

LUIGI NUZZO

ALBERICO GENTILI
“INTERNAZIONALISTA” TRA STORIA E
STORIOGRAFIA



giuffrè editore - 2009

Estratto dal volume:

«IUS GENTIUM IUS COMMUNICATIONIS IUS BELLII»

ALBERICO GENTILI

E GLI ORIZZONTI DELLA MODERNITÀ

ATTI DEL CONVEGNO DI MACERATA

*IN OCCASIONE DELLE CELEBRAZIONI DEL QUARTO CENTENARIO DELLA MORTE
DI ALBERICO GENTILI (1552-1608)*

Macerata, 6-7 dicembre 2007

A cura di
LUIGI LACCHÈ

Dott. LUIGI NUZZO *

*Alberico Gentili ‘internazionalista’
tra storia e storiografia ***

* Università del Salento

** Questo articolo è stato pensato in California, durante un lungo soggiorno presso la Robins Collection (University of California at Berkeley) di cui sono grato al suo Direttore Prof. Laurent Mayali; ha poi preso la sua forma definitiva in Germania presso il Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte di Francoforte sul Meno, grazie ad una borsa della Alexander von Humboldt Stiftung.

1. Alberico Gentili, come internazionalista, se questa definizione ha un senso, non ha ricevuto mai grandi attenzioni da parte degli storici del diritto come del resto, più in generale, non ne ha ricevute la storia del diritto internazionale (1). Da almeno un secolo però il nome del giurista di San Ginesio compariva tra le pagine dei trattati di diritto internazionale e sin dall'immediato dopoguerra la sua presenza ha costituito una costante nei lavori che soprattutto la dottrina giuridica tedesca ebbe il merito di dedicare alla storia del diritto internazionale (2).

Al colpevole disinteresse manifestato dalla storiografia giuri-

1) Sulle ragioni che hanno allontanato gli storici del diritto dal diritto internazionale v. R.H. LESAFFER, *International Law and its History: The Story of a Unrequited Love*, in M. CRAVEN, M. FIZMAURICE, M. VORGIATZI (eds.), *History and International Law*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 27-42; e su quelle che ne giustificano lo studio, M. KOSKENNIEMI, *Why International Law Today?*, in *Rechtsgeschichte*, 4 (2004), pp. 61-66; sul rapporto tra storia e diritto internazionale v. PH. ALLOT, *International Law and the Idea of History*, in *Journal of International Law*, 1 (1999), pp. 1-21. In Italia il ritardo negli studi sulla storia del diritto internazionale è particolarmente grave. Rimangono fondamentali i lavori di B. PARADISI, *La storia del diritto internazionale nel medioevo*, Milano, Giuffrè, 1940; Id., *Civitas Maxima, Studi di Storia del diritto internazionale*, Firenze, Olschki, 1974; Id., *Il problema storico del diritto internazionale*, Napoli, Libreria scientifica editrice, 1956; costituisce ancora un'eccezione il lavoro di S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milano, Giuffrè, 1999. La storiografia internazionale, al contrario, esprime una forte vitalità. Il bilancio tracciato qualche anno fa da I. HUECK, *The Discipline of History of International Law, New Trends and Methods on the History of International Law*, in *Journal of the History of International Law*, 3 (2001), pp. 194-217; e recentemente da M. STOLLEIS, *Zur Ideengeschichte des Völkerrechts 1870-1939*, in L. RAPHAEL, H.E. TENORTH (hrsg.), *Ideen als gesellschaftliche Gestaltungskraft im Europa der Neuzeit*, München, Oldenbourg, 2006, pp. 161-171, è sostanzialmente positivo e restituisce un'immagine della disciplina in netta crescita.

2) Nel 1943 W. GREWE pubblicò i primi risultati (*Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 103, 1943, 38-66; 260-294) di un lavoro che si concluderà nel 1984 con la prima edizione dell'ormai classico *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden Baden, Nomos, 1984. Pochi anni dopo A. NUSSBAUM diede alle stampe, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, Macmillan, 1947; seguono senza alcuna pretesa di completezza: G. STADTMÜLLER, *Geschichte des Völkerrechts*, Teil I, Hannover, Hermann Schrödel, 1951; E. REIBSTEIN, *Völkerrecht. Eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis*, B. 1; 2, München, Karl Alber, 1958/1963; W. PREISER, *Die Völkerrechtsgeschichte, ihre Aufgaben und Methoden*, Wiesbaden, Steiner, 1964.

dica hanno supplito infatti, gli internazionalisti, per tradizione disciplinare da sempre sensibili alla ricostruzione della propria memoria (3). David Kennedy ha scritto che essi « have felt that its best, history is on their side » (4).

Si tratta di un'espressione felice e condivisibile. Purtroppo la sensibilità manifestata dagli specialisti del diritto internazionale ha provocato serie conseguenze sul piano metodologico, rendendo spesso inservibili i loro lavori. Da un lato la storia del diritto internazionale è stata ridotta ad una genealogia di autori ciascuno dei quali ha contribuito alla "evoluzione" della disciplina e alla realizzazione della attuale rappresentazione di una società internazionale formata da stati e fondata su un complesso di regole condivise; dall'altro, il principale obbiettivo degli internazionalisti, cioè l'accertamento di cosa e quanto del pensiero di un autore fosse rinvenibile nella dottrina contemporanea o potesse essere recuperato, ha prodotto stucchevoli discussioni su chi fosse il padre del diritto internazionale (5) e infinite contese in cui i sostenitori di un campione gareggiavano con quelli di un altro per rivendicarne l'attualità. Non solo, anche quei giuristi critici verso l'ordinamento internazionale, che ne hanno denunciato i limiti alla fine degli anni Ottanta come Röling o che più recentemente ne hanno evidenziato il carattere coloniale come Antony Anghie o, come Benedict Kingsbury, hanno manifestato una particolare sensibilità verso le popolazioni indigene, non sono riusciti ad evitare i pericoli di un corpo a corpo con Vitoria, Gentili, Grozio, Vattel e il rischio di scivolare quantomeno nell'ovvio negando la loro attualità o affermando la pericolosità insita nel loro utilizzo oggi (6). Così, Francisco de Vitoria si è ritro-

3) Un buon esempio è costituito dal classico testo di G. VAN DER MOLEN, *Alberico Gentili and the Development of International Law. His Life, Work and Times* (1937), Leyden, Sijthoff, 1968.

4) D. KENNEDY, *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*, in *Nordic Journal of International Law*, 65 (1990), p. 387 (pp. 385-420).

5) Cfr. i dubbi di W. GREWE, *Grotius — Vater des Völkerrechts?*, in *Der Staat*, 23 (1984), pp. 161-178; H. MECHOULAN, *Vitoria, pere du droit international?*, in *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles, Bruylant, 1988; D. KENNEDY, *Primitive Legal Scholarship*, in *Harvard International Law Journal*, 27 (1986), pp. 1-98.

6) B.V.A. RÖLING, *Are Grotius' Ideas Obsolete in an Expanded World?*, in H. BULL, B. KINGSBURY, A. ROBERTS (eds.), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 281-299; Id., *Ius ad bellum and the Grotian Heritage*, in *International Law and the Grotian Heritage*, The Hague, Asser Institut, 1985, pp. 111-135; A. ANGHIE, *Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law*, in Id., *Imperialism and*

vato compreso tra le rappresentazioni agiografiche di matrice ispano cattolica e il successo tra la prima e la seconda guerra mondiale dell'immagine della *communitas orbis*, delle argomentazioni in materia di libertà di commercio, e soprattutto del suo concetto di guerra giusta (7). Né una sorte migliore è toccata allo stesso Grozio, condannato nella parte del protagonista principale dalle ansie degli internazionalisti di fine Ottocento in cerca di padri fondatori in grado di legittimare loro stessi e la nuova disciplina e dalle ricostruzioni storiografiche della internazionalistica contemporanea attratta dalla forza legittimante delle genealogie ed incline ad uso disinvolto, se non spregiudicato, della storia. O, infine, ad Alberico Gentili per il quale, in questa narrazione, è rimasto solo un posto tra la vasta schiera dei precursori del giurista olandese. La sua idea di diritto internazionale, dicono oggi gli internazionalisti, è molto lontana dalla nostra, nei suoi testi si parla di *ius gentium* e non di *ius inter gentes*, né è individuabile una distinzione tra diritto internazionale pubblico e privato. I concetti di stato e sovranità sono fluidi e poco sviluppati; è assente una teoria delle fonti e vi è al contrario un ricorso massiccio al diritto romano. Per essere brevi manca un impianto sistematico, la riorganizzazione dei diversi materiali non avviene all'interno di una griglia di principi logici e consequenziali (8).

Fin qui gli internazionalisti. Si tratta di immagini ricorrenti e per lo più condivise che non intendo mettere in discussione. Sfugge agli obiettivi di questo lavoro stabilire quanto possa servire la riflessione di Gentili e degli altri grandi giuristi del Sei e Settecento al diritto internazionale dei nostri giorni, cercare nei loro testi l'origine di istituzioni moderne come la Società delle Nazioni o l'ONU, verificare chi possa essere 'realmente' il padre del diritto interna-

Sovereignty and the Making of International Law, Cambridge University Press, 2005, pp. 13-31; B. KINGSBURY, *Alberico Gentili e il mondo extraeuropeo: gli infedeli, gli indiani d'America e la sfida della differenza*, in *Alberico Gentili e il mondo extraeuropeo, Atti del Convegno settima giornata gentiliana* (1997), Milano, Giuffrè, 2001, pp. 11-47; ID., *Globalizzazione, sovranità e disuguaglianza*, in *Alberico Gentili nel quarto centenario del De iure belli, Atti del Convegno ottava giornata gentiliana* (1998), Milano, Giuffrè, 2000, pp. 79-123.

7) Un recente bilancio nell'introduzione di C. GALLI all'edizione italiana di Francisco de Vitoria, *De iure belli*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. V-LVI.

8) A.M. HONORÉ, *Alberico Gentili e la dottrina della guerra giusta nella prospettiva dell'oggi*, in *Alberico Gentili e la dottrina della guerra giusta nella prospettiva dell'oggi, Atti del Convegno Terza Giornata gentiliana* (1988), Milano, Giuffrè, 1991, pp. 23-66.

zionale moderno o chi sia il 'vero' responsabile dell'affermazione del paradigma occidentale della società internazionale.

Mi sembra più interessante, invece, provare a decostruirle al fine di capire, attraverso il filtro della storia, le ragioni che le rendono così naturali o così neutrali. Ciò, a mio avviso, impone di assumere come punto di osservazione la seconda metà dell'Ottocento. Innanzitutto perché è il periodo in cui un rinnovato interesse verso i padri fondatori si intreccia con la costruzione sistematica di una scienza del diritto internazionale e con la conquista del continente africano. In secondo luogo, poi, perché la riflessione dottrinale dei giuristi del secondo Ottocento costituisce non solo la matrice originaria dalla quale ha origine la naturalità e la neutralità di molte delle rappresentazioni della giusinternazionalistica contemporanea, ma è anche il paradigma cui possono essere ricondotti gli effetti distorsivi che quest'ultime hanno prodotto. Come in un gioco di specchi, il profilo dei giuristi di cui nel corso del tempo la dottrina si è appropriata o ha riscoperto è divenuto sempre più indefinito, e i loro testi proiettati in uno spazio senza tempo dove risulta difficile distinguere ciò che un autore ha scritto da ciò che si vuole che egli abbia scritto.

Vorrei dunque interrompere questo dialogo transtemporale tra giuristi, spezzare il percorso circolare tra storia e storiografia, affrontando l'inutilizzabilità di Gentili nel discorso fondativo dei giusinternazionalisti del secolo XIX, per poi tornare al nostro autore e ai suoi testi.

Prefiggersi questo obiettivo impone di prendere sul serio l'affermazione di David Kennedy. Il giurista americano ha ragione. Gli internazionalisti, non solo i contemporanei, hanno da sempre sentito la storia dalla loro parte, anzi il diritto internazionale nasce come una scienza storicamente fondata e che trae la sua forza scientifica e sistematica proprio dalle profondità della storia.

All'inizio del secolo Savigny aveva indicato la strada da seguire e definito il ruolo storico della scienza giuridica⁹⁾. Attraverso una salda consapevolezza metodologica, filologica, storica e

⁹⁾ J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friederich Carl von Savigny*, Edelsbach, Gremer, 1984; ID., *Savignys Konzeption von Jurisprudenz und Recht, ihre Folge und ihre Bedeutung bis heute*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 61 (1993), pp. 65-95; costituiscono sempre un punto di riferimento le pagine di F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, trad. it. U. SANTARELLI e S.A. FUSCO, Milano, Giuffrè, 1980, vol. II, pp. 53-78.

filosofico-sistemica, i giuristi potevano svelare la razionalità di un ordine naturale che preesisteva alla legge e allo stato. La giurisprudenza, la scienza della legislazione, la scienza giuridica, il diritto o la legge — Savigny, nei corsi di Metodologia, gli attribuiva il medesimo significato — erano scienze storiche che il tempo aveva modellato e che i giuristi potevano ricomporre in modo sistematico accentuando le sfide del tempo e della storia ⁽¹⁰⁾. Solo così sarebbe stato possibile sottrarre il diritto agli arbitri della volontà del legislatore e si sarebbe potuto riconoscere il carattere necessario e libero del diritto ⁽¹¹⁾. Il diritto, dunque, era storico in quanto nella storia si era sedimentato il materiale giuridico, ma « in sé non aveva storia » ⁽¹²⁾. Ad esso la scienza giuridica era chiamata a dare forma, facendosi interprete della coscienza popolare e dirigendo il processo della loro organizzazione concettuale.

Individuare nella coscienza del popolo l'origine del diritto positivo non poteva non condizionare anche la rappresentazione del concetto di diritto internazionale offerta da Savigny nel primo libro del *Sistema* ⁽¹³⁾. L'esistenza di una tradizione giuridica comune di matrice romanistica, in parte « le affinità di stirpe » e soprattutto la condivisione del credo religioso permettevano a Savigny di immaginare una cristiana *völkerrechtliche Gemeinschaft* e, tra gli stati che vi prendevano parte, un diritto internazionale « fondato su una

¹⁰⁾ A. MAZZACANE, *Jurisprudenz als Wissenschaft*, in F.C. VON SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Metodologie 1801-1842*, hg. u. eingel. v. A. MAZZACANE, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, pp. 1-55, in part. 31-43; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966; H.H. JAKOBS, *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Paderbon, Shöning, 1992, p. 242 ss.

¹¹⁾ F.C. VON SAVIGNY, *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), in A.F.J. THIBAUT, F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. MARINI, Napoli, ESI, 1982, pp. 87-197.

¹²⁾ A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, Liguori, 1976, p. 17; diffusamente W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), Milano, Giuffrè, 1974, trad. it. a cura di P.L. LUCCHINI, p. 36 ss.; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts* (1965), in Id., *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrechts*, Frankfurt am Main, Surkamp, 1976, pp. 9-42.

¹³⁾ Cfr. sull'influenza di Savigny nel diritto pubblico tedesco, M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 13-39; Id., *Savigny e la scienza del diritto pubblico nel diciannovesimo secolo*, in Id., *La scienza del diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 3-21. Per la comprensione degli sviluppi della giuspubblicistica tedesca è fondamentale M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland (1800-1914)*, B. 2, München, Beck, 1992, con particolare riferimento al dibattito nel Vörmärz, pp. 76-284.

comunanza di sentimenti giuridici simile a quella, che in un popolo genera il diritto positivo » (14).

Liberato il concetto di legge da ogni dimensione volontarista, Savigny poteva quindi rappresentare il diritto internazionale come un diritto positivo (se pur imperfetto), nonostante fosse indeterminato nel contenuto e privo di sanzione, non derivasse da un atto di volontà né si ricollegasse ad un'idea di sovranità condivisa. La positività non era però l'unica dimensione in cui il diritto internazionale era immerso, né la sua efficacia era circoscritta alle nazioni civili e cristiane che avevano una storia giuridica in comune o condividevano gli stessi valori. La sua natura era più complessa e rinvitava ad una dimensione più profonda, morale e religiosa, cioè a quella storia e a quei valori condivisi da cui la stessa comunità internazionale si originava e su cui si fondava l'intero discorso giuridico occidentale. Essi possedevano una forza morale in grado di garantire il progresso della civiltà e di guardare cristianamente anche a quei popoli « dai quali questi sentimenti non sono divisi e dai quali non si può aspettare un reciproco trattamento » (15). Perfino con queste popolazioni selvagge o semplicemente non cristiane, potevano stabilirsi delle relazioni giuridiche, ma la distanza che le separava dal mondo civile non poteva essere colmata con un diritto che si costituiva nel rispetto dei nuovi standards di scientificità, storicità e sistematicità. La loro estraneità ad un sistema di valori morali e giuridici condiviso rendeva sufficiente il ricorso ad un diritto « analogo » al diritto internazionale positivo, la cui applicazione aveva un carattere puramente morale. Savigny non aggiunge altro che possa aiutarci a mettere a fuoco questo "altro" diritto. Le parole del maestro tedesco, però, colpiscono e la sua intuizione coglie nel segno se letta attraverso il filtro degli internazionalisti che pochi anni dopo la pubblicazione del *Sistema* si confrontarono direttamente con il problema coloniale e provarono a definire la relazione tra cristianità e diritto internazionale. Con Savigny il diritto internazionale si afferma come il prodotto della coscienza giuridica europea, il frutto di un processo storico che permetteva agli stati europei di affidare le loro relazioni giuridiche ad una serie regole condivise, ma anche come una disciplina scientifica non incompa-

¹⁴) F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (1840), trad. V. SCIALOJA, vol. 1, Torino, Unione Tipografica torinese, 1886, § 11, p. 58.

¹⁵) SAVIGNY, *ibidem*.

tibile con l'esigenza di regolare i rapporti con i popoli incivili. Il carattere europeo del diritto internazionale non era sufficiente per escludere quelle popolazioni e l'umanitarismo che lo ispirava imponeva di renderle in qualche modo partecipi della storia europea. Tuttavia la loro barbarie e soprattutto quello stesso umanitarismo sempre sul punto di scivolare nel razzismo, rendeva impossibile un'automatica applicazione del diritto internazionale positivo e le condannava in una dimensione pregiuridica, ma non per questo meno vincolante, fatta di obblighi morali e precetti cristiani (16).

2. Betsy Röben, in un interessante libro sul rapporto epistolare tra Francis Lieber e Johann Caspar Bluntschli, ha opportunamente sottolineato che dopo Savigny il diritto positivo non sarebbe stato più soltanto l'espressione della volontà di un legislatore, bensì il prodotto della « comune coscienza del popolo » (17). Aggiungerei che dopo Savigny nessuna rappresentazione giuridica avrebbe potuto qualificarsi scientifica se non fosse stata storica e soprattutto sistematica. Dopo Savigny, anche nel diritto internazionale, non sembrò più possibile potersi fare a meno del sistema. Indipendentemente infatti dalla sua connotazione, legislativa o anche dottrinale, esso non veniva identificato con un principio logico necessario per l'esposizione e l'organizzazione degli argomenti o con un prodotto storico, funzionale ad un preciso progetto politico giuridico, quanto con un principio costitutivo del diritto da cui non si sarebbe potuto prescindere pena la perdita di scientificità e di verità del proprio discorso e del proprio oggetto, e con un modello interpretativo in grado sia di selezionare gli eterogenei materiali normativi che avrebbe dovuto coordinare sia di costruire la realtà che era chiamato a descrivere. Ciò incide in maniera profonda tanto sul processo di costruzione del diritto internazionale come disciplina scientifica in corso nel secolo XIX, quanto sulle narrazioni che la giusinternazionalistica ha offerto del proprio passato. « La sistematica giuridica — scrive infatti Aldo Mazzacane — in quanto appariva capace di far superare i limiti dell'ordinamento, che si

¹⁶⁾ J.K. BLUNTSCHLI, *Arische Völker und arische Rechte* (1857), in Id., *Gesammelte kleine Schriften*, Nördlingen, Verlag der C.H. Beck'schen Buchhandlung, 1879, B. 1, pp. 62-90.

¹⁷⁾ B. RÖBEN, *Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das moderne Völkerrecht*, Baden Baden, Nomos, 2003, p. 98.

presentavano sia sotto la forma di lacune e contraddizioni normative, sia e ancor di più, come contraddizioni dei principi che ispiravano le varie legislazioni, si offriva allora come lo strumento più efficace, per chi mirasse ad un immediato intervento sulla prassi ed insieme all'elaborazione di una più vasta filosofia giuridica, destinata a generali scopi pedagogici e formativi » (18).

Anche nelle prime storie del diritto internazionale, raccontate tra la fine del settecento e i primi anni del secolo successivo, storia, scienza sistema costituivano le parole chiave. Il loro significato era però differente. Il sistema cui si riferiva uno dei grandi campioni della diplomazia europea come Georg Friederich de Martens (19), si identificava con l'ordine stabilito dai trattati, dagli usi, dalle consuetudini diplomatiche, e la storicità della scienza del diritto internazionale cui alludeva si risolveva semplicemente nella forza esemplificativa del dato temporale e nella memoria autobiografica degli ambasciatori (20). Nello stesso modo il metodo storico dogmatico invocato da un giurista e diplomatico tedesco, Johann Ludwig Klüber non era altro che uno strumento esplicativo del diritto delle genti, i cui principi fondamentali, quelli che avrebbe dovuto ricomporre in maniera chiara, semplice e sistematica, erano ricavati an-

18) MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica*, cit., p. 12; sul rapporto tra giuristi e società attraverso la categoria del sistema Paolo Cappellini, *Systema iuris*, Milano, Giuffrè, 1984, vol. 1, p. 37; 53 ss.

19) G.F. MARTENS, *Précis du droit des gens moderne augmenté des notes de Pinheiro-Ferreira. Précédé d'une Introduction et complété par l'exposition des doctrines des publicistes contemporain et suivi d'une Bibliographie raisonnée du Droit des gens*, par M. Ch. Vergé, Paris, Guillaumin et C^{ie}, Libraries, 2. ed., 1864. La prima edizione in latino risale al 1785, cui è seguita una prima edizione francese nel 1788 e nel 1796 una traduzione tedesca, *Einleitung in das positive europäische Völkerrecht. Auf Verträge u. Herkommen gegründet*, Berlin, Dieterich. Per un profilo biografico ed intellettuale di Martens vedi D. RAUSCHNING, *Georg Friederich von Martens (1756-1821). Lehrer des praktischen europäischen Völkerrechts und der Diplomatie zu Göttingen*, in F. LOOS (Hrg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1997, pp. 123-145; cfr. M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nation. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, University Press, 2001, pp. 19-23.

20) In un breve paragrafo dedicato alle fonti della storia del diritto delle genti positivo, MARTENS, *Précis du droit des gens*, cit., p. 62, ricordava: « C'est donc dans l'histoire générale et particulière des États de l'Europe, surtout dans celle des derniers siècles, et dans les traités et autres actes publics qui en font la base, qu'on doit puiser l'histoire de l'origine et du progrès de notre droit des gens conventionnel et coutumier; histoire qui n'a pas encore été traitée avec tout le soin qu'elle mérite, quoiqu'on ait commencé à s'en occuper avec succès ». Nella nota di commento il curatore francese, Vergé, si sentiva chiamato ad individuare con maggiore precisione l'ordine delle fonti e collocava al primo posto: « Les écrits des publicistes qui enseignent les règles de justice applicables à la société qui existe entre les nations et les modifications qu'elles ont reçues d'après l'usage et le consentement général ».

cora una volta dalle convenzioni, dall'analogia, dalle relazioni diplomatiche ed erano destinati a queste medesime fonti (21). Il diritto internazionale della restaurazione nasceva dagli sforzi della diplomazia e ad essa era destinato. Neppure i giuristi più sensibili come Schmalz o Wheaton, attratti per la costruzione di una scienza giusinternazionalistica, il primo, dalla forza delle consuetudini e dalla necessità del sistema e, il secondo, dall'importanza delle origini cristiane e della dimensione storica, erano in grado di spezzare questa relazione circolare (22). Attraverso il filtro della prassi diplomatica il diritto internazionale non era più una confusa filosofia giusnaturalista (23) e sebbene occorreva ancora trasformarlo in un'autonoma scienza dal carattere sistematico, la sua storia cominciava ad essere costruita e poteva essere raccontata per mezzo del-

21) J.L. KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Paris, Aillaud, 1831. La prima edizione è del 1819, sempre in francese; sul ruolo di Klüber all'interno del *Vörmärz*, v. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht*, B. 2, cit., pp. 83-84.

22) « Was könnte — scriveva TH.A.H. SCHMALZ, *Das europäische Völker-Recht, in acht Büchern*, Berlin, Duncker & Humblot, 1817, p. 24, svelando la persistenza della dimensione diplomatica nel suo lavoro — für eine bessere Vorübung dazu gehalten werden, als den Geist zu üben in theoretischer Beurtheilung der Gegenstände selbst, welche das praktische Leben beschäftigen sollen? Wo könnte das mehr der Fall seyn, als bei dem Studium eines Rechts, welches allein auf Gewohnheit beruht, dessen Theorie also nichts ist, als selbst Anwendung der Rechtsideen auf die Beispiele aus denen die Gewohnheiten hervorgingen? Auch mag wohl der Geschäftsmann selbst seinen Arbeiten die Muße abgewinnen, um eine Theorie zu überdenken, deren Bedürfnis in jedem Augenblick seine Arbeiten ihm fühlbar machen »; sui lavori metodologici di Schmalz e sulla sua presunta vicinanza alla scuola storica cfr. H.C. KRAUS, *Theodor Anton Heinrich Schmalz (1760-1831). Jurisprudenz, Universitäts-politik und Publizistik im Spannungsfeld von Revolution und Restauration*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999, pp. 583-593. H. WHEATON definì i suoi, *Elements of International Law with a Sketch of the History of the Science*, Philadelphia, Carry LHA & Blanchard 1836, p. III, un « elementary work for the use of persons engaged in diplomatic and other forms of public life, rather than for mere technical lawyers, although he ventures to hope that it may not be found wholly useless even to latter ». Poi, una decina di anni dopo, introducendo la monumentale *History of the Law of Nations in Europe and America; from the Earliest Times to the Treaty of Washington, 1842*, New York, Gould Banks & Co., 1845, p. IV, ricordava il ruolo e l'importanza della scienza (giurisprudenziale) internazionalistica « when connected with the history of the variations in that more positive system resulting from special compacts, by which the general rules founded on reason and usage have been modified and adapted to the various exigencies of human society ». La prima versione di questo lavoro apparve in forma più sintetica in francese nel 1841.

23) Sul discredito « metodologico » in cui era caduto il diritto naturale v. M. STOLLEIS, *Die allgemeine Staatslehre im 19. Jahrhundert*, in D. KLIPPEL (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität — Inhalt — Funktion — Wirkung*, Keip, Goldbach, 1997, p. 12 ss.; sempre nello steso testo sulle resistenze giusnaturaliste all'interno del diritto internazionale cfr. H. STEIGER, *Völkerrecht und Naturrecht zwischen Christian Wolff und Adolf Lasson*, pp. 45-74.

l'idea di sistema (24). Si trattava di una storia segnata dalla frattura della Riforma e dal genio di Grozio. Gentili, in quanto protestante, vi era incluso, ma nello stesso tempo costretto nel ruolo del precursore (25). Un ruolo dal quale non riuscì più a liberarsi, sebbene nel 1848 Kaltenborn lo definì il primo vero internazionalista moderno (ma sempre « in dieser Beziehungen als der eigentliche unmittelbare Vorläufer des Grotius zu betrachten »); nel 1856 Travers Twiss vedeva nelle *Hispanicae advocacionis* il primo *case book* del diritto internazionale e nel 1874 Thomas Holland, *Regius Professor* a Oxford, inaugurava le sue lezioni al *All Souls College* con una prolusione dedicata proprio ad Alberico Gentili (26).

Poche pagine nella quali tracciava il profilo biografico ed intellettuale del giurista italiano, individuava nella sua concezione di diritto naturale la matrice di quella groziana e gli attribuiva il merito di avere dato avvio alla luminosa storia del diritto internazionale. Per Holland la nuova disciplina nasceva dalla riflessione di un giurista italiano protestante che, superato l'approccio casistico dei teologi della seconda scolastica, aveva aperto la strada ad una lunga serie di autori riformati in grado di estrarre dalla teologia le regole

24) Un accenno in SCHMALZ, *Das europäische Völker-Recht*, cit., p. 24; con maggiore consapevolezza C. VON KALTENBORN, *Kritik des Völkerrechts. Nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft*, Leipzig, Mayer, 1847, pp. 273-306; A. BULMERINCO, *Die Systematik des Völkerrechts von Grotius bis auf die Gegenwart*, Dorpat, Karow, 1858; A. RIVIER, *Literarhistorische Uebersicht der Systeme und Theorien des Völkerrechts seit Grotius*, in F. VON HOLTZENDORFF (Hrsg.), *Handbuch des Völkerrecht*, B. 1, Berlin, Habel, 1885, pp. 393-523.

25) Mentre MARTENS, *Précis du droit des gens*, cit., p. 63 e KLÜBER, *Droit des gens*, cit., p. 20, basano le loro brevissime sintesi storiche sulla contrapposizione tra un prima e un dopo Grozio, citando velocemente Gentili, appare più interessante l'analisi di WHEATON, *History of the Law of Nations in Europe and America*, cit., pp. 50-54 che, all'interno di una costruzione del tempo della storia del diritto internazionale scansata dai grandi trattati, dedica non poche pagine al giurista italiano. Gentili compariva come il più importante dei precursori di Grozio già in due classici testi del XVIII secolo, D.H.L. VON OMPTEDE, *Literatur des gesammten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts* (1795), Neudr. Aalen, Scientia, 1965, pp. 168-169; R. WARD, *An Enquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe from the Time of the Greeks and Romans to the Age of Grotius*, (1795), reprint, Clark, The Lawbook Exchange, Ltd., 2005, vol. 2, p. 366.

26) C. VON KALTENBORN, *Zur Geschichte des Natur und Völkerrechts sowie der Politik*, B. 1, *Das Reformationszeitalter vor Grotius*, Leipzig, Mayer, 1848, p. 28; ma già in questo senso anche ID., *Kritik des Völkerrecht*, cit., pp. 34-37; T. TWISS, *Two Introductory lectures on the Science of International Law*, London, Longman, Brown Green and Longmans, 1856, p. 12; TH.E. HOLLAND, *Alberico Gentili*, in ID., *Studies in International Law*, London and New York, Clarendon Press, 1898, p. 20 (1-23). P. HAGGENMACHER parte proprio dalla *Inaugural Lecture* di Holland per ricostruire i rapporti tra Alberico Gentili e Grozio, *Grotius and Gentili: A Reassessment of Thomas E. Holland's Inaugural Lecture*, in BULL, KINGSBURY, ROBERTS (eds.), *Hugo Grotius*, cit., pp. 133-176.

per disciplinare le relazioni tra stati. La relazione ebbe un successo notevole e il nome di Gentili cominciò a suscitare un rinnovato interesse. L'anno successivo, nelle celebrazioni organizzate dal comitato commemorativo italiano presieduto da Mancini, il giurista marchigiano era divenuto « il profeta di Dio, l'ispirato apostolo della pace, l'avvocato della libertà di coscienza » (27). Certo in Mancini, come poi in molti altri autori minori, la rivalutazione di Gentili era stata animata da motivazioni che trascendevano ragioni scientifiche ed investivano invece in maniera profonda il processo di *nation e state building* in corso in Italia (28). Mancini contribuiva alla costruzione o all'invenzione dell'identità nazionale italiana recuperando, attraverso Gentili, la memoria laica e facendone una componente indispensabile della coscienza nazionale. La giovane monarchia italiana non era nata da uno schianto improvviso, né le nuove istituzioni ed i nuovi testi avevano prodotto insuperabili lacerazioni o interruzioni dei vecchi circuiti intellettuali. Vi erano delle persistenze, una rete di continuità, un tessuto unitario che la storia, anche quella giuridica, poteva svelare (29). Le genealogie di giuristi o le stratificazioni legislative producevano identità e rafforzavano il senso di appartenenza. Non era un'operazione solo culturale. Aspirazioni politiche e principi giuridici, diritto alla nazionalità e costruzione del diritto nazionale nell'Italia della metà del secolo XIX non potevano non stare insieme. Nelle mani di un giurista, e di un giurista impegnato in prima persona nel processo di unificazione nazionale come Mancini, la coscienza della nazionalità diveniva quindi il principio attivo in grado di instillare vita in elementi altrimenti inerti e di permettergli di interagire tra loro. Allo stesso tempo era il titolo giuridico, la forma attraverso la quale leg-

27) Sulla fortuna di Alberico Gentili, G. VAN DER MOLEN, *Alberico Gentili and the Development of International Law*, cit., pp. 60-63; D. PANIZZA, *Appunti sulla storia della fortuna di Alberico Gentili*, in *Il Pensiero Politico*, V (1972), pp. 373-386; più recentemente ID., *La fortuna di Alberico Gentili: immagini e interpretazioni*, in *Alberico Gentili nel quarto centenario del De iure belli*, cit., pp. 263-300.

28) A. DE GIORGI, *Della vita e delle opere di Alberico Gentili*, Parma, Adorni, 1876; A. FIORINI, *Di Alberigo Gentili e del suo diritto di guerra*, Livorno, Vigo, 1876, pp. I-CXXXVIII, cui segue la traduzione del *De iure belli*; G. SPERANZA, *Alberico Gentili*, Roma, Pallotta, 1876; una rilettura del mito di Gentili in linea con il nuovo regime in P. DE FRANCISCI, G. DEL VECCHIO, A. GIANNINI, A. SOLMI, *Alberico Gentili*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1936.

29) In questo senso vedi A. PIERANTONI, *Storia degli studi di diritto internazionale*, Modena, Vincenzi, 1869 poi *Storia del diritto internazionale nel XIX*, Napoli, Marghieri, 1876.

gere e costruire giuridicamente i concetti di autodeterminazione e sovranità politica ⁽³⁰⁾.

Gentili tuttavia, per la ragione stessa dei temi da lui trattati, era parte della storia del pensiero giuridico europeo. Holland fu uno dei primi ad averne consapevolezza. Tre anni dopo la sua fortunata prolusione, nel 1877, curò la prima edizione critica del *De iure belli*, sancendo definitivamente l'inclusione del giurista marchigiano nella galleria dei padri fondatori il diritto internazionale.

Non stupisce che la riscoperta di Gentili, anche in Europa, sia avvenuta intorno agli anni settanta dell'Ottocento. Sono questi infatti gli anni in cui si cominciava a pensare il diritto internazionale come un'autonoma disciplina munita dei caratteri della scientificità. Esso, ricordavano Bluntschli, Westlake e Rolin Jaequemyns riprendendo gli insegnamenti savignyani, era piuttosto il prodotto storico della riflessione di un'élite di intellettuali che attraverso un rapporto organico con la coscienza popolare delle nazioni civili traducevano valori e aspirazioni in un sistema giuridico. Il diritto internazionale doveva divenire scienza, un'autonoma disciplina munita dei caratteri della scientificità. Da un lato, il carattere storico e giurisprudenziale del diritto internazionale permetteva ai giuristi di aggirare i limiti di un diritto il cui fondamento riposava sulla coscienza collettiva dei popoli europei, dall'altro, la sua ricostruzione in chiave sistematica garantiva il carattere scientifico e permetteva di articolare una relazione organica tra coscienza popolare e legge. Attraverso il ricorso alla lezione savignana il concetto di legge era liberato da ogni dimensione volontarista e il diritto internazionale diveniva un diritto speciale dotato di una sua "positività", nonostante fosse privo di sanzione, non derivasse da un atto di volontà, né si ricollegasse ad un'idea di sovranità condivisa ⁽³¹⁾.

³⁰⁾ P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella Regia Università di Torino nel dì 22 gennaio 1851*, in ID., *Diritto internazionale. Prelezioni con un saggio sul Macchiavelli*, a cura di A. PIERANTONI, Napoli, Marghieri 1873, p. 35; F. TREGGIARI, *Pasquale Stanislao Mancini: Nationales Recht und Recht der Nationalität*, in O. ZECCHINO (a cura di), *Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo lo studioso il politico*, Napoli, Guida, 1991, pp. 493-525; cfr. anche L. NUZZO, *Da Mazzini a Mancini: il principio di nazionalità tra politica e diritto*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 14, 2 (2007), pp. 161-187; cfr. sempre Y. NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalem Privatrecht. Eine Untersuchung auf der neu zutage gekommenen kollisionrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Heidelberg, Universitätsverlag Winter, 2000.

³¹⁾ J.K. BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch*

Alla metà del sec. XIX la nascente disciplina e i suoi protagonisti sembravano avere davanti a sé un orizzonte luminoso ⁽³²⁾. Nel 1856 il trattato di Parigi, con cui si chiudeva la guerra di Crimea, era stato salutato come il primo testo che ammetteva una nazione non cristiana, l'impero ottomano, al consesso delle nazioni civili ⁽³³⁾; nel 1868 gli entusiasti liberali di Rolin-Jaequemyns, Asser, Westlake avevano portato alla fondazione della *Revue de droit international et législation comparée* e pochi anni più tardi si era costituito a Gand, sotto la presidenza di Paquale Stanislao Mancini, l'*Institut de droit international* ⁽³⁴⁾. Gli obiettivi indicati nello statuto dell'*Institut* erano ambiziosi: costruire una scienza giuridica; favorire il progresso del diritto internazionale fino a giungere ad una sua codificazione; rappresentare la coscienza giuridica del mondo civilizzato e soddisfare i bisogni della società moderna ⁽³⁵⁾. Scienza, coscienza, codificazione, civiltà erano dunque le parole chiave di un progetto che i giuristi riunitisi per la prima volta a Gand nel 1873 perseguivano sin dalla fondazione della Rivista. I suoi membri, autoselezionatisi come gli unici interpreti autorizzati della coscienza giuridica dei popoli civili e gli unici in grado di rilasciare patenti di civiltà, si erano affidati il compito di costruire in chiave sistematica e scientifica il diritto internazionale mettendo

dargestellt, Nördlingen, Beck, 1872, pp. 2-12; J. WESTLAKE, *Chapters in the Principles of International Law*, Cambridge, University Press, 1894, pp. 1-16; G. ROLIN-JAEQUEMYS, *De l'étude de la législation comparée et de droit international*, in *Revue de droit international et législation comparée*, 1 (1869), pp. 1-17; 225-227; cfr. sull'incidenza del pensiero savigniano sui giusinternazionalisti della seconda metà del secolo XIX, KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nation*, cit., pp. 41-46; in part. su Bluntschli G. RÖBEN, *Johann Caspar Bluntschli*, cit., pp. 98-102.

³²⁾ D. KENNEDY, *International Law and Nineteenth Century: History of Illusion*, cit., pp. 385-420.

³³⁾ Cfr. E. AUGUSTI, *La Sublime Porta e il Trattato di Parigi del 1856. Le ragioni di una partecipazione*, in *Le carte e la storia*, 1 (2008), pp. 151-159; L. NUZZO, *Un mondo senza nemici. La costruzione del diritto internazionale e il controllo delle differenze*, in *Quaderni Fiorentini*, 38 (2009), in corso di stampa.

³⁴⁾ J.K. BLUNTSCHLI, *Ein wissenschaftliches internationales Institut für Völkerrecht*, in *Die Gegenwart. Zeitschrift für Literatur Wirtschaftsleben und Kunst*, 2 (1873), pp. 43-56; G. ROLIN-JAEQUEMYS, *De la nécessité d'organiser une institution scientifique permanente pour favoriser l'étude et les progrès du droit international*, in *Revue de droit international et législation comparée*, 5 (1873), pp. 463-491; A. ROLIN, *Les origines de l'Institut de droit International, 1873-1923. Souvenir d'un témoin*, Bruxelles, Bruxelles Vromant, 1923; A. PIERANTONI, uno dei membri fondatori, ne ricostruisce la storia in *La riforma del diritto delle genti e l'istituto di diritto internazionale di Gand*, in D. DUDLEY FIELD, *Prime linee di un codice internazionale* (1872), trad. it di A. PIERANTONI, Napoli, Jovene, 1874, pp. 46-57.

³⁵⁾ Cfr. il testo nella pagina on line dell'Istituto <http://www.idi-iil.org>.

direttamente in comunicazione la legge con l'opinione pubblica e, per il suo tramite, con la coscienza del popolo (56).

Ritorna dunque al centro del dibattito europeo la coscienza. Questa volta non per produrre identità nazionali, ma al contrario per trascendere la retorica nazionalistica in un progetto politico giuridico allo stesso tempo cosmopolita e coloniale, il cui *esprit d'internationalité*, come ha scritto efficacemente Koskenniemi, oscillava tra tolleranza, paternalismo e repressione (57). I grandi internazionalisti degli anni settanta dell'Ottocento non potevano limitarsi a commentare il diritto o la prassi seguita dagli stati nella regolamentazione dei loro rapporti reciproci, ma chiamati a mediare tra universalismo e nazionalismo, tra individui e popoli, nazioni e stati, cercavano in una dimensione sovranazionale più profonda della legge statale i principi generali necessari alla costruzione di nuova una scienza giuridica da diffondere nel mondo.

Nuovi venti soffiavano d'oltralpe, nuove esigenze politiche imponevano nuovi modelli teorici. Per i giuristi di diritto internazionale la costruzione di una scienza giuridica giusinternazionalistica imponeva la cancellazione d'ogni traccia del vecchio diritto delle genti, di quello che i positivisti con disprezzo chiamavano *Pseudo-völkerrecht* (58). Il moderno diritto internazionale degli stati civili, per citare il titolo del famoso testo di Bluntschli era invece un diritto interstatale cui si affidava la funzione fondamentale di definire

56) ROLIN-JAEQUEMYS, *De l'étude de la législation comparée et de droit international*, cit. p. 226, riconosceva che « il peut paraître paradoxal au premier abord de présenter une chose aussi abstraite (la conscience de l'humanité se manifestant par l'opinion publique), comme élément de formation d'un droit positif. Cependant il n'est pas difficile de la retrouver au fond des documents, que les auteurs les plus récents et les plus accrédités énumèrent comme sources du droit international ». La coscienza storicamente formata aveva, infatti, il compito di guidare il giurista nell'attività di giudizio, decisione, individuazione delle regole e poi, una volta che queste attività erano state espletate, di aiutarlo a valutarne la validità. La coscienza era divenuta « la fonte, il tribunale e la vera sanzione della legge positiva ». Il suo organo era l'opinione pubblica cui i giuristi erano chiamati a dare voce. Il giurista belga la immagina « sérieuse et calme, fondée sur l'application de certains principes de justice universelle à des événements constants, opinion qui, en se confirmant et se généralisant, devient le jugement de l'histoire. Cette opinion, en matière de droit international surtout, est réellement et à juste titre reine et législatrice du monde. Elle est la voix même de la raison, voix confuse au début, mais qui finit, de plus en plus forte et distincte, par dominer jusqu'au bruit des armes. Elle est enfin l'expression progressive de ce droit naturel » (p. 225).

57) KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nation*, cit., pp. 88-97.

58) C.M. BERGBOHM, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, Dorpat, Mattiesen, 1876, p. 8. La definizione di Bergbohm è ricordata da MANNONI, *Potenza e ragione*, cit., cui si rinvia per un'efficace sintesi delle tendenze positiviste della dottrina giusinternazionalistica europea, pp. 36-61.

un ordine tra stati sovrani ed un sistema che si costruiva a partire da concetti tratti dalla parte generale del diritto privato (39).

Ciò a mio avviso fornisce utili indicazioni per comprendere sia il recupero di Gentili sia anche la sua collocazione marginale nella galleria dei padri fondatori e nelle ricostruzioni genealogiche della disciplina.

Gentili costituiva un anello importante della catena del percorso formativo del diritto internazionale moderno e della storia del pensiero giuridico, o meglio di quelle rappresentazioni del diritto e della storia del diritto in corso di realizzazione nell'Europa tra Otto e Novecento. Egli era parte di una memoria condivisa, ma nello stesso tempo la costruzione di quella memoria, attraverso un paradigma interpretativo fondato sul concetto di scienza e di sistema, lo condannava al ruolo di semplice precursore, confinandolo nel tempo oscuro della premodernità. Né del resto alcuna speranza di riscatto poteva ottenere dalla storiografia giuridica poco attenta alla dimensione internazionalista e sedotta anch'essa dal culto della sistematica. Non importa che il termine sistema era ancora sconosciuto al linguaggio giuridico cinquecentesco che gli preferiva *methodus, ars, ordo, ratio*. Del sistema non sembrava potersi fare a meno (40).

Nel gioco delle rappresentazioni l'umanesimo protestante di Gentili non risultava essere stato in grado di fornire ai suoi testi un ordine sistematico, ma solo di spezzare la sovrapposizione tra discorso religioso e discorso giuridico (41). Egli appariva legato al mondo del diritto romano e della tradizione bartolistica, ed anche le sue riflessioni in tema di guerra, più che aprire una nuova epoca, sembravano chiudere il tempo della premodernità affondando le radici nel ricco dibattito medievale sul concetto di guerra giusta (42).

39) BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten*, cit.

40) Cfr. A. MAZZACANE, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna, Monduzzi, 1999, pp. 213-252; D.J. OSLER, *The Myth of European Legal History*, in *Rechtshistorisches Journal*, 16 (1997), pp. 397-410; Id., *The Fantasy men*, in *Rechtsgeschichte*, 10 (2007), pp. 169-193; L. NUZZO, *Dall'Italia alle Indie. Un viaggio del diritto comune*, in *Rechtsgeschichte*, 11 (2008), pp. 102-124.

41) R.A. WILLIAMS, JR., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourse of Conquest*, New York, Oxford University Press, 1990, pp. 194-199.

42) P. HAGGENMACHER, *Osservazioni sul concetto di diritto internazionale di Gentili*, in *Alberico Gentili nel quarto centenario del De jure belli*, cit., pp. 129-143.

Gli si rimproverava non solo questo. Nel momento in cui il diritto internazionale stava per divenire una nuova disciplina scientifica, che rifletteva l'integrazione culturale degli stati cristiani e allo stesso tempo proiettava i suoi effetti sul globo intero, testi come il *De legationibus* o le *Hispanicae Advocationis* erano rimasti al di sotto del perseguimento di questi obiettivi. Il primo esprimeva soltanto una nuova attenzione verso quello che si sarebbe chiamato il diritto consolare; il secondo rifletteva semplicemente l'attività professionale svolta dall'autore negli ultimi anni di vita presso l'*Admiralty Bar* come consulente del re di Spagna. In entrambi i casi essi presentavano debiti eccessivi verso il mondo della prassi diplomatica e della pratica forense, un mondo incompatibile con quello scientifico (43).

La costruzione di una disciplina scientifica, come abbiamo già sottolineato, non apparve invece incompatibile con la regolamentazione dei rapporti con i popoli incivili e l'acquisizione di nuovi territori nel continente africano. Il diritto coloniale, infatti, non era ancora all'orizzonte e il "moderno" diritto internazionale, un diritto che si costruiva secondo i bisogni della civiltà moderna e espressione della coscienza dei popoli civili, non escludeva, almeno formalmente, le popolazioni indigene, rendendole passive destinatarie delle sue norme (44).

Alla ricerca dei modelli per la loro inclusione e per la definizione degli strumenti che legittimassero giuridicamente le nuove acquisizioni, gli internazionalisti del XIX e XX secolo rivolsero lo sguardo alla storia del diritto internazionale.

43) A. GENTILI, *De legationibus. Libri tres* (1594) phot. repr. with an introduction of Ernest Nys, Buffalo, New York, Hein, 1995; Id., *Hispanicae Advocationis. Libri duo* (1661) phot. repr. with an introduction of Frank Frost Abbott, New York, Oxford University Press, 1921.

44) La ricostruzione della storia del diritto internazionale attraverso le categorie del sistema e della scienza ha determinato per molto tempo l'occultamento della dimensione coloniale del diritto internazionale; il primo segnale di un'inversione di tendenza è giunto con il libro di J. FISCH, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, Stuttgart, Steiner, 1984. Ad esso sono seguiti solo recentemente i lavori di KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nation*, cit., pp. 98-178; ANGHIE, *Finding the Peripheries: Colonialism in Nineteenth-Century International Law* (1999); *Colonialism and the Birth of International Institutions: The Mandate System of the League of Nations* (2002), entrambi in Id., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, cit., rispettivamente pp. 32-114; 115-195; L. NUZZO, *Dal colonialismo al postcolonialismo. Tempi e avventure del soggetto indigeno*, in *Quaderni Fiorentini*, 33-34 (2004-2005), pp. 463-508; B. BOWDEN, *The Colonial Origin of International Law: European Expansion and the Classical Standard of Civilization*, in *Journal of the History of International Law*, 7 (2005), pp. 13-23 (1-23).

Gentili anche questa volta non fu fortunato. Rimase schiacciato tra i campioni della seconda scolastica e i grandi giuristi riformati del Sei e Settecento, i primi più utili nella costruzione di un'immagine rinnovata di società universale ed i secondi più efficaci, attraverso un uso spregiudicato della categoria romanistica di occupazione e di *res nullius*, nella rappresentazione dei territori africani come uno spazio legittimamente occupabile ⁽⁴⁵⁾.

In realtà anche Gentili aveva contribuito, da una prospettiva inglese, alla costruzione di queste immagini. Da un lato, infatti, aveva avuto il merito di ricondurre le incerte costruzioni inglesi sullo *status* degli indigeni e sui diritti dei colonizzatori all'interno della discorsività coloniale europea raffinando, attraverso la lezione del giusnaturalismo cattolico e la profonda conoscenza del diritto romano, il dibattito che si era sviluppato oltre Manica a seguito delle imprese di Frobisher, Drake, Gilbert ⁽⁴⁶⁾. Dall'altro, aveva

⁴⁵⁾ È opportuno ricordare che il nome di Vitoria, salvo qualche fugace citazione, è molto difficile da incontrare nei trattati di diritto internazionale del XIX secolo. Costituisce un'eccezione J. WESTLAKE, *The Collected Papers of John Westlake on Public of international Law*, ed. Lassa Oppenheim, Cambridge, University press, 1914, pp. 139-140, che proprio con riferimento al problema coloniale ricorda il ruolo svolto da Vitoria, Covarruvias e Soto nella difesa dei diritti dei nativi americani: « Then and now such men occupy a field to which international law may be said to invite them by keeping itself within its own limits ». Solo verso la fine del secolo il teologo di Salamanca cominciò a trovare un posto tra i fondatori del diritto internazionale grazie ai lavori di E. NYS, *Le droit des Indiens et les publicistes espagnoles*, in *Revue de droit international et législation comparée* 21 (1889), pp. 532-560; poi in ID., *Les origines du droit international*, Bruxelles, Castaigne, 1896, pp. 219-244; ID., *Le droit des gens et les anciens juriconsultes espagnoles*, La Haye, Nijhoff, 1914. Agli inizi del secolo XX J. BARTHÉLEMY aveva curato la voce *Francisco de Vitoria* in una raccolta curata da Pillet sui fondatori del diritto internazionale (A. PILLET, ed., *Les Fondateurs du Droit International*, Paris, Giard & Brière, 1904, pp. 1-45). Il recupero dell'immagine di *communitas orbis*, dei concetti di libero commercio e guerra giusta negli anni compresi tra le due guerre mondiali sancirono la sua consacrazione nell'empireo dei padri fondatori il diritto internazionale, cfr. C. BARCIA TRELLES, *Francisco de Vitoria e l'École moderne du droit international*, in *Académie du droit international, Recueil des Cours 1927*, Paris, Hachette, 1928, pp. 109-336; J. BROWN SCOTT, *El origen español del derecho internacional*, Valladolid, 1928, poi *The Spanish Origin of International Law. Francisco de Vitoria and his Law of Nation*, Oxford, Clarendon press, 1934; ID., *The Catholic Conception of International Law* (1934), repr. Clark, Lawbok Exchange, 2008. Contro queste interpretazioni e la trasformazione di Vitoria in un « mito politico », v. la brillante lettura (ma altrettanto ideologica) di C. SCHMITT, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello « ius publicum europeum »* (1950), trad. it. E. CASTRUCCI, Milano, Adelphi, 1998, pp. 128-140.

⁴⁶⁾ Sul « discorso protestante » della Conquista cfr. WILLIAMS, *The American Indians*, cit., pp. 118-194; più recentemente A. FITZMAURICE, *Humanism and America. An Intellectual History of English Colonization, 1500-1625*, Cambridge University Press, 2003, pp. 137-

ammesso, con Tacito, che gli esiliati potessero occupare ed utilizzare le terre non abitate anche contro la volontà di chi ne avesse la giurisdizione, e soprattutto aveva qualificato come *res nullius* le terre che non appartenessero o che non fossero sfruttate da alcuno. Interpretando liberamente il diritto romano e seguendo Vitoria, Gentili le rendeva suscettibili di appropriazione e faceva dell'occupazione un modo di acquisto della proprietà anche nel diritto internazionale (47).

Per le necessità dei giuristi della fine del secolo XIX, in entrambi i casi, era ancora troppo poco: nella definizione della *societas gentium* aveva mostrato una limitata originalità rispetto le tesi di Francisco de Vitoria e, pur introducendo l'occupazione nel diritto delle genti, non era arrivato a definire le terre americane come *res nullius* (48). Nei testi di Alberico Gentili i concetti di *societas e ius gentium* si fondavano infatti su di un principio di ordine naturale ancora immerso in una dimensione squisitamente religiosa. Si trattava di un principio unitario e ordinante in grado superare ogni differenza, di sciogliere ogni diversità e di assicurare, nella sua proiezione oltre Oceano, la sottomissione dei conquistati attraverso la religione. Gli indigeni che popolavano le terre americane erano parte di quest'unica ed universale *communitas orbis*, inclusi nella sua trama disciplinante e vincolati al rispetto delle sue leggi. Il mondo di Gentili era un mondo cristiano non più sottoposto ad au-

166; K. MAC MILLAN, *Sovereignty and Possession in the English New World. The Legal Foundation of Empire, 1576-1640*, Cambridge, University Press, 2007.

47) FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio De Indis* (1539), ed. Luciano Perena y M. Péres Prendes, Madrid, CSIC, 1967, I, 2-3; I, 2, 10, p. 42; p. 54; ALBERICO GENTILI, *De iure belli libri III* (1612) with an introduction of Coleman Phillipson, Oxford, Clarendon Press, 1933, I, 17, pp. 130-132 riconosceva l'occupabilità delle terre incolte sul presupposto che il diritto naturale, recependo una norma del diritto divino, aborrisce il « vacuum ». Aggiungeva però che « quae non vacant, ea nec debentur »; sull'uso di Tacito in Gentili cfr. R. TUCK, *The Rights of War and Peace, Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford University Press, 1999, pp. 47-50; cfr. R.CH. LESAFFER, *Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription*, in *European Journal of International Law*, 16 (2005), pp. 38-46 (25-58).

48) Così già VITORIA che nel *De Indis*, cit., I, 2, 10 (p. 54), aveva negato che la scoperta potesse essere considerata un titolo legittimo per l'occupazione dei territori americani in virtù del principio di diritto naturale secondo il quale le cose abbandonate potessero essere occupate. « Ergo — continuava il domenicano — cum hispani fuereint primi, qui invenerint et occupaverint illas provincias, sequitur quod iure possident, sicut solitudinem inhabitatam hactenus invenissent ». Poiché quelle terre non mancavano di legittimi appariva che « non ideo posset occupare provincias barbarorum et constituere novos dominos et veteres deponere et vectigalia capere ». Cfr. GENTILI, *De iure belli*, cit., I, 17, p. 131; 19, p. 144.

torità ordinanti, in cui i popoli avevano il diritto di relazionarsi liberamente tra loro e di vedere rispettati i fondamentali diritti naturali di migrazione, di commercio di navigazione. Ma era anche un mondo in cui ai diritti corrispondevano altrettanti, pesanti, obblighi la cui violazione giustificava la più violenta delle reazioni. Un mondo in cui la guerra continuava ad occupare un ruolo centrale nella strutturazione delle relazioni con gli "altri" (49). Le violazioni del diritto naturale e le pratiche idolatre, accompagnate dal compimento di sacrifici umani, incrinavano infatti le relazioni di amicizia che legavano gli uomini e le nazioni indipendentemente dalla fede religiosa e dalle appartenenze nazionali e avrebbero fornito, ancora una volta, una causa giusta all'inevitabile guerra (50). Certo nei suoi testi, e in questo Schmitt vide la modernità di Gentili, essa aveva perso ogni dimensione religiosa poiché le leggi di religione, appartenendo alla sfera divina e riunendo gli uomini a Dio, non riguardavano le relazioni umane (51). Così a differenza di Vitoria l'impedimento dello *ius predicandi* non giustificava più una risposta militare (52). Tuttavia la religione continuava ad essere parte del di-

49) Gli "altri" verso i quali si indirizzavano le preoccupazioni di Gentili, non erano però gli indigeni americani, ma i ben più pericolosi turchi. « Cum Saracenis (hi Turcae) — scriveva il giurista italiano, *De iure belli*, cit., I, 12, pp. 91-92 — bellum nobis irreconciliabile, cum aliis externis sunt etiam commercia: certè non est bellum. Non est bellum propter religionem, non à natura cum aliis, & neque cum Turcis. Sed est cum Turcis bellum: quia illi ferunt se nobis hostes, & nobis insidiantur. nobis imminent. nostra rapiunt per omnem perfidiam, quum possunt, semper. Sic iusta semper causa belli adversus Turcas. Non eis frangenda fides est: non. non inferendum bellum quiescentibus, pacem colentibus, in nos nihil molientibus: non. Sed quando sic agunt Turcae? silete theologi in munere alieno ».

50) GENTILI, *De iure belli*, cit., I, 25, pp. 198-200: « Et itaque illorum sententiam probo magis, qui iusta dicunt causam Hispanorum: dum faciunt Indis bellum, qui concubitus nefandos, et cum bestiis exercebant: & et qui carnes humanas, hominibus in id mactatis, comedebant. Sunt enim haec peccata contra naturam humani generis. Et ita omnibus peccata cognita: nisi forte non cognita brutis sunt animantibus, et hominibus brutis [...] Et sic nostri interpretes, bellum esse contra idolatras licitum, si idolatria sit cum caede innocentium iuncta, esse enim innocentibus succurrendum ». La guerra degli spagnoli contro gli indigeni era giusta, aggiungeva GENTILI, *De iure belli*, cit., I, 19, p. 144, anche a causa degli impedimenti che questi ultimi frapponavano al libero commercio.

51) GENTILI, *De iure belli*, cit., I, 9, p. 65; SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., pp. 187-189.

52) GENTILI, *De iure belli*, cit., I, 25, p. 200: « Illud ego non probo, probatum licet aliis, in causis belli Hispanorum contra Indos, ut bellum esse possit contra eos, qui audire praedicationem Evangelii nolunt. Hic enim solus est praetextus religionis »; vedi anche III, 11, p. 560. Come è noto l'impedimento della diffusione della parola di Cristo, i sacrifici umani e le pratiche antropofaghe costituivano per VITORIA, *De Indis*, cit., I, 3, 8; 14, p. 87-91; 93-94, un valido motivo per dichiarare guerra agli indigeni e perché questa fosse consi-

ritto di natura, formava il tessuto connettivo della *societas gentium* e costituiva un valido test per accedervi (53). Non solo. Per definizione la *societas gentium* era universale, ma il diritto naturale non applicandosi a chi non ne condivideva i valori, liberava e legittimava nei loro confronti una violenza assoluta, pura, priva dei filtri e delle difese che i principi giusnaturalistici avrebbero assicurato. Nessuno poteva sottrarsi all'efficacia della sua risposta. Nessuna violazione o rifiuto era senza conseguenze. La guerra, quindi, sarebbe stata sempre legittima verso coloro che si erano posti volutamente fuori dalla società umana e che erano privi di fede o di umanità. Costoro, atei, briganti, pirati, selvaggi, di umano avevano solo l'aspetto esteriore e pertanto potevano essere costretti con la forza ad adottare costumi civili (54).

Gli indigeni di Gentili si muovevano, dunque, su un crinale estremamente pericoloso. Privi delle reti di protezione immaginate dal teologo di Salamanca, potevano essere inclusi nella grande famiglia delle genti e divenire soggetti di (cioè sottoposti ad) un sistema di valori cristiano, o rimanerne fuori, scivolando nelle categorie limite delle bestie, degli atei, dei pirati e dei briganti. Alla rappresentazione offerta dai giuristi e dai teologi spagnoli di un nativo sospeso tra bestialità, minore età, irrisolvibile *rusticitas* o immerso in una rete di prerogative ed obblighi feudali, Gentili opponeva un'immagine intessuta di citazioni classiche giocata sul ricordo di una contrapposizione naturale tra barbari e greci perché fondata sul concetto di *educatio* e ambigua nelle sue aperture verso le tesi aristoteliche sulla schiavitù naturale. La condizione di schiavitù gli appariva infatti parte del diritto naturale in quanto giusta ed

derata giusta, cfr. nella sterminata bibliografia A. PAGDEN, *La caduta dell'uomo naturale. L'indiano d'America e le origini dell'etnologia comparata* (1982), Torino, Einaudi, 1989, pp. 68-140; J. BARRIENTOS GRANDÓN, *Historia del derecho indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación. Ius Commune-ius proprium en las Indias occidentales*, Roma, Il Cigno, 2000, pp. 44-57.

53) « Iuris naturae est religio — scriveva GENTILI, *De iure belli*, cit., I, 9, p. 65 — et itaque; nec patrociniabitur ius istud expertibus ipsius. Et hoc tamen addo, gentem non esse eiusmodi, cui religio nulla sit. Age, aliquam mihi eiusmodi gentem narra. Illi expertes non sunt iuris naturae huius, qui errore humano tenentur, & boni cupiditate ducuntur, et non bonam religionem sectantur ».

54) « Piratis, et praedonibus nulla manent iura: quia omnia iura violant », ricorda GENTILI, *De iure belli*, cit., I, 4, p. 36 [38]; ma vedi l'intero cap. 4; « Piratica, aggiungeva (I, 25, p. 202) est contra ius gentium, et contra humanae societatis communionem. Et itaque promeretur bellum ab omnibus: quia in eo iure laesi omnes laeso: et singuli in se laedi deinceps possunt: an non est ita? ».

in armonia con la natura e soprattutto elemento strutturante delle relazioni tra cristiani e infedeli (55).

Non stupisce, quindi, che queste argomentazioni non ritornino utili, tra XIX e XX secolo, ai giuristi impegnati nella costruzione e nella rappresentazione di una comunità internazionale in grado di abbracciare tutta l'umanità.

Grazie alla 'mediazione' di Francisco de Vitoria, infatti, le popolazioni indigene erano già divenute parte integrante di un'immaginata « repubblica universale delle genti », formata da soggetti politici indipendenti, vincolati al rispetto dello *ius gentium*. Poco meno di trecento anni dopo precetti di carità e obblighi giuridici continuavano a sovrapporsi nel discorso giuridico. Se il diritto internazionale, come diritto fondato sul comune consenso di stati sovrani ed uguali tra loro, era il prodotto della « moderna civilizzazione cristiana », l'Europa dei secoli XIX e XX continuava la sacra missione iniziata dalla Spagna cattolica e teorizzata giuridicamente dal teologo di Salamanca. Solo riconoscendo l'universalità dei suoi valori e costruendo i rapporti con gli altri attraverso gli *standards* che la difesa di quei valori richiedeva, l'Occidente poteva includere le popolazioni africane nello spazio civile delle sue leggi, assicurare loro progresso e sviluppo e nello stesso tempo giustificare dal punto di vista giusinternazionalistico l'occupazione dei loro territori (56).

Come ho accennato però, anche nel garantire il perseguimento di quest'ultimo obiettivo i testi di Gentili presentarono un'utilità limitata. Sebbene il giurista italiano avesse avuto il merito di trasferire e rendere efficace un modo di acquisto della proprietà di diritto privato, l'occupazione, anche nel diritto delle genti, essa rimaneva solo un titolo giuridico che, in virtù del diritto naturale, legittimava l'acquisizione di terreni e proprietà prive di *dominus*. « Il fatto che si ignori l'esistenza di un territorio — aggiungeva, attaccando l'espansionismo castigliano in America —, non implica che quello

55) GENTILI, *De iure belli*, cit., I, 12, p. 89; III, 9, p. 538; 542; cfr. D. PANIZZA, *Diversità culturale e diritto delle genti alle origini del paradigma eurocentrico*, in *Alberico Gentili e il mondo extraeuropeo*, cit., pp. 73-87 (51-87); sulle strategie spagnole di costruzione del soggetto indigeno rinvio a L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della Conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004, pp. 191-263.

56) La citazione tra caporali è di L. OPPENHEIM, *International Law*, London, Longmans, Green and Co., 1905, p. 44; cfr. G.W. GONG, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

stesso territorio non appartenga già ad alcuno » (57). L'occupabilità, dunque, non era un attributo a priori delle terre oltreoceano e le Indie non potevano essere considerate *res nullius*, spazi vuoti su cui inscrivervi i segni di un nuovo dominio. Recependo le conclusioni cui era giunta la canonistica medievale, aveva ammesso l'esistenza anche tra le popolazioni indigene di *dominia* privati e pubblici. Il concetto di *dominium* si radicava infatti, prima ancora che nel diritto civile, nella forza razionale del diritto naturale e dunque anche gli infedeli, come aveva scritto Innocenzo IV, in quanto esseri razionali, beneficiavano del dono che Dio aveva fatto a tutti gli uomini di « occupare ciò che non era già occupato » una volta che il peccato di Adamo aveva distrutto l'innocenza primigenia e costretto ad abbandonare lo stato iniziale di possesso comune e indiviso (58). Del resto, nonostante le critiche di Gentili, anche nella riflessione giuridica spagnola le Indie non erano mai state qualificate *res nullius*. Donate da Alessandro VI a Ferdinando e Isabella, appartenevano al dominio diretto della Corona di Castiglia. Ciò non escludeva, sul piano teorico, l'esistenza di legittimi domini indigeni, domini utili che presupponevano il riconoscimento della Corona da parte delle popolazioni native e il loro coinvolgimento in una rete di relazioni dal carattere feudale fondate sulla grazia e sul beneficio. Sul piano pratico, invece, l'appartenenza di tutte le terre americane alla Corona non impediva la possibilità per spagnoli ed indigeni di ottenere la distribuzione di quelle non occupate tramite un

57) GENTILI, *De iure belli*, cit., I, 19, p. 144.

58) INNOCENZO IV, *In quinque libros decretalium Commentaria*, Venetiis, apud Bernardinum Maiorinum, 1570, X, 3, 34, 8 *Quod super his*, f. 514; GENTILI, *De iure belli*, cit., I, 17, pp. 130-132. Sulla centralità del concetto di *dominium* per la costruzione della soggettività giuridica nella seconda scolastica vedi i fondamentali lavori di P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica*, in ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 281-383; e di N. LUHMANN, *Subjective Rechte: zum Umbau des Rechts Bewußtseins für die moderne Gesellschaft*, in ID., *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der Modernen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, B. 2, pp. 45-104; con particolare riferimento al dibattito indiano A. PAGDEN, *Dispossessing the Barbarian: the Language of Spanish Tomism and the Debate over Property Rights of the American Indians*, in ID., *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe*, Cambridge University Press, 1987, pp. 79-92; B. TIERNEY, *Aristotele e gli indiani d'America*, in ID., *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625* (1997), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 363-408.

procedimento amministrativo che aveva inizio con una richiesta di *merced* al vicerè (59).

Con il Congresso di Berlino (1884-1885), tuttavia, quando gli internazionalisti furono chiamati ad individuare o ad inventare i titoli che legittimassero il nuovo colonialismo europeo e la spartizione del territorio africano, non apparve più sufficiente aver trasportato l'occupazione nel diritto delle genti. La sovrapposizione tra l'esperienza americana e quella africana non era più praticabile e inservibili le argomentazioni di Vitoria o Gentili. Non si trattava più di stabilire in linea di principio che anche la terra, se non utilizzata o non appartenente ad alcuno, fosse un bene occupabile, ma di individuare i criteri giuridici che facessero del sintagma *res nullius* un attributo qualificante dei territori africani (60).

Grozio, Locke, Vattel andarono in soccorso dei giuristi del XIX e fornirono loro le argomentazioni che essi cercavano, sancendo l'occupabilità di tutti i territori non sfruttati economicamente e non riconducibili ad un concetto occidentale di proprietà privata ed introducendo la distinzione tra occupazione pubblica e privata (61). Alla giusinternazionalistica del secolo XIX rimase solo

59) NUZZO, *Il linguaggio giuridico della Conquista*, cit., p. 163 ss.

60) Come è noto C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., ricostruendo il diritto internazionale sulla base del concetto di *Landnahme* (pp. 72-78), vedeva nel Congresso di Berlino l'ultima grande conquista dello *ius publicum europeum* e, nello stesso tempo, l'inizio della sua dissoluzione (267-286). Il concetto di occupazione è centrale anche nell'analisi di J. FISCH, *Die europäische Expansion*, cit., pp. 294-346; ID., *Africa as res nullius: The Berlin Conference and International Law*, in S. FORSTER, W. MOMMSEN, R. ROBINSON (eds.), *Bismarck Europe and Africa*, 1988, New York, Oxford University Press, 1988, pp. 347-371; più recentemente LESAFFER, *Argument from Roman Law in Current International Law*, cit., 25-58. In quanto modo di acquisto della proprietà l'occupazione trova spazio in tutti i trattati di diritto internazionale del XIX; negli anni immediatamente successivi al Congresso di Berlino diventa però oggetto di autonoma trattazione, cfr. CH. SALOMON, *De l'occupation des territoires sans maîtres*, Paris, Giard et Brière, 1889; R. ADAM, *Völkerrechtliche Okkupation und deutsches Kolonialstaatsrecht*, in *Archiv für öffentliches Rechts*, 6 (1891), pp. 193-310; G. JÉZE, *Etude théorique et pratique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international*, Paris, Giard et Brière, 1896; L. DEHERPE, *Essai sur le développement de l'occupation en droit international. Etablissement et déformation de l'oeuvre de la conférence de Berlin 1885*, Paris, Librairie de la Société du recueil général de lois et des arrêts, 1903. Anche in tempi più recenti il problema dell'occupazione e la definizione del concetto di *res nullius* hanno continuato ad interessare gli internazionalisti, R.J. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, University Press, 1963; J. CASTELLINO and S. ALLEN, *Title to Territory in International Law. A Temporal Analysis*, Aldershot, Ashgate, 2003.

61) H. GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), ed. B.J.A. De Kanter van Hettinga Tromp (1939), additiones novas addiderunt R. Feenstra et C. E. Persenaire. Adiuvante

il compito di chiudere il cerchio: l'occupazione era un modo d'acquisto della sovranità su un territorio che ne era privo, dal quale discendeva un diritto allo sfruttamento economico del territorio stesso che, per essere opponibile ai terzi, richiedeva una presa di possesso effettiva. Il suo presupposto non era più l'abbandono del territorio, il fatto che esso non fosse abitato o anche sfruttato, ma un deficit di sovranità. Da un lato, attraverso l'applicazione di standards di valutazione occidentali, le organizzazioni territoriali africane non potevano essere considerate stati; dall'altro, era considerata occupabile la terra non appartenente ad alcuno stato. Il diritto di occupazione si arrestava, quindi, solo di fronte ad un altro stato. In tutti gli altri casi, concordavano gli internazionalisti europei ed americani, il diritto di occupazione non era escluso per il fatto che quei territori erano abitati. « L'esistenza di una popolazione — precisava Catellani nel 1885 commentando gli atti del congresso di Berlino chiusosi quello stesso anno — impedirà o limiterà l'esercizio del diritto d'occupazione nei riguardi della proprietà da parte dei privati, ma non già in quelli della sovranità da parte dello Stato » (62).

Alla fine del XIX l'occupazione era divenuta quindi un principio di civiltà e uno strumento di diffusione del diritto internazio-

E. Arps-de Wilde, Neudruck Aalen, Scientia, 1993, II, 2, 16-17, pp. 201-202; II, 3, 1-4, pp. 205-207; II, 3, 19, pp. 217-219; J. LOCKE, *Two Treaties of Government*, in ID., *The Works of John Locke* (1823), repr. Aalen, Scientia, 1963, vol. 5, II, pp. 352-367; E. DE VATTEL, *Le droits des gens ou principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), phot. repr. with an introd. by Albert de Lapradelle (1916), Buffalo, Hein, 1995, I, 7, pp. 76-78; I, 18, pp. 191-196; II, 7, 86-98, pp. 319-327; cfr. TUCK, *The Rights of war and Peace*, cit., pp. 102-108; 120-125; 166-196 con riferimenti anche a Hobbes, Wolff, Pufendorf; sulle applicazioni delle tesi di Locke nella politica coloniale americana WILLIAMS, *The American Indian*, cit., pp. 246-251; B. ARNEIL, *John Locke and The America. The Defence of English Colonialism*, Oxford, Clarendon Press, 1996; una sintesi in ID., *The Wild Indian's Venison: Locke's Theory of Property and English Colonialism*, in *Political Studies*, 44 (1996), pp. 60-74; ulteriori indicazioni sulle relazioni tra *Positivismus, naturrechtliche Gleichheit und Kultivation* nel XIX secolo in FISCH, *Die europäische Expansion*, cit., pp. 265-283.

62) E. LEVI CATELLANI, *Le colonie e la conferenza di Berlino*, Torino, Unione Tipografica editore, 1885, p. 580; già P.S. MANCINI, *Provvedimenti per Assab*, Seduta del 26 giugno 1882, in ID., *Discorsi parlamentari*, Roma, Botta, 1896, vol. VII, pp. 151; 156; 167, agli inizi dell'avventura italiana in Africa aveva escluso l'applicazione del principio di nazionalità alle popolazioni coloniali sul presupposto paradossale che non fossero Stati; sulla sovranità coloniale ANGHIE, *Finding Peripheries*, cit., pp. 56-65; 100-107; KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nation*, cit., pp. 98-178; P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in *Quaderni Fiorentini*, 33-34 (2004-2005), pp. 182-183 (169-257).

nale e il *territorium nullius*, proiezione pubblicistica della *res nullius*, poteva essere definito da Guido Fusinato nella sessione dell'Istituto di diritto internazionale tenutasi a Losanna nel 1888, quello spazio che non si trovasse sotto la sovranità o il protettorato di uno Stato, indipendentemente dall'essere abitato o meno (63).

⁶³⁾ L'Istituto di diritto internazionale subito dopo la pubblicazione degli Atti della Conferenza di Berlino, nella sessione di Bruxelles (1885), aveva ritenuto opportuno nominare una commissione di studio composta da Asser, Engelhardt, Geffken, de Laveleye, Martens, de Martizt (*rapporteur*), Traver Twiss. Lo stesso Engelhardt aveva steso un *Project de déclaration internationale*, per determinare le regole da seguire nelle occupazioni di territori (*Revue de droit international et de législation comparée*, 19, 1887, pp. 175-177; vedi anche l'articolo di E. ENGELHARDT, *Étude sur la déclaration de la conférence de Berlin relative aux occupations*, in *Revue de droit international et de législation comparée*, 18, 1886, pp. 433-441). La stesura di tale progetto era stato oggetto discussione sia nella sessione di Heidelberg del 1887 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, édition nouvelle abrégée, Bruxelles, Lesigne, 1928, pp. 428-442), sia in quella dell'anno successivo di Losanna in cui si registra l'intervento di Fusinato rivolto ad introdurre nel primo articolo una definizione preliminare di *territorium nullius*. La proposta di Fusinato non venne accolta (*Annuaire*, cit., p. 714).