



Il diritto di vita e di morte in guerra nel *De iure belli libri tres* (1598) di
Alberico Gentili (1552-1608)

El dret a la vida i la mort en guerra a *De iure belli libri tres* (1598) d'Alberico
Gentili (1552-1608)

El derecho a la vida y a la muerte en la guerra en *De iure belli libri tres* (1598)
de Alberico Gentili (1552-1608)

O direito de vida e de morte na guerra em *De iure belli libri tres* (1598) de
Alberico Gentili (1552-1608)

The right of life and death in war in *De iure belli libri tres* (1598) by Alberico
Gentili (1552-1608)

Giuliano MARCHETTO¹

Resumen: Nella guerra esistono situazioni in cui a una parte è attribuito un potere di vita o di morte sull'altra. La tradizione giuridica medievale cerca di ricondurre questo potere all'interno del diritto e di limitarlo. Il giurista italiano Alberico Gentili nella sua opera *De iure belli libri tres* (1598) rappresenta, nell'età moderna, l'estremo tentativo di riproporre questa tradizione e di offrire una ricostruzione della guerra quale strumento di giustizia e quindi regolata in ogni suo aspetto dal diritto. Si oppone così ad una differente tradizione, antica ma sempre riaffiorante nella storia, che vede invece nella guerra un luogo dal quale il diritto è assente, tace e la sola violenza, che comprende un'illimitata *vitae necisque potestas*, diventa così l'origine del diritto e di ogni nuovo potere e ordine.

Riepilogo: Vita – Morte – Guerra – Legge – Potere.

Abstract: In war, there are situations in which one side is given the power of life or death over the other. The medieval legal tradition tries to bring this power back into law and to limit it. The Italian jurist Alberico Gentili in his work *De iure belli libri tres* (1598) represents, in the modern age, the attempt to offer an interpretation of war as an instrument of justice and therefore regulated in every aspect by the law. Gentili's theory is the opposite of a different tradition, ancient but always resurfacing in history, which instead sees war as a place from which law is absent, is silent and only violence, which includes an unlimited *vitae necisque potestas*, thus becomes the origin of law and of every new power and order.

¹ Professore associato, [Facoltà di Giurisprudenza](#) ([Università di Trento](#)). E-mail: giuliano.marchetto@unitn.it



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

Keywords: Life – Death – War – Law – Power.

ENVIADO: 04.11.2022

ACEPTADO: 21.11.2022

Introduzione

La guerra rappresenta, senza dubbio, il luogo dell'esperienza umana dove la vita e la morte appaiono più profondamente, e più violentemente, intrecciate rispetto ad ogni altro. Il carattere cruento proprio del conflitto bellico risiede infatti nella autorizzazione generalizzata ad uccidere (il nemico), nel senso che tale autorizzazione copre e "legittima" gli atti di ciascuno dei protagonisti.

Sul complicato nesso tra guerra e diritto si è soffermato il filosofo del diritto Sergio Cotta, in un suo saggio del 1987, intitolato, appunto, *Guerra e diritto a confronto*². Tra le altre considerazioni svolte dall'autore, meritano una particolare attenzione alcune osservazioni intorno al "senso esistenziale" dei fenomeni guerra e diritto. Cotta scrive che «la realtà fattuale della guerra, l'uccidere, ne rivela l'autentico senso esistenziale: la *trasgressione* del principio fondamentale della coesistenza»³. Tale principio va individuato nel divieto di togliere la vita ad un altro uomo.

Il fatto di consentire l'uccisione di un altro, quand'anche non di valorizzarla, metterebbe in moto una catena di trasgressioni che conducono a quella spirale di violenza, che rappresenta l'esito inevitabile di ogni conflitto armato. La violenza fuori da ogni controllo, del resto, sembra un carattere essenziale della guerra, di fronte al quale cede ogni buona intenzione e deve arrendersi anche ogni finalità moralmente, e giuridicamente, qualificata, come osservato acutamente da Michael Walzer a proposito del "carattere infernale" del conflitto armato:

L'esperienza della guerra come inferno genera quella che può essere considerata un'ambizione superiore: non ci si accontenta più di saldare i conti col nemico ma lo si

² COTTA, Sergio. "Guerra e diritto a confronto". In: *La guerra nel pensiero politico* (a cura di C. Jean). Franco Angeli, 1987, pp. 133-153.

³ *Ibidem*, p. 147.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

vuole sconfiggere e punire, se non per abolire una volta per tutte la tirannia della guerra, almeno per ridurre le probabilità di una futura oppressione. Una volta che si arriva a combattere per un fine simile, diventa terribilmente importante vincere. La convinzione che la vittoria sia moralmente determinante gioca un ruolo importante nella cosiddetta “logica della guerra”: non ci limitiamo più a dire che la guerra è un inferno perché viene combattuta senza limitazioni di sorta; affermiamo piuttosto, e più correttamente, che oltrepassati certi limiti, il carattere infernale della guerra ci porta a ignorare qualsiasi sopravvissuta forma di controllo pur di vincere. Questa è la vera tirannia: chi resiste ad un’aggressione finisce con l’essere costretto a emulare, se non addirittura a superare, la brutalità del proprio aggressore⁴.

La giustizia della propria causa, il condurre una guerra “giusta”, quale potrebbe essere considerata la guerra di chi si difende dall’aggressione, non sembra quindi impedire, ma anzi rischia di favorire, in nome della posta in gioco, l’eccesso di violenza. E il diritto? Al contrario della guerra, tornando a Sergio Cotta, il diritto promuove il riconoscimento, la tutela, l’accordo, l’associazione e dunque il senso esistenziale del diritto risiederebbe nel suo essere strumento di pacifica convivenza, attraverso il riconoscimento della principalità della persona⁵.

Sembra di doverne dedurre un’opposizione radicale tra guerra e diritto. A questo proposito, Paul Ricoeur, rilevando una scarsa attenzione e una sostanziale mancata comprensione della posizione del “giuridico” all’interno della riflessione filosofico-politica, ricorda il carattere eminentemente non violento del diritto, in particolare all’interno della prospettiva del processo⁶. Il processo, in quanto giudizio, rappresenta infatti il luogo, forse l’unico luogo, della società umana dove la parola vince sulla violenza.

Per questo, il filosofo francese può affermare come l’atto di giudicare ha come sua *finalité longue* il rafforzamento della società come impresa di cooperazione estendendo al di là del tribunale la propria capacità di provare e sostenere i propri assunti. E nell’opposizione tra guerra e pace, Ricoeur intravede l’opposizione tra la dimensione giuridica e quella esclusivamente politica (le cui radici sono rintracciate nella filosofia del diritto hegeliana):

⁴ WALZER, Michael *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*. Laterza, 2009 (ed. or. New York, Basic Group, 1977 – trad. it. di F. Armao), p. 41.

⁵ COTTA, Sergio. *Guerra e diritto, op. cit.*, pp. 150-151.

⁶ RICOEUR, Paul. *Le Juste*. Éditions Esprit, 1995, pp. 8-10.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

C'est ainsi que j'ai été conduit à penser que le juridique, appréhendé sous les traits du judiciaire, offrait au philosophe l'occasion de réfléchir sur la spécificité du droit, en son *lieu* propre, à mi-chemin de la morale (ou de l'éthique: la nuance séparant les deux expressions n'important pas à ce stade préliminaire de notre réflexion) et de la politique. Pour donner un tour dramatique à l'opposition que je fais ici entre une philosophie politique où la question du droit est occultée par la hantise de la présence incoercible du mal à l'histoire, et une philosophie où le droit serait reconnu dans sa spécificité non violente, je propose de dire que la *guerre* est le thème lancinant de la philosophie politique, et la *paix* celui de la philosophie du droit⁷.

Siamo al cuore di un problema ineludibile per ogni riflessione intorno al rapporto tra guerra e diritto, come l'indagine storica non può che constatare. La riflessione giuridica medievale sulla guerra, infatti, nasce proprio da un'interrogazione che trova le sue origini pensiero di Agostino d'Ipbona, impegnato, non tanto nell'elaborazione di una dottrina della guerra giusta, quanto piuttosto nella conciliazione del pacifismo non violento del Vangelo e l'inevitabile coinvolgimento dei cristiani, dopo l'editto di Costantino e quello di Tessalonica, in professioni e mestieri, come quello delle armi, che contemplavano l'uccisione di un altro essere umano⁸.

Attraverso il recupero del pensiero di Agostino, tramite in particolare il *Decretum* di Graziano, il canonista Enrico da Susa, cardinale Ostiense offre nella sua *Summa Aurea* la prima compiuta enunciazione dei caratteri che rendono, per il cristiano, una guerra giusta e cioè una guerra cui può partecipare senza compromettere il suo percorso di salvezza⁹.

Pochi anni dopo, Tommaso d'Aquino nella *quaestio XL*, *De bello*, della *Summa theologiae*, formulerà in modo definitivo la dottrina della guerra giusta (elencandone i tre celebri requisiti, *auctoritas, iusta causa, recta intentio*), partendo a sua volta dalla questione *Utrum bellare sit semper peccatum?*¹⁰

⁷ *Ibidem*, pp. 9-10.

⁸ RUSSELL, Frederick H. *The Just War in the Middle Ages*. Cambridge University Press, 1975, pp. 16-39.

⁹ ENRICO DA SUSÀ, CARDINALE OSTIENSE. *Summa Aurea*. Venetiis, 1587. *Liber I, Tit. 34. De treuga et pace, n. 4*, col. 357.

¹⁰ TOMMASO D'AQUINO. *Summa theologiae*. Edizioni Paoline, 1999. *Secunda Secundae, Quaestio XL, art. 1*, coll. 1266-1267.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

L'attenzione rivolta dalla teologia e dalla canonistica al problema della vita, o meglio al problema del togliere la vita, non poteva che orientare anche la contemporanea riflessione dei giuristi del diritto civile impegnati nel rinnovato studio delle fonti del diritto romano. Nel Digesto, la raccolta di passi tratti dalle opere della migliore dottrina romanistica voluta dall'imperatore Giustiniano, il giurista medievale poteva infatti constatare come, anche per lo *ius civile*, la vita umana dovesse godere di una tutela particolare, come mostrava loro la *lex Ut vim*, contenuta nel titolo *De iustitia et iure*, il titolo che apre il Digesto¹¹.

La *lex Ut vim* si inserisce in una serie di *leges* che illustrano il contenuto del diritto delle genti per specificare come proprio dallo *jus gentium* discenda il diritto riconosciuto ad ogni uomo di difendere con la forza la propria vita e la propria integrità fisica, nel caso di un'aggressione ingiusta.

È opportuno ricordare come l'ambito di applicazione di questa legge non rimanga, nel pensiero giuridico medievale e della prima età moderna, confinato ai rapporti tra i singoli membri di una società, ma sia esteso alle relazioni tra i popoli, diventando il fondamento normativo della cosiddetta guerra difensiva¹². La medesima legge, dopo aver sancito il diritto di ciascuno di usare la forza per difendersi, prosegue ricordando come per natura esista una sorta di parentela tra tutti gli uomini e pertanto chi attenta alla vita di un altro non viola semplicemente una legge umana, ma un diritto di origine divina¹³.

¹¹ Sul significato che qui si vuole attribuire alla locuzione "tradizione giuridica occidentale" si rinvia a BERMAN, Harold. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*. Il Mulino, 2006.

¹² Fondamentale in questo senso la glossa *Bella* alla *lex Ex hoc iure*, titolo *De iustitia et iure* (D. 1, 1, 5) che spiega come per il diritto delle genti siano state introdotte solo le guerre lecite, vale a dire la guerra dichiarata dal popolo romano e la guerra volta a respingere un'aggressione: «Ergo iusgentium iniquum est, cum iniquum inducat. Sed dic quod dicit de bello licito, ut indicto a populo Romano vel Imperatore ... Item dicit de bello indicto ad iniuriam propulsandam: quod licet: ut supra, eodem, l. Ut vim [D. 1, 1, 3]» letta in *Digestum Vetus*. Lugduni: Apud Hugonem a Porta, 1560, col. 14.

¹³ *Lex Ut vim*, ff. *De iustitia et iure* (D. 1, 1, 3). In: *Digestum Vetus*, op. cit., col. 13: «Ut vim atque iniuriam propulsemus. Nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur. Et cum inter nos cognationem quandam natura constituerit: consequens est, hominem homini insidiari nefas esse».



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

La guerra comporta l'uccisione del nemico, è evidente, ma tale uccisione nel corso del combattimento non solleva più alcun dubbio morale e giuridico in quanto tali dubbi debbono ritenersi risolti in forza della giustizia o liceità della guerra. La qualificazione della guerra, come giusta o come lecita, assorbe in sé quella attribuibile alle uccisioni: chi uccide in combattimento il soldato nemico nel corso di una guerra giusta lo fa legittimamente, chi fa lo stesso in una guerra ingiusta no.

Ma la guerra comporta anche altri tipi di situazioni – quelle cui allude il passo citato sopra di Michael Walzer a proposito della brutalità e ferocia della guerra – che possono portare alla decisione di uccidere gli *innocentes*, cioè coloro che non portano armi (donne, vecchi, bambini) o i soldati non più in condizione di nuocere perché fatti prigionieri. In questi frangenti non è più la qualificazione della guerra come giusta o ingiusta ad estendersi alle azioni commesse nel conflitto, ma, al contrario, è la natura stessa di quelle azioni che finisce per qualificare una guerra.

I. La guerra giusta

Il problema era stato posto con grande lucidità da Tommaso d'Aquino nella già citata *quaestio De bello* della sua *Summa*. Trattando del terzo requisito della guerra giusta, la *recta intentio*, l'Aquinate spiega come l'assenza di questo requisito renda ingiusta una guerra dichiarata dal principe (l'*auctoritas legitima*) come reazione all'*iniuria* perpetrata da un altro principe (la *iusta causa*). La *recta intentio* altro non sarebbe che l'intenzione di compiere un'opera di giustizia che deve animare il principe e il soldato cristiani nel combattere¹⁴.

Poiché, secondo un consolidato insegnamento, la giustizia degli uomini non può conoscere le intenzioni se non attraverso quei comportamenti che le manifestino nella sfera esterna alla coscienza (il foro esterno, di competenza del giurista), a partire dal requisito della *recta intentio* si sviluppa una riflessione che conduce ad individuare una serie di condotte vietate al soldato combattente.

I risultati maturi di questa riflessione sono esposti nella *Quaestio Quarta* della *Relectio de iure belli* (1539) del domenicano Francisco de Vitoria. La *quaestio* di cui si parla è intitolata *Quantum liceat in bello iusto* e al suo interno troviamo un primo abbozzo di disciplina di quegli ambiti del diritto di guerra che oggi sono indicati con le espressioni *jus in bello*

¹⁴ TOMMASO D'AQUINO. *Summa, op. cit.* col. 1267.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

(regole di condotta della guerra) e *jus post bellum* (regole che disciplinano i rapporti tra vincitore e vinto dopo il conflitto)¹⁵. Questi temi saranno ulteriormente approfonditi da un altro importante esponente della Seconda Scolastica, il gesuita Francisco Suarez, nel suo *De bello*, frutto delle lezioni al Collegio Romano tra il 1579-1585¹⁶.

Nella *sectio VII* dell'opera, Suarez cerca di fornire un quadro delle azioni che chi combatte una guerra giusta può legittimamente compiere nel corso del conflitto e delle azioni che il vincitore di una guerra giusta può legittimamente compiere nei confronti del vinto alla fine del conflitto. Due tipologie di azione, in particolare, risultano presentare un profilo morale e giuridico particolarmente delicato: la possibilità di commettere violenza, fino all'uccisione, sugli innocenti (i non belligeranti) e il potere di condannare a morte, a guerra terminata, gli *hostes nocentes*¹⁷.

Pur partendo dall'assunto per cui la vita degli innocenti deve essere preservata, Suarez spiega come la loro morte possa essere giustificata in relazione alla necessità di vincere la guerra, purché sia solamente eventuale e non direttamente voluta e provocata:

Innocentes nulla ratione possunt per se occidi, etiam si alias Reipublicae poena non censetur condigna: per accidens autem possunt, quando necessarium est ad victoriam consequendam¹⁸.

Del tutto esclusa, invece, è la possibilità di uccidere l'innocente al termine del conflitto. In quest'ultimo caso, il vincitore dovrà distinguere tra innocenti e colpevoli e punire, anche con la morte, solo i colpevoli:

Tertio ex hac conclusione habetur, si omnia praecedentia damna non videantur sufficientia pro delicti gravitate, posse etiam iuste post omnino finitum bellum aliquos

¹⁵ Sullo sviluppo di questo particolare ambito del diritto di guerra, si veda CASSI, Aldo Andrea. "Lo *ius in bello* nella dottrina giusinternazionalista moderna. Annotazioni di metodo e itinerari d'indagine". In: «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38, tomo II, 2009, pp. 1141-1168.

¹⁶ CASSI, Aldo Andrea. "Introduzione". In: SUAREZ, Francisco. *Sulla guerra/De bello* (a cura di A. A. Cassi), Quodlibet, 2014, pp. XI-XXXII.

¹⁷ SUAREZ, Francisco. *Sulla guerra, op. cit.*, pp. 90-91.

¹⁸ *Ibidem*, p. 100-101: «Gli innocenti, in quanto tali, non possono essere condannati a morte, anche se la punizione inflitta al loro Stato potrebbe essere considerata inadeguata. Tuttavia, possono essere uccisi incidentalmente, quando è necessario per assicurarsi la vittoria» (trad. it. di A. A. Cassi).



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

occidi hostes nocentes, quanvis magna hominum multitudo non esset sine urgentissima causa interficienda: interdum quoque licere potest ad terrorem aliorum¹⁹.

Nella dottrina della guerra giusta, che gli autori della Seconda Scolastica sviluppano a partire dalla *Quaestio XL* di Tommaso d'Aquino, la guerra è qualificata come un atto di giustizia vendicativa, vale a dire di giustizia penale, con il quale un sovrano punisce il crimine, l'*iniuria*, commessa da un altro sovrano nei suoi confronti.

In questa prospettiva il sovrano che ha subito l'*iniuria* ha il potere, non solo di dichiarare giustamente la guerra, ma, conseguentemente, non sarà responsabile della morte accidentale degli innocenti provocata dal conflitto e potrà anche condannare alla pena capitale una parte dei nemici, al termine del conflitto medesimo.

La riflessione dei teologi-giuristi di Salamanca e Coimbra si porrà come ineludibile punto di riferimento, spesso nascosto e non dichiarato, della dottrina giuridica sul diritto di guerra successiva, a cominciare dal pensiero di Alberico Gentili, esposto nel suo capolavoro: il *De iure belli libri tres*²⁰.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 90-91: «Da questa conclusione segue che, se tutte le sanzioni già enunciate non sembrano sufficienti, una volta terminata la guerra, alcuni nemici colpevoli possono essere condannati a morte in tutta giustizia, giacché, nonostante la condanna a morte di molti sia ammissibile solo in casi estremi, a volte è permesso farlo per punire il resto».

²⁰ Alberico Gentili è una delle figure di maggiore rilevanza nella storia del diritto internazionale e del diritto di guerra in particolare. Fuggito dalla natia San Ginesio, nelle Marche, perché protestante, trova rifugio nell'Inghilterra di Elisabetta I, dove diviene *Regius Professor* di diritto civile a Oxford. Sulla figura di Alberico Gentili si vedano, solo per un primo orientamento: MINNUCCI, Giovanni. "Gentili, Alberico". In: *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, (a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta), vol. I. Il Mulino, 2013, pp. 967-969; ID., *Alberico Gentili iuris interpret della prima età moderna*, Monduzzi, 2011; PANIZZA, Diego. *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana*. Antenore, 1981. Su Gentili e il "diritto internazionale": *The Roman Foundation of the Law of the Nations. Alberico Gentili and the Justice of Empire*, (ed. by B. Kingsbury and B. Straumann). Oxford University Press, 2010; QUAGLIONI, Diego. "Introduzione". In: GENTILI, Alberico. *Il diritto di guerra (De iure belli libri III, 1598)* (introduzione di D. Quaglioni, traduzione di P. Nencini, apparato critico a cura di G. Marchetto e C. Zendri). Giuffrè, 2008, pp. IX-XXXIII; «*Ius gentium ius communicationis ius belli*», *Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, (a cura di L. Lacchè). Giuffrè, 2009.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

II. Il *De Iure belli libri tres* (1598) di Alberico Gentili

La suddivisione della materia nei tre libri dell'opera gentiliana si può comprendere nel suo pieno significato guardando al capitolo 7 del primo libro, intitolato *Delle cause della guerra*. Nell'ultima pagina di un capitolo apparentemente interlocutorio, Gentili, nel mentre illustra succintamente il piano dell'opera, prende le distanze dai teorici della guerra giusta, scardinandone in radice l'impostazione. Il diritto di guerra non è più affrontato in relazione ai tre requisiti *auctoritas, iusta causa e recta intentio*, bensì sulla base delle quattro cause aristoteliche: la causa efficiente (chi può legittimamente dichiarare la guerra), la causa formale (come si combatte), la causa materiale (le cause per le quali si può legittimamente intraprendere una guerra) e la causa finale (come si conclude la guerra, il diritto della pace).

Alla diversa impostazione si aggiunge un'altra fondamentale presa di posizione che allontana Gentili dai contemporanei autori che difendevano la dottrina del *bellum iustum*. Bisogna, a questo proposito, fare un piccolo passo indietro e guardare al capitolo 6 del I Libro dove Gentili riprendendo in particolare la riflessione del giurista umanista Andrea Alciato, difende l'idea di una guerra giusta per entrambi i contendenti. Tale assunto ha un significato molto preciso e Gentili non manca di sottolinearlo.

Si tratta di garantire gli effetti della vittoria indipendentemente da una preventiva dichiarazione di giustizia della propria causa. Gentili rileva come, per lo più, non sia affatto possibile determinare chi tra le parti in conflitto detenga una ragione giusta, contrapposta all'ingiusta ragione della controparte, e questo impedisce di limitare la sanzione giuridica della vittoria ad una sola parte.

Va da sé che, stante questa impossibilità umana di distinguere al di fuori del processo la ragione e il torto, tutta la regolamentazione dei diritti del vincitore, che occupa in particolare i primi undici capitoli del terzo libro, vale per ogni vincitore e nessuna delle due parti può rivendicare quei diritti solo per sé. L'opzione di Gentili è chiara e si trova esplicitata nel capitolo VI del primo libro:

Mi sembra poi certissima questa sentenza del nostro diritto che attribuisce i diritti di guerra ad entrambe le parti, fa salvo da entrambe le parti il possesso di ciò che è stato preso e consente ad entrambe le parti il possesso di ciò che è stato preso e consente ad entrambe le parti di fare schiavi i prigionieri. Quegli altri che si sforzano, contro l'opinione di



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

Fulgosio, di liberarsi di questo diritto folleggiano in modo indubbiamente divertente, come ha dimostrato Alciato, il quale, a questo riguardo, tratta anche di quell'uguaglianza fra nemici cui abbiamo fatto cenno prima. Per quanto possa accadere di tanto in tanto (e non spesso come si comprenderà subito) che l'ingiustizia sia palesemente e senza incertezze tutta da una parte; tuttavia, non è parso opportuno mutare quella definizione generale, secondo la quale i diritti di guerra spettano sempre e comunque ad entrambe le parti in contesa²¹.

Tale presa di posizione è principalmente volta a garantire che tutte le parti in conflitto possano condurre una guerra giusta, non più intesa con esclusivo riguardo alla presenza di una *iusta causa* (l'esigenza di punire l'*iniuria* del sovrano nemico), ma giusta in quanto rispettosa di un diritto di guerra che stabilisce non solo chi e per quali ragioni giuridiche è autorizzato a dichiarare la guerra, ma anche come questa vada condotta e come debba concludersi.

È in forza di questa ragione teorica di fondo che Alberico Gentili è portato ad affrontare in maniera diretta e più approfondita il problema della decisione sulla vita e sulla morte del nemico, durante e alla conclusione del conflitto. La decisione sulla vita e sulla morte dei prigionieri e la decisione di punire con la morte il nemico vinto non trovano infatti più la copertura di una interpretazione della guerra come atto di giustizia e di punizione di un popolo o di uno Stato che abbiano provocato la guerra violando il diritto (delle genti, che, per Gentili, è diritto naturale).

È quindi venuto meno il principale fondamento teorico della loro liceità, poiché ora quelle decisioni non spettano più alla parte che conduce una guerra giusta e questo, semplicemente, perché quella parte non c'è più. Al suo posto troviamo due sovrani che, nell'impossibilità di conoscere con certezza la giustizia della propria causa e in assenza di un giudice superiore ad entrambi che possa risolvere giuridicamente la loro contesa, si affrontano con la guerra affidando alla forza delle armi la determinazione del loro diritto.

La difficoltà che si trova ad affrontare Alberico Gentili, una volta abbandonata la prospettiva della guerra giusta di matrice teologico-canonistica, non è di poco momento, poiché si tratta comunque di evitare un'inversione nel rapporto tra guerra

²¹ GENTILI, Alberico. *Il diritto di guerra. op. cit.*, p. 47.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

(dunque violenza) e diritto che conduca la prima a sottrarsi alla presa del secondo per diventare essa stessa fonte del diritto.

Già Francisco Suarez, nel suo *De bello*, aveva chiaramente sottolineato questo pericolo, inevitabile, a suo giudizio, se si concedesse che la guerra possa essere giusta per entrambe le parti in conflitto. Si deve quindi escludere che Dio abbia potuto porre gli uomini in una condizione di incertezza tale, con riguardo al diritto e al torto, da lasciare che le controversie tra sovrani possano essere decise solo con la forza delle armi, visto che da ciò ne conseguirebbe che, ricevendo ogni diritto la sua misura dalla forza, i più potenti potrebbero imporsi fin dove la loro potenza può giungere. Tale conclusione, per Suarez, è barbara e assurda²².

Il pericolo, cui Gentili deve far fronte, è quello di una “resurrezione” della violenza (bellica) quale unico fondamento dei rapporti tra i popoli, dell’abbandono del diritto alla violenza, riconoscendo a quest’ultima quella funzione che Walter Benjamin, nel suo saggio *Per la critica della violenza*, riconosceva come una funzione essenziale e “non casuale”, ossia la funzione di fondare o modificare rapporti giuridici.

Benjamin individuava proprio nella violenza bellica un tipico esempio di violenza creatrice di diritto, la quale, se ad una prima impressione appare come violenza di rapina, mostra invece il suo vero volto nel momento in cui, a conclusione del conflitto, la situazione determinata dalla forza delle armi e quindi dalla violenza deve trovare una “sanzione a priori” nel cerimoniale della pace. E questa sanzione, dice Benjamin, «consiste in ciò che i nuovi rapporti vengono riconosciuti come nuovo diritto»²³. Questa è la violenza che lo Stato teme più di ogni altra, perché «deve riconoscerla come creatrice di diritto dove potenze esterne lo costringono a concedere il diritto di guerreggiare»²⁴.

²² SUAREZ, Francisco. *Sulla guerra, op. cit.* p. 68: «Nam impossibile est, authorem naturae in eo dicrimine reliquisse res humanas, quae frequentius coniecturis potius, quam certa ratione reguntur, ut omnes lites inter Principes supremos, & republicas non nisi per bellum terminari debeant: est enim id contra prudentiam, ac bonum commune generis humani: ergo contra iustitiam. Praeterquam quod iam regulariter ij haberent maius ius, qui potentiores essent, atque adeo ex armis esset metiendum, quod barbarum & absurdum satis apparet».

²³ BENJAMIN, Walter, “Per la critica della violenza”. In: *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, (a cura di R. Solmi). Einaudi, 1995, pp. 5-38, in part. p. 12.

²⁴ *Ibidem*. Come è noto, in queste stesse pagine, Benjamin assimila la violenza creatrice di diritto della guerra, a quella rappresentata dal diritto di sciopero generale o rivoluzionario della classe operaia.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

Lo sforzo di Alberico Gentili mi pare dunque tutto volto a scongiurare il pericolo di un ritorno ad una concezione della guerra come fenomeno che, non solo è sottratto al diritto e non regolabile, ma che costituisce l'innominabile matrice di ogni diritto. In quest'ottica, il tema del diritto di dare la morte, la *vitae necisque potestas*, che in talune situazioni belliche si presenta con drammatica evidenza, diventa un tema fondamentale. Ancora una volta, la riflessione di Benjamin è illuminante: se l'origine del diritto è la violenza «è logico supporre che nel potere supremo, quello di vita e di morte, dove esso appare nell'ordinamento giuridico, le origini di questo ordinamento affiorino rappresentativamente nella realtà attuale, e si rivelino paurosamente.

Con ciò concorda che la pena di morte, in condizioni giuridiche primitive, è applicata anche a delitti (come violazioni di proprietà) a cui sembra assolutamente “sproporzionata”. Ma il suo significato non è di punire l'infrazione giuridica, bensì di statuire il nuovo diritto. Poiché nell'esercizio del potere di vita e di morte il diritto si conferma più che in ogni altro atto giuridico»²⁵. Da Walter Benjamin e dall'idea del nesso indissolubile tra diritto e violenza ha preso le mosse la riflessione di Giorgio Agamben che individua nella *vitae necisque potestas*, in origine spettante al solo *paterfamilias* e poi trasferita all'*imperium* del magistrato, l'elemento politico originario, consistente in una nuda vita esposta alla morte²⁶.

Esiste quindi, secondo Agamben, un “nesso essenziale” tra nuda vita e violenza giuridica, così come un rapporto tra nuda vita e sovranità. Tali relazioni apparterrebbero a tutta la tradizione del pensiero politico e giuridico occidentale e, in effetti, anche alcuni temi affrontati da Gentili, e su cui vorrei soffermarmi nelle pagine seguenti, sembrano sottintenderle.

III. Il diritto di guerra e la *vitae necisque potestas*

Tornando ad Alberico Gentili, il potere di vita e di morte, al di fuori del parossismo del combattimento, ma quale autentica potestà di scelta è riscontrabile innanzitutto nei confronti dei prigionieri. Significativamente, Alberico Gentili dedica una grande attenzione – all'interno del libro secondo della sua opera – al problema della sorte dei prigionieri. Il capitolo XVI, infatti, è intitolato *Dei prigionieri e del divieto di ucciderli* e

²⁵ *Ibidem*, p. 15.

²⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. Il poter sovrano e la nuda vita*. Einaudi. 1995, pp. 97-99.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

prosegue idealmente nel capitolo seguente, il XVII, intitolato *Di coloro che si consegnano al nemico*.

Nel capitolo XVI, Gentili, discutendo della possibilità di mettere a morte i nemici catturati in battaglia, non può fare riferimento ad alcuna norma certa del diritto di guerra e rimanda perciò alla superiore dimensione del diritto divino, e quindi anche del diritto naturale e delle genti. È, dunque, dal diritto divino che si desume la regola per cui i prigionieri non possono essere uccisi²⁷. Si tratta, peraltro, di una “regola generale”, alla quale farebbe eccezione il caso in cui il nemico vinto e catturato abbia combattuto violando il diritto di guerra medesimo²⁸.

Ma è nella conclusione del capitolo che troviamo, dietro l'apparente riproposizione del principio appena espresso, l'autentica difficoltà con la quale Alberico Gentili deve confrontarsi:

Concludo dicendo che, salvo questi casi particolari, la vita dei prigionieri deve essere risparmiata. Secondo il grammatico «l'etimologia della parola servo sta a indicare una persona che deve essere conservata in vita e non uccisa, a differenza di quanto normalmente avviene in una guerra, nella quale i nemici potrebbero, ed anzi dovrebbero, essere uccisi» [*Dig.*, L, 16 (*de verborum significatione*), 239, su cui GUILLAUME FOURNIER, *Commentarij ad Tit. Digest. de, in l. 239, de verborum significatione* [= *Dig.*, L, 16, 239] e mio fratello SCIPIONE GENTILI su ELIO DONATO, *In Adelph.*, II, 1: NdA]. Il giureconsulto dirà invece che si possono uccidere i nemici, ad eccezione di quelli che sono stati catturati e che quindi, per effetto della cattura, sono stati resi servi, cioè messi in serbo o da parte. Non si deve procedere alla loro cattura se poi non si vogliono risparmiare²⁹.

²⁷ GENTILI, Alberico, *Il diritto di guerra, op. cit.*, Libro II, cap. 16, p. 312-313: «Dunque la regola generale è che i prigionieri non possono essere uccisi ... Quella che vieta di uccidere i prigionieri è dunque una norma di diritto divino e quindi anche di diritto naturale e delle genti. Come è stato notato, essa fu certamente propria anche dei Romani. Vi sono poi da ricordare quella massima di Agostino riportata nel diritto canonico, che dice: «Lo stato di necessità può indurci ad uccidere un nemico in battaglia o a far violenza a chi ci oppone resistenza, ma il vinto e il prigioniero devono essere trattati con misericordia» [*Decretum Gratiani*, c. 3, C. XXIII, q. 1]; e quella legge di Licurgo e dei Greci, lodata da uomini degni di lode [Euripide, *Heracles*, 965; Plutarco, *Apophthegmata Laconica*, 2, 28 e *Lycurgus*, 30], secondo la quale non è giusto inferire sul nemico quando si è già conseguita la vittoria».

²⁸ *Ibidem*, pp. 315-316.

²⁹ *Ibidem*, p. 320.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

Il diritto di guerra conferisce al vincitore il diritto di togliere la vita al vinto, anche se, per un'antica usanza ripresa e confermata dal diritto romano, il nemico catturato può essere risparmiato (è serbato in vita, nel senso che ciò che si conserva è la nuda vita del vinto) e fatto schiavo³⁰. La stessa parola latina *servus*, infatti, altro non indicherebbe che il nemico cui è risparmiata la morte (*servatus*) come insegna la *lex Pupillus* del Digesto, raccolta sotto il titolo *De verborum significatione*³¹. Più precisamente, Alberico Gentili rinvia ad un'opera del fratello Scipione e soprattutto al commento alla *lex Pupillus* del giurista francese Guillaume Fournier, il quale, ricordando le *Etimologiae* di Isidoro di Siviglia, scrive che

...servitus a servando inquit, vocata. Apud antiquos enim quum bello victi servabantur, servi vocabantur», aggiungendo poi come questo uso non sia stato introdotto dai Romani «sed commune ius omnium fere gentium: quae bellorum iura servavere³².

Il commento di Fournier si chiude con una citazione tratta dal commento alla *Genesi* di Agostino che recita:

Primum servos, quibus hoc nomen in latina lingua inditum est, bella fecerunt. Cum enim homo ab homine superatus, iure belli posset occidi, quia servatus est, servus appellatus, et mancipia; quia manu capta sunt. Est autem ordo naturalis in hominibus: ut serviant foeminae viris, filij parentibus, quia illic et iustitia haec est, ut infirmior serviat fortiori³³

A me sembra che il rinvio di Gentili al commento di Fournier sia dettato proprio da questo passaggio, nel quale è espressa senza infingimenti l'idea per la quale la guerra, e dunque la violenza, è il fondamento di nuovi rapporti giuridici, in forza di quella legge naturale (Agostino parla di un *ordo naturalis*) che porta il più forte a dominare sul più debole. Si tratta dello stesso pensiero che, in altro modo, si trova espresso nel capolavoro di Tucidide, *La guerra del Peloponneso*, all'interno del celebre dialogo tra gli ambasciatori ateniesi che chiedono la resa incondizionata di Milo e il consiglio dei Melii.

³⁰ *Digestum Novum*, Lugduni: Apud Hugonem a Porta, 1560. *Lex Hostes*, ff. *De captivis et de postliminio* (D. 49, 15, 24), col. 1518.

³¹ *Digestum Novum*, op. cit. *Lex Pupillus*, ff. *De verborum significatione* (D. 50, 16, 239), col. 1685: «Servorum appellatio ex eo fluxit, quod imperatores nostri captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent».

³² FOURNIER, Guillaume. *In tit. De verborum significatione Commentarii*, Aurelianus: Apud Eligium Gibierum, 1584, *Ad l. Pupillus*, p. 605.

³³ *Ibidem*.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

Gli Ateniesi rifiutano di discutere con i Melii sul piano di ciò che è giusto, perché, a loro sentire, ogni considerazione di giustizia e di diritto vale quando le forze in campo sono pari, non quando la disparità delle forze consente ad uno di prevalere sull'altro e concludono, rispondendo ai Melii che pretendevano per sé il l'appoggio degli dei:

Quanto al favore degli dei, neanche noi saremo da meno: ne siamo persuasi. Giacché quello che facciamo e quello che pretendiamo, non si pone affatto fuori dalla concezione che gli uomini hanno del mondo divino. Per quanto se ne sa, anche tra gli dei, un necessario e naturale impulso spinge a dominare su colui che si può sopraffare. Questa legge non l'abbiamo stabilita noi né siamo stati noi i primi a valercene; l'abbiamo ricevuta che già c'era e a nostra volta la consegneremo a chi verrà dopo, ed avrà valore eterno. E sappiamo ben, che chiunque altro, ed anche voi, se vi trovaste a disporre di una forza pari alla nostra, vi comportereste così³⁴.

La violenza espressa con la guerra è dunque all'origine del diritto, di ogni diritto, che non può che divenire lo strumento della dominazione del più forte che, imponendo la propria volontà, impone di conseguenza il proprio ordine, anche giuridico. Ma è una concezione, questa, che Alberico Gentili non può accettare. E infatti, il Sanginesino dedica al tema un altro capitolo, il XVII appunto, che, sotto una diversa angolazione, la sorte di chi si è arreso e consegnato al nemico, riprende il tema e lo svolge ulteriormente. L'argomentazione gentiliana prende le mosse dalla constatazione per cui «chi non uccide il nemico, ma lo cattura, mostra di volerlo vivo. Da questo comportamento, quasi fosse una tacita promessa, deriva per il prigioniero un certo diritto di non essere messo a morte in un secondo tempo».

Lo stesso, e a maggior ragione, vale per chi si sia arreso e consegnato volontariamente³⁵. Gentili ricorda la massima per la quale chi si arrende riconosce implicitamente al nemico il potere di disporre a suo piacimento della sua vita. Come detto, siamo di nuovo di fronte ad una situazione nella quale a una parte sembra essere concessa una «summa

³⁴ TUCIDIDE. *Il dialogo dei Melii e degli Ateniesi* (a cura di L. Canfora). Marsilio, 1991 = *La guerra del Peloponneso*, V, 89-93, p. 54.

³⁵ GENTILI, Alberico. *Il diritto di guerra, op. cit.*, Libro II, Cap. XVII, p. 321: «A maggior ragione, sembra potersi dire che colui che non è catturato, ma si consegna spontaneamente, proponga in prima persona al nemico un patteggiamento riguardo alla propria vita, e che colui che accetta la resa, accogliendo la sua consegna, tenda per così dire tacitamente la mano alla tacita speranza dell'altro che si arrende».



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

potestas» da usare senza limiti (così si esprime Gentili) il cui contenuto essenziale è appunto una *vitae necisque potestas*.

La neutralizzazione di un tale potere, e il correlativo disconoscimento della funzione creatrice di diritto della violenza, è condotta dal Sanginesino sottoponendo ad esame i termini normalmente usati negli atti di resa e che producono uno scostamento dal significato più ampio che si è soliti attribuire all'espressione "mi arrendo", sinonimo di una latitudine di poteri che giunge al potere di uccidere.

Negli atti di resa, dunque, si usano parole come *arbitrium*, *balia*, *voluntas*, *potestas*, *discretio*, *iudicium*, *sapientia*, *gratia*, *miserecordia*, *aequitas*, *conscientia*, le quali rimandano non ad una potestà priva di limiti, bensì all'*arbitrium boni viri*, cioè ad un potere che deve mantenersi «entro i limiti del diritto e della consuetudine, devono regolarsi secondo la legge e disporsi alla sentenza più mite.»³⁶.

Il capitolo prosegue dipanandosi attraverso un fitto tessuto di allegazioni giuridiche, prevalentemente al *Corpus Juris Civilis* e ai commentari e ai pareri legali dei maggiori giureconsulti del XV e XVI secolo, e attraverso diversi rimandi al diritto divino, al *Vangelo*, direttamente o attraverso l'interpretazione di San Girolamo e di Bernardo di Chiaravalle, tutti volti a dimostrare come non si possa concepire un potere che non sia conforme a diritto. La conclusione è chiara:

Fanno poi al caso nostro le teorie sul potere. Il potere è infatti ciò che possiamo legittimamente fare agli altri senza recare loro ingiuria [BALDO DEGLI UBALDI, *Consilia*, I, 326 (NdA)]. Chi dispone della pienezza dei poteri deve farne un uso buono e lodevole, non tirannico o vituperabile [BALDO DEGLI UBALDI, *Consilia*, I, 345; V, 350 (NdA)], dovendosi ritenere che il potere sia dato per farne uso legittimo e non per abusarne [ANDREA ALCIATO, *Consilia*, IV, 5 (NdA)]. Sarebbe assurdo se il potere, per quanto pieno e assoluto, non incontrasse questi limiti [ALESSANDRO TARTAGNI, *Consilia*, II, 83; JACOPO MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium quaestionibus*, q. 7 (NdA)]. «Si estenda pure fino all'infinito, ma lo si eserciti civilmente», dice Celso [Dig., XVIII, 7 (*de servis exportandis*), 9 (NdA)]. Dunque quelli che si arrenderanno rimettendosi alla discrezione, al giudizio o alla coscienza del vincitore, saranno tutelati nella misura in cui queste parole staranno a significare l'arbitrio dell'uomo dabbene e la coscienza dell'ottimo cittadino [Dig., XLV, 1 (*de verborum obligationibus*), 137; BALDO DEGLI UBALDI, *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis Libros Commentaria*, in l. 3, *de iure dominii impetrando*; ALESSANDRO TARTAGNI, *Consilia*, I, 33

³⁶ *Ibidem*, p. 333.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

(NdA)]; e l'uomo dabbene e la coscienza non sono che la stessa cosa [FILIPPO DECIO, *In l. 157, de regulis iuris* (NdA) = *Dig.*, 50, 17, 157]. Decidere secondo la propria coscienza significa applicare le leggi, non altre regole inventate a proprio comodo [ALESSANDRO TARTAGNI, *Consilia*, II, 213 [fol. 180vB, n. 15]; GIASON DEL MAINO, *In primam Infortiati partem commentaria, rubrica ad tit. de acquirenda vel omittenda hereditate* (NdA) = *Dig.*, XXIX, 2]³⁷.

Tutti i richiami di Gentili rimandano ad una tradizione di pensiero, quella medievale, che oppone il principe legittimo, che è tale perché governa e decide secondo il diritto, al tiranno che, per definizione, è colui che «non iure principatur»³⁸. Va ricordato, a questo proposito, come l'indiscriminato uso del potere di vita e di morte sia uno dei sintomi più chiari dell'esercizio tirannico e quindi illegittimo del potere³⁹.

Gentili ribadisce quindi, discutendo intorno al diritto di guerra, il principio della soggezione del potere, di ogni potere, al diritto. Per questa ragione, non stupisce che il Sanginesino riproponga nella sua trattazione l'analogia con il processo. Osserva infatti Gentili che:

Anche se chi si arreso ci ha concesso di decidere della sua vita secondo il nostro libero e assoluto arbitrio, bisognerà pur sempre dargli udienza ed ascoltare le sue difese. Infatti, anche l'arbitro che deve giudicare secondo il proprio arbitrio e la propria coscienza, prima di pronunciarsi deve ascoltare le parti, anche se queste non hanno chiesto di essere sentite. Così vuole la regola del diritto e della natura. Libero significa pieno, ma in ogni caso si deve rispettare l'equità⁴⁰.

Il capitolo XVII si conclude ribadendo quindi il principio per cui in guerra non ci si allontana dal diritto e pertanto non solo non si possono uccidere coloro che si sono arresi, ma nemmeno possono essere condannati a una pena ignominiosa⁴¹.

³⁷ *Ibidem*, p. 338.

³⁸ Il debito è con una tradizione di pensiero che trova in Bartolo da Sassoferrato la sua massima e più compiuta espressione. Per la definizione di tiranno si veda BARTOLO DA SASSOFERRATO. *Il trattato sulla tirannide*. (a cura di D. Razzi, prefazione di D. Quaglioni, trad. it. di A. Turrioni). Il Formichiere, 2017, p. 32.

³⁹ WESTBROOK, Raymond. "Vitae Necisque Potestas". In: «Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte». Bd. 48, H. 2, 1999, pp. 203-223: in part. p. 204.

⁴⁰ GENTILI. Alberico. *Il diritto di guerra, op. cit.* Libro II, cap. 17, p. 335.

⁴¹ *Ibidem*, p. 337.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

Il riferimento alla pena, in verità, potrebbe sembrare fuori luogo all'interno di un pensiero sul diritto di guerra che, come detto, ha dichiaratamente preso le distanze dalla dottrina della guerra giusta sostenuta in quegli anni dagli autori della Seconda Scolastica. Tuttavia, pur rifiutando l'assunto per il quale la guerra è giusta solo per una delle parti in conflitto, Gentili non può fare a meno dell'analogia tra guerra ed esercizio della giustizia punitiva. Tra i diritti del vincitore, nel momento in cui le armi sono deposte, va annoverato anche quello di infliggere una giusta punizione al vinto.

Di questo diritto Gentili parla nel capitolo II, intitolato *Della vendetta del vincitore*, del Libro III, il libro dedicato allo *ius pacis* (oggi si direbbe allo *jus post bellum*⁴²). Il capitolo si apre con l'affermazione per la quale non è possibile stipulare la pace se prima i crimini non sono stati puniti. Pertanto, il vincitore deve in primo luogo infliggere la giusta punizione al vinto⁴³. Questa parte dell'opera gentiliana apre, a mio avviso, una questione interpretativa assai difficile da risolvere.

Se è vero, infatti, che il diritto di punire il vinto può trovare la sua giustificazione nella circostanza per la quale il vincitore ha condotto una guerra giusta, volta a punire l'*iniuria* commessa dallo Stato nemico (come sostenuto dagli Scolastici), risulta peraltro molto meno comprensibile su quali basi poggi questo stesso diritto quando sia riconosciuto al vincitore di una guerra che presuppone che entrambi i contendenti siano nel giusto. Gentili lascia la questione irrisolta e concentra la sua attenzione sui limiti del diritto di punire:

Che sia giusto vendicarsi è un principio ormai riconosciuto e consolidato; rimane semmai da chiedersi [474] quale sia la vendetta che può ritenersi giusta. Alcuni rispondono semplicemente che è giusto tutto ciò che la forza delle armi permette di fare in danno dei più deboli. È stato scritto da qualche parte che «nessun diritto è più potente delle armi, poiché chiunque riesce a prevalere grazie alla loro forza, qualunque cosa faccia o dica, ha poi sempre ragione». Altri aggiungono che è giusto ciò che è utile al più forte e cose simili, che ho annotato e disapprovato altrove. Del resto, anche Plutarco disapprova quel verso di Pindaro, che dice: «Si addice al vincitore rovinare tutto ciò che appartiene al nemico. Se la giustizia risiedesse sempre nelle armi e nella volontà del vincitore o in questo verso di Pindaro, allora sarebbe superflua ogni discussione. Ma non è così. In verità il vincitore tende sempre a essere insaziabile, come in Dione Cassio spiega convenientemente

⁴² WIJFFELS, Alain. «The *jus post bellum*, cornerstone of Gentili's 'De iure belli'. In: *Alberico Gentili e lo jus post bellum. Prospettive tra diritto e storia* (a cura di L. Lacché e V. Lavenia) Giuffrè, 2020, pp. 17-35.

⁴³ GENTILI, Alberico. *Il diritto di guerra, op. cit.* Libro III, cap. 2, p. 430.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

Mitridate. In questo modo, se la volontà del vincitore potesse governare tutto e se tutti i beni del vinto potessero essere distrutti, la guerra porterebbe a una distruzione completa. Ciò sarebbe contro natura e non si arriverebbe mai alla pace. Come dice Polibio, chi si appresta a muovere una guerra non si prefigge come scopo la vittoria in sé, né di sottomettere tutto al suo dominio, ma intende conseguire un risultato felice, utile o decoroso⁴⁴.

Come si può notare, la preoccupazione di Gentili è volta a ribadire il principio già affermato a proposito del trattamento dei prigionieri e di coloro che si arrendono: la necessità che ogni potere, che possa portare alla decisione intorno alla vita o alla morte di un uomo, non si fondi sulla pura forza ma sul diritto. Dunque, la misura del diritto non è la forza (o la violenza), ma il diritto deve essere misura della forza. Il diritto che limita e rende legittimo il potere del vincitore è appunto lo *ius belli* del quale Gentili disegna nella sua opera la disciplina e che è fondato direttamente sul diritto naturale e delle genti (ricordando che per Gentili, a differenza di Suarez, il diritto delle genti è diritto naturale⁴⁵).

Ma questo disegno acquista un senso solamente sulla base di un presupposto che il nostro Autore esprime in più passi del suo trattato e ricorda anche in questo capitolo. Il presupposto cui si fa riferimento è quello, di matrice stoica e riproposto nel *Digesto*, di una comune società che abbraccia l'intero genere umano, compresi persino, osserva Gentili, i "popoli barbari", verso i quali sarebbe ingiusto riservare un diverso trattamento:

«C'è un limite anche alla vendetta e alla punizione»: lo ha detto Cicerone; ed io seguo il parere di Alessandro e approvo il giudizio di Strabone e di Plutarco, che, senza far troppe differenze tra barbari e Greci, vedevano il mondo come un unico grande stato, di cui tutta l'umanità costituiva il popolo e i singoli stati le province, come una grande mandria al pascolo in un prato a tutti comune [STRABONE, *Geographica*, I, 3, 2; PLUTARCO, *De Alexandri Magni fortuna et virtute*, 6 (NdA)]. Ancora Cicerone, in una sua famosa lettera al fratello, scrive che «chiunque si trovi ad esercitare un potere sugli altri, nelle istituzioni pubbliche come in quelle private, o anche perché semplicemente preposto alla guida di schiavi o di un gregge di animali, ha il dovere di ricercare il bene e l'utilità di costoro. Dovere di umanità è dunque prendersi cura anche degli Africani, degli Ispani, dei Galli e

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Su questa identificazione Gentili si esprime con grande chiarezza nel I capitolo della sua opera, cfr. GENTILI, Alberico. *Il diritto di guerra*, op. cit. Libro I, cap. 1, p. 10.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

di altri popoli barbari e brutali, prendendo a cuore il loro, benessere, la loro utilità, la loro salvezza» [CICERONE, *Ad Quintum Fratrem*, IX, 27 (NdA)]⁴⁶.

Tralasciando il deprecabile atteggiamento eurocentrico – peraltro comune a tutti gli autori europei del periodo e che caratterizzerà l'intero sviluppo successivo del diritto internazionale⁴⁷ – ciò che importa in questa sede sottolineare è l'impostazione gentiliana, comune anche agli autori della Seconda Scolastica, volta a negare, almeno in sede teorica, alla guerra e dunque alla pura violenza la funzione di porre il diritto. Per far ciò è necessario ricondurre il conflitto, almeno idealmente, all'interno del processo.

Questa istanza spiega, a mio giudizio, l'intima contraddizione che percorre l'opera gentiliana, quella cioè tra l'asserita giustizia della guerra per entrambi i contendenti e i diritti, tra cui spicca quello di punire, riconosciuti al vincitore. Il rifiuto dell'assunto per il quale una sola parte può condurre una guerra giusta (e va ricordato che tale assunto è fondamentale e ineliminabile nella dottrina della guerra giusta, stante l'assimilazione del *bellum* ad un atto di giustizia vendicativa, cioè penale) si spiega infatti con il tentativo di non lasciare alcuno spazio del complesso fenomeno della guerra privo di regolamentazione giuridica e dunque luogo di esercizio di una libera *vitae necisque potestas*, espressione prima di una violenza creatrice di diritto.

Il grande problema irrisolto, ancor oggi, di ogni dottrina della guerra giusta è rappresentato dalla circostanza per cui, dato il presupposto in forza del quale solo una parte conduce una guerra giusta, la parte che combatte per ragioni ingiuste vede fin dal principio e per definizione qualificata la propria guerra come ingiusta e dunque ha ben pochi motivi per osservare, nel condurla, le regole dello *ius belli*.

L'uccisione indiscriminata dei prigionieri o di chi si è arreso non renderebbe infatti questa guerra più ingiusta di quanto già non lo sia. Ancor più problematica sarebbe la definizione della pace, nel caso in cui a vincere la guerra sia la parte ingiusta. In

⁴⁶ GENTILI, Alberico. *Il diritto di guerra*, *ap. cit.* Libro III, cap. 2, p. 431.

⁴⁷ Sul tema: ANGHIE, Anthony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge University Press, 2007; con specifico riferimento alla dottrina di Francisco de Vitoria, si veda inoltre COSTIGLIOLO, Marica. "A look at alterity between the Middle Ages and the Modern Age. The perception of the other in some medieval and modern texts (1200-1600)". In: «*Mirabilia Journal*», pp. 92-102.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

quest'ultimo caso la definizione dei rapporti giuridici di pace si fonderebbero infatti sulla pura violenza, mancando ogni possibilità di legittimazione se non la vittoria stessa.

Mi pare, in conclusione, che sia proprio la preoccupazione di non lasciare spazio alcuno ad una violenza che possa divenire fonte di diritto a muovere il pensiero di Alberico Gentili intorno al diritto di guerra. Tale diritto non può, per il Sanginesino, che fondarsi sul diritto naturale, inteso come il diritto di un'umanità unita in un comune vincolo di parentela e di società, all'interno della quale «hominem homini insidiari nefas esse»⁴⁸. Contro questa eredità, prenderà posizione, qualche decennio dopo, Thomas Hobbes che negherà l'esistenza stessa di un diritto internazionale che possa legare gli Stati, limitandone la sovranità⁴⁹.

Ed è all'immaginario hobbesiano, opposto a quello della tradizione giuridica che Alberico Gentili cerca di riproporre all'inizio della modernità, che farà ricorso, sul finire del XVIII secolo, Immanuel Kant, quando descriverà la situazione internazionale come un luogo dove gli Stati si muovono in uno stato di libertà selvaggia e violenta, privi di un diritto che possa renderne pacifiche le relazioni⁵⁰. Tale stato, ovviamente, non poteva che riproporre drammaticamente e nei termini descritti e ricostruiti da Giorgio Agamben, il problema della nuda vita come "vita assolutamente uccidibile"⁵¹.

Fonti primarie

BARTOLO DA SASSOFERRATO. *Il trattato sulla tirannide*. (a cura di D. Razzi, prefazione di D.

Quaglioni, trad. it. di A. Turrioni). Il Formichiere, 2017.

Digestum Vetus. Lugduni: Apud Hugonem a Porta, 1560.

Digestum Novum, Lugduni: Apud Hugonem a Porta, 1560.

ENRICO DA SUSA, CARDINALE OSTIENSE. *Summa Aurea*. Venetiis, 1587.

FOURNIER, Guillaume. *In tit. De verborum significatione Commentarii*, Aurelianis: Apud Eligium

Gibierum, 1584.

⁴⁸ *Digestum Vetus*, *op. cit.*, l. *Ut vim*, ff. *De iustitia et iure* (D. 1, 1, 3), coll. 13-14.

⁴⁹ NEFF, Stephen, *Justice among Nations. A History of International Law*. Harvard University Press, 2014, pp. 166-170.

⁵⁰ KANT, Immanuel. *Per la pace perpetua* (trad. it. di R. Bordiga). Feltrinelli, 2013, pp. 37-38 e anche in *Metafisica dei costumi* (a cura di G. Vidari). Laterza, 2009, p. 183.

⁵¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer, op. cit.*, p. 99.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

- GENTILI, Alberico. *Il diritto di guerra (De iure belli libri III, 1598)* (introduzione di D. Quaglioni, traduzione di P. Nencini, apparato critico a cura di G. Marchetto e C. Zendri). Giuffrè, 2008.
- KANT, Immanuel. *Per la pace perpetua* (trad. it. di R. Bordiga). Feltrinelli, 2013.
- KANT, Immanuel. *Metafisica dei costumi* (a cura di G. Vidari). Laterza, 2009.
- SUAREZ, Francisco. *Sulla guerra/De bello* (a cura di A. A. Cassi), Quodlibet, 2014.
- TOMMASO D'AQUINO. *Summa theologiae*. Edizioni Paoline, 1999.
- TUCIDIDE. *Il dialogo dei Melii e degli Ateniesi* (a cura di L. Canfora). Marsilio, 1991.

Nota bibliografica

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. Il poter sovrano e la nuda vita*. Einaudi, 1995.
- ANGHIE, Anthony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge University Press, 2007.
- BENJAMIN, Walter, "Per la critica della violenza". In: *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, (a cura di R. Solmi). Einaudi, 1995, pp. 5-38.
- BERMAN, Harold. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*. Il Mulino, 2006.
- CASSI, Aldo Andrea. "Lo *ius in bello* nella dottrina giusinternazionalista moderna. Annotazioni di metodo e itinerari d'indagine". In: «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38, tomo II, 2009, pp. 1141-1168.
- CASSI, Aldo Andrea. "Introduzione". In: SUAREZ, Francisco. *Sulla guerra/De bello* (a cura di A. A. Cassi), Quodlibet, 2014, pp. XI-XXXII.
- COSTIGLIOLO, Marica. "A look at alterity between the Middle Ages and the Modern Age. The perception of the other in some medieval and modern texts (1200-1600)". In: «Mirabilia Journal», pp. 92-102.
- COTTA, Sergio. "Guerra e diritto a confronto". In: *La guerra nel pensiero politico* (a cura di C. Jean). Franco Angeli, 1987, pp. 133-153.
- «*Ius gentium ius communicationis ius belli*», *Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, (a cura di L. Lacchè.) Giuffrè, 2009.
- MINNUCCI, Giovanni, *Alberico Gentili iuris interpres della prima età moderna*, Monduzzi, 2011.
- MINNUCCI, Giovanni. "Gentili, Alberico". In: *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, (a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletto), vol. I. Il Mulino, 2013, pp. 967-969.
- NEFF, Stephen, *Justice among Nations. A History of International Law*. Harvard University Press, 2014.
- PANIZZA, Diego. *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana*. Antenore, 1981.
- QUAGLIONI, Diego. "Introduzione". In: GENTILI, Alberico. *Il diritto di guerra (De iure belli libri III, 1598)* (introduzione di D. Quaglioni, traduzione di P. Nencini, apparato critico a cura di G. Marchetto e C. Zendri). Giuffrè, 2008, pp. IX-XXXIII.
- RICOEUR, Paul. *Le Juste*. Éditions Esprit, 1995.
- RUSSELL, Frederick H. *The Just War in the Middle Ages*. Cambridge University Press, 1975.
- The Roman Foundation of the Law of the Nations. Alberico Gentili and the Justice of Empire*, (ed. by B. Kingsbury and B. Straumann). Oxford University Press, 2010.



Ricardo da COSTA (org.). *Mirabilia Journal* 35 (2022/2)

The World of Tradition. Life and Death, Thought and Culture in Ancient, Medieval and Renaissance Worlds

Jun-Dic 2022

ISSN 1676-5818

WALZER, Michael *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*. Laterza, 2009 (ed. or. New York, Basic Group, 1977 – trad. it. di F. Armao).

WESTBROOK, Raymond. “Vitae Necisque Potestas”. In: «*Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*». Bd. 48, H. 2, 1999, pp. 203-223.

WIJFFELS, Alain. “The *jus post bellum*, cornerstone of Gentili’s ‘*De iure belli*’”. In: *Alberico Gentili e lo jus post bellum. Prospettive tra diritto e storia* (a cura di L. Lacché e V. Lavenia) Giuffrè, 2020.