dunque *“richiede necessariamente un organo per la realizzazione di atti di coercizione e manifesta la tendenza immanente ad evolversi da ordinamento coercitivo in una specifica organizzazione coercitiva. Questo ordinamento coercitivo, soprattutto quando diventa un'organizzazione, è lo Stato”*<sup>66</sup>. La differenza col diritto primitivo consiste nell'introduzione di un organo (sia esso giudice, funzionario), che eviti il ricorso alla vendetta, e tale dottrina non conferisce alla norma un comando (ad esempio, del legislatore), ma contiene un obbligo di comportarsi conformemente al diritto<sup>67</sup>. Il comando, infatti viene degradato a elemento psicologico (di chi ha approvato la legge); la norma giuridica fa riferimento all'obbligo di condotta di due figure soggettive: i cittadini e gli organi dello Stato<sup>68</sup>. I cittadini hanno l'obbligo di rispettare le norme. Il rispetto delle norme è garantito in due modi: attraverso l'adeguamento spontaneo o attraverso l'adeguamento forzato. Nel primo caso il *“cittadino”* si adegua (qualunque sia il motivo: perchè lo ritiene necessario o per evitare una sanzione). Nel secondo caso, di fronte al mancato rispetto dell'obbligo, e quindi a fronte della violazione della norma da parte del *“cittadino”*, scatta un altro obbligo. Quest'obbligo è rivolto ad un'autorità (pubblica). E' l'obbligo di costringere il cittadino, anche con l'uso della forza, a conformarsi alla regola con l'aggravante della sanzione per non averla rispettata spontaneamente. La coazione dunque è posta come elemento

---

<sup>66</sup>Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1945, trad. it. di S. Cotta – G. Treves, VI ed., Milano, Etas, 1994, p. 399.

<sup>67</sup>Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 131; 186 ss.

<sup>68</sup>Kelsen H., *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in *Appendice a “Lineamenti di dottrina pura del diritto”*, Torino, 1967, p. 191.

essenziale; un uso della forza diviene lecito soltanto in qualità di sanzione, come reazione avverso un illecito<sup>69</sup>.

La norma dunque serve come schema interpretativo, il quale necessita di un completamento tramite un atto che gli dia completa attuazione (atto amministrativo o sentenza passata in giudicato)<sup>70</sup>.

Altra particolarità di tale dottrina è il modo peculiare in cui Kelsen concepisce l'interpretazione della legge, che non deve portare a una decisione unica come la sola esatta, ma a decisioni varie, aventi lo stesso valore in quanto corrispondono alla norma da applicarsi, anche se, nell'atto della sentenza una soltanto tra esse diviene di diritto positivo. Che una sentenza sia fondata sulla legge significa attenersi allo schema indicato dalla legge<sup>71</sup>.

Hans Kelsen definisce l'ordinamento giuridico come un complesso di norme gerarchicamente ordinato in cui si rimanda costantemente a una norma superiore che legittima e fonda quella inferiore. Si sale fino ad approdare alla c.d. "*Grundnorm*" che giustifica e autorizza l'esplicazione del potere supremo esistente in un dato ordinamento con la possibilità di produrre norme giuridiche<sup>72</sup>. Tale norma, definita base, non è positivamente accertabile, poiché essa non è "*posta*" da qualche altro potere superiore, ma viene "*supposta*" dal giurista al fine di poter considerare un insieme di norme come un ordinamento unitario; essa costituisce una ipotesi (o un postulato o un presupposto) che funge come punto di partenza nello studio del diritto<sup>73</sup>. Concepito, quindi, l'ordinamento giuridico come una costruzione a gradi di tipo piramidale, come un processo continuo di produzione di norme giuridiche, il pensiero di Kelsen

---

<sup>69</sup>Kelsen H., *La pace attraverso il diritto*, 1944, a cura di L. Ciaurro, Torino, Giappichelli, 1990, p. 41.

<sup>70</sup>Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 352-382 ss.

<sup>71</sup>Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 121.

<sup>72</sup>Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 205 ss.

<sup>73</sup>Cfr. Celano B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 312 ss.

vede negli atti giurisdizionali, negli atti amministrativi e, sotto certi aspetti, anche in quelli negoziali, l'individuazione o la concretizzazione della norma giuridica, ontologicamente generale ed astratta. Per tale motivo, secondo Kelsen, la sentenza resa da un'autorità giudiziaria costituisce di per sé una norma giuridica di carattere individuale; essa individua o concretizza la norma giuridica generale ed astratta, segnando la continuazione del processo di produzione del diritto dal piano generale a quello individuale<sup>74</sup>. Kelsen, con l'enunciazione della dottrina pura del diritto, ha sostenuto e teorizzato che il diritto sia soltanto ed esclusivamente un ordinamento, caratterizzato dall'insieme di norme giuridiche, con la conseguenza che le problematiche giuridiche devono essere impostate e affrontate alla stregua di problematiche inerenti all'ordinamento<sup>75</sup>. Inoltre, secondo la visione kelseniana l'ordinamento giuridico non rappresenta un sistema di norme di pari collocazione gerarchica ma un complesso con differenti livelli o gradi<sup>76</sup>. L'unità di queste norme è costituita dal fatto che la creazione di una norma, quella inferiore, è determinata da un'altra, quella superiore, la cui creazione è determinata, a sua volta, da una norma ancora superiore. Tuttavia questo "*regressus*" ha termine con la "*Grundnorm*", che in qualità per l'appunto di "*norma suprema presupposta come estremo fondamento di validità*", non può essere posta mediante un atto giuridico, poiché non può esser posta da un'autorità; se così fosse non sarebbe suprema, e quindi si andrebbe indietro all'infinito, "*regressus ad infinitum*". Quindi, proprio al fine di evitare ciò, la norma fondamentale è "*presupposta*", ossia esistente nel pensiero e non già nelle

---

<sup>74</sup>Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 47 ss.

<sup>75</sup>Cfr. Celano B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 314 ss.

<sup>76</sup>Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., *passim*.

volizioni concrete degli atti umani percepibili con i sensi nel mondo reale<sup>77</sup>; essa si colloca al vertice della costruzione, che si atteggia a fondamento supremo e ultimo su cui poggia la validità dell'intero ordinamento giuridico, innalzandosi in questi termini a garante dell'unità di quest'ultimo<sup>78</sup>.

La "*Grundnorm*", poiché fondativa, istituisce la fattispecie fondamentale per la produzione del diritto, e la si può dunque designare come costituzione in senso logico giuridico, ai fini di distinguerla dalla costituzione in senso positivo. Se ne deduce che tale norma non può essere voluta, ma pensata, e si può definire una condizione logico-trascendentale, ed ha la funzione di dare un fondamento alla validità di un ordinamento giuridico positivo, cioè (per meglio specificare) un ordinamento coercitivo statuito con atti di volontà umana ed efficace nelle sue grandi linee<sup>79</sup>.

Ai fini di comprendere l'intera costruzione kelseniana bisogna soffermarsi sul modo particolare in cui egli concepisce l'interpretazione della legge; quest'ultima non deve condurre necessariamente ad un'unica decisione come la sola esatta, bensì, possibilmente, a varie decisioni aventi tutte il medesimo valore in quanto corrispondenti alla norma da applicarsi, anche se una soltanto tra esse, nell'atto della sentenza, diventa diritto positivo.

Il fatto che una sentenza sia fondata sulla legge sta a significare che ci si attiene allo schema indicato dalla legge, non significa che essa sia la norma individuale, bensì una qualsiasi fra le norme individuali possibili entro lo schema della norma generale<sup>80</sup>. Tale opinione l'autore la lascerà immutata anche nella seconda edizione della "*Dottrina pura del diritto*" (1960). Bisogna

---

<sup>77</sup>Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 59.

<sup>78</sup>Kelsen H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 52-476.

<sup>79</sup>Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 223, 230.

<sup>80</sup>Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 121.

sottolineare che il grande giurista, quando parla del concetto di interpretazione giuridica, intende quella degli organi pubblici espressa tramite un atto amministrativo o una sentenza; nella sostanza, infatti l'interpretazione a livello teorico si collega tramite un atto di volontà, in cui l'organo incaricato dell'applicazione del diritto compie una scelta tra le possibilità prospettate dall'interpretazione. Al contrario l'opinione degli studiosi si sostanzia nell'accertare il significato esclusivamente conoscitivo; essa è una funzione giuridico-politica e non giuridico-scientifica, e non produce diritto come quella degli organi pubblici<sup>81</sup>.

Secondo Kelsen, se ci si domanda il perché una norma è valida (cioè il motivo per cui ci si debba comportare in un determinato modo), non si può rispondere con una constatazione su di un fatto reale; quest'ultimo non può essere dunque il fondamento della validità di una norma. Constatiamo, dunque, come tale teoria ponga in dubbio l'idea stessa di *"certezza del diritto"*; ciò emerge dal fatto che l'autore nega l'ammettere sempre e soltanto un'unica interpretazione esatta, affermando che quest'ultima sarebbe una finzione di cui la giurisprudenza tradizionale si è servita per opportunismo<sup>82</sup>.

Dal fatto che qualcosa "è" non si può dedurre che qualcosa *"deve essere"*, così come dal fatto che qualcosa *"deve essere"* non si può dedurre che qualcosa "è". Quindi, il fondamento della validità di una norma non può essere che la validità di un'altra norma<sup>83</sup>. La norma, dunque, serve come uno schema interpretativo<sup>84</sup>, che necessita di dover essere completato con l'atto che gli dà concreta attuazione (come ad esempio l'atto amministrativo o la sentenza

---

<sup>81</sup>Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 387 ss.

<sup>82</sup>Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 389.

<sup>83</sup>Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 217.

<sup>84</sup>Kelsen H., *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, cit., p. 120; ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 41; ID., *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 352.

passata in giudicato)<sup>85</sup>.

Secondo Kelsen la norma non contiene un comando (ad esempio del legislatore), ma contiene un obbligo di comportarsi conformemente al diritto<sup>86</sup>. Il comando, infatti, si considera come un elemento psicologico (di colui che, per esempio, ha approvato la legge)<sup>87</sup>. La norma giuridica fa riferimento alla condotta di due soggetti, cioè l'individuo contro l'illecito del quale è diretta la misura della sanzione, e l'organo predisposto avente il dovere di applicare all'illecito la misura coattiva<sup>88</sup>.

Nella costruzione kelseniana assurge a elemento fondamentale la "coazione"; essa consiste nell'uso della forza, sotto forma di sanzione<sup>89</sup>. Se ad esempio c'è un furto, colui che lo commette deve essere punito; oppure se il responsabile di un evento dannoso non risarcisce il danno, sono necessari degli atti esecutivi contro di lui. Tale concetto della norma giuridica si sostanzia nel concetto fondamentale della giurisprudenza normativa, e da essa derivano tutti gli altri concetti, in modo particolare quelli del diritto e obbligo; per fare un esempio, l'affermare che un individuo ha l'obbligo di osservare una certa condotta da un punto di vista giuridico, sta a significare che una norma giuridica prescrive una sanzione per la condotta contraria, cioè per l'"illecito"<sup>90</sup>.

## 5. Caratteri e funzioni degli ordinamenti giuridici

Federici parte dall'intuizione che diritto e guerra sono strumenti per dare attuazione a scelte di supremazia politica, sociale ed economica, pone dunque

---

<sup>85</sup>Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 382 ss.

<sup>86</sup>Kelsen H., *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, cit., p. 131 e p. 186 ss.

<sup>87</sup>Kelsen H., *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, cit., p. 186 ss.

<sup>88</sup>Kelsen H., *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in *Appendice a "Lineamenti di dottrina pura del diritto"*, cit., p. 191.

<sup>89</sup>Kelsen H., *La pace attraverso il diritto*, cit., p. 41.

<sup>90</sup>Kelsen H., *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in *Appendice a "Lineamenti di dottrina pura del diritto"*, cit., 191 ss.

guerra e diritto su due linee ben distinte, come strumenti *opposti e alternativi*.

Il professor Federici, in questa prospettiva, in un certo senso riprende e completa la teoria di Karl von Clausewitz<sup>91</sup>, il quale si era limitato a fornire la definizione di guerra quale "*continuazione della politica di stato con altri mezzi*". Infatti Clausewitz non si era occupato della definizione di che cosa fosse il diritto. A lui, che era un militare, non interessava; interessa invece al Federici, il quale si interroga sulla qualificazione del diritto oggettivo. Per il Federici, come già ricordato, il carattere degli ordinamenti giuridici è quello di essere strumento al servizio delle classi dominanti, mentre la funzione del diritto è quella di strumento alternativo alla guerra al fine di prevenire e risolvere i conflitti. Per meglio intendere: gli ordinamenti giuridici, oltre a prevenire e risolvere i conflitti, avrebbero il grave compito di garantire il benessere e l'equità tra gli associati stessi, obiettivo quest'ultimo che ci si augura possa essere al più presto raggiunto<sup>92</sup>. Il diritto è visto come presupposto fondamentale ai fini della sopravvivenza di ogni forma di società umana, avendo la funzione specifica di prevenire e risolvere i conflitti. Nel momento in cui le modalità giuridiche ai fini della risoluzione delle controversie falliscono, interviene la guerra, che può essere inevitabile, scusabile ma mai giusta<sup>93</sup>. A tale teoria si potrebbe opporre un grosso ostacolo: il cosiddetto "*diritto bellico*", nei confronti del quale l'autore si pone il dilemma seguente: o di doversi fermare, o di smontare quest'ostacolo come una falsa costruzione. Secondo il Federici lo "*ius belli*" ha perso ogni fondamento dal momento in cui, con la nascita delle Nazioni Unite<sup>94</sup>, la guerra di aggressione è stata messa al bando,

---

<sup>91</sup>Clausewitz K., *Della guerra*, cit., p. 9, 38.

<sup>92</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pag. 347.

<sup>93</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pagg. 25 ss.

<sup>94</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 249-256.

e da ciò si evince come "*ultimatum*" e "*dichiarazione di guerra*", non rappresentando più i presupposti per l'inizio leale del conflitto, evidenziano la trasformazione in aggressore di colui il quale voglia servirsene<sup>95</sup>; le guerre, infatti, ai giorni nostri si svolgono ugualmente, senza però venir dichiarate<sup>96</sup>. In tal maniera non solo viene demolito lo "*ius ad bellum*", ma anche gli altri due pilastri del cosiddetto "*diritto bellico*", ossia lo "*ius in bello*" (e cioè le regole da osservare durante gli scontri armati), e lo "*ius post bellum*" (cioè il diritto che si afferma a guerra finita). Per quanto concerne il diritto da osservare in tempo di guerra, non si può negare che qualche regola sopravviva. Ma come ben chiarisce il Federici non si tratta di norme di diritto bellico, bensì di regole di diritto umanitario che possono sopravvivere anche in tempo di guerra. Tra queste: quelle relative alla separazione dei combattenti dalla popolazione civile, sullo status di legittimo combattente, i divieti che regolano sia i mezzi che i metodi di combattimento (usare armi, proiettili e sostanze, nonché metodi di guerra capaci di causare mali superflui o sofferenze inutili, l'impiego di metodi e mezzi capaci di arrecare danni all'ambiente, appropriarsi di mezzi e metodi indiscriminati di combattimento)<sup>97</sup>. Ma tutte queste regole non riescono a trasformare i conflitti armati in una sorta di processo giuridico con tanto di arbitri o di giudici. Il sistema è ancora quello primordiale ispirato al criterio della vendetta. Se manca un giudice o un arbitro che faccia rispettare le regole, non si può parlare neanche di duello. Ecco perchè non si può parlare di esistenza di un diritto bellico, ma soltanto di diritto umanitario. Infatti il diritto umanitario ha come scopo quello di alleviare le sofferenze e di salvare vite umane, e non già quello di stabilire chi ha vinto o chi ha perso.

---

<sup>95</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 260-262.

<sup>96</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pagg. 287 ss.

<sup>97</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pagg. 287-92.



Il terzo pilastro del cosiddetto diritto bellico (lo *"ius post bellum"*) dal Federici è stato demolito con parole estremamente efficaci: quando la guerra finisce, il diritto risorge, così come risorge la luce del sole all'alba del nuovo giorno. In altre parole il diritto pone fine alla guerra, così come l'inizio della guerra aveva posto fine ai precedenti rapporti giuridici.

Il concetto antico di *"guerra"* ha subito nelle varie epoche storiche profondi mutamenti, dovuti all'intensa trasformazione della comunità internazionale. La *"guerra"* venne per secoli considerata, nell'ambito del Diritto internazionale, come l'esercizio di un potere sovrano per risolvere le controversie tra gli Stati, e l'espressione di tre poteri: quello di provocare la guerra, di condurre le ostilità e di decidere i tempi e i modi della fine della guerra. Tale concetto è perdurato fino all'entrata in vigore dello Statuto delle Nazioni Unite nell'ottobre del 1945 e nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, atti internazionali che *"hanno voluto creare un sistema generale di rifiuto della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali"*. Elementi portanti dell'ONU sono il rifiuto della guerra e il rispetto dei diritti umani. Il divieto generale di ricorrere alla guerra esclude, tuttavia la legittima difesa dell'aggressione (quest'ultima è ammessa entro i limiti della necessità e della proporzionalità), e la legittimità dell'intervento armato per far fronte anche preventivamente alle minacce per la pace (in *"extrema ratio"*, dopo che tutte le altre misure si siano rivelate inadeguate)<sup>98</sup>. Tuttavia, se le parti belligeranti si autolimitano reciprocamente, ovvero si assoggettano al rispetto delle norme più elementari umanitarie, in questo caso sarebbe opportuno non più parlare del *"Diritto bellico"*, ma del *"Diritto umanitario"*, poiché assistiamo alla piena applicazione di norme che tendono a

---

<sup>98</sup>Federici. R., Guerra o diritto?, cit., pagg. 292-93.

mitigare le asprezze della lotta tra i belligeranti, nonché a tutelare i paesi estranei al conflitto; tale pensiero pervade la moderna dottrina, che appunto elenca tali norme come regole attinenti alla fattispecie umanitaria. Il *“Diritto umanitario”*, consiste, infatti, in quel complesso normativo avente ad oggetto il trattamento della popolazione civile, dei naufraghi e prigionieri di guerra, nonché le disposizioni in materia di mezzi e metodi di combattimento, come stabilito dalla IV Convenzione di Ginevra del 1977, nel I Protocollo addizionale. Si delinea, dunque, come il Diritto umanitario non è una trasformazione del *“Diritto bellico”*, ma consiste in una fattispecie del tutto nuova; se la guerra, infatti, consiste nella lotta tra gli ordinamenti giuridici, e come tale è un metodo alternativo al giuridico per risolvere un conflitto, non può esistere un diritto che disciplini la fattispecie guerra. Da ciò si deduce che, mentre il *“Diritto umanitario”* disciplina quanto di giuridico può restare in vigore durante un conflitto che si svolge essenzialmente su un piano non giuridico, il *“Diritto bellico”* si configura come *“il diritto del non diritto”*, costruzione quest'ultima che sotto il profilo logico ne pregiudica l'esistenza<sup>99</sup>.

Il libro di Federici, dedicato ai padri fondatori delle Comunità europee (considerati significativo esempio di come le guerre possano essere prevenute e superate dai mezzi giuridici e dalla razionalità), intende far nascere un ampio dibattito tra sociologi, filosofi, economisti, giuristi, politici, per una riflessione ampia sulle possibilità di risolvere tutte le controversie senza ricorrere all'uso delle armi. Tale concetto, che nessuno aveva mai formulato prima, rappresenta un enorme passo in avanti.

---

<sup>99</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pagg. 298-99.

Tra i primi ad essersene accorti spicca il Prof. Massimo Stipo, il quale ne ha fatto oggetto di uno scritto fondamentale<sup>100</sup>, dove si mette in luce come la costruzione teorica del Federici permette di superare la teoria di Kelsen e, nel contempo, consente uno sviluppo della teoria di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici. Ma anche altri giuristi hanno sottolineato la forza innovativa della dottrina del Federici (P. Troianiello; A. Anselmo; V. M. Sbrescia; F. Ferrara), che può essere considerata un ponte tra il diritto e le altre scienze umane, sociologia, economia, politica, antropologia, etc. Più di recente, infatti, lo stesso Federici ha individuato i collegamenti e gli intrecci tra l'origine delle lingue, delle religioni e dei sistemi giuridici<sup>101</sup>.

## 6. Cenni sul "*Giusnaturalismo*"

Grozio, per convenzione, viene considerato il fondatore del giusnaturalismo, e nella sua opera egli traccia una netta distinzione tra il diritto naturale e il diritto divino. Infatti egli rintraccia i principi del diritto naturale nelle regole desumibili dalla Bibbia; mentre i fondamenti del diritto divino si trovano nelle parole di Gesù Cristo e riportate nei vangeli.

Il termine "*ordinamento*" racchiude in sé un complesso di disposizioni finalizzate all'organizzazione giuridica di una comunità, sia da un punto di vista legislativo, sia esecutivo e giudiziario<sup>102</sup>.

Fin dall'antichità i filosofi del mondo classico e i filosofi di quello cristiano si sono interrogati sull'essenza, la missione, gli scopi dell'ordinamento, sul

---

<sup>100</sup>Cfr. Stipo M., *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati*, in Renato Federici, in *Archivio Giuridico*, vol. CCXXXIV, fasc. 3-2014, pagg. 459-475.

<sup>101</sup>Cfr. Federici R., *Collegamenti ed intrecci tra l'origine delle lingue, delle religioni e dei sistemi giuridici*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 2015, pgg. 120 ss.

<sup>102</sup>Cfr. Frosini V., «*Ordinamento giuridico (filosofia)*», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, pag. 639.

come e sul perché esso influisca, determinando il substrato stesso di ogni civiltà.

Tra le correnti più interessanti troviamo il “*giusnaturalismo*”; la parola deriva dal latino “*ius naturale*”(diritto di natura)<sup>103</sup> e consiste in una corrente di pensiero “*giusfilosofica*” che lascia presupporre l'esistenza di una norma di condotta intersoggettiva totalmente valida e immutabile. Secondo tale dottrina il diritto positivo non si adegua mai completamente alla legge naturale, poiché contiene al suo interno elementi variabili e accidentali, mutevoli a seconda del luogo e del tempo. I diritti positivi sono dunque realizzazioni imperfette e approssimative della norma naturale e perfetta<sup>104</sup>, che può servire da sussidio per colmare le lacune del diritto positivo<sup>105</sup>.

Dal punto di vista concettuale, possiamo affermare che rientrano nel giusnaturalismo quelle teorie e quelle concezioni che sostengono l'esistenza di diritti naturali, ossia diritti che esistono a prescindere dalle relazioni e dalle dinamiche umane e sociali. Il diritto naturale risulta, pertanto, antecedente e superiore al diritto positivo, vale a dire il diritto posto in un determinato momento storico e in un certo contesto sociale.

Dal punto vista storico, i primi approfondimenti sul diritto naturale sono insiti già nel pensiero greco classico, e per lo specifico nello stoicismo, ma anche nel cristianesimo antico e medievale. La massima sintesi di questo pensiero si trova nel Digesto ove viene riportata la nota definizione di Celso ed Ulpiano “*ius est ars boni et aequi*”<sup>106</sup>. Tale dottrina si identifica per antonomasia nella corrente di pensiero filosofico-giuridica sviluppatasi a partire

<sup>103</sup>Cfr. Fassò G., *Il diritto naturale*, I Ed., ERI – Edizioni Rai – Radiotelevisione Italiana, 1964, p. 8.

<sup>104</sup>Cfr. Abbagnano N. - Fornero G., *Dizionario di filosofia*, III Ed., Utet, 1998, pagg. 621 e 622 (voce *Diritto*).

<sup>105</sup>Cfr. Achenwall G., *Ius naturae in usum auditorum*, VII Ed., Gottingae, sumptibus Victorini Rossigellii, 1774, § 2, p. 2 ss.

<sup>106</sup>Ulpiano, *Digesto*, I, II, III.

dal secolo XVII con Ugo Grozio fino al secolo XVIII con le intuizioni di J.J. Rousseau; tale corrente si identifica nella cosiddetta "scuola moderna del diritto naturale", la quale ha rielaborato il concetto classico di diritto naturale<sup>107</sup>, reinterpretandolo in chiave razionalistica e umanistica<sup>108</sup>.

I vari autori hanno dunque rinvenuto, fin dall'antichità, il fondamento dello "ius naturale" nella volontà divina o in un istinto naturale della persona ovvero nella ragione umana<sup>109</sup>.

Si dice che il primo riferimento al contrasto tra diritto positivo e diritto naturale risalgia a Sofocle, e venne messo in scena con "Antigone"; in tale "tragedia" viene evidenziato il contrasto in antichità non tanto tra diritto naturale e diritto posto dagli uomini, ma tra diritto divino e diritto positivo: in altre parole non bisogna confondere il diritto divino col diritto naturale, entrambi dovrebbero essere considerati eterni ed immutabili. Ma le differenti religioni applicano anche regole diverse tra loro. Sofocle descrive magistralmente il contrasto drammatico tra chi (Antigone) si sente legato al diritto divino, e lo ritiene inviolabile da parte delle leggi umane. Nell'"Antigone" Sofocle, dunque mette in scena il contrasto tra due ordinamenti giuridici: quello attribuito al volere degli dei, e quello umano stabilito dal "Re Creonte". In un certo senso si può dire che in maniera bellissima Sofocle anticipa di secoli il discorso sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, ripreso in qualche misura da Hobbes e chiarito da Santi Romano, e sulla base del quale il Federici riesce a spiegare i concetti di guerra e di rivoluzione<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup>Cfr. Mori M., *Hobbes*, in *Storia della filosofia moderna*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2012, pp. 94-95.

<sup>108</sup>Cfr. Adorno F. - Gregory T. - Verra V., *Storia della filosofia*, a cura di Tullio Gregory, vol. II, XII Ed., Editori Laterza, 1983, pp. 218-221.

<sup>109</sup>Un tentativo volto a differenziare si trova in Grozio, il quale trae le regole del diritto naturale dall'antico testamento, e il diritto divino dal nuovo testamento; su tale questione cfr. Federici R., *Guerra o diritto?...*, pag. 193.

<sup>110</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., *passim*; nello stesso senso già Santi Romano aveva specificato che L'organizzazione rivoluzionaria si può considerare un ordinamento vero e proprio, imperfetto poiché provvisorio,

Il contrasto tra la legge divina e il diritto positivo, ossia tra le leggi eterne, superiori, non scritte, dettate dagli dei e le prescrizioni mutevoli, cioè *“decreti scritti”* prodotte dai sovrani, è descritto in forma superba da Sofocle. Nell'*“Antigone”*, egli pone bene in risalto tale rapporto antinomico intercorrente tra il decreto del Re Creonte e le leggi non scritte discendenti dalla volontà divina. I protagonisti della tragedia sono Antigone e Creonte. Antigone, sorella di Eteocle (sostenitore del re), e di Polinice (invece alleato con i nemici di Creonte), morti entrambi e su fronti opposti: l'uno per mano dell'altro. Antigone, conosciuta la decisione del re di Tebe (Creonte), di dare sepoltura degna ad Eteocle, ma di disonorare il corpo e l'anima di Polinice (abbandonandolo al pasto degli uccelli), e cioè privandolo di una degna sepoltura, decide di seppellire Polinice, in contrasto netto con quanto era stato decretato dal re. Scoperta, viene condotta al cospetto del re Creonte, e alla domanda se era a conoscenza del decreto, rispose positivamente soggiungendo: *«A proclamarsi questo non fu Zeus, né la compagna degli inferi, Dike, fissò mai leggi simili tra gli uomini. Né devo tanta forza ai tuoi decreti, che un mortale potesse trasgredire leggi non scritte, e innate degli dei. Non sono d'oggi, non di ieri, vivono sempre, nessuno sa quando comparvero né di dove»*<sup>111</sup>. Così, affermando la sua disobbedienza civile, Antigone affronta la morte con serenità<sup>112</sup>.

I Sofisti, grandi retori, avevano acquisito la capacità di sostenere tesi opposte da offrire a chi chiedesse loro aiuto. Alcuni individuavano la legge nella volontà del soggetto forte che riesce ad imporsi sulla collettività (Trasimaco,

---

dove ci saranno dirigenti, assemblee e comitati che assisteranno i dirigenti, norme che regoleranno le attività rivoluzionarie, persone ed enti che obbediranno a tali norme, sanzioni per assicurare l'osservanza di queste, agenti di esecuzione etc. Cfr., Romano Santi, *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, cit., pag. 224.

<sup>111</sup>Sofocle, *Antigone*, vv. 1-457.

<sup>112</sup>Cfr. Fassò G., *Il diritto naturale*, cit., pp. 19-21.

citato da Platone), ovvero nel rispetto inviolabile dell'uguaglianza degli uomini.

Tale dottrina, mossa da un profondo razionalismo, quasi illuministico<sup>113</sup>, percepisce i valori in chiave umanistica, e pur se permeata di relativismo<sup>114</sup>, pone - riecheggiando le parole di Protagora - l'uomo come misura di tutte le cose<sup>115</sup>.

L'uomo dunque non è considerato più come elemento della natura o dell'essere, bensì nei suoi caratteri peculiari, e da ciò ne deriva una considerazione antropologica della filosofia<sup>116</sup>.

Di interesse particolare appare la teoria del sofista Ippia di Elide, secondo la quale «*gli uomini risultano essere tutti congiunti, famigliari e concittadini per natura*», poiché «*la legge tiranna dell'essere umano lo costringe a molte cose contro natura*»<sup>117</sup>. Alcidamante, secondo quanto riporta Aristotele nella «*Retorica*», afferma l'originaria libertà di tutti gli uomini, perché la natura non creò nessuno schiavo<sup>118</sup>. Per Antifone, invece, «*la maggior parte delle cose giuste secondo la legge sono in opposizione con la natura*», poiché per natura il singolo individuo perseguirebbe il suo giovamento personale, mentre la legge impedisce ciò, essendo le norme di questa «*convenzionali*», ossia «*frutto di un accordo*», e derivando dal loro rispetto alla «*giustizia*»; da tale riflessione Antifone deduce che «*per natura tutti siamo uguali in tutto, barbari e Greci... Infatti tutti respiriamo l'aria con la bocca e con le narici, e mangiamo con le mani tutti*»<sup>119</sup>; egli dunque intende affermare che tutti gli uomini attendono in

<sup>113</sup>Cfr. Fassò G., *Il diritto naturale*, cit., p. 26.

<sup>114</sup>Cfr. Diels H. - Kranz W., *I presocratici*, a cura di Giovanni Reale, I Ed., Bompiani, 2006, pp. 80 ss.

<sup>115</sup>Cfr. Fassò G., *Il diritto naturale*, cit., p. 21.

<sup>116</sup>Cfr. Abbagnano N., *Storia della filosofia. I. Il pensiero greco e cristiano: dai Presocratici alla scuola di Chartres*, Utet, Torino, 1993, p. 90.

<sup>117</sup>Platone, *Politico*.

<sup>118</sup>Aristotele, *Retorica*.

<sup>119</sup>Cfr. Diels H. - Kranz W., *I presocratici*, cit., p. 87.

egual misura alle necessità naturali<sup>120</sup>. San Tommaso d'Aquino, in una sua riflessione avente ad oggetto la persona nella sua complessità, nel suo contesto sociale e comunitario, e l'ordinamento giuridico afferma che: «*Inest homini inclinatio ad bonum secundum naturam rationis quae est sibi propria: sicut homo habet naturalem inclinationem ad hoc quod veritatem cognoscat de Deo et ad hoc quod in societate vivat*»<sup>121</sup>. L'aquinate pone l'accento su tre elementi base che focalizzano l'essere persona, quali l'inclinazione verso il bene, la razionalità che per natura risulta essere propria dell'essere umano, e la stretta relazione tra inclinazione al bene e razionalità. Tali elementi delineano che ciascuna persona può riconoscersi protagonista di una possibile e sempre nuova conoscenza della verità ed è capace di esercitare il proprio ruolo specifico nelle diverse declinazioni, ma in un'ottica di rispetto delle diversità di ciascuno, di comunione, di gratuità e dono reciproco<sup>122</sup>.

Tali teorie faranno da supporto per quella che sarà la concezione dello "Stato moderno"; essa si avvarrà delle teorie di insigni studiosi. Prima tra tutte quella di Thomas Hobbes, sostenitore laico del potere; egli sosteneva la tesi secondo cui lo stato non è una "creatura divina", ma un "essere artificiale", (ossia un "prodotto umano"), i cui tre poteri (giudiziario, esecutivo e legislativo) si devono intendere quali strumenti nelle mani del sovrano per assicurare l'ordine in una data società<sup>123</sup>. Egli nella fattispecie ritiene che l'uomo, per poter uscire da quello stadio di vita definito "stadio naturale" o "di natura", caratterizzato dalla (guerra di tutti contro tutti), deve necessariamente stipulare un "pactum", secondo il quale ognuno dei membri rinuncia al suo

<sup>120</sup>Cfr. Fassò G., *Il diritto naturale*, cit., p. 29.

<sup>121</sup>San Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a 2.

<sup>122</sup>Cfr. Benedetto XVI, Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, 29. 6. 2009, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2009, n. 4; nella parte introduttiva l'autore mette in luce come la verità è "logos" che crea "dia-logos", e quindi comunicazione e comunione.

<sup>123</sup>Hobbes T., *Leviatano*, I, 14.



diritto naturale nei confronti dell'altro contraente<sup>124</sup>; solo il principe non è tenuto a rispettare la legge poiché è fonte della stessa legge, quindi si parlerà di *"legibus solutus"*. Partendo dalla constatazione secondo cui, nell'ambito dello stato di natura, *"homo homini lupus"*, ossia quando gli uomini si scontrano senza alcuna regola, perché ognuno punta, spinto da una bramosia naturale, ad affermare in maniera illimitata i suoi diritti alla vita, alla libertà e alla proprietà, ne deriva uno *"stato di guerra permanente"*, che rischia di mettere in pericolo la concordia tra gli uomini<sup>125</sup>. Per Hobbes lo Stato può essere anche assoluto, e quindi ciò che ne consegue è che gli individui, da un lato, formeranno un *"pactum unionis"*, cioè patto di associazione, dall'altro un *"pactum subiectionis"*, ossia patto di sottomissione, in base al quale gli individui delegano i loro diritti e l'esercizio degli stessi allo Stato, che nasce come conseguenza del contratto. Lo Stato nasce in virtù della volontà dei singoli, i quali, in virtù del patto di associazione, danno vita a un'unica volontà. Il sovrano, a cui i singoli delegano i propri diritti – (sia singolo monarca, sia assemblea) – è membro di quella stessa comunità, e destituirlo sarebbe arrecare danno all'intera comunità collettiva<sup>126</sup>.

Dunque per quanto concerne la teorizzazione della società, i presupposti sono due opposti: da una parte il concetto di *"egoismo"*, tendenza all'autoconservazione della propria vita (bene relativo originario), e il concetto di *"convenzionalismo"* (opposto a quello di naturalismo), mediante il quale si può spiegare la distinzione tra giustizia e ingiustizia.

Ogni uomo tende alla sua conservazione e ogni suo atto è finalizzato a questa tendenza, ma nel fare ciò ognuno entra in contrasto con l'uguale

---

<sup>124</sup>Hobbes T., *Leviatano*, I, 14 e 15.

<sup>125</sup>Cfr. Mori M., *Hobbes*, in *Storia della filosofia moderna*, cit., p. 98 ss.

<sup>126</sup>Hobbes T., *Leviatano*, *Introduzione*.

tendenza presente negli altri uomini. Ciò che ne scaturisce è una continua guerra di tutti contro tutti ("*bellum omnium contra omnes*"), nella quale l'uomo è lupo per ogni altro uomo ("*homo homini lupus*"). L'uomo rischia così di perdere il suo bene primario, cioè la vita, ma tramite un'interazione tra istinto (che lo porta a rifuggire dalla guerra), e ragione (che domina l'istinto), riesce a convivere pacificamente in comunità, autoregolandosi secondo determinati principi detti "*leggi*" di natura da non confondersi con i "*diritti*" di natura<sup>127</sup>.

Da quanto su esposto, si deduce come per Hobbes "*la guerra civile*" è un "*male assoluto*" poiché manca la premessa normativa. E' proprio ai fini di evitare questa tipologia di guerra ed evitare la guerra di tutti contro tutti, per Hobbes gli esseri umani hanno inventato lo Stato<sup>128</sup>. La "*guerra internazionale*", invece, si configura come un conflitto molto ampio tra Stati sovrani, al fine di dirimere in "*extrema ratio*" le varie controversie internazionali, i cui caratteri possono essere di natura economica, politica, ideologica etc...

Di notevole interesse senza dubbio il pensiero di Rousseau, un filosofo e anche un teorico del diritto al pari di Platone, Hobbes, Kant e pochissimi altri filosofi. Egli si ingegna nel estrapolare una qualche regola di "*amministrazione legittima e sicura*", da porre a fondamento dell'ordinamento civile<sup>129</sup>, sottolineando come ogni uomo nasca libero e le organizzazioni umane si devono fondare sull'accordo tra gli uomini<sup>130</sup>. Sottolinea come il diritto si serve della forza, ma osserva come la forza non fa il diritto<sup>131</sup>, e ne consegue che si deve obbedire solo ai poteri legittimi<sup>132</sup>. Allorchè il popolo è sottomesso allo

---

<sup>127</sup>Hobbes T., *Leviatano*, I, 11 e 14.

<sup>128</sup>Hobbes T., *Leviatano, Introduzione*, I, 13-14; cfr. Tedeschi M., *Potestà civile e potestà ecclesiastica nel pensiero di Thomas Hobbes*, in *Estudios Lombardia*, 1989, pp. 1173-92.

<sup>129</sup>Rousseau J. J., *Il contratto sociale*, libro I, cap. I, cit., pag. 5.

<sup>130</sup>Rousseau J. J., *Il contratto sociale*, libro I, cap. III, cit., pag., 11.

<sup>131</sup>Rousseau J. J., *Il contratto sociale*, libro I, cap. III, cit., pag. 11.

<sup>132</sup>Rousseau J. J., *Il contratto sociale*, libro I, cap. III, cit., pag. 11.

strapotere di un qualsiasi tiranno<sup>133</sup>, qualche volta cedere alla forza risulta essere un *“atto necessario”*, al massimo si può considerare come *“atto di prudenza”*<sup>134</sup>.

Dunque (per Rousseau), non la forza crea il diritto, ma il potere legittimo, che è quello espresso direttamente dal popolo senza mediazione alcuna di deputati o rappresentanti<sup>135</sup>, e dà forma e contenuto al patto costituente, cioè al *“contratto sociale”*<sup>136</sup>. Tale patto fondamentale, non distrugge l'uguaglianza naturale, ma la sostituisce con un'uguaglianza morale e legittima a quel tanto di disuguaglianza fisica che la natura ha potuto mettere tra gli uomini, i quali, potendo per natura trovarsi ad essere disuguali per forza o per ingegno, diventano tutti uguali per convenzione e di diritto<sup>137</sup>.

In sintesi, se le norme costituiscono uno degli elementi dell'ordinamento giuridico, non bisogna considerare la *“teoria normativa”* e la *“teoria istituzionale”* in un dualismo confligente e insanabile, ma come due concezioni che si integrano a vicenda e che consentono così di cogliere meglio l'essenza dell'ordinamento giuridico nella sua ampiezza e complessità. Per tale motivo, l'ordinamento giuridico non garantisce di per sé l'ordine della vita della comunità, e risulta distinto dal sistema normativo, per cui *«la violazione delle norme giuridiche porta sempre come conseguenza il turbamento di quell'ordine fondamentale in cui consiste la vita sociale»*<sup>138</sup>.

Compito dunque dell'ordinamento giuridico è il recupero del *“fenomeno”* giuridico nella sua portata relazionale e nella sua complessità sociale. A tal

<sup>133</sup>Rousseau J. J., *Il contratto sociale*, libro I, cap. I, cit., pagg. 5-7.

<sup>134</sup>Rousseau J. J., *Il contratto sociale*, libro I, cap. III, cit., pagg. 11.

<sup>135</sup>J. J. Rousseau è uno strenuo difensore della democrazia diretta. A tal proposito egli afferma: *“La sovranità non può venir rappresentata per la medesima ragione per cui non può essere alienata; essa consiste nella volontà generale, e la volontà non si rappresenta, cioè o è essa stessa, o è un'altra”*, *Il contratto sociale*, cit., pag. 137-139.

<sup>136</sup>Rousseau J. J., *Il contratto sociale*, libro I, cap. VI, cit., pagg. 23 ss.

<sup>137</sup>Rousseau J. J., *Il contratto sociale*, libro I, cap. IV, cit., pag. 33.

<sup>138</sup>Chiarelli G., *L'ordinamento giuridico*, in *Scritti di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 35.

proposito, è stato affermato che il diritto «*non piove dall'alto, non si impone come forze coattive; è invece quasi come una pretesa che viene dal basso, è il salvataggio di una comunità che solo col diritto e nel diritto, solo diventando un ordinamento giuridico, sa di poter vincere la sua partita nella storia*»<sup>139</sup>. L'ordinamento giuridico si può definire in tale ottica come tessuto storico che si organizza ed è proprio all'interno di questa "societas" dalla quale esso stesso promana, plurima ed eterogenea, non certo monistica e ripetitiva.

Il diritto, nella sua esperienza, rende palese nell'ordinamento giuridico il suo fondamento di verità, la sua valenza specificatamente relazionale e la sua capacità ordinativa; la verità diviene una missione da compiere «*mediandola nel vissuto sempre nuovo della società*»<sup>140</sup>; rinunciare ad essa «*significa cadere in una visione empiristica e scettica della vita, perché non interessata a cogliere i valori - talora nemmeno i significati - con cui giudicarla e orientarla*»<sup>141</sup>.

Non si può dunque pensare a una figura di ordinamento dato una volta per tutte, quale insieme di precetti formali immutabili, che poi si inserisca, adattandosi nelle diverse epoche storiche, ma piuttosto a una figura concreta, non esclusiva, ma specifica del "vivere in societate" in maniera giuridica, cioè di una realtà storica per definizione, legata a un determinato evento accaduto una volta per tutte, ma che è chiamato ad un continuo divenire e ad assumere di volta in volta nuove forme. In questa maniera, l'ordinamento giuridico resta sempre fedele alla sua origine che ha per proprio centro la persona.

---

<sup>139</sup>Grossi P., *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 17.

<sup>140</sup>Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2004, 40, n. 76.

<sup>141</sup>Benedetto XVI, Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, 29.6.2009, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2009, n. 9.

Altro aspetto riguarda il dato relativo, e cioè la società, con tutti i suoi dinamismi, che ai nostri tempi si presenta secondo dei ritmi che sembrano avere una forza propulsiva immanente sotto il profilo economico e giuridico<sup>142</sup>; man mano matura l'esigenza di dirigere e indirizzare tali dinamiche di trasformazione, affinché la società si possa affermare sempre meglio quale spazio dell'uomo e per l'uomo; essa consiste nella linfa vitale dell'ordinamento stesso, e nel momento in cui ordinamento e società si separano, quando l'elemento giuridico si discosta dalla storia, l'aspetto dialogico e relazionale del "vivere in società", cioè l'orientamento al bene e secondo regole di giustizia, si involge in forme di riduttismo giuridico, divenendo sterile e ripetitivo di se stesso in singoli momenti, in comandi precisi da subire e ubbidire<sup>143</sup>.

L'ordinamento deve essere considerato come luogo di relazione dinamica, di apertura e di confronto ed è chiamato ad attuarsi, assumendo forme sempre nuove, al fine di essere sempre fedele alla propria origine. Esso si può definire entità complessa in tensione tra l'*oggettività* del reale, inteso in senso dinamico, aperto, prospettico e pluridimensionale, e la *soggettività* propria della persona, con i propri valori, che è inserita nell'ordinamento, ma al tempo stesso lo previene e lo vivifica con l'accogliere e interpretare nonché dare il proprio originale contributo nel far nascere la realtà stessa in tutto il suo significato<sup>144</sup>.

## Esame e critica del concetto di "guerra giusta"

---

<sup>142</sup>Cfr. Grossi P., *Società, diritto e Stato*, in collana *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 301-312.

<sup>143</sup>Iaccarino A., *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici tra mito e utopia*, in Falchi G. L.-Iaccarino A., *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici, Atti del XIV Colloquio Giuridico Internazionale*, in *Collana Utrumque Ius, Pontificia Università Lateranense, (Roma 9-10 marzo 2010)*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2011, pp. 49-74.

<sup>144</sup>Cfr. Frosini V., «*Ordinamento giuridico (filosofia)*», cit., pag. 654.

Il concetto di *"guerra giusta"* o per *"giusti motivi"* ha la sua origine negli scritti di Agostino da Ippona (Sant'Agostino), il quale non solo ammetteva la guerra *"difensiva"*, ma anche quella *"offensiva"*, ai fini di vendicare un'ingiustizia patita<sup>145</sup>. Da tale impostazione deriva il corollario secondo cui non è sufficiente respingere i nemici (quali ad esempio saccheggiatori, briganti, tiranni, etc...) entro i propri confini, ma è lecito proseguire ulteriormente le ostilità, al fine di evitare che i nemici stessi si ricompattino e possano nuovamente attaccare. Sulla stessa scia si imposta la teoria di Tommaso d'Aquino (San Tommaso), secondo cui la *"guerra giusta"* è ammessa dall'Antico Testamento, e il Vangelo nulla vieta di ciò che era ritenuto lecito per la Bibbia. Per tal motivo è lecito l'uso delle armi contro i nemici esterni, ma anche contro i sediziosi e i delinquenti all'interno della comunità<sup>146</sup>. All'intento punitivo, dunque, si aggiungeva quello dell'instaurazione di una *"pace conforme a giustizia"*<sup>147</sup>. Tale impostazione trae spunto anche dal precedente concetto di *"guerra giusta"*, che aveva più che altro un significato rituale e sacrale, così come si trova descritto in Tito Livio, il quale sosteneva che la guerra si può definire *"giusta"* nel momento in cui scaturisce dopo l'aver compiuto i rituali richiesti dalla religione di allora per iniziare una guerra secondo le procedure accettate dagli dei<sup>148</sup>.

In ogni guerra possiamo distinguere tre periodi: l'inizio, la prosecuzione prima dell'ottenimento della vittoria, e il periodo dopo la vittoria, e ciò che viene rivendicato da una guerra giusta consiste nello *"ius ad pacem"* più che lo *"ius ad bellum"*. Spesso i sostenitori della *"guerra giusta"* si concentrano

---

<sup>145</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pag. 181

<sup>146</sup>De Vitoria F., *De iure belli*, cit., pagg. 11-13.

<sup>147</sup>Haggenmacher P., *Il diritto della guerra e della pace di Gentili*, cit., p. 24.

<sup>148</sup>Tito Livio, *Ab Urbe Condita*, IX.

soltanto nei primi due periodi, cioè la fase che porta al conflitto e la sua prosecuzione, non considerando il periodo che porta allo *"ius post bellum"*, e tale scarsa considerazione non è solo a livello teorico, ma si riflette nel diritto e nei trattati internazionali; l'apparato internazionale che regola il periodo post conflittuale appare circoscritto e anacronistico se confrontato con la legislazione che regola lo *"ius ad bellum"* e lo *"ius in bello"*. La guerra è definita *"giusta"* dalla dottrina che ne sottolinea l'aspetto morale; il conflitto, dunque, se combattuto per giusta ragione può elevarsi ad atto di giustizia, nel senso che talvolta la virtù della giustizia richiede l'uso della guerra come un legittimo e talvolta necessario mezzo per una giusta conclusione.

La teoria classica della guerra *"giusta"* deve essere riferita solo ai principi di giustizia che devono precedere la decisione di usare la forza e la giustizia che deve accompagnare lo svolgimento dei combattimenti. In tal caso, secondo quanto stabilito dalla Convenzione dell'Aja nel 1907, la potenza occupante, dopo la guerra, assume spesso funzioni esecutive del governo precedente e alcune responsabilità giuridiche, e tale occupazione non implica un'assunzione di sovranità sul territorio, ma semplicemente l'amministrazione provvisoria che deve durare al massimo un anno.

Gary J. Bass<sup>149</sup> sostiene che lo *"ius post bellum"* è collegato sia allo *"ius ad bellum"* che allo *"ius in bello"*. Lo *"ius post bellum"* si collega allo *"ius in bello"* attraverso principi di proporzionalità; tale relazione è duplice: da una parte, poiché il criterio di proporzionalità richiede che il combattimento sia limitato, deve sussistere una limitazione anche degli obiettivi per i quali il conflitto ha luogo, ciò implica che la guerra totale o la conquista totale di uno

---

<sup>149</sup>Gary J. Bass, *Jus post bellum*, "Philosophy and Public Affairs", vol. 32, n. 4, 2004, pp. 384-412.

Stato sono sospetti<sup>150</sup>; dall'altra, le azioni portate avanti dagli Stati per poter porre fine ad una guerra dovranno essere obbligatoriamente connesse alle azioni messe in atto nel periodo successivo al conflitto. Ne consegue che gli obiettivi che la teoria dello *"ius in bello"* impone agli Stati vittoriosi in relazione ai contenuti dei trattati di pace, termini di resa accettabili e riparazioni tollerabili influiranno nei mesi e negli anni successivi alla fine del conflitto, sulle azioni degli Stati vittoriosi<sup>151</sup>.

Scopo dunque di tutte le guerre giuste è quello di rispettare le norme che riducano al minimo la violenza e le ingiustizie, al fine di produrre una situazione generale che sia migliore dello *"status quo ante bellum"*, e quindi edificare una pace duratura e stabile tramite l'importantissimo contributo del principio di proporzionalità, che in sintesi afferma che gli *«interventi devono fare più bene che male»*<sup>152</sup>. Sarà vero? O è anche questo un sommo inganno?

Michael Walzer<sup>153</sup> sostiene che lo scopo della guerra *"giusta"* consiste in uno stato migliore di pace, dove *"migliore"* in termini di giustizia significa più stabile dello *"status quo ante bellum"*, meno vulnerabile all'espansione territoriale, più sicura per uomini e donne qualunque e ai fini della loro autodeterminazione interna. Le guerre giuste sono dunque *"limitate"*<sup>154</sup>, inoltre la fine di una guerra deve essere regolata dagli stessi principi caratterizzanti la condotta della guerra e in particolare lo *"ius ad bellum"*. La *"teoria dei fini in guerra"* si fonda su quelli stessi diritti che giustificano, in primo luogo, il ricorso al combattimento – prima fra tutti, sul diritto delle Nazioni, anche quelle

<sup>150</sup>Cfr. Gary J. Bass, *Jus post bellum*, cit., p. 386.

<sup>151</sup>Cfr. Gary J. Bass, *Jus post bellum*, cit., p. 386.

<sup>152</sup>Cfr. Fixdal M. – Smith D., *Humanitarian Intervention and Just War*, "Mershon International Studies Review", vol. 42, n. 2, 1998, pp. 283-312.

<sup>153</sup>Cfr. Walzer M., *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, traduzione a cura di Armao F., Collana Sagittari Laterza, Roma -Bari, 2009, pp. 165 ss.

<sup>154</sup>Cfr. Walzer M., *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Collana Sagittari Laterza, Roma-Bari, 2009, cit., p. 169.



nemiche, alla propria sopravvivenza, e a meno di circostanze estreme, al mantenimento delle prerogative politiche della nazionalità. La teoria comprende argomenti a favore della prudenza e del realismo, costituisce un efficace argine contro la guerra totale, ed è in armonia con altri aspetti dello *"ius ad bellum"*<sup>155</sup>.

Se uno Stato commette genocidio, perde la dignità internazionale, e la parte vincitrice ha il dovere di ricostruzione post-bellica. Il criterio di proporzionalità, oltre a indicare l'uso limitato delle armi, sottolinea la necessità di stabilizzare la società e proteggere i membri più vulnerabili, ma la ricostruzione deve essere neutrale, deve coinvolgere altri Stati oltre la parte vincitrice per evitare che gli interessi del singolo abbiano il sopravvento sulle finalità dell'intervento, e l'obiettivo è quello di creare una società non genocida e non una società perfetta. Dal momento che non vi può essere guerra *"giusta"* senza giustizia è necessario istituire dei tribunali per crimini di guerra, tramite i quali punire chi viola i diritti umani<sup>156</sup>.

Walzer e Bass considerano, dunque, contrariamente a Kant, lo *"ius post bellum"* come parte dello *"ius ad bellum"*, contrariamente a chi sostiene che lo *"ius post bellum"* debba essere considerato come una terza e separata parte della teoria della guerra *"giusta"*<sup>157</sup>.

Ma è legittimo porsi la domanda se lo *"ius ad bellum"*, implicante il contendere tramite l'uso della forza, sia realmente lecito. Già Cicerone aveva anticipato che esistono due modi di contendere: tramite l'uso della forza oppure tramite la forza della ragione. Partendo da tale dicotomia si può dare una risposta circa la differenza tra diritto e guerra, partendo dal presupposto

---

<sup>155</sup>Cfr. Walzer M., *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, cit., pp. 170-171.

<sup>156</sup>Cfr. Kellogg D. E., *Jus Post Bellum: The Importance of War Crimes Trials*, Parameters, 2002, p. 98.

<sup>157</sup>Cfr. Orend B., *War and International Justice. A kantian perspective*, Paperback, 2000.

che entrambi sono strumenti per dare attuazione a scelte di supremazia politica, sociale ed economica. Il diritto è dunque visto come *“strumento alternativo alla guerra e in sintonia con la pace”*, e la guerra quale *“criterio in antitesi con la pace e in concorrenza col diritto”*.

Una guerra può dunque terminare per effetto di un atto giuridico - il trattato di pace - ma nessun atto giuridico può darle inizio, neanche la dichiarazione di guerra, poiché quest'ultima manifesta solamente le intenzioni di abbandonare le procedure imposte dal diritto<sup>158</sup>.

Ma la guerra, come evidenziato dal Federici, *“non è un processo giuridico che si svolge in altra forma”*: *“può essere inevitabile, scusabile, ma non è mai giusta”*<sup>159</sup>. *“La guerra è la notte del diritto. Il “diritto umanitario” è tutto il diritto che può sopravvivere durante un conflitto armato ed è assimilabile ad una fiaccola tremolante che può rimanere accesa anche nel buio pesto della notte”*<sup>160</sup>.

## 8. Cenni sulla guerra fredda

Durante il periodo della *“guerra fredda”*, durato quarant'anni, che si configurava come un braccio di ferro fatto di azioni di spionaggio e controspionaggio, di ritorsioni limitate o indirette, fino ad arrivare alle rappresaglie, dove le parti evitavano di spingere più in là le loro azioni di disturbo o di rivendicazione, la guerra più temuta (quella nucleare) fu evitata.

La *“guerra fredda”* si potrebbe configurare come una guerra non scoppiata e mantenuta allo stato freddo (come posta in un congelatore costruito dalla prudenza dei blocchi contendenti e dalla titubanza sull'esito

---

<sup>158</sup> Cfr. Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 238; 287 ss.

<sup>159</sup> Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., *passim* e IV di copertina.

<sup>160</sup> Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., *passim* e IV di copertina.

finale della guerra), la cui caratteristica è data dal fatto che i belligeranti intrattengono di continuo relazioni diplomatiche ovvero non le sospendono definitivamente<sup>161</sup>. La ragion di Stato, la prudenza, l'attesa che le situazioni si evolvano a proprio favore senza ricorrere all'uso esplicito delle armi, hanno la supremazia sul desiderio di annientare l'avversario, anche se, in tutto ciò alcuni episodi possono avere *"tutta l'apparenza e la sostanza degli atti di guerra e di rappresaglia"*. In sintesi, la *"guerra fredda"* può essere definita come una *"contesa limitata"*, in cui i soggetti coinvolti ragionano formalmente in termini giuridici prudentemente, per paura della guerra totale; in essa vige un clima ostile *"coperto da un manto chiamato pace"*; ci si scambiano accuse, con spirito di prevaricazione si mostrano armi, e in alcuni casi si usano azioni segrete per inasprire i malcontenti e sobillare la popolazione dello Stato nemico e dei suoi alleati al fine di stremare l'avversario. Dal momento che nella *"guerra fredda"* gli ordinamenti contrapposti si combattono in maniera subdola, violando reciprocamente le regole dell'ordinamento avversario e negando di essere coinvolti, avvalendosi degli apparati di spionaggio e controspionaggio, essa si colloca tra le guerre tra ordinamenti, dove ordinamenti contrapposti si combattono a livello *"sotterraneo"*, scambiandosi *"colpi bassi"*<sup>162</sup>.

Umberto Fragola<sup>163</sup>, uno dei più insigni studiosi degli apparati amministrativi dei servizi di sicurezza, cioè quell'insieme di corpi dello Stato, civili e militari, che svolgono la funzione di *intelligence*, mette in luce come in tutto ciò emerga il ruolo delle *"amministrazioni invisibili"*, sottolineando che la valutazione giuridica riguardo i loro atti sia opposta a seconda che a parlare sia

---

<sup>161</sup>Cfr. Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., p. 306.

<sup>162</sup>Cfr. Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 307-308.

<sup>163</sup>Cfr. Fragola U., *L'amministrazione invisibile: i problemi giuridici dell'apparato dei servizi segreti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, *passim*.

chi li organizza e gestisce ovvero chi li subisce e li contrasta. Tali atti vengono condannati ufficialmente o ufficiosamente, ma colui che li ha inferti con successo gioisce in segreto; tali azioni possono da taluni essere considerate eroiche, da altri essere condannate quali attività di spionaggio o di tradimento<sup>164</sup>. Tale contesa, più o meno occulta, può lasciare spazio a guerre aspre, limitate però a un determinato territorio, come ad esempio quelle combattute in Corea, Vietnam, Afganistan, Siria<sup>165</sup>, etc...

Sun Tzu<sup>166</sup> con l' *"arte della guerra"* ci fornisce un supporto efficace per meglio comprendere la logica stessa della *"guerra fredda"*, col principio secondo il quale si può *"vincere senza combattere"* e si può *"conquistare il territorio nemico senza distruggerlo"*.

Di notevole interesse appare qui l'analisi del diritto<sup>167</sup>, considerato come *"genere prossimo alla guerra"*; esso è inteso come strumento indispensabile alla vita e al progresso umano, ma è inteso anche come quell'insieme di strumenti atti a prevenire e risolvere in maniera civile le controversie tanto tra i singoli, quanto tra i gruppi e perfino tra gli Stati<sup>168</sup>. Diversamente, in guerra, le parti coinvolte nel conflitto vorrebbero farsi giustizia da sé, tramite le armi, quindi il genere prossimo del diritto è dato proprio dalla guerra. La differenza vera e propria tra guerra e diritto bisogna trovarla nel fatto che essi rappresentano mezzi alternativi, creati a volte dall'ingegno umano, alcune volte dalla perfidia umana, ma entrambi idonei ad attuare scelte assunte altrove, cioè dai politici o dai potenti di turno (intelligenza mondiale)<sup>169</sup>. Diritto e

---

<sup>164</sup>Fragola U., *L'amministrazione invisibile: i problemi giuridici dell'apparato dei servizi segreti*, cit., *passim*.

<sup>165</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., p. 309.

<sup>166</sup>Sun Tzu, *L'arte della guerra ovvero i Tredici capitoli del maestro Sun*, in *L'arte della guerra. Da Sun Tzu a Clausewitz*, a cura di Breccia G., Einaudi, Torino, 2009. cap. I, pp. 8 ss.

<sup>167</sup>Cfr. Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 117; 260 ss.; 287 ss.

<sup>168</sup>Cfr. Ballardore Pallieri A., *Diritto Bellico*, Padova, 1954.

<sup>169</sup>Cfr. Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 334 ss.

guerra sono i mezzi di cui si avvalgono coloro che detengono il potere al fine di dirimere le controversie; l'uno, dunque, si configura come lo strumento di chi non vuole farsi giustizia per conto proprio, l'altro si identifica nell'arma preferita di coloro i quali non hanno alcuna fiducia nel diritto, cioè di coloro che non si affidano agli accordi tra le parti in causa e alle sentenze dei giudici, riponendo la loro fiducia in loro stessi, nella potenza dei loro eserciti e degli uomini ai loro ordini. Si evince da ciò come il diritto sia un congegno a servizio della pace e come esso rifugga dagli inganni, mentre la guerra si basi su imbrogli e raggiri. Si potrebbe quasi dire in senso ironico che *"diritto e guerra sono come due fratelli"*<sup>170</sup>. Dunque la funzione fondamentale del diritto, inteso quale presupposto per la sopravvivenza di ogni forma di società umana, è quella di prevenire e risolvere i conflitti; nel momento in cui le modalità giuridiche per risolvere le controversie falliscono, subentra la guerra, che può essere inevitabile, scusabile, ma mai *"giusta"*, e nemmeno il trattato di pace o la dichiarazione di ostilità si possono considerare atti giuridici figli della guerra, poiché l'uno sancisce l'evidente vittoria del diritto su di essa, l'altro la manifestazione della volontà di abbandonare le procedure del diritto. Da tale teoria scaturisce una profonda riflessione sullo *"ius ad bellum"*; quest'ultimo appare frutto di un abbaglio che ha fatto scambiare casi regolati dal diritto umanitario (trattamento dei feriti, dei prigionieri etc.) per fattispecie disciplinate dal diritto bellico.

Il diritto bellico ha perso l'ultimo fondamento da quando è stata messa al bando la *"guerra di aggressione"* con la nascita delle Nazioni Unite. Da ciò si deduce come *"dichiarazione di guerra"* e *"ultimatum"* non costituiscono più

---

<sup>170</sup>Cfr. Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 37-38.

l'inizio leale delle ostilità, ma portano a considerare aggressore chi si serve di esse<sup>171</sup>.

## 9. Il diritto come *“strumento di pace”*

In tempi recenti Federici ha formulato una nuova tesi, secondo cui la funzione degli ordinamenti giuridici consiste nel prevenire e risolvere i conflitti. L'autore, spingendosi ben oltre l'intuizione di Carl von Clausewitz, secondo cui *“la guerra è la continuazione della politica di Stato con altri mezzi”*<sup>172</sup>, partendo dal problema circa la differenza tra guerra e diritto, focalizza l'attenzione sul fatto che sia la guerra che il diritto sono strumenti preposti al fine di attuare scelte di supremazia sociale, politica ed economica<sup>173</sup>. In tale prospettiva, il Federici, ponendosi il dilemma di come il diritto può essere strumento di pace, definisce quest'ultimo quale *“strumento alternativo alla guerra e in sintonia con la pace”*, mentre la guerra quale *“criterio in antitesi con la pace e in concorrenza col diritto”*<sup>174</sup>. Ai fini dunque di concludere un conflitto assume massima importanza il diritto internazionale, che fa da fondamento alla stipula di un *“trattato di pace”*; si comprende come una guerra non può avere inizio da nessun atto giuridico, nemmeno dalla dichiarazione di guerra, poiché quest'ultima serve solo a esplicitare le intenzioni di abbandonare le procedure imposte dal diritto. Da ciò si evince come il *“diritto bellico”* non ha più alcun motivo di esistere da quando, con l'avvento delle Nazioni Unite, è stata sancita la messa al bando della guerra di aggressione<sup>175</sup>. L'*ultimatum* e la *dichiarazione*

---

<sup>171</sup>Cfr. Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 249-262.

<sup>172</sup>Clausewitz K., *Della guerra*, cit., p. 20.

<sup>173</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., p. 37 ss.

<sup>174</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 37-39; 280.

<sup>175</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 287; 293.

*di guerra* non rappresentano più i mezzi per iniziare lealmente le ostilità, ma identificano come aggressori coloro i quali se ne servono.

Il diritto è dunque qualificato quale fondamento base ai fini della sussistenza e della sopravvivenza di ogni forma di società umana, avendo come principale compito quello di prevenire e risolvere i conflitti. Nel momento in cui si verifica il fallimento delle procedure giuridiche compare la guerra, che non può mai essere considerata un giusto rimedio, ma in *"extrema ratio"* *"inevitabile"*, *"scusabile"*. La guerra, infatti, è la continuazione della politica con altri mezzi, mentre il diritto è la continuazione della politica con mezzi propri. In altre parole, si potrebbe dire, con i giusti mezzi, al fine di sottolineare che quelli bellici non sono mai giusti. È opportuno qui citare la tesi di Bin e Pitruzzella, secondo i quali il potere politico *"permette a chi lo detiene di imporre la propria volontà ricorrendo alla forza legittima"*<sup>176</sup>; ciò si comprende se si considera la tesi di Santi Romano, secondo cui ogni ordinamento giuridico nel momento in cui nasce è concepito da una organizzazione sociale, e da ciò se ne deduce che *"il potere politico è una derivazione del potere sociale"*.

Guerra o diritto sono i due meccanismi a disposizione delle classi dominanti per affermare la propria volontà sociale, economica e politica; ed è proprio da ciò che si deduce come la funzione del diritto è quella di prevenire e risolvere i conflitti, affinché si eviti che essi sfocino in vendetta, guerra o rivoluzione. In altri termini, potrebbe essere affermato che lo scopo fondamentale degli ordinamenti giuridici consiste per l'appunto nell'evitare che i cittadini vengano alle armi, ossia tramite una formula latina, *"ne cives ad arma veniant"* oppure *"ne cives ad arma ruant"*<sup>177</sup>; tale massima latina

---

<sup>176</sup>Bin R. - Pitruzzella G., *Diritto costituzionale*, Torino, ed. XII, 2011, p. 12.

<sup>177</sup>Federici R., *Ne cives ad arma veniant*, destinato agli atti in onore del prof. Claudio Rossano, Jovene, Napoli, 2013.

(affinché i cittadini non vengano alle armi), se fosse scaturita dallo studio di un giurista di epoca romano-classica, certamente sarebbe stata ben collocata all'inizio del Digesto, assieme alla definizione classica del diritto come *"arte del buono e dell'equo"*. A tal riguardo, in entrambe le definizioni del diritto si nota la stessa differenza tra *"essere"* e *"dover essere"*; in qualità di *"essere"*, il diritto assume la specifica funzione di strumento alternativo alla guerra al fine di prevenire e risolvere i conflitti, invece in qualità di *"dover essere"* esso consiste nell'arte del buono e dell'equo. Dunque gli ordinamenti giuridici oltre a prevenire e risolvere i conflitti tra gli associati, avrebbero il grave compito di garantire il benessere e l'equità tra gli stessi. Infatti, le liti si possono e si devono prevenire tramite l'osservanza del diritto sostanziale, e dirimerle tramite l'utilizzo dei mezzi processuali<sup>178</sup>.

Al fine di comprendere meglio tale tesi innovativa, sarà bene soffermarsi sugli *"strumenti di prevenzione"*; questi ultimi consistono in regole di diritto sostanziale, attraverso cui ogni individuo e ogni organizzazione sa o dovrebbe conoscere i propri diritti e i propri doveri al fine di prevenire i contrasti con gli altri. Per esempio serve conoscere e rispettare le norme di diritto penale che vietano il furto, la truffa, la rapina, l'omicidio e altri reati, le regole di diritto civile sulla compravendita (di alimenti, abiti, automobili, appartamenti, etc...), le altre norme civilistiche di uso comune che possono riguardare l'affitto/locazione oppure le relazioni tra i coniugi, i diritti e i doveri tra genitori e figli, i rapporti degli studenti con gli insegnanti e viceversa, la guida degli autoveicoli, la disciplina del lavoro autonomo e quello subordinato, norme che regolano le imposte etc... Se dunque tali regole non vengono rispettate, coloro che le violano sanno di andare incontro a spiacevoli conseguenze, definite

---

<sup>178</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., p. 347.



sanzioni. Altri meccanismi giuridici sono quelli processuali, attraverso i quali si cerca di definire i conflitti in modo che la pace sociale torni a regnare dove prima c'era controversia. Dunque gli strumenti processuali sono quelli previsti dalle regole della procedura civile, penale e amministrativa, tributaria e contabile. Facendo un significativo esempio, se Tizio si lamenta a causa dei danni procuratigli da Caio, non gli spara, ma si rivolge al giudice attraverso il suo avvocato di fiducia<sup>179</sup>.

Bisogna partire dal presupposto che il diritto e la guerra fanno parte della stessa categoria e, in modo paradossale, sono uniti dalla stessa funzione, cioè quella di essere strumenti creati dal genere umano al fine di trovare una risoluzione in un modo o nell'altro alle controversie economiche, politiche o di egemonia. Da ciò si evince come il diritto e la guerra consistono in due metodi alternativi e quindi opposti per attuare decisioni politiche, economiche e di supremazia<sup>180</sup>. Proprio questi, quindi, rappresentano gli strumenti che possono essere utilizzati dalle classi dominanti o da coloro che detengono il potere politico ed economico per affermare la propria superiorità o per accompagnare il passaggio dei poteri, ma anche per stabilire, tramite delle scelte errate, il proprio declino o la propria sconfitta<sup>181</sup>.

Ma, ci si domanda come ricercare la differenza specifica tra questi due strumenti della politica, dell'economia e della supremazia, o in senso opposto dell'ideale di uguaglianza. Bisogna partire dall'analisi dei caratteri del diritto e della guerra, quali strumenti della politica, dell'economia, ma anche delle scelte sociali e religiose, e il primo substrato su cui si basa tale ricerca utilizza la

---

<sup>179</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 328-29.

<sup>180</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., p. 40.

<sup>181</sup>Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 42 ss; 343.

teoria sulla pluralità degli ordinamenti giuridici<sup>182</sup> (dottrina che permette di classificare e spiegare i conflitti armati come scontri tra ordinamenti giuridici)<sup>183</sup>.

Inoltre è qui opportuno sottolineare il significato stesso di guerra come «*fuoricampo giuridico*», come conflitto combattuto «*secondo regole non giuridiche ma militari e politiche*». Tale punto di vista trae origine dalla dottrina kantiana dell'organizzazione dei rapporti tra Stati, concezione fondata sul ricorso al diritto come metodo alternativo per risolvere i conflitti, e anche come aspirazione alla costituzione di organismi a livello internazionale composti da una pluralità, da una federazione di Stati, al fine di dirimere le controversie tra ordinamenti e di garantire il mantenimento della pace<sup>184</sup>. Su tale prospettiva si incentra l'analisi delle «*due alternative: guerra o diritto*»<sup>185</sup>.

Analizzando tra l'altro in quest'ottica gli strumenti che si possono utilizzare per evitare il ricorso a soluzioni conflittuali, il principale rimedio è da individuarsi nella «*democrazia internazionale*».

Partendo dunque dall'analisi della guerra come antitesi della pace e quale alternativa al diritto, si focalizza l'attenzione sulla funzione dello Stato secondo la dottrina di Hobbes<sup>186</sup>, ma anche sul rapporto tra guerra e diritto, traendo spunto dalla teoria della tripartizione dei poteri di Charles Montesquieu<sup>187</sup>. Quest'ultimo sottolinea come sia necessario creare le leggi sull'urgenza di prevenire le diverse forme di guerra: le norme internazionali, per evitare (e disciplinare) le guerre tra Stati; il diritto pubblico (ovvero, il diritto politico)

---

<sup>182</sup> Romano Santi, *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 222 ss; ID., *L'ordinamento giuridico*, 1951, cit., pp. 40 ss.

<sup>183</sup> Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., p. 107 s. *passim*.

<sup>184</sup> Kant E., *Per la pace perpetua*, 1795, trad. it. a cura di Widmar B., Torino, 1946, pp. 191 ss.

<sup>185</sup> Cfr. Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., p. 123 ss.

<sup>186</sup> Hobbes T., *Leviatano*, a cura di Magri T., *Introduzione*, Editori Riuniti, Roma, 2001.

<sup>187</sup> Montesquieu C., *Lo spirito delle leggi*, traduzione italiana curata da Richer nel 1757, a cura di Cotta S., Utet, Torino, 1952.

all'interno dello Stato al fine di disciplinare i rapporti intercorrenti tra governanti e governati.

Per Montesquieu, dunque, l'ideale per poter prevenire ed evitare le guerre viene rappresentato dalla federazione di Stati, meglio se tra Repubbliche, concetto ripreso successivamente da Kant<sup>188</sup>. Montesquieu afferma che lo spirito monarchico è dato dalla guerra e dal desiderio di espansione, lo spirito repubblicano consiste nella pace e nella moderazione.

Prendendo in esame il pensiero bellicista e esaminando attentamente il ruolo svolto dal diritto pubblico europeo in relazione ad esso, consideriamo le dottrine di Von Jhering<sup>189</sup> sulla lotta per il diritto e la guerra, ma anche le tesi nazionalistiche di Carl Schmitt<sup>190</sup>, autore del *"Nomos della terra"*.

Jhering sostiene che non vi sia una sostanziale differenza tra il processo (civile) per l'affermazione di un diritto e la guerra per affermare il diritto di uno Stato.

Al contrario Schmitt, nella sua concezione sul rapporto tra guerra e diritto, sottolinea come tutti i concetti più densi di significato della dottrina moderna dello Stato consistono in concetti teologici secolarizzati, come ad esempio *"il Dio onnipotente è divenuto l'onnipotente legislatore"*. Così lo *"stato di eccezione"*, mezzo tramite il quale l'autorità (il sovrano in senso sostanziale) dimostra di non avere bisogno del diritto per creare diritto, costituisce una specie di *"miracolo giuridico"*. Va però messo in rilievo come Schmitt non affronta la questione della guerra in base allo *"stato di eccezione"*, ma parte dalla contrapposizione *"amico-nemico"*. Il pensiero di Carl Schmitt ben si

---

<sup>188</sup>Kant E., Per la pace perpetua, 1795, cit., p. 191 ss..

<sup>189</sup>Jhering (von) R., *La lotta per il diritto, e altri saggi* (traduzione del *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1891, X ed., a cura di Racinaro R.), Giuffrè, Milano, 1989.

<sup>190</sup>Schmitt C., *Il nomos della terra*, traduzione italiana a cura di Lampis G., Milano, 1991.

inserisce nella definizione del nuovo ordine giuridico internazionale, nella nascita della statualità moderna dopo Westfalia; esso identifica nel "*Nomos della terra*" la legge, secondo il senso greco, ma questa legge è come se consistesse soprattutto in una misura, in una delimitazione di ordine spaziale; essa dunque rappresenta il criterio attraverso il quale il mondo è stato suddiviso tra gli Stati, ovvero concerne proprio il processo fondamentale della suddivisione dello spazio, che risulta essere essenziale in ogni epoca storica, trattandosi di una combinazione strutturante di ordinamento e localizzazione, nel quadro della convivenza tra i popoli sulla Terra, nel frattempo misurato in modo scientifico. Avendo dunque come punto cardine il pensiero dell'insigne giurista tedesco, si constata come vi siano delle nuove suddivisioni dello spazio, nuovi limiti e nuovi ordinamenti spaziali sulla terra, alla base di ogni nuovo periodo e di ogni nuova epoca della coesistenza tra i popoli, tra gli imperatori e i Paesi.

Per quanto concerne la sovranità degli Stati e dei conflitti, è opportuno analizzare, *in primis*, il concetto di sovranità, la nascita del diritto internazionale moderno e il ruolo dello "*Stato come macchina da guerra*", prestando particolare attenzione al ruolo delle Nazioni Unite<sup>191</sup>.

Luigi Ferrajoli<sup>192</sup>, altro insigne giurista, intende la guerra come "*negazione del diritto*", e da ciò si rende manifesto come il diritto sia un antidoto della guerra e della rivoluzione armata, in base proprio al rapporto dialettico intercorrente tra la funzione primaria degli ordinamenti giuridici e la guerra.

---

<sup>191</sup>Panebianco M., *Nazioni Unite (ONU)*, in *Enc. giur.* (Treccani), vol. XV, 1990, pp. 1 ss.; Conforti B., *Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU)*, in *Enc. del diritto*, vol. XXXI, 1981, pp. 265 ss.

<sup>192</sup>Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della dottrina*, cit., *passim*; ID., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

Per quanto attiene poi al diritto umanitario e i conflitti armati, è opportuno sottolineare il ruolo fondamentale che il diritto umanitario esercita nel diritto internazionale. Altro tema rilevante è quello della guerra mercenaria e del reclutamento di eserciti di professionisti, ma anche quello della *“guerra fredda”*, che secondo Sergio Cotta<sup>193</sup> non era altro che *“il nome nuovo”* di pace, cioè *“d'una realtà antica”*, in cui il concetto di pace è molto precario; quest'ultima in tal senso sarebbe sempre molto debole e di breve durata, al pari di una tregua. A tal proposito Leibniz<sup>194</sup> sosteneva che la pace è soltanto il *“prender fiato di due gladiatori”*, mentre Hobbes<sup>195</sup> era dell'opinione che la pace fosse *“una semplice sospensione sospettosa e armata, dell'aperto conflitto militare”*. Possiamo ben comprendere, dunque, come la razionalità e i mezzi giuridici possano prevenire e avere la meglio sui conflitti armati, e il più grande esempio di ciò ne è dato proprio dai Padri fondatori delle Comunità europee<sup>196</sup>. Da ciò trae spunto un'ampia riflessione di giuristi, sociologi, filosofi, politici, economisti che ci si augura possa portare alla soluzione pacifica delle grandi e piccole controversie, senza ricorrere mai più alla guerra; ci si auspica che tale dialogo possa trarre giovamento anche dall'ausilio offerto dallo *“ius canonicum”*; quest'ultimo, attingendo alle fonti dell'antico *“ius gentium”*, ben si presta a dare il suo supporto al dialogo tra gli Stati, e, ponendo al centro della sua riflessione la *“persona”* e la sua *“dignità”*<sup>197</sup>, a causa del suo carattere *“peculiare”*, eleva valori quali la *“libertà”*, la *“giustizia”*, la *“fratellanza”*, il

---

<sup>193</sup>Cotta S., *Dalla guerra alla pace. Un itinerario filosofico*, Rusconi, Milano, III ed., 1991.

<sup>194</sup>Leibniz G.W., *Prefazione al codice diplomatico di diritto delle genti*, (1693), in *Scritti politici e di diritto naturale*, a cura di Mathieu V., Torino, 1951.

<sup>195</sup>Hobbes T., *Leviatano*, a cura di Magri T., *Introduzione*, Editori Riuniti, Roma, 2001.

<sup>196</sup>Cfr. Federici R., *Guerra o diritto?*, cit., pp. 150-151.

<sup>197</sup>Cfr. *Dichiarazione Dignitatis Humanae sulla libertà religiosa*, (1965), in *I documenti del Concilio vaticano II, Costituzioni – Decreti – Dichiarazioni*, Milano, 2002, Paoline Editoriale Libri.

[www.contabilita-pubblica.it](http://www.contabilita-pubblica.it) Dottrina [www.contabilita-pubblica.it](http://www.contabilita-pubblica.it)  
*"rispetto di ogni individuo", l'"equità", tutti elementi indispensabili*

all'edificazione di un mondo di pace.

## **Bibliografia**

- AA.VV., *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di Liotta F., Bologna, 2007.
- Abbagnano N., *Storia della filosofia. I. Il pensiero greco e cristiano: dai Presocratici alla scuola di Chartres*, Utet, Torino, 1993.
- Abbagnano N. - Fornero G., *Dizionario di filosofia, III Ed.*, Utet, 1998, pagg. 621 e 622 (voce *Diritto*).
- Achenwall G., *Ius naturae in usum auditorum*, VII Ed., Gottingae, sumptibus Victorini Rossigellii, 1774, § 2.
- Adorno F. - Gregory T. - Verra V., *Storia della filosofia*, a cura di Tullio Gregory, vol. II, XII Ed., Editori Laterza, 1983.
- Albisetti A., «*Ermeneutica giurisprudenziale, diritto canonico e common law*», in *Dir. eccl.*, 112 (2001), I.
- Aristotele, *Opere. II*, Mondadori, 2008, pp. 799-935 (*Retorica*).
- Astorri R., «*Recensione a M. Vismara, Diritto canonico e scienze giuridiche. L'insegnamento del diritto della Chiesa nelle Università italiane dall'Unità al Vaticano II*, Padova, Cedam, 1998», in *Dir. eccl.*, 113 (2002), n. 4.
- Balladore Pallieri A., *Diritto Bellico*, Padova, 1954.
- Bellini P., «*La rinuncia all'utopia. La "guerra lecita" della tradizione pubblicistica cattolica*», in *Il Ponte*, 59 (2003), n. 3-4.
- Bellomo M., *Medioevo edito e inedito*, III vol., Roma, 1997-1998.
- Bellomo M., *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1998.

- Benedetto XVI, Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, 29.6.2009, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2009.
- Bertola A., «*La vita e l'opera di Francesco Ruffini*», *Giur. it.*, 1949, IV.
- Betti E., *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari», 1961, XVI.
- Betti E., *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, a cura di Mura G., Roma, 1987.
- Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, (1955), edizione ampliata a cura di Crifò G., Milano, 1990.
- Bin R. - Pitruzzella G., *Diritto costituzionale*, Torino, ed. XII, 2011.
- Cardia C., *Revisione dei Patti lateranensi e intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, Città & Regione, 1982, n. 6.
- Caron P.G., *La libertà religiosa nelle statuizioni del Concilio ecumenico Vaticano II e nel nuovo Concordato*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, II, Perugia, Ed. Scientifiche Italiane (Napoli), 1984.
- Celano B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, II Mulino, Bologna, 1999.
- Chiarelli G., *L'ordinamento giuridico*, in *Scritti di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1977.
- Cimma M.R., *L'episcopalis Audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Ed. Giappichelli, Torino, 1989.
- Ciprotti P., *Qualche punto caratteristico della riforma del diritto penale canonico*, in *Studi Petroncelli* [cit. *in extenso* in Margiotta Broglio, in 1.4.], I.
- Ciprotti P., *Diritto penale canonico*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana - Treccani, 1989.



- Clausewitz K. von, *Vom Kriege*, pubblicato postumo tra il 1832 e il 1834 (trad. it. *Della guerra*, a cura di Bollati A. e Carnevari E., prima ed. 1942; ripubblicata negli oscar Mondadori nel 1970, ristampa del 2006).
- Coda P., *Il logos e il nulla*, Città Nuova, Roma, 2003.
- Coda P., «Logos» in Coda – G. Filoramo, *Dizionario del Cristianesimo*, II, Utet, Torino, 2006.
- Colella P., «A trent'anni dal Concilio Vaticano II», *il Tetto*, 29°, 1992, n. 172-4.
- Conforti B., *Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU)*, in *Enc. del diritto*, vol. XXXI, 1981.
- Consorti P., *La rivincita della guerra. Le ragioni di Bush a confronto con quelle di Wojtyla*, Pisam Ediz. Plus-Univ. di Pisa, 2003.
- Cortese E., *Il diritto nella storia medievale*, II vol., *Il basso Medioevo*, Roma, 1999.
- Costituzione pastorale Gaudium et Spes*, (1965), Cap. V, Sez. 1,79, in *I documenti del Concilio vaticano II, Costituzioni – Decreti – Dichiarazioni*, Milano, 2002, Paoline Editoriale Libri.
- Cotta S., *Dalla guerra alla pace. Un itinerario filosofico*, Rusconi, Milano, III ed., 1991.
- Cotta S., *Dalla guerra alla pace. Un itinerario filosofico*, Milano, Rusconi, 1989.
- D'Avack P. A., *Biblioteche e archivi ecclesiastici*, Enc. giur., 5, Roma, Treccani, 1988, 1-6. (Aggiornamento di A. Ronzani).
- D'Avack P. A., *Patrimonio culturale ecclesiastico*, Enc. dir., XXXII, Milano, Giuffrè, 1982.
- D'Avack P. A., *Chiesa, Santa Sede e Città del Vaticano nel jus publicum ecclesiasticum*, Firenze, Cya, 1936.

D'Avack P. A., *Patti lateranensi*, Enc. dir., XXXII, Milano, Giuffrè, 1982.

Di Ceglie R., *Il diritto come "relazione": per un'analisi metafisica* in Gherri, *Categorialità e trascendentalità del Diritto*, Atti della Prima Giornata Canonistica Interdisciplinare, Lateran University Press, Roma, 2007.

*Dichiarazione Dignitatis Humanae sulla libertà religiosa*, (1965), in *I documenti del Concilio vaticano II, Costituzioni – Decreti – Dichiarazioni*, Milano, 2002, Paoline Editoriale Libri.

Diels H. - Kranz W., *I presocratici*, a cura di Giovanni Reale, I Ed., Bompiani, 2006.

Falco M., «*Francesco Ruffini*», *Riv. dir. Priv.*, 1934.

Falco M., *Introduzione allo studio del Codex juris canonici* (1918), Intr. di G. Feliciani, Bologna, il Mulino, 1992.

Fassò G., *Il diritto naturale*, I Ed., ERI – Edizioni Rai – Radiotelevisione Italiana, 1964.

Fedele P., *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962.

Federici R., *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

Federici R., *Ne cives ad arma veniant*, destinato agli atti in onore del prof. Claudio Rossano, Jovene, Napoli, 2013.

Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della dottrina*, Laterza, Roma - Bari, 2007.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

Finocchiaro F., *I patti lateranensi e i principî supremi dell'ordinamento costituzionale*, *Giur. it.*, 1982, I.

- Fixdal M. – Smith D., *Humanitarian Intervention and Just War*, "Mershon International Studies Review", vol. 42, n. 2, 1998.
- Flori J., *La guerra santa. La formazione dell'idea di crociata nell'Occidente cristiano*, trad. di P. Donadoni, Bologna, il Mulino, 2003.
- Fragola U., *L'amministrazione invisibile: i problemi giuridici dell'apparato dei servizi segreti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998.
- Freund J., *Ricerca sulla pace e ricerca sulla guerra*, in *Behemoth*, 1989, n. 4.
- Frosini V., «*Ordinamento giuridico (filosofia)*», in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Giuffrè Milano, 1958-2004.
- Fumagalli Carulli O., *Società civile e società religiosa di fronte al Concordato*. Premesse di E. Corecco e O. Giacchi, Milano, Vita e Pensiero, 1080.
- Gargani A., «*Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari*», *Dir. eccl.*, 114 (2003), n. 3, I.
- Gary J. Bass, *Jus post bellum*, "Philosophy and Public Affairs", vol. 32, n. 4, 2004.
- Giacchi O., *Lo Stato e la libertà religiosa*, in AA.VV., *Libertà religiosa e trasformazioni della società*, Milano, Giuffrè, 1966.
- Giacchi O., *Autorità della Chiesa e autorità dello Stato. Studi*, Milano, Giuffrè, 1963.
- Giacchi O., *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, I: *La Chiesa e il suo diritto. Religione e società*; II: *La Chiesa davanti allo Stato. Lo Stato e la vita sociale*, Milano, Giuffrè, 1981.
- Giacchi O., *Autorità della Chiesa e autorità dello Stato. Studi*, Milano, Giuffrè, 1963.
- Giovanni Paolo II, *Dives in misericordia*, 1980.

Gismondi P., *La dottrina di d'Avack e le discipline ecclesiastiche*, Dir. eccl., 1955.

Gorino Causa M., *Valore dei trattati internazionali e dei Patti Lateranensi nel diritto italiano*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, I, t. 2°, Milano, Giuffrè, 1963.

Grossi P., *Società, diritto e Stato*, in collana *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2006.

Grossi P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma- Bari, 2011.

Grossi P., *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

Hobbes T., *Leviatano*, a cura di Magri T., *Introduzione*, Editori Riuniti, Roma, 2001.

Huber W., *Il pluralismo religioso in Europa fra cultura e sistemi politici, le chiese protestanti e l'Europa*, Idee, 1982, n. 1.

Iaccarino A., *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici tra mito e utopia*, in Falchi G. L.-Iaccarino A., *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici, Atti del XIV Colloquio Giuridico Internazionale*, in *Collana Utrumque Ius, Pontificia Università Lateranense, (Roma 9-10 marzo 2010)*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2011, p. 49-74.

Indelli T., *La episcopalis Audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Valentiniano III (secoli IV-V d.C.)*, in "SinTesi", Rivista online, Fasc. I/2012.

Jhering (von) R., *La lotta per il diritto, e altri saggi* (traduzione del *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1891, X ed., a cura di Racinaro R.), Giuffrè, Milano, 1989.

Kant E., *Per la pace perpetua*, 1795, traduzione italiana a cura di Widmar B., Torino, 1946.

Kellogg D. E., *Jus Post Bellum: The Importance of War Crimes Trials*, Parameters, 2002.

Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino, 1954.

Kelsen H., *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in *Appendice a "Lineamenti di dottrina pura del diritto"*, Torino, 1967.

Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1945, trad. it. di S. Cotta – G. Treves, VI ed., Milano, Etas, 1994.

Kelsen H., *La pace attraverso il diritto*, 1944, a cura di L. Ciaurro, Torino, Giappichelli, 1990.

Kelsen H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989.

Klitsche de la Grange T., *Considerazioni su guerra e diritto*, in Behemoth, 1989.

Leibniz G.W., *Prefazione al codice diplomatico di diritto delle genti*, (1693), in *Scritti politici e di diritto naturale*, a cura di Mathieu V., Torino, 1951.

Margiotta Broglio F., «*Il Papa e la guerra. Nuovi orientamenti dottrinali sul diritto di intervento "umanitario"*», in *Riv. studi pol. internaz.*, 59°, 1992, n. 236.

Melillo A., «*Il can. 1399 c.j.c. nella definizione del sistema penale canonico*», in *Dir. eccl.*, 113 (2002), I, n. 2.

Melloni A., *Un concilio di transizione: Il quarto periodo e la conclusione del concilio (settembre-dicembre 1965)*, Bologna, il Mulino, 2002.

Moneta P., *Introduzione al diritto canonico*, Torino, Giappichelli, 2001.

Montesquieu C., *Lo spirito delle leggi*, traduzione italiana curata da Richer nel 1757, a cura di Cotta S., Utet, Torino, 1952.

Mori M., *Hobbes*, in *Storia della filosofia moderna*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2012.

- Morozzo Della Rocca R., *La fede e la guerra. Cappellani militari e preti soldati (1915-1919)*, Roma, Studium, 1980.
- Musselli L., «*Ideologia e storia del diritto canonico*», in *Dir. eccl.*, 113 (2002), I, n. 2.
- Orend B., *War and International Justice. A kantian perspective*, Paperback, 2000.
- Padoa Schioppa A., *Il diritto nella storia d'Europa*, I vol., *Il medioevo*, Padova, 1995.
- Padoa Schioppa A., *France et Italia dans l'histoire du droit: greffes et osmose* (Lectio doctoralis, Montpellier, 2011), in *Italian review of legal history*, I.
- Padovani A., «*Tenebo hunc hordinem*». *Metodo e struttura della lezione nei giuristi medievali (secoli XII-XIV)*, 2011, 79.
- Padovani A., *Modernità degli antichi. Breviario di argomentazione forense*, Bologna, 2006.
- Panebianco M., *Guerra: diritto internazionale*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana - Treccani, 1989.
- Panebianco M., *Nazioni Unite (ONU)*, in *Enc. giur.* (Treccani), vol. XV, 1990.
- Pareyson L., *Verità e interpretazione*, Mursia, Milano, 1971.
- Parlato V., «*Osservazioni sulla natura giuridica del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*», in C. Cardia, *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, Giappichelli, 2003.
- Picozza P., *Considerazioni sulla pace nel pensiero cattolico: dal concetto di guerra giusta alle prospettive di superamento*, in *Dir. eccl.*, 87, 1987 (Raccolta di scritti in onore di Luigi De Luca), n. 2, I.
- Pio XII, *Discorso 5 giugno 1956*.

- Platone, *Tutte le opere*, a cura di Enrico V. Maltese, II Vol., Newton Compton, 1997, pp. 27-141, (*Politico*).
- Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2004, 40, n. 76.
- Rodelli L. (a cura di), *Patti lateranensi e piccola antologia della legislazione italiana*. Introduzione di M. Berutti, Quaderni dell'ALRI, n. 1, Milano, Dall'Oglio, 1968.
- Romano Santi, *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947.
- Romano Santi, *"L'ordinamento giuridico"*, I ed. 1917-18; II ed., Sansoni, Firenze, 1946 (ristampa 1977).
- Rousseau J. J., *Il contratto sociale*.
- Ruffini F., *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, a cura di F. Margiotta Broglio, Bologna, Il Mulino, 1974.
- Ruffini F., *L'indirizzo odierno del diritto ecclesiastico in Italia*, Studi sen., 1893.
- Ruffini F., *Lo studio e il concetto del diritto ecclesiastico*, Riv. it. scienze giur., 1892.
- Salvia F., *L'ordinamento giuridico feudale e l'organizzazione mafiosa. I problemi della globalità e il nuovo 'Medioevo' conseguente alla crisi della sovranità*, in *Diritto e Società*, 2000, p. 37 ss.
- San Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, I-II.
- Schmitt C., *Il nomos della terra*, traduzione italiana a cura di Lampis G., Milano, 1991.

- Sofocle, *Tutte le tragedie*, a cura di Filippo Maria Pontani, Newton Compton, 1991, pp. 17-58, vv. 450-457, (*Antigone*).
- Spinelli L., *Il diritto pubblico ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II. Problemi e prospettive* (in collaborazione con G. Dalla Torre), Milano, Giuffrè, 1982.
- Stipo M., *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati*, in Renato Federici, in *Archivio Giuridico*, vol. CCXXXIV, fasc. 3-2014, pp. 459-475.
- Sun Tzu, *L'arte della guerra ovvero i Tredici capitoli del maestro Sun*, in *L'arte della guerra. Da Sun Tzu a Clausewitz*, a cura di Breccia G., Einaudi, Torino, 2009.
- Tedeschi M., *Potestà civile e potestà ecclesiastica nel pensiero di Thomas Hobbes*, in *Estudios Lombardia*, 1989, pp. 1173-92.
- Torrón J. M. 1991 «Diritto canonico e "common law"», *Dir eccl.*, 102°, n. 4, I. Ulpiano, *Digesto*.
- Ventura M., «La dinamica comparativa nella ridefinizione di un diritto sociale, canonico ed ecclesiastico», *Quad. dir. e pol. eccl.*, 8° (1991-92), n. 2.
- Walzer M., *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, traduzione a cura di Armao F., Collana Sagittari Laterza, Roma -Bari, 2009.
- Zanchini F., *Riflessioni canonistiche sulla ricezione del Concilio Vaticano II*, in *Studi Spinelli* [cit. in estenso in Baccari, in 6.3.], III, 1261-80.
- Zizola G., *Concilio Vaticano II*, in AA.VV., *Il mondo, Storia d'Europa*, 1, Firenze, La Nuova Italia, 1980.