

ANNO LXVIII - 2000/01

NUOVA SERIE A - N. 52,1

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

SILVANA BIANCHI

Modelli di contenzioso tributario: Germania, Francia, Gran Bretagna

ABSTRACT

Lo studio esamina gli aspetti più rilevanti delle forme di contenzioso tributario presenti nei paesi europei che hanno più similitudini con il modello di contenzioso italiano. L'esame comparativo trova l'occasione nel processo di armonizzazione che ha riguardato e riguarda i paesi appartenenti alla comunità europea e che in Italia è sfociato nella riforma del 1992. Vengono esaminati i modelli di contenzioso della Germania, della Gran Bretagna e della Francia, mettendo in luce gli istituti che contraddistinguono il sistema dei singoli paesi. Dalla comparazione emerge la progressiva evoluzione che le legislazioni degli stati europei stanno attuando al fine di uniformare, a livello europeo, gli istituti fiscali.

SILVANA BIANCHI

MODELLI DI CONTENZIOSO TRIBUTARIO:
GERMANIA, FRANCIA, GRAN BRETAGNA

SOMMARIO

1. *Introduzione.* – 2. *L'esperienza tedesca.* – 3. *L'esperienza francese.* – 4. *L'esperienza inglese.* – 5. *Altre esperienze.*

1. Introduzione

Il processo d'armonizzazione internazionale ha interessato anche le liti tra fisco e contribuente. Era, questo, un settore particolarmente delicato, che vedeva privilegiare la tutela dei pubblici interessi alle esigenze d'eguaglianza. Tale peculiarità del sistema processuale dipendeva, sostanzialmente, sia dall'impossibilità di configurare le parti del procedimento in posizione paritetica, a causa dei privilegi goduti dall'amministrazione in genere e da quella tributaria in particolare, sia dalla tradizionale diffidenza dell'amministrazione nei confronti della sensibilità fiscale del giudice ordinario e non ultimo dal difficile equilibrio tra imparzialità ed efficienza. Ciò ha dato luogo ad istituti quali l'inversione dell'onere della prova, i versamenti anticipati di imposta, le restrizioni alla possibilità di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato.

Peraltro, già l'ordinamento interno, dietro lo stimolo di una dottrina molto vivace¹ e di una giurisprudenza particolarmente sensibile², aveva fatto giustizia di siffatte distorsioni, non certo tipiche del nostro ordinamento, ma presenti anche in altre legislazioni³. Tuttavia, altre considerazioni ci aiutano a comprendere l'evoluzione della disciplina del processo tributario. La prima riguarda l'ingente numero delle que-

¹ Cfr. RUSSO, *Processo Tributario*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, p. 787; DE MITA, *Peggio del solve et repete: paghi e non hai la tutela*, in *Boll. Trib.*, 1988, 1088.

² Cass. 21 giugno 1988, n. 4223, in *Fisco* 1988, 4700; Cass. 28 aprile 1988, n. 3197, in *Corr. Trib.* 1988, 159.

³ Così E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, IV ed., Torino, 1962, p. 664 e ss.

stioni sottoposte al vaglio degli organi preposti al contenzioso, sia esso nella fase amministrativa che in quella giurisdizionale: è questa la conseguenza del carattere prevalentemente permanente dei rapporti giuridici tributari, che ha trasformato l'atto d'imposizione in un atto di massa. L'informatizzazione ha, poi, ulteriormente contribuito a rendere più frequenti questo tipo di controversie, rispetto a quelle che vedono in causa qualsiasi altro ramo dell'Amministrazione.

L'altra considerazione riguarda l'elevato tecnicismo delle norme tributarie, la cui interpretazione presuppone la conoscenza, purtroppo scarsamente diffusa, di criteri metodologici. Ciò è connesso alla necessità di ricercare l'unità di criterio nella risoluzione delle controversie tributarie. Questa esigenza ha condotto i legislatori ad ipotizzare un ultimo grado di giudizio avanti ad un unico organo giurisdizionale: in Italia la Corte di Cassazione, in Spagna il Tribunale Economico Amministrativo Centrale, adito con ricorso straordinario in appello, con funzione di uniformazione dei criteri interpretativi.

L'approccio a questo tipo di problemi era più o meno simile in tutte le legislazioni: a fianco di organizzazioni giurisdizionali erano presenti rimedi amministrativi variamente strutturati⁴. Questo tipo di organizzazione, riconosciuta come tipica di un contenzioso c.d. "di massa"⁵ deve la sua funzionalità alla efficacia selezionatrice di un filtro che attui la necessaria selezione delle reali controversie meritevoli di una tutela giurisdizionale.

Nell'Italia precedente la riforma, le controversie tra Fisco e contribuente rappresentavano un settore alquanto delicato, in cui l'Amministrazione veniva privilegiata per il soddisfacimento di pubblici interessi, anche a scapito dei principi di giustizia. Erano così giustificati istituti come il *favor fisci*, la supersolidarietà tributaria, il *solve et repete* ed altri simili.

Già la giurisprudenza aveva richiamato l'attenzione del legislatore sulla necessità di ovviare a tali distorsioni, peraltro presenti anche in altri ordinamenti; da ultimo, però, è stata la necessità di armonizzazione ad aver vinto le ultime resistenze nei confronti di una modifica del contenzioso.

⁴ Cfr. C. CONSOLO, *Modelli comparati d'organizzazione del contenzioso tributario ed effettività della tutela* in *Dir. prat. trib.*, 1988, I, pag. 777.

⁵ Cfr. C. MAGNANI, *Contenzioso e tutela del contribuente*, in *Dir. prat. trib.*, 1988, I, pag. 1067 ss.

Esamineremo ora alcuni modelli di contenzioso europeo. La disamina degli istituti applicati in questi stati da contezza del grado di effettività della tutela del contribuente e della efficacia dello stesso sistema tributario.

2. *L'esperienza tedesca*

Il contenzioso tributario previsto dall'ordinamento tedesco, nelle norme oggi in vigore, è regolato da un corpo di norme, denominato *FINANZGERICHTSORDNUNG*, noto con la sigla F.G.O., emanato il 6 ottobre 1965 ed entrato in vigore nel 1966.

Queste norme hanno realizzato un sistema di tutela giurisdizionale esauriente ed indipendente, tendenzialmente privo di formalismi, seppure garantistico per le parti del processo, che si accosta nel suo complesso alle regole della giurisdizione amministrativa, influenzata dalle regole del processo civile.

Il F.G.O. prevede preliminarmente una fase amministrativa, che ha la duplice funzione di filtro delle controversie e di condizione di procedibilità del procedimento giurisdizionale vero e proprio.

I procedimenti amministrativi preliminari si distinguono in ordinari e straordinari. Sono classificati ordinari l'opposizione allo stesso organo che ha emesso il provvedimento impugnato, prevista in genere per gli atti impositivi, ed il reclamo all'organo immediatamente superiore, utilizzato per gli atti amministrativi di diniego di vantaggi in genere, quali esenzioni, dilazioni e sospensioni della riscossione.

I rimedi amministrativi straordinari, invece, non sono regolati dalla F.G.O., ma la loro esperibilità è ammessa dall'art. 17 della Costituzione federale, che sancisce il diritto di ognuno di formulare un'istanza agli idonei organi amministrativi o politici e di ottenere sulla stessa una risposta. L'istanza può essere rivolta all'organo che ha provveduto o a quello deputato a controllarne l'operato o gli atti. Questo tipo di rimedio non è soggetto ad alcuna formalità, né termine e non dà diritto alla refusione delle spese.

Già nella fase amministrativa è prevista la facoltà di sospensione interinale e cautelare della esecuzione dei provvedimenti impugnati sia d'ufficio che su istanza di parte. In caso di rigetto della istanza di sospensione, il contribuente può reclamare all'organo gerarchicamente superiore e contro le decisioni di questo può chiedere il controllo del giudice tributario, proponendo, se del caso, anche il ricorso per cassa-

zione al Bundesfinanzhof (Corte Fiscale Federale con sede a Monaco di Baviera), o al supremo giudice tributario federale, che provvederà con procedimento sommario, vincolato agli accertamenti di fatto precedentemente svolti.

La sospensione può essere concessa in presenza di un serio dubbio sulla legittimità dell'atto impugnato, o per gravi o irragionevoli pregiudizi conseguenti alla esecuzione, non giustificati da superiori interessi pubblici. In ogni caso può essere imposta una cauzione.

All'esito della fase amministrativa, se la lite non è definita, il contribuente può instaurare il processo giudiziario avanti ad un organo giurisdizionale *ad hoc*, che si occupa specificamente e professionalmente della materia tributaria.

Il processo si articola in due soli gradi, avanti ad organi relativamente centralizzati: il primo grado si svolge avanti il tribunale fiscale regionale ed il secondo grado avanti la Corte fiscale federale, assimilabile alla nostra Corte di Cassazione.

Il contribuente non è obbligato ad avvalersi di una rappresentanza o di un patrocinio tecnico-professionale, ma il giudice può chiedere che si giovi di tale assistenza, se lo ritiene necessario.

Vige la refusione delle spese, secondo la regola della soccombenza.

L'azione esperibile è quella d'annullamento totale o parziale dell'atto impugnato. Si impugna sempre il provvedimento originario, non già l'atto che termina la fase amministrativa.

Avverso gli atti nulli può essere esperita anche l'azione di mero accertamento, adottabile anche per accertare l'esistenza o meno di un rapporto giuridico tributariamente rilevante. Avverso il rigetto di istanze o il silenzio omissivo può essere chiesta la condanna dell'amministrazione a provvedere alla emanazione del relativo provvedimento amministrativo. Instaurato il giudizio, il processo prosegue con impulso d'ufficio, anche per ciò che riguarda l'istruzione probatoria. Costituiscono mezzi di prova i documenti, la consulenza tecnica, l'interrogatorio delle parti e le deposizioni testimoniali.

Le decisioni, infine, sono fondate sul libero convincimento del giudice, che potrà avvalersi, in via sussidiaria, anche delle posizioni assunte dalle parti, non vigendo alcuna regola fissa e legale di valutazione precostituita e graduata della prova.

La sentenza di primo grado può essere impugnata solo con il ricorso per revisione, il quale è soggetto ad alcuni limiti: valore, soccombenza non inferiore a 10.000 marchi, importanza della controver-

sia, contrasto esplicito fra la decisione impugnata e la giurisprudenza della corte federale, deduzione di vizi procedimentali.

La corte, peraltro, sprovvista di poteri istruttori, è vincolata, quanto al giudizio di fatto, alla decisione del giudice tributario, decide nel merito la causa o, se questa non è matura o la sua trattazione è stata processualmente viziata, ne rinvia l'esame al giudice regionale, che sarà vincolato ai principi fissati dalla corte.

3. *L'esperienza francese*

Anche il sistema del contenzioso tributario francese conferisce estrema importanza alla fase amministrativa-giustiziale, quale fase di accesso al processo giurisdizionale.

La c.d. *reclamation préalable* che consiste nel riesame, richiesto dal contribuente, della pretesa avanzata dal fisco, è affidata alla competenza ed alla decisione del direttore dei servizi fiscali, competente per territorio e per valore. Il reclamo deve essere deciso in un tempo relativamente breve (non oltre sei mesi), ed il suo rigetto deve essere ampiamente motivato, per consentire al contribuente di difendersi nella successiva fase giurisdizionale. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento, ma è prevista una tutela interinale e cautelare, anche in assenza di grave danno irreparabile, purché il contribuente fornisca idonea cauzione.

Questa fase, per la serietà e l'imparzialità con cui viene svolta, rende meramente eventuale la fase giurisdizionale successiva, che può aprirsi a richiesta del contribuente o dello stesso direttore dei servizi fiscali, laddove ritenga di non sentirsi in grado di pronunciarsi in merito alle contestazioni mosse dal contribuente.

La fase giurisdizionale si svolge, per le imposte dirette e sulla cifra di affari avanti il giudice amministrativo e per le imposte indirette e tasse, avanti il giudice ordinario civile.

La ripartizione della competenza fra i due organi ha ragioni puramente storiche, che risalgono al periodo della rivoluzione francese, che abolì, ritenendole impopolari, tutte le imposte indirette allora esistenti.

Premessa questa diversa competenza per materia, la fase giurisdizionale amministrativa si articola in un primo grado avanti il Tribunale amministrativo, adito entro due mesi dalla notifica della decisione preliminare, ed in grado di appello davanti al Consiglio di Stato. Il ri-

corso in appello ha effetto devolutivo, ma non sospensivo. La decisione del Consiglio di Stato è definitiva.

La trattazione della causa è scritta con le regole del contraddittorio; l'istruzione è inquisitoria e sono ammessi tutti i mezzi di prova propri del processo amministrativo ordinario, tranne l'interrogatorio, perché ritenuto superfluo.

La procedura avanti il Tribunale ordinario, per i tributi indiretti e per certi tributi locali, si avvicina a quella snella e scritta, prevista avanti il giudice amministrativo, piuttosto che alla normale procedura civile.

In linea di massima si applicano le regole procedurali contenute nel codice di procedura civile, tuttavia il codice generale delle imposte ed il recente libro dei processi fiscali hanno istituito varie norme derogatorie che riguardano l'individuazione delle competenze territoriali, la delimitazione dell'oggetto del processo, alcuni termini, la non obbligatorietà del patrocinio legale, la disciplina della consulenza tecnica, la perenzione dell'istanza, talune condizioni di deducibilità del merito, il carattere scritto della procedura, l'esclusione dell'appello, la refusione delle spese alla parte vincitrice.

Al processo partecipa, quale parte pubblica accessoria, o comunque distinta dalla Pubblica Amministrazione, il Pubblico Ministero.

Quanto alle impugnazioni, non è ammesso l'appello, ma può essere proposto ricorso per cassazione, che supplirebbe, secondo la dottrina⁶ alla carenza di appello, posto che sono ritenuti ammissibili nuove produzioni documentali, nuovi motivi ed un apprezzamento dei fatti di cui è causa. Prima ancora di attivare il contenzioso giurisdizionale, in caso di rigetto del reclamo preliminare, ovvero anche nel caso in cui detto reclamo non sia stato nemmeno proposto, il contribuente francese può chiedere sia uno sgravio d'ufficio in via di autotutela, sia una remissione graziosa dei suoi debiti, facendo valere, a quest'ultimo fine, la propria particolare situazione di difficoltà economica o di indigenza, ove essa appaia tale da giustificare una così eccezionale remissione, totale o parziale del debito.

⁶ CONSOLO, *op. loc. cit.*, pag. 819

4. L'esperienza inglese

Il sistema inglese, nel campo dell'attività tributaria, come in ogni altro settore della pubblica amministrazione, non accorda al suddito una tutela a pieno titolo giurisdizionale; più precisamente le corti di giustizia non conoscono le controversie che insorgono tra contribuente ed Amministrazione ed in genere alcun tipo di contenzioso amministrativo, quantomeno direttamente.

Le questioni riguardanti la materia tributaria vengono sollevate avanti ad organi amministrativi e, dopo l'intervento di questi, è ammesso il ricorso giurisdizionale, ma solo per questioni di diritto.

Il legislatore inglese, per non creare ulteriori ordini giurisdizionali, accanto all'unico complesso giurisdizionale che ha al vertice l'Alta Corte di Giustizia, ha istituito i c.d. tribunali amministrativi, che nulla hanno a che vedere con gli organi giudiziari, sia per quanto concerne l'organizzazione, sia per ciò che riguarda l'essenza stessa di detti organi.

I *General Commissioner*, affiancati, con competenza concorrente dagli *Special Commissioner* sono nominati dal Lord Cancelliere e svolgono l'incarico, che è a tempo determinato, senza remunerazione, ma con il solo rimborso delle spese, affiancati da un segretario, da loro stesso scelto (di regola tra i *solicitor*) che funge da vero e proprio consigliere. Hanno competenza esclusiva in merito all'imposta sul reddito.

Le regole del giudizio sono alquanto snelle e consentono al G. C. di diminuire l'accertamento in conseguenza delle prove offerte dal contribuente (testimonianze o affermazioni giurate), ma anche di aumentarlo in relazione alla scienza personale del decidente, a circostanze sconosciute allo stesso ufficio impositore e note ai G. C. nella loro veste di cittadini o talora di colleghi del contribuente. Queste regole diminuiscono notevolmente il numero delle contestazioni degli accertamenti.

Vige la regola dell'inversione dell'onere probatorio. È il contribuente appellante a dover fornire la dimostrazione di possedere un reddito inferiore a quello che gli viene contestato. Se invece la finanza fonda il proprio accertamento sulla malizia del contribuente, avrà l'onere di provare i propri assunti.

La decisione del G.C. è finale e conclusiva e le questioni da essi trattate e risolte, relative al periodo di imposizione, non possono più venir sollevate e discusse in sede contenziosa neppure per effetto di

nuovi accertamenti aggiuntivi, basati su nuove scoperte degli ispettori del reddito. Tale preclusione, peraltro, non è prevista per la finanza relativamente ad accertamenti aggiuntivi se motivate con questioni non toccate dalla decisione della Commissione.

Il contenzioso dell'imposta sul valore aggiunto si svolge preliminarmente presso gli uffici V.A.T. e, se del caso, successivamente, con appello proposto al V.A.T. *Tribunal*, organo collegiale, con funzioni equivalenti ai *Commissioner* della imposta sul reddito.

Sono devoluti a questo tribunale solo questioni tipicizzate in un'articolata elencazione contenuta nella legge e il ricorso è ammesso solo se il contribuente dimostra di aver provveduto al pagamento del tributo, a meno che questo non venga sospeso dall'Ufficio o dal Tribunale stesso, per grave pregiudizio.

Avverso la decisione dei *S. e G. Commissioners* o dei V.A.T. *Tribunals* è ammesso appello all'Alta Corte di Giustizia, ma solo per motivi di diritto.

Tale decisione è, a sua volta, appellabile alla Corte d'Appello e quindi, con il permesso alternativamente dell'organo *a quo* o di quello *ad quem*, avanti alla corte di ultima istanza, la *House of Lords*.

Il ruolo di quest'ultimo magistrato è molto importante in campo tributario, perché segna una tappa giurisprudenziale importante. Questo ruolo è possibile solo per l'esiguo numero di casi che è annualmente sottoposto alla sua decisione, circa cinquanta come massimo.

5. Altre esperienze

Infine nel Belgio le vertenze tributarie sono affidate alla competenza del giudice civile. Il Portogallo ha istituito per tali controversie dei giudici speciali tributari. La Grecia e la Spagna devolvono alla competenza del giudice amministrativo il contenzioso in materia fiscale.

MARCO CANGIOTTI *Osservazioni sul possibile statuto di una filosofia dell'uomo*

ABSTRACT

In una condizione culturale che, come quella contemporanea, è tutta segnata da una generale controversia sullo statuto dell'umano, la ricerca filosofica non può sottrarsi al compito di elaborare una riflessione antropologica. Tuttavia, all'esigenza universalmente sentita sembra non potere seguire il suo adeguato svolgimento, e la filosofia dell'uomo pare avere in sorte il destino di essere insieme evocata e negata nella sua stessa possibilità.

Di fronte a questo stato delle cose, la ricerca che qui viene presentata si articola nell'intreccio di due fondamentali momenti. Il primo di essi, è rappresentato dalla messa in discussione dell'assunto dell'impraticabilità dell'antropologia filosofica, e ciò attraverso l'analisi critica dei presupposti teorici che la sottendono e che, sinteticamente, risiedono in una ben precisa corrente interpretativa della filosofia kantiana. Il secondo, invece, dopo essere passato attraverso la presentazione di una modalità interpretativa della stessa riflessione kantiana del tutto diversa da quella prima criticata, tenta di mettere in chiaro alcune indicazioni teoriche per la fondazione di un possibile statuto affermativo della filosofia dell'uomo.

MARCO CANGIOTTI

OSSERVAZIONI SUL POSSIBILE STATUTO
DI UNA FILOSOFIA DELL'UOMO

SOMMARIO

1. *Attualità e problematicità della filosofia dell'uomo.* 2. *Linee di antropologia kantiana.* 3. *La crisi razionalistica.* 4. *Ateismo e antropologia.* 5. *Per un'alternativa.*

1. Attualità e problematicità della filosofia dell'uomo

Il contesto interpretativo all'interno del quale si colloca il nostro discorso è rappresentato dalla convinzione che la connotazione culturale essenziale del tempo presente sia rappresentata da una grande e generale controversia sull'*humanum*. E ciò per almeno due ordini di motivazioni.

Il *primo* di essi prende le mosse dall'osservazione che la condizione di pluralismo etico – o forse sarebbe più esatto dire di relativismo – nella quale la cultura contemporanea è largamente immersa, ha come suo principale risultato quello di mostrare il fallimento del progetto illuministico di una morale autonoma, ossia il fallimento dell'idea della possibilità di svincolare l'etica da qualsiasi base teologica. L'atteso universalismo etico, che di questo progetto era lo scopo supremo e, nel contempo, il banco di verifica, non si è affatto presentato e ha invece lasciato il campo a una vera e propria "babele" delle opzioni morali, spesso non solo diverse ma persino incoordinabili fra di loro. Ne consegue che il segno maggiormente distintivo dell'attualità spirituale sembra essere quello del *pari* pascaliano: la morale, qualunque essa sia quanto ai suoi contenuti, può essere guadagnata solo a partire da una previa e fondante scelta in ordine alla questione dell'assoluto. "L'attuale pluralità delle morali attesta, in ognuna di esse, una risposta implicita, positiva o no, al problema metafisico; il pari, per o contro Dio, si impone in ogni minimo atto della vita quotidiana"¹. Teismo e ateismo, tuttavia, non rivestono i panni di questioni metafisi-

¹ A. DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, Bologna 1990⁴, p. 13.

che circoscritte e, nel momento stesso in cui si pongono alla considerazione e alla deliberazione della persona umana, si presentano dotati di conseguenze antropologiche: la forma della domanda su Dio è, oggi come sempre, quella di una domanda sull'uomo, sulla sua vera essenza, sul significato del suo essere.

Vi potrebbero essere diverse vie per spiegare il senso di questa giunzione fra questione teologica e questione antropologica, ma il modo più convincente, in quanto maggiormente essenziale, è quello che prende avvio dalla comprensione che lo sforzo neo-pelagiano della costruzione di una universale morale autonoma e il suo imprevisto esito nel relativismo etico contemporaneo, altro non sono se non il frutto del tentativo dello spirito europeo di staccarsi dalla sua originaria matrice cristiana. Ciò che è stato posto in questione nella cultura europea moderna non è, astrattamente, il problema teologico, ma il problema del cristianesimo, perché lo spirito europeo in quanto "europeo" e non, per esempio, "orientale", non ha accesso al tema teologico se non attraverso il cristianesimo, e così nel *pari* si tratta del destino di quest'ultimo. Il cristianesimo, però, ha come propria indiscutibile e originale connotazione quella di essere una affermazione di verità non solo intorno a Dio ma anche intorno all'uomo, essendo il suo centro costitutivo rappresentato dall'avvenimento del *Verbum caro factum est*. La verità teologica cristiana è pertanto e immediatamente una verità antropologica, e così la riproposizione dell'opzione in ordine all'assoluto che il relativismo etico attualizza, si riveste dei panni di una discussione e di una deliberazione intorno all'*"humanum"*.

Il *secondo* ordine di motivazioni, certamente diverso eppure anche connesso col primo, tanto che vi si potrebbe vedere una sorta di inquietante radicalizzazione apocalittica, proviene dalla storia politica del XX secolo che, appunto in senso politico, può ben essere definito il secolo del totalitarismo. Certamente, e lo si è appena detto, la sede propria del fenomeno totalitario è la sfera politica e tuttavia il suo significato complessivo va ben al di là di essa. Questo significato, infatti, si condensa nel fine fondamentale che il progetto totalitario ha tentato di realizzare, fine che non è stato appena quello della distruzione della libertà politica, ma quello della eliminazione della libertà umana in quanto tale. Il principio basilare dell'ideologia totalitaria è perfettamente riassunto nella affermazione che "tutto è possibile", e ogni realizzazione storica tentata dal potere totalitario si è sforzata di metterlo in atto, di inverarlo. Il punto attorno a cui si è concentrata questa mostruosa "esplorazione del possibile" è stato, e non poteva non es-

serlo, l'uomo. Così, il possibile da inverare è diventato quello più ambizioso: cambiare la stessa natura umana, trasformare l'uomo da essere dotato di intelligenza e volontà (*rationalis naturae individua substantia*) nel suo esatto contrario: un essere puramente e integralmente funzionale, e dunque totalmente privo di una interiorità spirituale e, come tale, totalmente manipolabile e dominabile. Come ben sintetizza Hannah Arendt, i campi di concentramento sono stati i laboratori pratici di questa demoniaca impresa: "I Lager servono, oltre che a sterminare e a degradare gli uomini, a compiere l'orrendo esperimento di eliminare, in condizioni scientificamente controllate, la spontaneità stessa come espressione del comportamento umano, e di trasformare l'uomo in un oggetto"².

Anche se il totalitarismo è stato sconfitto sul piano militare e politico, la questione che la sua comparsa ha posto, ossia la questione se davvero l'uomo possa essere ridotto a un puro oggetto funzionale e, dunque, la questione di quale sia la sua natura, è rimasta, per il fatto stesso di essere stata posta, una drammatica domanda aperta per il tempo presente, una domanda per rispondere alla quale, e di nuovo, la riflessione filosofica non può che concentrarsi sull'antropologia.

Possiamo dunque concludere che la questione di chi sia l'uomo si presenta per la attualità filosofica come una questione della massima rilevanza. Tuttavia, se dal piano della indicazione del problema passiamo al piano del suo risolvimento, il quadro che ci troviamo di fronte è quello di una sorta di insormontabile impaccio: alla urgenza della domanda non pare corrispondere una risposta adeguata, e il consenso attorno al problema si trasforma in aperto dissenso quanto alla sua possibile soluzione. Certamente, la filosofia non teme la controversia, anzi per certi aspetti il filosofare è il più fecondo terreno di coltura dell'aspro dibattere. Nel caso della questione antropologica, però, la controversia che tutta inevitabilmente la segna è caratterizzata da un elemento dotato di forte aporeticità: nel momento stesso in cui viene aperto l'interrogativo sull'uomo, lo si dichiara insolubile, e l'antropologia viene immediatamente riqualificata come indagine sulla "condizione umana", denunciando con ciò stesso come insensata ogni pretesa di formulare un discorso ontologico. Dell'uomo sarebbe investigabile, per così dire, solo "l'atto d'essere" storico, mentre rimarrebbe del tut-

² H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, tr.it. di A. GUADAGNIN, Milano 1967, p. 600.

to precluso il terreno della sua essenza, fino al punto di arrivare al dubbio radicale se tale essenza poi esista o se, invece e piuttosto, l'atto d'essere storico risolva completamente e soddisfacentemente l'intero statuto dell'umano. Così, a ben vedere, nel momento stesso in cui si pratica l'antropologia filosofica, se ne proclama l'intimo fallimento.

Di fronte a questa situazione del dibattito, la domanda che vogliamo porre è se questo statuto per così dire "negativo" di gran parte delle filosofie dell'uomo contemporanee sia una peculiarità addebitabile unicamente ad esse, oppure sia una sorta di lascito che una parte della riflessione antropologica contemporanea riceve, e subisce, dalle sue remote radici. La tesi che assumiamo, e che rappresenta quindi il motore di tutta la nostra indagine, è che l'aporia di cui stiamo discutendo risulti essere il frutto della impostazione del problema dell'uomo tipica di un versante importante, e per alcuni versi maggioritario, della modernità, e che dunque in essa si manifesti non una nota peculiare del pensiero contemporaneo, ma l'eredità di una caratteristica che è propria di un certa linea del moderno che perdura in una quota significativa della riflessione antropologica contemporanea e tutta la determina. Detto in termini più espliciti, la nostra tesi è che il dibattito antropologico contemporaneo subisca la determinante influenza di quella che vorremmo chiamare l'interpretazione razionalistica del pensiero kantiano, e della sua maturazione-compimento nell'ateismo, ed è esattamente questa linea di pensiero che produce il paradossale risultato aporetico di cui abbiamo detto sopra, ossia che mentre da una parte si pone con forza la questione dell'uomo, dall'altra parte, e nella misura in cui ci si riferisca alla concezione ateo-razionalistica, si impedisce a questa stessa questione di trovare uno svolgimento affermativo.

Dobbiamo pertanto accingerci a due passi: per prima cosa ricostruire sommariamente quello che ci appare essere il significato essenziale della filosofia kantiana, quindi cercare di mettere in chiaro la deformazione a cui esso è stato sottoposto dalla linea interpretativa sopra enunciata.

2. Linee di antropologia kantiana

La filosofia kantiana è da sempre sottoposta a un conflitto interpretativo, e doppia è la materia del contendere. Il primo punto posto in questione riguarda la natura fondamentale e complessiva di tutta la ricerca di Kant, ossia se essa debba essere riconosciuta prevalentemen-

te come una impresa di carattere gnoseologico o se, invece, la sua intenzione fondamentale sia di carattere antropologico. Il secondo punto, diverso ma nel contempo connesso al primo, è costituito dal problema del significato da attribuire allo statuto kantiano della conoscenza, ossia se esso debba essere rintracciato nella limitazione delle pretese della conoscenza intellettuale al fine di lasciare adeguato spazio alla ragione, o se, invece, esso risieda nella più ferrea negazione di ogni possibilità per il discorso metafisico. Abbiamo detto che le due questioni sono connesse fra di loro, e precisamente: l'assunzione del carattere gnoseologico si collega con l'interpretazione in termini unicamente negativi della prima *Critica*; la scelta del carattere antropologico si basa, invece, sull'interpretazione dell'impianto critico in termini di limitazione della pretese dell'intelletto a tutto favore della ragione.

L'interpretazione che adottiamo, seguendo in ciò l'itinerario ermeneutico di Eric Weil e di Italo Mancini, è quella che Kant stesso, nella nudità eloquente della lettera, sembra suggerire nella *Prefazione* alla seconda edizione della *Critica della ragion pura*. Infatti, "se nel 1781 Kant insiste sull'assenza di ogni progresso e dunque sul dubbio valore della metafisica, nel 1787 avverte, invece, la necessità di una tale scienza e parla di oggetti 'in quanto sono pensati dalla sola ragione, ossia inevitabilmente' [...]; e parla della possibilità di trovare nella conoscenza pratica 'dei dati per determinare quel concetto trascendente dell'incondizionato proprio della ragione' [...]. Soprattutto, Kant protesta contro un modo di vedere che considererebbe soltanto l'aspetto negativo della *Critica* e ignorerebbe la funzione positiva di una limitazione della ragione speculativa (si direbbe meglio: costruttivistica), limitazione con la quale la ragione pratica deve poter procedere d'ora in poi alla scoperta del soprasensibile senza temere le obiezioni della ragione teoretica, prima presuntuosa, ora cosciente dei suoi limiti"³. Ciò posto, risulta in qualche modo consequenziale la necessità di individuare la natura fondamentale di tutta la ricerca kantiana in quello che Kant stesso chiama "l'interesse pratico". "Non è che non si possa parlare di un interesse speculativo, e Kant non evita affatto il concetto che rende comprensibile il modo di procedere della ragione speculativa verso l'unità del proprio sistema. Ma l'interesse vero della ragione è di 'riunire il suo interesse teorico con quello pratico' [...] in vista di vivere in pace con se stessa, in vista di vivere: 'Quale uso faremo del

³ E. WEIL, *Problemi kantiani*, ed.it. a cura di P. SALVUCCI, Urbino 1980, p. 21.

nostro intelletto, anche limitatamente al campo dell'esperienza, se non ci proponiamo dei fini? Ora, i fini supremi sono quelli della moralità, che solo la ragion pura può farci conoscere' [...]. Così, nella sua riflessione sulla speculazione la ragione si comprende come interessata, come pratica"⁴.

Se l'intento della prima *Critica* è quello di limitare le pretese dell'intelletto per fare spazio alla ragione in quanto pratica, il carattere di tutto il sistema kantiano non può che essere un carattere antropologico, perché lo spazio della morale è propriamente lo spazio dell'uomo, dell'uomo in azione.

A questa interpretazione dell'antropologia filosofica come del "fondamento" di tutto il discorso kantiano si potrebbe obiettare che, però, Kant non pare tematizzare questo oggetto, non concentra mai su di esso la sua esplicita riflessione. Anzi, in numerosi luoghi sembra proporre uno statuto solo negativo per l'antropologia, riservando alla affermazione positiva solo il misero spazio della sfera "pragmatica", cioè a dire della ricognizione sociologica che nulla può affermare quanto alla essenza. È questa una obiezione sufficiente e sufficientemente fondata? A mio giudizio no, e ciò per almeno due motivi.

In *primo luogo*, l'obiezione non è sufficiente: l'eventuale non esecuzione dell'antropologia non lederebbe affatto il suo carattere di fondamento di tutta la riflessione kantiana, sia perché il fondamento, per essere tale e proprio nella misura in cui sia tale, non ha affatto bisogno di essere tematizzato, sia perché – e siamo al motivo decisivo – "questo stesso fondamento è anche quello della filosofia nel suo senso più alto"⁵. Il sapere ed il discorso filosofici hanno certamente forma teorica, perché l'approccio alla verità che in essi si tenta e si compie è di natura intellettuale, ma, nella misura in cui non si vogliano miticamente ipostatizzare, è necessario ricordare che essi sono atti dell'uomo, il quale, dunque, ne è l'unico vero e permanente soggetto. L'interesse che muove l'uomo alla ricerca filosofica non è un interesse astrattamente contemplativo perché nel senso che egli insegue, e che a volte afferma di avere trovato, ne va di lui: non per nulla l'ermeneutica sa che il passaggio dal dato al significato si ottiene solo attraverso il transito per quella che viene definita "precomprensione pratica".

⁴ *Ivi*, p. 38.

⁵ *Ivi*, p. 36.

Come osserva esplicitamente Kant, la ricerca del Sommo Bene "è la dottrina della saggezza; e questa a sua volta come scienza è filosofia nel senso in cui intesero questa parola gli antichi, pei quali essa consisteva nell'insegnare il concetto in cui è da riporre il sommo bene, e il modo di procedere mediante cui questo bene si può acquistare. Converrebbe lasciare a quella parola il suo significato antico, come dottrina del sommo bene, in quanto la ragione si sforza di farne una scienza"⁶. Ciò che motiva e guida la ricerca filosofica è il tentativo di risoluzione del problema del destino dell'uomo, ossia qualcosa che non ha dimensione inferiore o diversa di quella contenuta nel concetto di "riconciliazione" o, se si vuole, in termini religiosi di "salvezza"; per Kant: il Sommo Bene. "La filosofia è azione umana, impresa destinata a permettere all'uomo di essere in atto ciò che è in potenza, di orientarsi nel mondo, di dirigersi nella sua vita, di realizzarsi"⁷. Da questo punto di vista, diventa pienamente pertinente e significativa la tesi già patristica e poi medievale che la vera filosofia risiederebbe nella vita monastica⁸, e altrettanto significativo il suo fondamento cristiano: l'affermazione che la verità è una Persona e non una rigorosa serie logica di concetti.

In *secondo luogo*, l'obiezione non è nemmeno sufficientemente fondata. Infatti, se è certamente vero che a livello di sapere scientifico Kant afferma inequivocabilmente l'impossibilità di qualsiasi presa conoscitiva sull'essenza dell'Io, è altrettanto vero che egli proprio a motivo di questa impossibilità parla di un "paradosso" in cui la questione psicologica si avvolgerebbe. Il paradosso consiste nel fatto che qui "si presenta una stessa realtà, l'Io, che è a un tempo attiva fonte di conoscenza, tutt'uno con l'appercezione, artefice supremo del conoscere, e, al tempo stesso, in quanto soggetto alle leggi generali del conoscere, è solo un passivo fenomeno, risultante dal dato, ossia dalla modificazione soggettiva, e dal concetto, che pertanto lascia incompreso il vero sono psicologico"⁹. La scelta da parte di Kant del concetto di

⁶ I. KANT, *Critica della ragion pratica*, tr.it. di F. CAPRA, Bari 1974, *Dialettica della ragion pura pratica*, capitolo I, p. 132.

⁷ E. WEIL, *Problemi kantiani*, cit., p. 36.

⁸ H. U. VON BALTHASAR, *Sponsa Verbi*, tr.it. di G. COLOMBI e G. MORETTO, Brescia 1972, pp. 327-362.

⁹ I. MANCINI, *Guida alla Critica della ragion pura*, vol. II *L'Analitica*, a cura di M. CANGIOTTI, Urbino 1988, p. 116.

“paradosso”¹⁰ per definire questa situazione indica che egli è qui ben deciso a sostenere l'identico grado di realtà di entrambi i lati che il paradosso stesso compongono, perché è solo dal riconoscimento dell'identica buona pretesa di entrambi i lati che può conseguire la necessità di mantenerli entrambi senza potere scegliere di risolverli in uno solo dei due. Ciò detto, risulterà illuminata di una luce estremamente chiarificatrice la proposta di soluzione del paradosso medesimo che Kant avanza.

“La soluzione che dà Kant per spiegare la coesistenza di questo doppio senso dell'Io sta nel mettere a frutto quella distinzione tra pensare e conoscere con cui si apriva il §22: in quanto agente ‘nella sintesi trascendentale del molteplice delle rappresentazioni in generale’, ossia in quanto Io penso, l'Io è oggetto di un pensare vero e proprio; di un Denken che è pura forma e movimento categoriale, ma non è oggetto di una intuizione [...]. In quanto, invece, l'Io si presenta non come puro pensato in opera nella appercezione originaria, ma come oggetto di conoscenza, obbedisce alla legge generale della coscienza [...] ossia obbedisce alla sintesi tra categorie [...] e lavoro del senso interno dove si incontrano le affezioni sensitive e l'intuizione pura del tempo”¹¹.

Se il paradosso è sciolto dalla distinzione fra pensare e conoscere questo rivela due cose, entrambe della massima importanza.

La prima di esse è che, per Kant, la sfera del puro pensiero non è una sfera arbitraria e aleatoria, non è un “passatempo” per usare un termine kantiano, perché in essa ha sede qualcosa di talmente reale da essere ciò a cui tutta la conoscenza scientifica è sospesa come al proprio fondamento. Così, se permane l'impossibilità di una presa della conoscenza scientifica sulla realtà essenziale dell'Io, ciò è dovuto allo statuto limitato di questo stesso conoscere, e proprio la compresenza di questa limitazione radicale e della contemporanea inequivocabile attestazione di un altro territorio oltre quello ad esso disponibile, delinea tutto il significato positivo della sfera del pensare. Il puro pensare ha a che fare con qualcosa di reale e certo, solo che il suo territorio è un territorio diverso da quello della conoscenza scientifica e il suo or-

¹⁰ I. KANT, *Critica della ragion pura*, tr.it. a cura di G. COLLI, Milano 1987, *De-duzione trascendentale dei concetti puri dell'intelletto*, § 24, pp. 187-193 (B 120-122).

¹¹ I. MANCINI, *Guida...*, cit., p. 122.

gano non è rappresentato dall'intelletto ma dalla ragione e, precisamente, dalla ragione in quanto pratica.

Le seconda cosa rivelata è che, al di là della impossibilità di una presa scientifica sull'essenza dell'Io, qualcosa di positivo riguardo a questo stesso Io è stato, nel pensiero, saputo, e precisamente che "L'Io è dunque una cosa in sé [...]. Che non possa essere conosciuto, che non possa diventare oggetto di scienza, non solo non confuta questa asserzione, ma la conferma: determinato, l'Io cesserebbe di essere determinante; indeterminato, ma determinantesi, resterà soggetto che agisce senza trasformarsi in cosa a meno che non rinunci alla sua dignità di essere libero. In quanto cosa in sé il soggetto non è mai cosa, non è colto mediante le sue relazioni con un' altra cosa"¹². Questo è il primo fondamentale asserto della antropologia filosofica kantiana, che dunque conosce una ben precisa e positiva esecuzione, tanto che proprio da questo asserto che afferma il carattere non cosale del soggetto, carattere che ben si condensa nella affermazione della sua libertà, si aprirà un ulteriore percorso antropologico, un percorso dove l'Io è colto mediante le sue relazioni con un altro soggetto, il soggetto divino. "Dio, per il pensiero speculativo, è solo la causa inconoscibile, indeterminabile e di cui l'azione e il modo di causazione non possono neppure essere immaginati; ma è questo stesso Dio che permette all'uomo di pensarsi come essere nel mondo, libero e insieme determinato, soggetto fiducioso della provvidenza, soggetto libero nelle sue decisioni, cittadino di un mondo sensato e che deve realizzare il senso della sua esistenza e quello del mondo"¹³.

In Kant è presente una precisa antropologia filosofica: questa è la conclusione a cui siamo pervenuti e, addirittura, è possibile dimostrare che essa era già "fissata molto prima di quando vide la luce il sistema critico"¹⁴. Si tratta, come abbiamo visto, di una filosofia dell'uomo che, facendo leva sulla distinzione fra pensare e conoscere, consente la elaborazione di un ben fondato sapere antropologico, il cui tratto essenziale è rappresentato dalla sua natura "pratica", ossia dalla scelta, conoscitivamente obbligata, di occuparsi della natura morale dell'uomo, "di ciò che lo caratterizza come agente libero ma anche determinato, liberamente determinato perché lui stesso si è determinato a ciò

¹² E. WEIL, *Problemi kantiani*, cit., p. 41.

¹³ *Ivi*, p. 39.

¹⁴ *Ivi*, p. 149.

che lo vediamo essere”¹⁵. Sarebbe assai interessante seguire ancora per un poco la concreta elaborazione dei contenuti di questa dottrina dell'uomo kantiana, ma per ora e ai fini del nostro discorso è sufficiente arrestarsi alla conclusione fin qui raggiunta, perché essa ci rende avvertiti del fatto che non in qualche episodio marginale, ma nel cuore vivo e pulsante della modernità filosofica è presente una antropologia ricca di contenuto affermativo.

Questo fatto è altamente significativo perché rappresenta il punto da cui emerge una nuova problematicità per la nostra indagine: infatti, se il pensiero moderno in un suo momento costitutivo quale quello kantiano è stato capace di questa fecondità antropologica, sorge spontaneo l'interrogativo sul motivo del fatto che, come ricordavamo all'inizio, gran parte del pensiero contemporaneo, invece, pare avere rinunciato ad essa proclamando, anzi, l'impossibilità, e non semplicemente la non soddisfacente esecuzione, di una filosofia dell'uomo caratterizzata dalla pretesa di un contenuto affermativo. Rispetto a questa decisiva domanda, la nostra tesi, lo si è già detto, è che questo fatto dipenda teoreticamente dalla deformata e deformante interpretazione razionalistica del kantismo.

3. *La crisi razionalistica*

La definizione più classica e consolidata del razionalismo è quella che lo interpreta nei termini di una semplice dottrina gnoseologica. Così, il razionalismo sarebbe semplicemente l'affermazione della centralità della ragione umana quale strumento e sede della corretta conoscenza umana, conoscenza la quale, a sua volta, sarebbe ben definita solo a partire dalla sua opposizione al mito. In questo contesto, si porrebbe la distinzione fra regno della ragione e regno della fede che risulterebbero totalmente incommunicabili fra di loro e, anzi, proprio la più rigorosa e ferrea separazione sarebbe la garanzia della reciproca autonomia: la ragione non mette in discussione la fede sapendo che si tratta di un altro territorio rispetto a quello che le è consentito, e la fede, a sua volta, si astiene da qualsiasi pretesa di ingresso nel campo altrui. Questo razionalismo incontrerebbe però la sua sconfitta nella sua stessa esecuzione in quanto essa non produrrebbe altro che una

¹⁵ *Ivi*, p. 156.

indifendibile metafisica dogmatica. Come mirabilmente viene detto nella *Prefazione* alla prima edizione della *Critica della ragion pura*, "in un genere delle sue conoscenze, la ragione umana ha il particolare destino di venir assediata da questioni, che essa non può respingere [...], ma alle quali non può neppure dare risposta, poiché oltrepassano ogni potere della ragione umana. Essa incorre in imbarazzo senza sua colpa. Muove da proposizioni fondamentali, il cui uso è inevitabile nel corso dell'esperienza ed insieme è da questa sufficientemente convalidato. Con tali proposizioni essa sale sempre più in alto [...], a condizioni più remote. Ma poiché si accorge, che a questo modo la sua attività deve rimanere ognora senza compimento [...], essa si vede allora costretta a rifugiarsi in proposizioni fondamentali, che oltrepassano ogni possibile uso di esperienza [...]. Così facendo tuttavia essa cade in oscurità e contraddizioni [...]. Ebbene, il campo di battaglia di questi contrasti si chiama metafisica"¹⁶. Proprio per rispondere a questa sconfitta del razionalismo fattosi dogmatico, interverrebbe la metodologia critica kantiana, come riforma gnoseologica, e il risultato del trattamento critico porterebbe il razionalismo metafisico a scomporsi in tre grandi tronconi: quello del razionalismo storicistico con Hegel, quello del razionalismo scettico che recupera motivi spinoziani e, infine, quello dell'irrazionalismo di matrice schopenhaueriana.

A questa interpretazione assai usuale del significato e dei percorsi del razionalismo è, però, possibile opporre un'altra tutt'affatto differente, e ciò seguendo Augusto Del Noce. Per questa seconda interpretazione, essenziale nella definizione del razionalismo non sarebbe il tema del privilegiamento in funzione gnoseologica della ragione umana, ma l'atteggiamento assunto nei confronti della religione, atteggiamento che, a sua volta, poggerrebbe su di una ben precisa definizione della ragione medesima. Il razionalismo, allora, sarebbe quella forma di filosofia che si sostanzia di una idea della ragione totalmente immanentizzata, di una ragione che non si fonda né ha bisogno di niente altro al di fuori di ciò che appartiene alla sfera storico-sensibile della realtà. Ma una ragione in tal modo definita risulta necessariamente estranea, e addirittura ostile, a ogni prospettiva trascendente, a ogni al di là e, per questo motivo, non può accettare la religione se non nella sola misura in cui essa si presenti come semplice traduzione in termini

¹⁶ I. KANT, *Critica della ragion pura*, cit., *Prefazione* alla prima edizione, p. 7 (A 7).

di linguaggio simbolico di verità razionali. La religione così perde ogni autonomo fondamento ma, quel che più conta, viene completamente espulso il tema stesso del soprannaturale: essendo esso per definizione incomprensibile dalla ragione, non può essere in alcun modo ammesso. In sintesi, per questa seconda interpretazione la vera natura del razionalismo non potrebbe “venir formulata che per la sua opposizione nei riguardi del soprannaturale”¹⁷.

Per un razionalismo così definito ben diversi risultano essere i rapporti con la filosofia kantiana. Essa, infatti, non appare più come la metodologia gnoseologica in grado di salvare il razionalismo dalla sua involuzione dogmatica, ma viene interpretata come lo statuto insuperabile del carattere immanente e nel contempo assoluto della ragione umana. La filosofia critica viene anche qui intesa come una dottrina della conoscenza, ma di essa si dà una interpretazione totalmente negativa: Kant avrebbe avuto il grande e fondamentale merito di avere una volta per sempre proclamato l'impossibilità del discorso metafisico e, con esso, di qualsiasi ulteriore riferimento alla dimensione teologica, visto che per Kant l'oggetto principale della metafisica sarebbe proprio quello teologico. Ma per fondare questa interpretazione della filosofia kantiana, il razionalismo deve compiere un'operazione sulla pelle, per così dire, di questa stessa filosofia, deve distinguere fra un Kant vivo e vero e un Kant morto e falso, abolendo dal catalogo di questo autore tanto la *Critica della ragion pratica*, quanto la *Critica del Giudizio*, quanto anche, almeno per un suo fondamentale aspetto – la dottrina del male radicale – *La religione nei limiti della semplice ragione*. Il razionalismo deve “rifiutare cioè l'aspetto per cui il pensiero kantiano può venire presentato come un itinerario verso Dio, la Critica della ragion pura servendo di introduzione alla Critica della ragion pratica”, deve cioè “dichiararsi sempre come un'estensione della critica kantiana alla metafisica così radicale da tagliare le radici alla Critica della ragion pratica”¹⁸.

È evidente che la cancellazione della possibilità di un discorso metafisico e teologico, dovendosi basare sul rifiuto di tutto ciò che in Kant conduce verso la Ragion pratica, implica una completa sottovalutazione della distinzione fra pensare e conoscere e dunque l'abolizione della possibilità stessa di quella antropologia morale che da essa era

¹⁷ A. DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, cit., p. 18.

¹⁸ *Ivi*, p. 17.

consentita. Il contributo antropologico kantiano così viene circoscritto, dall'interpretazione razionalistica, solamente al "divieto", che nasce dalla "impossibilità", per l'intelletto di avanzare qualsiasi affermazione sensata sulla natura umana, ossia alla sola tesi dell'inconoscibilità della fonte della conoscenza, della impossibilità di una indagine sull'Io, annullando completamente la problematica kantiana del "paradosso" della psicologia e il percorso della ragione che esso autorizza e richiede.

Inoltre, è evidente anche che, per chi interpreti il kantismo nei termini di una semplice dottrina della conoscenza puramente fenomenica – e per di più dotata solo di un registro negativo –, risulterà del tutto improponibile scorgervi quale intenzione fondamentale una intenzione antropologica, perché sarebbe come dire che il principio da cui il pensiero kantiano muove risiede nella proposizione a se stesso di un compito per definizione impossibile, ossia un principio contraddittorio.

In conclusione, quello che compare con l'interpretazione razionalistica della filosofia kantiana non è solamente una riduzione deformante di questa stessa e delle sue intenzioni, ma anche l'abolizione di una filosofia dell'uomo che aveva voluto e saputo porre a proprio fondamento quella che, con Pascal, potremmo chiamare la doppia verità sull'uomo stesso, la sua grandezza e la sua miseria. L'antropologia morale kantiana, infatti, riconosce che l'essere umano è il risultato del convenire di due contrari: da una parte, un carattere spirituale che lo rende libero e capace di rapportarsi positivamente al bene morale; dall'altra parte, non solo e non tanto la finitudine, ma il corrompimento della sua libertà, un corrompimento che Kant non esita a definire come "male radicale". Insomma, l'antropologia kantiana non aveva censurato l'incomprensibile, e proprio per questo motivo il razionalismo l'ha dovuta espungere. Ma sostituendola con cosa? Con una dottrina dell'uomo riduzionistica. Riduzionistica prima di tutto nel senso che suo presupposto di fondo sarà l'assunzione del limite che Kant aveva chiaramente posto alle pretese dell'intelletto come, invece, di un limite dell'oggetto, per cui l'uomo risulterà comunque circoscritto totalmente nel perimetro del fenomenico. Ma se quella del carattere di fenomeno è l'unica affermazione ammissibile quanto all'essenza umana, ciò che ne consegue necessariamente sarà la proclamazione della sua radicale e irridimibile finitezza. Le varie antropologie che si susseguiranno a partire da queste premesse sono così essenzialmente connotate dal tentativo di elaborare una compiuta descrizione dell'uomo rimanendo rigorosamente dentro una dimensione immanente:

l'uomo come razza o come evoluzione biologica, l'uomo come lavoro o come potenza vitale, l'uomo come temporalità o come economia. Ma per comprendere appieno tutto il significato di questa che abbiamo definito antropologia riduzionistica, occorre prendere visione ancora più da vicino del fenomeno del razionalismo e della sua inevitabile evoluzione in una concezione compiutamente ateistica, perché dentro questa evoluzione la riduzione di cui sopra si trasformerà, o forse sarebbe più esatto dire che si rivelerà, nei termini di una piena negatività.

4. Ateismo e antropologia

La tesi da cui prende avvio la nostra ulteriore ricognizione è che il razionalismo, in quanto rifiuto del sovrannaturale, non può che terminare nell'ateismo, il quale, anzi, ne rappresenta l'esito maturo e necessario e, con ciò, il pieno disvelamento. Per capire questo percorso occorre concentrare l'attenzione proprio sul tema dell'opposizione al sovrannaturale, che connota essenzialmente l'atteggiamento razionalistico, mettendone a fuoco sia l'aspetto che potremmo definire "formale", che quello di "contenuto".

Per quanto riguarda la forma, il tema dell'opposizione al sovrannaturale indica una concezione per la quale il criterio di ammissibilità risiede nella comprensibilità, e dunque una concezione che stabilisce la priorità e l'indipendenza assolute della ragione umana: qui non è più valido il criterio tradizionale dell'*adaequatio rei et intellectus*, ma viene adottato il principio inedito secondo il quale è il "presunto" dato che, per essere ammesso come reale, deve corrispondere ai parametri dalla ragione stabiliti. L'ovvio risultato di tutto ciò, allora, è che quello che appare come incomprensibile alla ragione per ciò stesso non è reale. Dall'assunzione di questo paradigma di realtà deriva, per necessaria coerenza logica, il rifiuto della sovrannaturalità: proprio perché non si sottomette ai criteri della ragione, essa è automaticamente dichiarata come inesistente. Quel che è interessante notare è però il fatto che l'adozione del succitato criterio di ammissibilità non è in sé fondata, ossia non è il frutto di una argomentazione né razionale né d'esperienza e tanto meno di una qualche evidenza inoppugnabile; anzi, ciò che davvero è inoppugnabile è il fatto che, alla tesi che "ciò che è incomprensibile, per ciò stesso non esiste", si può opporre con almeno le identiche ragioni la tesi che, come dice Pascal, "tutto quello che è

incomprensibile non perciò non esiste. Il numero infinito. Uno spazio infinito, eguale al finito"¹⁹. Detto in altri termini, il criterio formale che sostiene l'opposizione al sovrannaturale è essenzialmente un postulato indimostrato, una pura e semplice opzione che trova solamente in se stessa il proprio motivo.

Se poi passiamo ad esaminare il versante contenutistico del tema in questione, la prima osservazione che va posta è che esso deriva direttamente dal momento formale e consiste in una affermazione di carattere antropologico: la postulazione del criterio di ammissibilità appena ricordato implica, lo si è detto, l'idea di una ragione il cui potere si spinge fino al punto di essere giudice della consistenza ontologica di ciò che è altro da lei, e che dunque è prioritaria e insieme autonoma, è in se stessa consistente e per se stessa compiuta; ossia implica l'idea che l'uomo possieda almeno una facoltà, quella razionale per l'appunto, in sé perfetta. Ma un soggetto che sia pensato come dotato di una facoltà perfetta è un soggetto di cui non si può contemporaneamente ammettere un intrinseco carattere negativo, cioè non si può ammettere che egli sia segnato da quella misteriosa dimensione che va sotto il nome di peccato originale. La prima delle postulazioni negative in ordine al sovrannaturale sarà perciò quella che nega l'ammissibilità di una natura umana decaduta. Con ciò è perfettamente chiarito il movimento dal razionalismo all'ateismo, e possiamo dire che quest'ultimo "si presenta come momento terminale di un processo di pensiero condizionato all'inizio da una negazione senza prove della possibilità del soprannaturale e che nei suoi momenti precedenti di sviluppo si dichiara come purificazione dell'idea di Dio, passaggio dal Dio trascendente al divino immanente. Se chiamiamo razionalismo questa iniziale negazione di possibilità, possiamo dire che l'ateismo ha la funzione di metterne in luce l'opzione originaria, rifiuto senza prove dello *status naturae lapsae*"²⁰.

Non può sfuggire che, attraverso il percorso critico che abbiamo appena sviluppato, non solo è stata evidenziata la connessione fra razionalismo e ateismo, ma si sono posti in luce sia la loro comune radice postulatoria sia, soprattutto, il fatto che l'essenza dell'ateismo, se così ci si può esprimere, è di tipo antropologico: "Non è il rifiuto del

¹⁹ B. PASCAL, *Pensieri*, ed it. a cura di P. SERINI, Milano 1976⁸, 455 (Br. 430), p. 158.

²⁰ A. DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, cit., p. 356.

peccato che consegue al rifiuto di Dio, ma è vero l'inverso; cioè è il rifiuto del peccato, dello *status naturae lapsae*, della caduta iniziale, l'inizio di un processo che porta all'ateismo [...]. Mi sembra che questo confermi una veduta tradizionale nel pensiero cattolico: l'essenza del razionalismo è un'opzione gratuita per l'aseità e l'autosufficienza dell'uomo"²¹.

Come pure di ordine antropologico sono i due principali risultati che la postulazione atea consegue. Il primo di essi nasce dal fatto che, una volta rifiutata la tesi del peccato originale, occorre concludere che la condizione attuale dell'uomo è necessariamente anche la sua condizione normale, "ma una simile assunzione della realtà decaduta dell'uomo a sua realtà normale non può non coincidere con l'assunzione come normale del destino di morte dell'essere finito; con l'affermazione quindi della negatività del finito"²². Per una eloquente eterogenesi dei fini l'uomo, dopo essere stato esaltato come soggetto autosufficiente e dotato di una perfetta facoltà razionale, dopo essere stato sottratto alla distretta del peccato originale, appare essere, e si badi bene in forza della stessa sua presunta autosufficienza e dell'altrettanto sua presunta innocenza, come solamente finito e necessariamente mortale.

Di fronte a questo sconsolante statuto emerge il secondo risultato antropologico della postulazione atea, risultato a cui si perviene attraverso la ricerca di un superamento del carattere di finitezza mortale attribuito all'umano. Anche qui il ruolo teoretico principale è giocato dal carattere di autosufficienza dell'uomo; nella misura in cui egli sia consapevole della negatività insita nella propria finitezza e ne cerchi un superamento, ricerca, con tutta evidenza, qualcosa d'altro da sé; ma nella misura in cui egli sia anche consapevole del proprio carattere di realtà autosufficiente, tale alterità che è chiamata ad abolire la negatività della sua condizione finita, non potrà essere pensata che nei termini di qualcosa che è altro anche rispetto alla sua autosufficienza, ossia come qualcosa che per abolire il limite, poiché questo limite è quello di un ente perfettamente autosufficiente, deve abolire questa stessa autosufficienza; tuttavia, proprio perché l'autosufficienza è statuto essenziale del soggetto umano, la sua abolizione implica il togliimento di questo stesso soggetto. L'altro, ossia il termine del soccorso, così non è un termine di relazione che "riconcilia", ma un termine di dis-

²¹ *Ivi*, p. 366.

²² *Ivi*, p. 356.

solvimento. Per questo motivo, il superamento della negatività si può prospettare solamente o, come in Hegel, attraverso la “dissoluzione nel pensiero della realtà del finito; attraverso l'assolutizzazione del tipo del filosofo, cioè di chi consegue la sua libertà col porsi dal punto di vista dell'essere considerato nella sua totalità”²³; oppure, come rispettivamente in Schopenhauer e in Marx, “o nell'annullamento nel Nirvana-estinzione; o nella Rivoluzione che deve sostituire il noi all'io, l'uomo collettivo – che vive nella partecipazione alla specie rappresentante l'unica realtà – all'uomo individuale, trasferendo la personalità dall'individuo alla collettività”²⁴. A ben vedere, tutte queste vie mantengono inalterato l'assunto di fondo della negatività della finitezza dell'uomo, e pongono quale risposta ad essa un'unica possibilità, formalmente identica anche se contenutisticamente diversa: la dissoluzione dell'individuo finito o nella totalità teoretica del pensiero, o nella totalità mistico-mitica del fondo oscuro della vita, o nella totalità pratica della società.

Credo che ciascuno possa facilmente riconoscere nella dialettica appena descritta quella stessa che presiede alla visione anassimandrea: il finito, per il solo fatto di essere finito, merita di morire, e a ciò non v'è rimedio, perché l'unico rimedio sta solamente nel dissolvimento della finitezza in un'alterità il cui contenuto non è la relazione ma l'alienazione totale. Questa assonanza ci permette di dire che, in realtà, quando con l'ateismo emerge la negatività del finito come esito della autosufficienza razionalistica dell'uomo, ciò che compare è la tesi “dell'ontologicità della colpa, scritta nella struttura stessa dell'esistente finito, o, dal punto di vista morale, nella riduzione di individualismo a volontà egoistica”²⁵. A un uomo così concepito, che ha come propria fondamentale caratteristica una finitezza che è avvertita in termini di pura negatività, in termini di colpa ontologica, l'unica via aperta che rimane è, lo ribadiamo, solo l'autodissolvimento.

L'abbandono dell'individuo come risposta alla negatività della sua condizione di essere finito: questa pseudo-risposta, che in realtà non riscatta ma definitivamente sanziona il destino di morte dell'uomo, ci pare essere la nota caratterizzante che gran parte dell'antropologia contemporanea condivide, al di là delle sue diverse esecuzioni. In que-

²³ *Ivi*, p. 357,

²⁴ *Ivi*, p. 27.

²⁵ *Ivi*.

sta pseudo-risposta trova la sua verità anche la tesi preminente di questa antropologia, ossia la tesi che dell'uomo sarebbe investigabile solo l'atto d'essere storico, la condizione umana come si dice, senza nessuna possibilità di risalire, in qualche modo, al presunto terreno della sua essenza, alla sua condizione ontologica. Infatti, se dell'uomo si proclama il carattere di individuo finito, e se questa finitezza è caricata di un'irredimibile negatività, non vi è nulla di ulteriore in lui e per lui, essendo l'unico ulteriore possibile o quello della sua morte in quanto individuo, o quello della dissoluzione del suo essere individuo. Con ciò è pienamente descritta e compresa nelle sue radici la crisi che attanaglia gran parte della filosofie dell'uomo del XX secolo.

5. Per un'alternativa

Il risultato che è stato possibile conseguire attraverso il percorso critico che abbiamo proposto, oltre al suo carattere di disvelamento del nodo teoreticamente genetico della crisi dell'antropologia contemporanea, contiene in sé importanti indicazioni in vista del reperimento di una possibile alternativa a questa stessa crisi.

La prima di queste indicazioni proviene dalla constatazione del carattere postulatorio della posizione atea. Con ciò diventa chiaro che all'origine di una certa direzione antropologica sta un fondamento di carattere morale, ossia una libera presa di posizione; ma soprattutto viene alla luce che questa presa di posizione è di ordine teologico: "Tutte le visioni del mondo e tutte le morali si organizzano [...] sullo sfondo di una risposta all'incomprensibile: non ci sono principi evidenti assolutamente certi che possano servire da punto di partenza. Né è possibile sottrarsi dal dare una risposta, positiva o negativa, all'incomprensibile: perciò il *faut parier*"²⁶. La questione dei rapporti fra filosofia e teologia, dunque, lungi dall'essere stata rimossa perché ormai superata e insignificante, come avrebbe voluto una certa interpretazione illuministica della storia della filosofia moderna, continua ad essere determinante e, come tale, investe anche e soprattutto l'antropologia filosofica. Chiunque allora voglia elaborare una filosofia dell'uomo secondo una modalità criticamente avvertita, non può censurare questo preliminare dato, ma lo deve assumere nel *topos* stesso dei

²⁶ *Ivi*, p. 373.

principi che vorrà adottare: si pensa sempre a partire da una preliminare opzione teologica, qualunque sia la direzione, positiva o negativa, di questa stessa opzione.

Il carattere postulatorio dell'ateismo contiene anche una seconda importante indicazione, che emerge non appena si ponga attenzione al fatto che, essendo il criterio di verità dell'ateismo per l'appunto non un criterio scientifico ma un criterio di natura opzionale, il modello di razionalità che esso adotta non può pretendere di presentarsi, a sua volta, come scientifico. È anch'esso un modello filosofico. Come tale, si sottopone al vaglio della critica, e dall'analisi critica conseguono due importanti osservazioni. La prima di esse mostra come il criterio di razionalità adottato, nella misura in cui identifichi il razionale col l'empiricamente verificabile, denuncia l'irrazionalità dell'ateismo. Quest'ultimo, infatti, ha una fondazione postulatoria, dunque non verificabile e quindi chiaramente irrazionale. Siamo cioè di fronte a un razionalismo che si fonda sul suo esatto contrario, e ciò è manifestamente contraddittorio. E giungiamo così alla seconda osservazione: se, sulla scorta della contraddizione incontrata, si rinuncia al criterio della verificabilità empirica, e ciò la logica stessa impone di fare, allora occorre accedere a un altro e diverso criterio di razionalità. Ma scartato quello basato sulla verificabilità, l'unico altro criterio disponibile è quello che assume come misura del razionale la regola della "possibilità del possibile". Con il che, però, si affaccia una inevitabile conclusione: se la regola della ragione è quella del criterio della possibilità del possibile, l'ateismo in quanto si presenta come negazione della possibilità suprema, quella dell'esistenza di Dio, risulta essere del tutto irrazionale. A dire il vero, l'ateismo nella sua versione più matura, quella rappresentata dal marxismo filosofico, è ben consapevole di questi limiti critici, e tenta di spostare il proprio criterio di verità su un terreno del tutto diverso, il terreno della storia, chiedendo di essere giudicato dai risultati antropologici e politici che saprà realizzare su questo terreno. Qui, si aprirebbe evidentemente un nuovo ordine di considerazioni che però non possiamo né dobbiamo ora seguire. Quello che rimane comunque certo è che è possibile, per la riflessione critica, salvare un modello di ragione diverso da quello ristretto e univoco che il razionalismo aveva la pretesa di imporre come vero e indiscutibile. Il criterio del corretto pensare non è affatto il verificabile e nemmeno il comprensibile, ma unicamente il possibile.

Alla luce di queste due indicazioni, l'esecuzione di un'antropologia filosofica che non voglia acriticamente sottomettersi alle contraddizioni

a cui il presupposto ateo la costringerebbe e che pertanto superi, almeno nelle sue premesse, il divieto di pronunciarsi sulle essenze in quanto criticamente infondato, è del tutto legittimata e possibile. Il suo *quid iuris* è ben saldo e, allora, si tratta di passare alla sua esecuzione. Non è certamente il compito di questo contributo proseguire, ora, per questa strada e, tuttavia, è forse opportuno, se non addirittura necessario, tentare in veste di conclusione la rapida delineazione, perlomeno, di alcune note metodologiche per l'esecuzione di una filosofia dell'uomo.

Una prima nota proviene dalla ripresa del discorso kantiano. Quando Kant si accinge a trattare di uno dei principali e insieme più controversi temi della sua antropologia morale, il tema del male radicale, lo fa seguendo un ben preciso percorso d'indagine. Il suo punto di partenza è rappresentato da una definizione dell'uomo secondo la quale egli è, insieme, un essere finito e ragionevole. Si tratta di una constatazione che ha la forza dell'evidenza. Come essere finito l'uomo è caratterizzato da una radicale condizione di bisogno, condizione che si manifesta nella facoltà di desiderare e, particolarmente, di desiderare la propria felicità, e questo è un dato di fatto. Come essere razionale, invece, l'uomo si manifesta caratterizzato dalla libertà, che deve essere ammessa come un predicato a priori, dedotto dalla condizione della razionalità stessa e non certo dall'esperienza. La legge morale, come imperativo categorico, rappresenterebbe per Kant il punto di connessione dei due aspetti dell'umano. Con ciò Kant non intende affatto dire che la legge morale tiene conto della sfera del desiderio, ma che essa, pur del tutto autonoma, è col desiderio in un qualche rapporto. Per capire di quale rapporto si tratti bisogna vedere meglio come si declini la vita morale. Per Kant l'imperativo categorico è in un rapporto diretto e positivo solo con la volontà, la quale è in se stessa del tutto libera e indipendente. Tuttavia, Kant non fa fatica a riconoscere che tale volontà è pur sempre la volontà di quell'uomo che è anche un essere finito, e questo fa sì che essa possa certo essere indipendente dal desiderio, ma non possa rendere l'uomo come tale indipendente da esso. Ciò significa che la volontà è sempre la libertà di un essere che è segnato anche dal desiderare, ossia la libertà di un essere che insieme è libero e indigente e bisognoso. La condizione d'indigenza rappresenta dunque per Kant il terreno nel quale la legge morale deve esercitarsi, e pertanto rappresenta sempre anche la tentazione a cui essa deve sottrarsi. Kant è convinto, però, che la volontà umana abbia energia sufficiente per resistere a questa tentazione; è convinto che il desiderio della finitezza bisognosa non sia irresistibile.

Poste queste premesse, quando ci si imbatte nel male, quando l'uomo compie un'azione malvagia, non ci si può appellare a un presunto sopruso della parte finita su quella libera, perché quella libera è stata pensata come sempre più forte dell'altra. L'unica spiegazione che resta è quella dell'imputazione alla volontà stessa dell'azione cattiva: l'uomo compie il male avendolo voluto. Emerge così il tema del male radicale, ossia emerge un passaggio alla sfera ontica: l'uomo è immorale, la sua natura è malvagia. Si tratta di una affermazione conoscitiva in ordine alla essenza, e con essa Kant sembrerebbe aver violato lo statuto gno-seologico che lui stesso aveva stabilito. Come è possibile farla? Su cosa si regge? La risposta a questi interrogativi è per noi della massima importanza, perché da essa può emergere quella indicazione di metodo che stiamo cercando.

L'affermazione del male radicale è un'affermazione che riguarda la natura dell'uomo, che implica la conoscenza del suo "carattere intelligibile". "Conoscerlo? Certo non nel senso in cui conosciamo gli oggetti naturali: la libertà trascende ogni cosa data in quell'ordine. Ciò non esclude, tuttavia, la possibilità di una diversa conoscenza; al contrario, il carattere intelligibile si manifesta nei suoi atti, si mostra così come si è deciso ad essere, e la questione di una natura morale dell'uomo diviene legittima, anzi inevitabile"²⁷. Kant, dunque, nella tesi del male radicale adotta una precisa via metodologica, quella via che può ben essere sintetizzata dal brocardo tomistico *operari sequitur esse*: l'azione diventa rivelatrice della dimensione ontologica la quale, proprio attraverso l'agire, mostra se stessa, si rende manifesta uscendo dal suo carattere puramente intelligibile. L'antropologia filosofica trova così un prima importante indicazione di metodo, e non è un caso se una delle filosofie contemporanee dell'uomo meglio riuscite, quella che dobbiamo a Karol Wojtyła, abbia assunto come propria esattamente questa indicazione di fondo: Persona e atto.

Possiamo così passare a un'altra nota metodologica per l'esecuzione di un'antropologia. La critica dell'impostazione atea ha messo in luce che l'atto filosofico muove sempre da un presupposto teologico che, se è accolto positivamente, registra la ragione sul criterio della possibilità del possibile. Se analizziamo questi due elementi portanti – l'opzione originaria e la possibilità del possibile – ci accorgiamo che essi trovano una piena corrispondenza nella metodologia ermeneutica.

²⁷ E. WEIL, *Problemi kantiani*, cit., p. 161.

Per quanto riguarda il criterio della possibilità del possibile: l'ermeneutica parte sempre dalla considerazione di un dato, a cui non è preliminarmente richiesto di essere comprensibile ma di essere storico, ossia e si badi bene: che si presenti nella storia, non che sia costituito dalla storia. Inoltre, ciò che muove la ricerca ermeneutica è proprio l'opacità del dato, il suo carattere non immediatamente comprensibile o, meglio, l'impregiudicatezza della sua comprensibilità o della sua incomprensibilità. D'altra parte, l'indagine ermeneutica non ha di mira propriamente il comprendere, l'afferramento oggettivizzante, bensì il significato, per incontrare e ottenere il quale occorre non oggettivizzare, ma mettere in campo un assenso spregiudicato e accogliente che bene è sintetizzato nel concetto di ascolto.

Per quanto riguarda, invece, il presupposto opzionale: la procedura ermeneutica, accolto il dato come possibile, procede poi mettendo in movimento un doppia precomprensione, dottrinale e pratica, chiamando cioè in campo tutto il mondo dei pregiudizi filosofici e teologici, della tradizione, e il mondo dell'esperienza, e quest'ultima sia nel senso, se si vuole banale, dell'avere sperimentato, che nel senso, ben altrimenti decisivo, dell'avere fruito il beneficio esistenziale, fino alla vera e propria esperienza soteriologica. Alla luce di questa doppia precomprensione, il dato viene illuminato e nel contempo, per la situazione di circolo, la illumina, sino a giungere all'ultimo atto che è sempre un atto della libertà, l'atto della decisione per il significato, dove confluiscono tutti gli elementi del percorso descritto, ma dove emerge con forza caratteristica il tema della scelta.

In conclusione, abbiamo voluto presentare solo una provocazione, che ci appare sensata, per il dibattito e per la ricerca, e siamo ben consapevoli che soprattutto l'ultima indicazione di metodo potrebbe far obiettare che con essa saremmo alla fin fine prigionieri di una ultima istanza soggettiva. A questa obiezione vogliamo subito rispondere che qui i termini dell'opposizione soggetto-oggetto sono del tutto fuorvianti e consapevolmente abbandonati perché, in realtà, ci troviamo di fronte a un altro tipo di rapporto, per descrivere il quale, a mio giudizio, è assai più corrispondente ciò che bene è riassunto nel tema dell'*adaequatio rei et intellectus*: la cosa deve presentarsi all'intelletto, il quale, a sua volta, deve corrisponderle. Come si vede, i termini sono piuttosto quelli di una relazione, e non di una statica presa dell'uno sull'altro, e tutto sommato proprio dal concetto e dal tema della relazione le nuove strade dell'antropologia filosofica dovrebbero ripartire.

GIACINTO DELLA CANANEA

I problemi delle organizzazioni professionali e il loro futuro

ABSTRACT

Il progresso tecnologico, in quanto fonte di nuovi saperi e tecniche, e l'economia di mercato aperta, la cui realizzazione è promossa dall'Unione europea e dall'Organizzazione mondiale del commercio, accentuano le difficoltà in cui versano le tradizionali organizzazioni professionali (relative alle professioni "regolate"). Queste, per di più, vedono incrinarsi il tradizionale legame con lo Stato e con le istituzioni educative da esso istituite o controllate; inoltre, in alcuni casi, ne viene messa in discussione la capacità di salvaguardare l'affidamento riposto dal pubblico in coloro che offrono servizi. Al tempo stesso, agli ordini e ai collegi si affiancano nuove organizzazioni, riguardanti le professioni sprovviste di una specifica disciplina legislativa. Per entrambi, sorge il problema di come sia possibile assicurare un'efficace tutela sia dell'interesse collettivo concernente la qualità dei servizi professionali, sia la preservazione e il miglioramento dei saperi e delle conoscenze di cui i professionisti sono depositari. Recenti iniziative, in tema di accesso alle professioni regolate, vanno nella giusta direzione, che è quella dell'equivalenza dei titoli di accesso, ma vanno completate da altre misure, volte ad accrescere la trasparenza dei mercati professionali e i controlli in funzione del pubblico.

GIACINTO DELLA CANANEA

*I PROBLEMI DELLE ORGANIZZAZIONI PROFESSIONALI
E IL LORO FUTURO*¹

SOMMARIO

1. *Le organizzazioni professionali nel moto di rinnovamento dei pubblici poteri* – 2. *Formazione e declino dell'ordinamento delle professioni come ordine asimmetrico* – 3. *I modi in cui si afferma l'ordine di tipo isonomico* – 4. *La "giustificazione" della disciplina speciale concernente gli ordini e i collegi professionali* – 5. *Implicazioni per le professioni non regolamentate* – 6. *L'adeguatezza dell'ordinamento e le prospettive di riforma.*

1. *Le organizzazioni professionali nel moto di rinnovamento dei pubblici poteri*

Negli ultimi tempi, da più parti sono stati messi in luce i fattori di crisi delle organizzazioni professionali tradizionali, costituite in forma di ordini o di collegi². Non di rado, anche queste organizzazioni hanno ceduto alla tentazione di vedere in ogni iniziativa di riordino, avviata dalle istituzioni politiche o anche soltanto preannunciata, un potenziale attentato ai "superiori interessi della collettività". Tuttavia, le più meditate analisi sociologiche ammoniscono che, quando le professioni lamentano che sono posti a repentaglio "i vitali interessi del pubblico", spesso quel che è in gioco è soltanto "la solidità del loro monopolio professionale"³. Ad ogni modo, una rigorosa analisi di

¹ L'autore desidera ringraziare il professor Sabino Cassese per i commenti ad una prima versione di questo scritto.

² Le indicazioni bibliografiche esposte di seguito sono limitate, di massima, agli studi citati nel testo ed a quelli più recenti, dai quali è possibile risalire a quelli meno recenti. Ulteriori indicazioni possono essere tratte da G. DELLA CANANEA, *Ordinamento delle professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2000, vol. V, pp. 803 ss.

³ A. KRAUSE, *Death of the Guilds*, New Haven, Yale University Press, 1996. Di recente, al declino o alla crisi delle professioni hanno fatto riferimento, tra gli altri, G. OPPO, *Antitrust e professioni intellettuali*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, II, p. 123 ss. e M. SANINO, *Le tariffe forensi nell'ordinamento professionale vigente e nella prospettiva di riforma*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2000, p. 747 ss. Per un'analisi comparata delle professioni, *Professioni e ordini professionali in Europa*, a cura di S. Cassese, Milano, Ed. Il Sole-24 Ore, 1999.

queste vicende induce a collocarle nel più generale moto di rinnovamento dei pubblici poteri, che ha avuto inizio negli ultimi decenni del XX secolo e i cui effetti stanno manifestandosi nel periodo attuale.

Se così è, allora ci si potrebbe chiedere se abbia senso occuparsi delle organizzazioni professionali in quanto tali e la risposta che pare preferibile è di segno positivo. Infatti, sebbene non si possa certamente prescindere dal considerare le ripercussioni dei cambiamenti più generali intervenuti nell'ordinamento dei pubblici poteri, le organizzazioni professionali presentano aspetti peculiari, che ne giustificano uno studio a sé stante. Depongono in tal senso ragioni di ordine giuridico e metagiuridico. Nel novero di queste ultime, vi sono sia l'incremento – nel numero complessivo, in quello dei soggetti che vi aderiscono e nella tipologia – delle organizzazioni professionali, sia la circostanza che le professioni costituiscono tradizionalmente la parte più avanzata del mondo del lavoro, sia, infine, il loro importante contributo allo sviluppo economico.

Le organizzazioni professionali presentano anche profili di grande interesse giuridico sotto il profilo pratico e teorico. Sotto il primo profilo, esse curano interessi giuridicamente rilevanti, cioè interessi collettivi, propri del corpo dei professionisti, e del pubblico, giacché spetta ad esse salvaguardare l'affidamento risposto dalla collettività in coloro che offrono servizi professionali e promuoverne l'evoluzione sotto il profilo tecnico. Inoltre, alcune organizzazioni professionali, dotate di potestà normative e ordinatorie, oltre che delle funzioni di certezza pubblica, sono da annoverare tra le istituzioni aventi carattere ordinamentale, nel senso che costituiscono ordinamenti professionali autonomi e in alcuni casi anche originari⁴.

Esposte le ragioni che giustificano uno studio dei problemi che attengono alle organizzazioni professionali, si cercherà adesso di inquadrare il fenomeno sotto il profilo diacronico, segnalando – cioè – i fattori di crisi del vecchio ordinamento delle professioni e la graduale transizione verso il nuovo ordinamento. Verranno poi esaminate le principali questioni sorte in rapporto alle organizzazioni professionali tradizionali ed a quelle emerse nel periodo più recente. Infine, dai due livelli di analisi, quello ricostruttivo e quello problematico, si trarranno alcune indicazioni – sul piano della politica del diritto – circa l'opportunità di un riordino.

⁴ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 11.

2. Formazione e declino dell'ordinamento delle professioni come ordine asimmetrico

Sebbene – come notato – gli ordinamenti professionali abbiano talora preceduto quelli generali riconducibili al paradigma statuale, la configurazione che essi hanno assunto nel corso del XIX secolo è strettamente connessa con la parabola degli Stati nazionali.

Nell'ordine giuridico medievale, le gilde o corporazioni si imponevano come ordinamenti originari, oltre che autonomi: composte da tutti coloro che esercitavano una professione, ne regolavano l'attività, agendo anche come giurisdizioni speciali. In questo modo, oltre a contrapporsi ai ceti privilegiati della nobiltà e del clero, concorrevano alla formazione del diritto, oltre che allo svolgimento delle attività economiche. Il loro operato, dunque, corrispondeva ai postulati – per usare l'ordine concettuale introdotto nella scienza giuridica da Alessandro Giuliani⁵ – dell'ordine di tipo isonomico, contraddistinto dalla cooperazione e dalla concorrenza di una pluralità di soggetti (i monopoli erano penalmente sanzionati), grazie all'apertura degli ordinamenti propria dell'epoca dello *jus commune*.

È alla fine di quest'epoca che gli Stati affermarono la propria sovranità interna nei confronti delle entità politiche esterne e dei corpi intermedi. Man mano che gli ordinamenti statali realizzarono la propria pretesa di esclusività in rapporto sia alla qualificazione dei fatti e degli atti idonei a esplicare effetti rilevanti per il diritto, sia alla disciplina di talune attività economiche (specie sotto l'influenza delle dottrine colbertiste), fu proprio dagli Stati che le professioni ricevettero la propria legittimazione e, al tempo stesso, la riserva di talune attività. In cambio del controllo, infatti, le organizzazioni professionali ottennero dai regimi politici estesi privilegi riguardo alle proprie attività. L'ordinamento delle professioni ha assunto, dunque, i connotati propri dell'ordine asimmetrico, in cui lo Stato, esercitando la propria pretesa di esclusività in rapporto al diritto e all'economia, può attribuire ad alcuni soggetti una situazione differenziata rispetto agli altri. Ciò spiega per quale ragione gli ordinamenti professionali non solo abbiano agito all'interno degli Stati, ma abbiano anche ricevuto da questi le basi e le condizioni giuridiche per determinare "la propria esistenza e

⁵ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1996, cap. V.

lo stesso modo di esistere”, con ampia discrezionalità di determinazione da parte delle istituzioni statali⁶.

Queste determinazioni si sono estrinsecate, intorno alla metà dell'Ottocento, attraverso istituti tuttora in uso. Sebbene le costituzioni (non importa se in senso formale o materiale) dell'epoca tutelassero quella “libertà di scelta di professione” che – secondo Vittorio Emanuele Orlando – grazie alla rivoluzione francese si era affermata come principio generale, in “antitesi al sistema delle corporazioni”⁷, gli Stati continentali la sottoposero a limiti stringenti. In Italia, seguendo il modello francese, i professionisti, a cominciare dagli avvocati (nel 1871, seguiti dai medici nel 1910, dai notai nel 1913, dagli ingegneri, dagli architetti e dai geometri nel 1923 e dai commercialisti nel 1929), vennero assoggettati all'obbligo di iscriversi ad appositi albi, a fini di certezza pubblica e di aderire ad appositi ordini (o collegi) professionali, responsabili della tenuta degli albi e muniti di potestà ordinatorie e configurati come enti pubblici associativi, ad appartenenza necessaria. L'essere iscritti all'albo e conseguentemente far parte dell'ordine o collegio, in altre parole, si configurava come fatto di legittimazione ai fini dell'esercizio della professione, nel senso che tutti gli altri soggetti ne erano privi ed erano esposti, quindi, a misure di tipo impeditivo e repressivo (reato di esercizio abusivo della professione). Si aggiunga che lo Stato esercitava il proprio controllo sugli ordini e sui collegi professionali, principalmente per mezzo del Ministero di grazia e giustizia. Infine, a seguito dell'espansione dei compiti assunti dai pubblici poteri, vi è stato un progressivo incremento dei professionisti immessi nei pubblici uffici (medici, architetti e ingegneri)⁸.

La configurazione dell'ordinamento delle professioni consolidatosi nel primo quarto del XX secolo mostrava, quindi, una forte impronta

⁶ M.S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati*, in *Il diritto dell'economia*, 1998, p. 9, dove si constata anche i “limiti invalicabili” costituiti dai diritti di libertà riconosciuti a livello internazionale, nel senso indicato anche da N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1991.

⁷ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1894, p. 230. Il nesso tra libertà professionale e Stato borghese di diritto è stato sottolineato anche da C. SCHMITT, *Vervassungslehre* (1921), tr. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 171.

⁸ Sugli aspetti sociologici, M. MALATESTA, *Professioni e professionisti*, in *Storia d'Italia, Annali*, 10. *I professionisti*, Torino, Einaudi, 1996, p. XIV ss.; A.M. BANTI, *Storia della borghesia italiana. L'età liberale*, Roma, Donzelli, 1996, cap. V.

statale. Lo Stato fungeva da agente di legittimazione delle professioni, coerentemente con la concezione monistica dei pubblici poteri espressa, in particolare, dal noto scritto di Santi Romano sugli interessi dei soggetti autarchici e dello Stato⁹. Al tempo stesso, la disciplina pubblicistica delle professioni mirava a realizzare un modello di esplicazione delle attività economiche estraneo alla logica del mercato. Ne sono espressione, in modo particolare, misure come le tariffe minime inderogabili e il divieto di pubblicità, volte a evitare la concorrenza all'interno del corpo professionale. Ciò spiega sia perché il periodo fascista non abbia comportato se non un'ulteriore accentuazione dei caratteri che si erano affermati nel periodo precedente, sia, in una certa misura, perché la conservazione degli istituti rispondenti alla logica dell'ordine asimmetrico abbia impedito alle libertà (di scegliere una professione e di esercitarla senza ostacoli da parte delle regioni, di intraprendere un'attività economica) sancite dalla Costituzione di esprimere la propria portata innovativa. Non si tratta, d'altronde, che di una conferma della invarianza degli istituti amministrativi nonostante il variare degli istituti costituzionali.

Un profondo cambiamento è intervenuto soltanto nell'ultimo quarto del XX secolo, grazie al progresso scientifico e tecnologico, alla progressiva riduzione della capacità di dominio statale sulle attività economiche e all'azione dei poteri sovranazionali e internazionali.

Il progresso scientifico e tecnologico ha assunto un'importanza cruciale in un'economia che – com'è stato ribadito, da ultimo, dall'economista Lester Thurow¹⁰ – è globale ed è basata sulle conoscenze specialistiche. Da esso derivano rapidi e imprevisibili cambiamenti delle professioni. Per un verso, infatti, all'interno delle professioni esistenti, determinate attività (specie tra quelle dell'area tecnica e dell'area sanitaria) hanno acquisito una fisionomia sempre più specialistica e, pertanto, autonoma rispetto alle altre. Per un altro verso, il progresso scientifico e tecnologico ha agito da fattore propulsivo dello sviluppo

⁹ S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e l'interesse dello Stato* (1930), ora in *Scritti minori*, II, Milano, Giuffrè, 1950, p. 356, che faceva riferimento, oltre che agli enti locali, ai sindacati, giungendo alla conclusione che i loro interessi dovessero essere "limitati e frenati" dallo Stato, allo scopo di "armonizzarli". Per un approfondimento di questa problematica, A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1984.

¹⁰ L. THUROW, *Globalization: the product of a knowledge-based economy*, in *Annals of the American Academy*, 2000 (570), p. 19 ss.

di nuovi saperi specialistici e tecniche operative (c.d. società dell'informazione): si pensi, per esempio, ai nuovi servizi giuridici richiesti dall'introduzione della firma digitale.

Anche il mercato ha assecondato o sollecitato l'introduzione di nuove figure professionali, per esempio nell'ambito della revisione contabile (direttiva europea n. 84/253). Inoltre, la circolazione dei modelli organizzativi e operativi utilizzati negli ordinamenti più avanzati (come le società di ingegneria e le grandi *law firms* anglosassoni) ha influito sui modi di esercizio delle attività.

Vi incide, in misura determinante, l'integrazione economica e giuridica promossa dall'Unione europea e dall'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), subentrata all'Accordo generale sulle tariffe e sul commercio¹¹. L'Unione europea, oltre a sancire i diritti di circolazione e di stabilimento dei professionisti¹², impedendo – così – agli Stati di stabilire limiti in base alla nazionalità e misure di effetto equivalente, ha adottato due tipi di direttive volte a disciplinare i titoli di studio e gli altri requisiti (tirocinio, iscrizioni) richiesti per l'esercizio delle professioni: quelle riguardanti specifiche professioni, come gli avvocati e i medici, e quelle volte a stabilire una disciplina generale o – più esattamente – residuale. Un ulteriore impulso alla liberalizzazione è stato impresso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dalla quale si evince che i provvedimenti nazionali idonei a limitare l'esercizio dei diritti sanciti dal Trattato in tanto sono ammissibili, in quanto soddisfino le seguenti condizioni: non dare luogo a discriminazioni fondate sulla nazionalità; rispondere a “motivi imperativi di interesse pubblico”; risultare idonei ad assicurare il raggiungimento dello scopo perseguito; non violare il principio di proporzionalità¹³. L'OMC, dal canto suo, promuove la liberalizzazione dei servizi professionali: un apposito comitato sta predisponendo, per esempio, misure volte ad abolire le residue discriminazioni ancorate alla nazionalità e agli standard tecnici.

Queste cause hanno determinato il declino dell'influenza esercitata

¹¹ Sulle iniziative prese in ambito GATT, M.A. KAKABADSE, *The GATT: Implications for International Trade in Legal Services*, in A. Tyrrel (ed.), *The Legal Professions in Europe*, Oxford, Blackwell, 1993, p. 443.

¹² Articoli 52 e 59 – ex articoli 43 e 49 – del Trattato istitutivo della Comunità europea, di seguito, più brevemente, Tce.

¹³ Corte di giustizia, sentenza 1° febbraio 2001, causa C-108/96, Mac Quen, inedita.

dallo Stato sulle professioni sotto un duplice profilo, ossia come monopolista nel campo della formazione e come "tutore" delle professioni¹⁴.

Il monopolio relativo alla formazione dei professionisti è in crisi, anzitutto, perché se è il mercato, non le istituzioni statali, a dettare gli standard, i *curricula* non possono che adeguarvisi¹⁵. A questo cambiamento che si manifesta nella realtà effettuale corrisponde, inoltre, un cambiamento relativo alle fonti di produzione del diritto. L'articolo 47 Tce prevede che le istituzioni europee adottino direttive "intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati e altri titoli" e questa potestà è stata esercitata sia in rapporto a singole professioni (medici, avvocati), sia mediante l'introduzione di un sistema generale di riconoscimento dei titoli¹⁶. La circostanza che la Corte costituzionale abbia riconosciuto a queste direttive l'attitudine a fungere da base legale per le regole, complementari e integrative rispetto a quelle legislative, emanate dal Ministero dell'università e della ricerca scientifica in vista della programmazione dell'accesso a taluni corsi universitari non è che una ulteriore riprova – a ben vedere – della rinuncia da parte dello Stato all'esclusività della normazione¹⁷. Anche nel recente regolamento governativo (di cui si dirà al § successivo) volto a riformare l'accesso alle professioni, in ragione del titolo di studio conseguito, e la loro organizzazione può essere ravvisata una manifestazione della convergenza tra i sistemi formativi.

Entra in crisi, al tempo stesso, l'ancoraggio delle professioni allo Stato, concepito come un insieme unitario di organi e uffici. Nel tentativo di ripristinare una qualche forma di controllo sui mercati, gli Stati creano nuove organizzazioni che – però – sfuggono, in buona parte, alla loro capacità di condizionamento, perché proteggono le libertà spettanti ai soggetti privati anche contro i poteri statali. Un esempio illuminante è fornito dalla sentenza con cui la Corte di giustizia ha dichiarato illegittime le tariffe obbligatorie stabilite dagli spedi-

¹⁴ L'importanza della relazione tra lo Stato e le professioni, riguardo all'istruzione, è ben evidenziata da M. MALATESTA, *Professioni e professionisti*, cit., p. XIX.

¹⁵ S. CASSESE, *La riforma degli ordini professionali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, p. 633 ss.

¹⁶ Direttive 89/42 e 92/51, come modificate, da ultimo, dalla direttiva 19 del 2001.

¹⁷ Corte costituzionale, sentenza 20 novembre 1998, n. 383, in *Foro italiano*, 1999, I, c. 30 ss.

zionieri doganali¹⁸. Ed è prevedibile che, nei prossimi anni, ulteriori sviluppi saranno generati dalla giurisdizione istituita all'interno della WTO. Alle corti, inoltre, si affiancano nuove autorità pubbliche dotate di indipendenza nei confronti del potere politico. Il caso più noto è quello dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che, dando attuazione ad un preciso principio stabilito dalla legge istitutiva¹⁹, conforma il proprio operato ai criteri seguiti dalla Commissione e dalla Corte di giustizia, per esempio in tema di tariffe minime inderogabili.

Ciò dimostra come il legame tra il potere politico e le organizzazioni professionali, giunto al culmine nella prima metà del XX secolo, si sia indebolito man mano che lo Stato è stato affiancato da una "rete" di pubblici poteri, che – per restare nella metafora – imbriglia gli istituti giuridici non conformi alle regole del mercato.

Prima di esaminare in modo più accurato i modi nei quali un nuovo ordine va gradualmente prendendo il posto del vecchio, è opportuna, però, una duplice avvertenza. Innanzitutto, le tendenze in atto non sono di tipo univoco, com'è dimostrato dalla circostanza che, proprio nel periodo più recente, lo Stato abbia rafforzato il proprio controllo su alcuni professionisti (si pensi ai medici convenzionati con il servizio sanitario nazionale) o sulle loro organizzazioni (per via del controllo esercitato dalla Corte dei conti sulla gestione degli ordini e dei collegi professionali)²⁰ oppure abbia deciso di avvalersi di professionisti privati in veste di propri ausiliari: è il caso della asseverazione delle dichiarazioni fiscali da parte dei professionisti abilitati. Inoltre, come suole accadere nei periodi di transizione, vecchi e nuovi principi e istituti convivono in modo tutt'altro che armonioso. Non deve sor-

¹⁸ Corte di giustizia, sentenza 18 giugno 1998, causa C-35/96, in *Corriere giuridico*, 1999, p. 41; G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, p. 640. Da ultimo, si vedano le conclusioni dell'avvocato generale D. Ruiz-Arabo Colomer nella causa C-285/2000, Commissione c. Repubblica francese, relativamente alla trasposizione ed attuazione della direttiva n. 89/48 per quanto concerne gli psicologi.

¹⁹ Art. 1, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

²⁰ Corte costituzionale, sentenza 30 dicembre 1997, n. 470, in *Foro italiano*, 1998, I, c. 1766 con nota adesiva di G. D'AURIA, *Corte dei conti e controllo sulla gestione degli ordini professionali*, c. 719 ss.; Cassazione, sezioni unite, sentenza 10 giugno 1998, n. 5762, *ibidem*, 1998, I, c. 2078 ss., con nota di G. D'AURIA, *Le sezioni unite e il controllo della Corte dei conti sulla gestione degli enti pubblici*; Tribunale di Roma, sezione II, sentenza 19 aprile 2001.

prendere, quindi, che la transizione sia conflittuale e anzi passi in buona misura attraverso controversie dinanzi ai giudici nazionali ed europei o alle autorità indipendenti.

4. I modi in cui si afferma l'ordine di tipo isonomico

La graduale transizione da un ordinamento delle professioni di tipo asimmetrico ad un ordinamento rispondente – invece – ai postulati dell'ordine di tipo isonomico non si concretizza, ovviamente, per mezzo delle tecniche proprie dell'epoca dello *jus commune*, anche se ne mutua la concezione degli ordinamenti come aperti e comunicanti.

Un'eloquente dimostrazione è fornita dalla disciplina instaurata dall'Unione europea per quanto concerne i titoli di studio e gli altri requisiti il cui soddisfacimento è condizione per essere abilitati all'esercizio delle professioni. Infatti, una volta abbandonata l'idea di armonizzare le discipline nazionali, le istituzioni europee hanno optato per il metodo basato sul mutuo riconoscimento dei percorsi formativi che rispettino alcuni standard minimi soggettivi (presso istituti scolastici secondari o università) e oggettivi (durata triennale o quadriennale), relativi ai corsi seguiti. L'equivalenza dei titoli, a sua volta, consente ai professionisti di rendere servizi in altri Paesi, senza bisogno di sottoporsi ad ulteriori esami, a meno ciò risulti necessario per salvaguardare l'affidamento del pubblico in coloro che offrono servizi professionali. Per esempio, nel caso della professione di avvocato, la Corte di giustizia ha ammesso che lo Stato dove il professionista intende esercitare l'attività ha il diritto di procedere ad un esame comparativo dei diplomi, tendendo conto delle differenze tra gli ordinamenti giudiziari nazionali²¹. Tuttavia, l'esercizio di queste potestà è sottoposto ad alcuni principi, elaborati proprio dalla Corte e recepiti dalla recente direttiva n. 19 del 2001: le decisioni riguardanti le domande di riconoscimento dei titoli vanno prese entro tre mesi, sono soggette all'obbligo di motivazione e, in caso di provvedimento di diniego, dev'essere prevista la possibilità di impugnazione dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali.

Alla logica dell'equivalenza si ispira anche la riforma dell'accesso

²¹ Corte di giustizia, sentenza 7 maggio 1991, causa C-340/89, Vlassopolou, in *Raccolta*, 1991, p. 2357, § 17.

alle professioni stabilita dal recente regolamento governativo (d.P.R. 5 giugno 2001, n. 148). Questo, infatti, proprio per dare attuazione alle direttive europee, prevede un corso di studi universitari, in alternativa a quello tradizionale (titolo di studio secondario seguito da un tirocinio biennale) anche ai fini dell'accesso alle professioni di geometra e di perito agrario e industriale. Di conseguenza, il regolamento equipara i professionisti iscritti a questi albi agli architetti e agli ingegneri che hanno conseguito la laurea di primo livello, i quali sono iscritti ad una sezione distinta da quella riservata a coloro che hanno ottenuto la laurea specialistica.

Un altro modo con cui si rafforzano i caratteri isonomici dell'ordinamento delle professioni riguarda le attività spettanti ai professionisti iscritti agli albi. Agisce in questa direzione, da una parte, la concezione rigorosa delle attività riservate espressa dalle corti, in contrapposizione al tentativo di interpretarle in senso estensivo effettuato da alcune organizzazioni professionali. La consulenza in campo giuridico, la progettazione dei parchi urbani e l'elaborazione dei dati relativi ai rapporti di lavoro ne costituiscono altrettante e significative dimostrazioni. In tutti questi casi, infatti, respingendo le pretese di esclusività vantate – rispettivamente – dagli avvocati, dagli ingegneri e dagli architetti e, infine, dai consulenti del lavoro, i giudici hanno affermato che le relative attività sono “libere”, nel senso che per esse non è prevista l'iscrizione in appositi albi²². Non si estendono ad esse, quindi, i privilegi concessi ai professionisti iscritti agli ordini e ai collegi.

La concorrenza tra coloro che offrono al pubblico servizi professionali viene promossa, in terzo luogo, anche all'interno dei corpi professionali, a volte mediante la soppressione dei divieti di pubblicità e di offrire tariffe inferiori rispetto a quelle minime²³, altre volte mediante l'attenuazione delle misure di tipo sanzionatorio previste in caso di inosservanza.

Un ultimo aspetto da considerare è quello degli strumenti giuridici che disciplinano l'azione di gruppi di professionisti. Da questo angolo

²² Corte costituzionale, sentenza 27 dicembre 1996, n. 418, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 3741; Consiglio di Stato, IV, decisione 14 gennaio 1999, n. 33, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, p. 351.

²³ Corte d'appello di Torino, sentenza 11 luglio 1998, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 572; M. SANINO, *Le tariffe forensi*, cit., p. 771. Sulla pubblicità, C. FUMAGALLI, M. MOTTA, *Restrizioni alla pubblicità nelle libere professioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, p. 421 ss.

visuale, l'influenza esercitata dall'Unione europea è di tipo sia diretto, sia indiretto. Le norme comunitarie agiscono in via diretta allorché aggiungono nuovi modelli societari, come il gruppo europeo di interesse economico (istituito dal regolamento n. 2137 del 25 luglio 1985), a quelli esistenti, che includono, adesso, istituti specifici, come le società di ingegneria (oltre ad alcuni istituti meno noti, come le società di assistenza agricola). Nel periodo più recente, in attuazione della direttiva n. 98/5 relativa agli avvocati, sono state istituite società tra professionisti²⁴. L'influenza indiretta si manifesta, invece, quando sono i professionisti, valendosi delle norme europee che consentono di offrire all'estero i propri servizi, a imprimere un impulso al cambiamento degli strumenti utilizzati. Basti pensare agli standard elaborati in sede internazionale, da parte di organizzazioni superstatuali private specie per quanto concerne le attività tecniche; alle tecniche di certificazione della qualità; alle forme organizzative, che, dopo l'abolizione del divieto di esercizio dell'attività professionale in forma societaria, includono sicuramente i tipi societari di diritto comune, ai quali potrebbero aggiungersi, come in Francia, tipi societari speciali.

5. La giustificazione della disciplina speciale riguardante gli ordini e i collegi professionali

La ricostruzione finora prospettata solleva un insieme di questioni relative sia alle tradizionali professioni intellettuali, sia a quelle che, in quanto emerse più di recente e prive – di conseguenza – di una disciplina speciale, sogliono essere definite “non regolamentate”. Dal primo punto di vista, ci si può chiedere se la persistenza degli ordini e dei collegi professionali sia giustificata in vista dei principi fondamentali dell'ordine giuridico²⁵; dall'altro, se alle nuove professioni debba essere fornito un'apposita cornice normativa, eventualmente simile a quella vigente per le professioni liberali.

Le obiezioni che si possono muovere al mantenimento degli ordi-

²⁴ Art. 16, d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 96; Corte d'Appello di Milano, ordinanza 29 settembre 1999, n. 1778, con commento di A. MARI, *Professioni intellettuali e disciplina della concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, p. 149.

²⁵ Il problema della “giustificazione” è affrontato anche da L.M. RETORTILLO BAQUER, *Collegios profesionales: la relacion colegial como relacion corporativa*, in *Studi in onore di Sebastiano Cassarino*, II, Padova, Cedam, 2000, p. 1157.

namenti professionali tradizionali, cioè gli ordini e i collegi configurati come enti pubblici di tipo associativo (ma ad appartenenza necessaria), non sono poche, né trascurabili. In primo luogo, essi mancano di uno specifico ancoraggio costituzionale, a differenza – per esempio – dei sindacati di lavoratori (articolo 39 della Costituzione), che pure da essi hanno mutuato parecchi tratti, come la tutela di interessi collettivi e il concorso all'esercizio delle attribuzioni pubbliche.

Un'altra obiezione trae spunto dalla diffusa, e tutt'altro che infondata, opinione secondo cui gli ordini e i collegi professionali sono arroccati a difesa dei privilegi ottenuti in passato, ostacolando l'ingresso sul mercato dei giovani (mediante il dosaggio dell'ammissione agli albi) e dei professionisti non iscritti ad alcuna organizzazione di questo tipo²⁶.

Questa obiezione assume un'importanza particolare, in quanto solleva il dubbio che gli ordinamenti professionali, per la loro stessa esistenza e per il modo in cui agiscono, violino il principio di eguaglianza e il più generale principio di giustizia. Questo, infatti, secondo l'ordine di concetti elaborato dal filosofo americano John Rawls, richiede che le ineguaglianze economiche e sociali, specie se derivano in qualche misura dall'intervento dei pubblici poteri (com'è tipico delle riserve di attività a favore di alcuni gruppi), siano subordinate alla possibilità che tutti vi possano accedere in condizioni di eguaglianza di opportunità. Pertanto, il riconoscimento del "più ampio sistema ... di eguali libertà fondamentali" (primo principio di giustizia) è compatibile con una limitazione delle libertà di esercizio delle professioni e di competere ad armi pari, soltanto a condizione che la compressione delle libertà sia contenuta nella misura minima indispensabile e, soprattutto, sia "collegata a posizioni aperte a tutti"²⁷.

Bisogna tenere conto, infine, del consolidato orientamento cui i giudici e le autorità preposte alla salvaguardia della libera concorrenza ispirano la propria azione, in base al quale i professionisti sono equiparati alle imprese e, conseguentemente, le relative organizzazioni alle associazioni di imprese che, per esempio con misure tariffarie inderogabili, restringono la competizione. Se gli ordini e i collegi professio-

²⁶ Il problema del "perceived self-interest" delle professioni è ben messo in luce da Krause, *Death of the Guilds*, cit., p. 269.

²⁷ J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), tr. it. *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982, p. 255.

nali sono assimilabili alle imprese, ci si può chiedere a cosa servano e, inoltre, a quale titolo abbiano potestà precettive i cui effetti sono riconosciuti anche all'interno dall'ordinamento statale (sebbene questo ne cambi la qualificazione, che da normativa è mutata in amministrativa), disciplinari e, soprattutto, di tipo giurisdizionale²⁸.

Queste obiezioni, tuttavia, possono essere superate, a cominciare dalla prima. Se è vero che gli ordini e i collegi professionali mancano di uno specifico riconoscimento da parte della Costituzione, è pur vero, altresì, che nell'ordine costituzionale "composito" o "misto" oggi vigente, che risulta dalla combinazione dei principi e delle regole europei e nazionali, possono trarsi argomenti a sostegno della loro legittimità. Costituiscono, anzitutto, una specie particolare di associazioni, il cui elemento distintivo risiede, prima e più che nella qualificazione pubblicistica, nella connotazione doverosa assunta dall'adesione, che si configura più propriamente come onere, compatibile con la garanzia della libertà (positiva e negativa) di associazione.

Inoltre, si estende agli ordini e ai collegi professionali la protezione che l'articolo 2 della Costituzione assicura alle formazioni sociali all'interno delle quali i singoli sviluppano la propria personalità. Si aggiunga che le organizzazioni professionali curano interessi meritevoli di tutela. Tali sono, infatti, sia l'interesse generale (cui sono ordinati tanto l'obbligo dell'esame di Stato sancito dall'articolo 33 della Costituzione, quanto l'iscrizione ad albi od elenchi prevista dall'articolo 2229 del codice civile) a che sia tutelato l'affidamento riposto dal pubblico in coloro che offrono prestazioni professionali, sia l'interesse a che siano preservati e valorizzati i saperi specialistici e le tecniche delle quali gli ordinamenti professionali sono depositari. Del resto, anche l'ordine giuridico europeo ammette che le libertà sulle quali l'economia di mercato si fonda subiscano deroghe in vista di specifici interessi pubblici, come la tutela della sanità pubblica (articolo 39, § 2, Tce), oppure nel caso in cui si tratti di attività che "partecipano, sia pure accidentalmente, all'esercizio dei pubblici poteri" (articolo 45, comma 1, Tce).

Anche all'obiezione riferita al principio della eguaglianza delle opportunità può replicarsi che questa non è messa a repentaglio dall'esi-

²⁸ Consiglio di Stato, sezione IV, decisione 20 febbraio 1997, n. 122, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 1028, con commento di G. DELLA CANANEA, *Deontologia notarile e giurisdizione amministrativa*.

stenza degli ordini e dei collegi professionali in quanto tali. Lo attesta il modo in cui essi sono articolati ed estesi sotto il profilo sociale. Il problema – semmai – deriva dalla inadeguatezza di istituti il cui buon funzionamento costituisce un preciso obbligo che incombe allo Stato. Un esempio in questa direzione è offerto dalle prove di cui consta l'esame detto – appunto – “di Stato”, per quanto concerne la composizione delle commissioni giudicatrici e il loro corretto funzionamento: a organizzazioni professionali che restringono gli accessi ai più giovani se ne contrappongono altre che annacquano i controlli, incidendo negativamente sul prestigio professionale. L'esperienza recente, insomma, dimostra che l'attuale sistema non è in grado di assicurare la preparazione professionale, per esempio in ambito forense²⁹. Un altro esempio è fornito dalle norme statali che limitano il numero complessivo di “posti”, come avviene per le farmacie, oppure assicurano ai loro titolari e perfino ai rispettivi eredi veri e propri privilegi, non compatibili con i principi di libertà dell'attività professionale e di concorrenza.

Il ragionamento si sposta, allora, sui moduli organizzativi mediante i quali i servizi professionali vengono prodotti e messi a disposizione di coloro che ne facciano richiesta. Da questo angolo visuale, si è osservato che l'articolo 2238 del codice civile esclude che ai professionisti si applichi la disciplina propria delle imprese, di cui fanno parte la soggezione alle potestà di programmazione previste dall'articolo 41, comma 3, della Costituzione e la facoltà della espropriazione contemplata dall'articolo 43. Resta impregiudicato – per contro – che ad essi sia attribuita la qualifica di imprenditore, da cui discende il loro assoggettamento alle regole poste a presidio della libertà di concorrenza. Ragionando in questo modo, però, si dimentica che quello dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, è, appunto, un principio generale, anzi la *grundnorm* dell'ordine giuridico europeo. È per questa ragione, quindi, che si applica anche alle attività non esercitate in forma di impresa. Si tratta, più propriamente, di uno di quei fenomeni di pluriqualeficazione di istituti dei quali, è ricco il diritto dell'economia, analogo all'obbligo, addossato ai soggetti gestori di servizi pubblici, di rispettare le norme che tutelano il diritto di accesso ai documenti amministrativi, sebbene essi non siano amministrazioni. Un altro esempio è costituito dall'obbligo, imposto proprio ai professioni-

²⁹ C. GUARNIERI, *La giustizia in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 55.

sti, di rispettare i limiti posti all'esercizio del diritto di astensione collettiva dall'attività, che non è assimilabile ad uno sciopero e, soprattutto, non attiene se non in alcuni casi e indirettamente a servizi pubblici essenziali³⁰.

Da ciò può trarsi una duplice conclusione. Le organizzazioni professionali di tipo tradizionale vanno preservate, nella misura in cui rispondano a interessi che l'ordine giuridico reputa meritevoli di tutela. Inoltre, si tratta di unioni ad appartenenza necessaria, non semplici associazioni o sodalizi, oltre tutto fortemente radicate nel corpo sociale. Sebbene queste ragioni inducano ad escludere che l'organizzazione e l'operato degli ordini e dei collegi professionali sia incompatibile con i principi fondamentali, vi è necessità di una revisione degli strumenti che risultino sprovvisti di un adeguato fondamento giuridico oppure sproporzionati rispetto agli interessi pubblici generali tutelati.

6. Implicazioni per le professioni non regolamentate

Le conclusioni appena raggiunte presentano rilievo, oltre che per i professionisti appartenenti alle professioni regolamentate, anche per le professioni non regolamentate, per le quali non è richiesta né l'adesione ad ordini o collegi, né l'iscrizione ad albi od elenchi (come accade per i periti assicurativi e per gli altri elenchi di periti istituiti dalle camere di commercio, la cui legittimità peraltro è stata contestata in rapporto alle attività cui accedono riserve, come quella tributaria)³¹.

Si tratta di attività che hanno avuto un forte sviluppo, soprattutto nel periodo più recente, per via dell'emergere del bisogno di nuovi servizi, in ambito sociale, sanitario (si tratta di quelle che, trent'anni fa, il sociologo americano Amitai Etzioni definiva "semi-professions")³², tecnico (si pensi agli urbanisti o agli informatici), in concomitanza con il progresso tecnologico e l'apertura dei mercati. Non bisogna dimenticare, inoltre, che i difetti della normazione amministrativa, in particolare quella tributaria, hanno indotto molti cittadini ad avvalersi di

³⁰ P. PASCUCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Torino, Giappichelli, 1999.

³¹ Consiglio di Stato, sezione VI, decisione 6 luglio 2000, n. 3789, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, p. 28.

³² A. ETZIONI, *The Semi-Professions and their Organization*, New York, The Free Press, 1969.

“esperti”, anche al di fuori della cerchia dei professionisti iscritti ad ordini e collegi professionali³³.

Attualmente le professioni emergenti presentano le seguenti caratteristiche. Innanzitutto, attengono all'esercizio di attività libere, ossia non sottoposte a riserva, sebbene siano svolte in alcuni casi anche da professionisti iscritti agli albi (come i geometri, che esplicano alcune attività in comune con gli amministratori di condomini). Inoltre, sono prive di un apposito riconoscimento pubblico, per quanto riguarda sia il corpo professionale, sia la relativa organizzazione. Infine, vi è stata una spontanea creazione di figure organizzative da parte dei soggetti esercenti l'attività, a fini sia di rappresentanza, nei rapporti con le altre professioni e con le istituzioni pubbliche, sia di autoregolazione delle attività poste in essere.

Una volta accolta l'idea che tutte le organizzazioni professionali sono meritevoli di protezione, purché il loro operato non comporti alterazioni ingiustificate o non necessarie dell'ordine isonomico, ne consegue che anche per le nuove professioni è necessaria una disciplina pubblica, sia pure limitata al duplice compito di assicurare che esse rispettino le aspettative della collettività, in rapporto ai servizi forniti e sotto il profilo deontologico, cioè tutelando l'affidamento del pubblico e favorendo la formazione di conoscenze scientifiche e di tecniche specializzate.

Sotto il primo profilo, può risultare opportuna l'emanazione di norme ulteriori rispetto a quelle del codice civile, per quanto concerne il funzionamento degli organi collettivi, onde garantirne la rappresentatività³⁴ e attenuare la linea di demarcazione tuttora esistente tra le professioni, com'è stato suggerito dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico³⁵. Al resto, provvederanno le istituzioni cui è affidata la disciplina e il controllo delle professioni, con competenze generali (Ministero di grazia e giustizia) o specifiche (Garante della riservatezza).

³³ Consiglio di Stato, sezione VI, decisione 17 maggio 1993, n. 358, in *Il Consiglio di Stato*, 1993, p. 715.

³⁴ È opportuna una precisazione: l'argomentazione qui svolta è incentrata sulla operatività degli organismi non regolamentati. Altra questione, di ordine concettuale, è se anche esse, elaborando regole di condotta, diano luogo ad un fenomeno ordinamentale.

³⁵ OCSE, *Regulatory Reform in Italy*, Paris, 2001, § 290, p. 112.

Sotto l'altro profilo, sono condivisibili, nell'insieme, le proposte formulate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato³⁶. Si tratta, anzitutto, di incentivare l'adesione volontaria a registri od elenchi di professionisti, allo scopo di informarne il pubblico.

È opportuno, inoltre, che siano favoriti i processi spontanei di autoregolazione in rapporto al possesso e al mantenimento dei requisiti professionali, alla esplicitazione della portata degli obblighi derivanti dalla normativa vigente (cui attendono anche le associazioni di categoria imprenditoriali, come l'Associazione tra le società per azioni, Assonime, e l'Associazione bancaria italiana, Abi) e al rispetto di determinati standard di azione e canoni deontologici, come, per esempio, quelli promossi dal Garante della riservatezza dei dati personali. Si tratta – a seconda dei casi – di segnalare agli appartenenti alla categoria l'esistenza di vincoli normativi, le pratiche vietate o da espletare con l'osservanza di determinati accorgimenti, e così via. Non è indispensabile, invece, che alle organizzazioni siano attribuite potestà di tipo ordinario o sanzionatorio: è sufficiente che intervengano le amministrazioni competenti. Queste, viceversa, possono essere utilmente sgravate da una quantità di incombenze minute (come gli accertamenti relativi ai corsi seguiti e ai periodi di tirocinio effettuati), per le quali, oltre tutto, sono carenti di cognizioni ed esperienze specifiche.

Va promosso, infine, l'utilizzo delle odierne tecniche di certificazione della qualità, che servono al duplice fine della individuazione dei professionisti meglio attrezzati in vista delle prestazioni richieste e della loro valutazione *ex post*. Di queste tecniche – del resto – anche gli ordini e i collegi professionali dovrebbero avvalersi, visto che una delle ragioni della disciplina pubblica consiste proprio nella tutela dell'affidamento riposto dalla collettività in coloro che offrono servizi professionali. Il bene più prezioso in un'economia di mercato evoluta, infatti, è senz'altro la fiducia in chi vi opera³⁷.

³⁶ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Indagine conoscitiva sugli ordini e sui collegi professionali*, Roma, 1997.

³⁷ Come ha osservato, di recente, P. CIOCCA, *La nuova finanza in Italia. Una difficile metamorfosi (1980-2000)*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000.

7. *L'adeguatezza dell'ordinamento e le prospettive di riforma*

Le tradizionali professioni intellettuali, nel corso degli ultimi due secoli, hanno profondamente risentito dell'influenza dello Stato. Questo, operando come garante della collettività, ha prescritto il conseguimento di determinati titoli di studio, ha reso obbligatoria la iscrizione in albi od elenchi, ha disposto procedimenti più complessi, inclusivi di prove di ammissione e talora di verifiche periodiche di capacità, ha sottoposto i professionisti e le loro organizzazioni al controllo dei propri apparati. Al tempo stesso, configurando l'iscrizione ad un determinato albo e la correlativa appartenenza (necessaria) all'ordine o collegio professionale come fatto di legittimazione, ha escluso che le attività svolte da quel corpo di professionisti potessero essere svolte da altri, specie da coloro che fossero esterni al sistema degli ordini e dei collegi.

Nel corso degli ultimi decenni del XX secolo, questa duplice connessione tra lo Stato e le professioni si è gradualmente incrinata. L'appartenenza allo Stato (cittadinanza) ha perso rilievo come fatto di legittimazione esclusiva. I margini entro i quali le limitazioni alla libertà professionale e alla concorrenza sono ammissibili si sono, man mano, fatti più esigui. Anche il riordino degli ordinamenti scolastici e universitari attesta l'attenuazione dell'influenza statale.

Al venire meno della pretesa di esclusività vantata dai poteri statali quanto alla produzione giuridica ed economica corrisponde un mutamento di paradigma, cioè il consolidarsi dei tratti che rispondono alla logica dell'ordine isonomico, in luogo dell'ordine asimmetrico. Questo cambiamento, a sua volta, si ripercuote sulle organizzazioni professionali configurate come ordini o collegi. Queste, infatti, subiscono una graduale compressione delle potestà non conformi alla logica del mercato, mentre si sviluppano nuove forme di esercizio della professione e di associazione tra i professionisti, che nel frattempo hanno subito un deciso aumento, nel numero e nelle articolazioni organizzative.

In questa vicenda si può ravvisare una conferma della nota teoria marxista secondo cui i confini degli Stati sono troppo angusti per il modello capitalistico di organizzazione dell'economia. Oppure, vi si può intravedere una ulteriore riprova della teoria weberiana secondo cui le forme organizzative più rispondenti alle esigenze concrete tendono, alla lunga, a sostituire quelle meno efficienti. Non sorprende, allora, che si accentui la "conflittualità intrinseca dei corpi professio-

nali", essendo questi centri di riferimento di interessi sezionali divergenti o, non di rado, contrapposti³⁸.

La questione da valutare, piuttosto, è se l'ordinamento delle professioni, nel complesso, sia sufficientemente organico e, soprattutto, adeguato, nelle sue linee portanti e nelle modalità con cui i vari istituti vengono applicati nella realtà effettuale, a salvaguardare gli interessi generali che giustificano la disciplina pubblica (la tutela dell'affidamento del pubblico, la valorizzazione dei saperi professionali) e, insieme, la possibilità che i professionisti italiani operino in un contesto normativo analogo, se non più favorevole, rispetto a quelli in cui agiscono i principali concorrenti stranieri.

Concorrono, nel determinare un giudizio complessivo, i giudizi parziali finora allineati. Per le professioni regolamentate, sono state eliminate le maggiori discrepanze rispetto ai principi costituzionali nazionali ed europei. Tuttavia, la disciplina va ulteriormente adeguata, onde ampliare la gamma delle prestazioni che possono essere ai cittadini, alle imprese, alle altre formazioni sociali. Per le professioni non regolamentate, invece, la disciplina del codice civile richiede precisazioni e integrazioni, che la mettano al passo coi tempi. Nell'insieme, inoltre, persiste la tendenza alla configurazione settoriale della normazione riguardante le professioni. Dunque, ad un eccesso di protezione per alcune professioni si contrappone un'insufficienza della disciplina pubblica di altre, sicché l'assetto delle regole e dei controlli non risulta allo stesso livello di quelli dei mercati più avanzati.

Il problema è reso più grave da due circostanze, una esterna, l'altra interna all'ordinamento nazionale. Se l'ordine giuridico europeo elimina gli ostacoli normativi all'esercizio delle libertà economiche, non elimina, bensì esalta i dislivelli tra le discipline nazionali sui quali ha attirato l'attenzione, di recente, Sabino Cassese³⁹: esse sono poste in competizione e, come l'esperienza italiana dimostra, non sempre si allineano a quelle più moderne o non sempre lo fanno tempestivamente. Ciò è dipeso dal fatto che, se le organizzazioni professionali non hanno assecondato il cambiamento, ma – nel complesso – lo hanno subito, neppure le istituzioni politiche hanno costantemente cercato di orientarne il moto e gli esiti.

³⁸ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 159.

³⁹ S. CASSESE, *Lo Stato introvabile*, Roma, Donzelli, 1998.

La rinuncia, da parte delle istituzioni politiche, ad intraprendere un riordino complessivo ha fatto sì che si procedesse con interventi di riforma limitati. A differenza di quanto è avvenuto per altri settori economici, come quello finanziario, da più tempo e in maggior grado esposti alla concorrenza in ambito europeo e internazionale, dunque, per le professioni è mancato un intervento normativo di ampio respiro. Anche il recente regolamento governativo sull'accesso agli albi esclude medici, avvocati e odontoiatri, cioè le professioni rette da specifiche direttive europee. Nel frattempo, proprio perché mancano regole per le professioni emergenti, queste chiedono insistentemente – e spesso ottengono – un riconoscimento legislativo nella forma dell'albo e della connessa riserva, con la conseguenza di un aggravamento dei vincoli alla mobilità e della segmentazione delle attività, che nuoce all'arricchimento delle conoscenze e alla competizione tra coloro che offrono servizi professionali.

Viceversa, si moltiplicano gli interventi di tipo puntuale posti in essere dalle istituzioni che agiscono a tutela della libera concorrenza, nell'esercizio delle potestà di *adjudication*, nei confronti delle misure e delle pratiche che limitano la libertà di informare e di fissare il prezzo delle prestazioni. In questo modo, però, coloro che ne sono coinvolti avvertono l'intervento pubblico come discriminatorio, perché non riguarda tutti i professionisti, ma solo una parte di quelli iscritti agli albi.

Per queste ragioni, è da ritenere senz'altro opportuno e urgente un riordino complessivo. È da vedere se coloro che operano all'interno delle istituzioni ne siano consapevoli e siano all'altezza del compito.

ILARIA PRETELLI

*La crisi del Kosovo e l'intervento della NATO, 2:
L'azione della NATO nell'evoluzione della dottrina
dell'intervento umanitario*

ABSTRACT

Dopo aver ripercorso le tappe più significative della crisi che si è conclusa con l'azione armata dell'Alleanza atlantica, il ritiro delle truppe serbe dalla regione e la creazione di una sorta di protettorato sotto l'egida e il controllo delle Nazioni Unite *, la riflessione va ora ad una tra le questioni più significative ed urgenti che la crisi del Kosovo pone per il diritto internazionale: ci si domanda, infatti, se sia possibile sussumere l'azione bellica della primavera del 1999 sotto la fattispecie dell'intervento umanitario unilaterale, addentrandosi nella non facile questione relativa all'individuazione di una regola di diritto internazionale che possa giustificare azioni come quella della Nato nella provincia serba.

Le numerose difficoltà che, da sempre, si incontrano su questo tema, hanno portato la dottrina internazionalistica ad elaborare varie teorie, già esistenti *in nuce*, negli scritti dei primi internazionalisti, nessuna delle quali è riuscita a imporsi definitivamente. Questo non stupisca: la ricognizione e l'interpretazione degli eventi storici per estrapolarne una norma consuetudinaria rappresenta un faticoso tentativo di cavare la razionalità dall'esistente. Prendendo a prestito l'immagine hegeliana della nottola di Minerva, possiamo dire che anche la dottrina internazionalistica arriva, spesso, solo al crepuscolo, ossia al *fait accompli* e si trova di fronte a tutte le ambiguità e le contraddizioni intrinseche agli interventi umanitari che si sono susseguiti nella storia, riuscendo difficilmente, nella qualificazione dell'istituto, ad andare oltre a un chiaroscuro pieno di zone di ombra. Questo istituto, infatti, rasenta l'ossimoro, se non l'antinomia, in quanto abbina la coppia "uso della forza", vietato da una norma di *jus cogens*, e "diritti dell'uomo", protetti da un obbligo *erga omnes*.

Si è voluto, perciò, procedere con cautela e con ordine ed affrontare, in primo luogo, il problema della descrizione della fattispecie dell'intervento umanitario e, in secondo luogo, quello relativo alla sua disciplina. Inoltre, si sono prese in considerazione le varie dogmatiche sull'intervento,

* Il lavoro che segue rappresenta la continuazione dell'articolo intitolato *La crisi del Kosovo e l'intervento della NATO*, apparso sul numero 51,3 di questa rivista.

compreso il noto proclama di Tony Blair all'*Economic Club* di Chicago e la dottrina francese del "*devoir d'ingérence*", propugnata nella seconda metà degli anni '80 dall'attuale amministratore ONU in Kosovo, Bernard Kouchner.

La ricognizione proposta, è tenuta insieme da un filo rosso: la contrapposizione tra due concezioni della comunità internazionale che influenzano inesorabilmente la disciplina dell'intervento umanitario: l'una che, con espressione colorita, stigmatizza gli Stati come *billiard ball* e impone al diritto internazionale di disinteressarsi di ciò che vi accade all'interno, l'altra che tende alla realizzazione di una *civitas maxima*. La prima spinge a considerare illegittima ogni forma d'ingerenza, mentre la seconda arriva a giustificare diverse forme d'intervento in nome di interessi e valori universali, o come si dice comunemente "appartenenti alla comunità internazionale nel suo insieme". Tuttavia, quest'ultima concezione, per affrancarsi dalle accuse di eurocentrismo riferibili alla politica estera del diciannovesimo secolo, non sembra poter prescindere da un'organizzazione in senso istituzionale della comunità internazionale. Ciò porta ad affrontare un'ultima questione, non meno scottante, quella del ruolo dell'ONU stesso: se, infatti, la fine della guerra fredda e del bipolarismo lasciavano sperare che i meccanismi di San Francisco cominciassero a funzionare, gli sviluppi successivi sembrano, invece, andare nel senso di una progressiva estromissione delle Nazioni Unite dalla gestione delle crisi internazionali, e ciò non manca di porre più di un interrogativo.

ILARIA PRETELLI

LA CRISI DEL KOSOVO E L'INTERVENTO DELLA NATO

Parte seconda:

L'AZIONE DELLA NATO NELL'EVOLUZIONE DELLA DOTTRINA DELL'INTERVENTO UMANITARIO

1. *L'intervento umanitario nel diritto internazionale.* 2. *L'istituto giuridico dell'intervento nel diritto internazionale classico e dopo lo Statuto delle Nazioni Unite.* 3. *La fattispecie di intervento umanitario: suoi elementi costitutivi. I soggetti. Il bene giuridico protetto. Incertezze della dottrina sull'esistenza di altri elementi.* 4. *La dottrina dell'intervento umanitario.* 5. *La dottrina del diritto (o dovere) di ingerenza umanitaria.* 6. *Disciplina applicabile all'intervento. Cenni.* 7. *La dottrina del non intervento e l'intervento umanitario: eccezione che conferma la regola?* 8. *Il principio di non intervento nel diritto delle Nazioni Unite.* 9. *Sfera di applicazione del principio di non intervento, sua evoluzione in rapporto allo sviluppo dei diritti umani.* 10. *Segue: l'erosione del dominio riservato.* 11. *I tentativi tradizionalmente esperiti in dottrina per superare l'antinomia tra principio di non intervento e tutela dei diritti umani.* 12. *Segue: nuovi sviluppi. L'accenramento dello human rights enforcement nelle istituzioni delle Nazioni Unite o negli Stati agenti uti universi.* 13. *Il concetto di interessi della comunità internazionale.* 14. *Considerazioni conclusive.*

1. L'intervento umanitario nel diritto internazionale

Qualsiasi tentativo di inquadrare l'azione della NATO sotto la fattispecie dell'intervento umanitario deve misurarsi con le difficoltà che tale fattispecie presenta¹. La figura dell'intervento, e ancor più quella

¹ Cfr. CAVAGLIERI, *L'intervento nella sua definizione giuridica, saggio di diritto internazionale*, Bologna 1913; FAWCETT, *Intervention in International Law*, in *Recueil des cours*, 1961, II, p. 347 e ss.; FRANCK/RODLEY, *After Bangladesh: the Law of Humanitarian Intervention by Military Force*, in *American Journal of Int. Law* 275, 1973; FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, New York 1964; GERLACH, *Die intervention. Versuch einer Definition*, Hamburg 1967, p. 13 e ss.; MOSLER, *Die intervention im Völkerrecht*, Berlin 1937; PAONE, *Intervento (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano 1972, p. 521 ss.; POTTER, *L'intervention en droit international moderne*, in *Recueil des cours* 1930, II, pp. 611 e ss.; SAPIENZA, *Il principio del non intervento negli affari interni*, Milano 1990, pp. 41 e ss.; SCHWEBEL, *Aggression, Intervention, and Self Defense in Modern International Law*, in *Recueil des cours*, 1972, II, 463 ss.; STOWELL, *Intervention in International Law*, Washington 1921; WINFIELD, *The History of Intervention in International Law*, in *British Yearbook of Int. Law* 1922/23 p. 130 e ss.; ID., *The Grounds of Intervention in International Law*, in *British Yearbook of Int. Law*,

dell'intervento umanitario, sono tra le più controverse che il diritto internazionale conosca, così la difficoltà nel circoscrivere questi fenomeni per inquadrarli in una fattispecie giuridica è diventata un luogo comune in dottrina. È stato osservato che "*almost the only agreement among writers is that this term [intervention] covers an area of great confusion*"².

La dialettica che si è sviluppata intorno alla figura dell'intervento è direttamente ed inevitabilmente influenzata dal modo di concepire il sistema di diritto internazionale. L'adesione ad una concezione "dualistica" della società internazionale, che vede gli Stati in posizione reciproca rigidamente paritaria, finisce per dilatare notevolmente la fattispecie dell'intervento illecito; di converso, la visione della società internazionale come *civitas maxima* induce a cercare nell'intervento uno strumento di attuazione di valori universalmente riconosciuti. Ciò si traduce in tentativi, più o meno consapevoli, di circoscrivere il fenomeno dell'intervento illecito al fine di elaborare fattispecie lecite di intervento.

Non è questo un'atteggiamento nuovo, anche se la fine della contrapposizione ideologica tra est e ovest ha dato nuovi impulsi alla teorizzazione dell'interferenza positiva. Di fatto, ogni epoca storica conosce dottrine che ammettono eccezioni alla regola del non intervento richiamandosi ai più vari principi, indicati come superiori persino alla *Grundnorm* della Sovranità.

La ricerca di spazi di legittimità che eludano il divieto dell'intervento si collega ad esigenze politiche permanenti degli Stati. Sembra che, per i governanti, l'intervento rappresenti, non soltanto una vecchia abitudine³, ma anche uno strumento necessario per perseguire interessi di politica interna o estera.

Dalla nascita dello Stato-Nazione non c'è stato momento in cui non ci fosse un intervento in corso, da qualche parte del mondo. La crisi dello Stato-Nazione ed il progressivo evolversi del sistema di relazioni internazionali nel senso dell'interdipendenza hanno addirittura accentuato il fenomeno che ora richiama anche l'attenzione dell'opinione pubblica⁴.

1924, p. 149 e ss.; PICONE, *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padova 1995; RONZITTI, *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht, 1985; A.A.V.V., *L'intervento umanitario nel Kosovo: giornale a più voci*, in *I diritti dell'uomo cronache e battaglie*, 1999, n. 3, p. 33 ss.

² FRIEDMANN, *cit.*, p. 267.

³ In questo senso, FAWCETT, *cit.*, p. 347 e ss.

⁴ È paradigmatico, il caso degli "interventi umanitari" o "di umanità". In que-

L'emergenza del diritto internazionale nel dibattito politico è diventata così un fenomeno corrente⁵.

In questo contesto, la costruzione dell'intervento come istituto giuridico appare influenzata dalla valutazione del suo significato politico. Ciò si riflette, immancabilmente, nell'elaborazione dogmatica dell'intervento, sia perché è spesso difficile, per il giurista, disconoscere l'importanza della "ragion di stato" che sta alla base dell'intervento, sia perché si avverte l'esigenza di rendere il diritto internazionale coerente con la prassi degli Stati.

Per questi motivi, l'urgenza di definire una fattispecie lecita di intervento è molto sentita in dottrina e le definizioni e le descrizioni delle fattispecie di intervento e di intervento di umanità, sono aumentate in proporzione geometrica nell'ultimo ventennio. Alcune di queste

st'ambito è agevole osservare quanto sia sentito il bisogno di elaborare una fattispecie lecita di "intervento umanitario" in dottrina ed in politica del diritto. L'esigenza di ottenere, anche coercitivamente, il rispetto dei diritti dell'uomo si è fatta sempre più incalzante con il progressivo affermarsi di una "cultura dei diritti umani", particolarmente sentita, in occidente, sia dalla classe di governo, sia dall'opinione pubblica. Ciò assume un maggior rilievo oggi, in quanto i progressi della tecnologia culminati nella realizzazione del *World Wide Web* e degli altri protocolli di Internet, capaci di diffondere informazioni in tutto il pianeta in tempo reale, insieme alla progressiva diffusione dei canali satellitari, hanno amplificato gli effetti di quel fenomeno già noto come "fattore CNN", che descrive l'importanza politica delle pressioni esercitate sui governanti dall'opinione pubblica, a sua volta condizionata dai *mass media*. La manipolazione mediatica di situazioni quali quelle verificatesi nel corso dei numerosi conflitti regionali degli anni '90 ha agito come propellente nelle decisioni di alcuni governi di intervenire militarmente, sotto la bandiera dei diritti umani. Si vedano le riflessioni di M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Ingérence, charité et droit international*, in *Le Monde diplomatique*, janvier 1993, p. 4.

⁵ Il Segretario generale delle Nazioni Unite, Pérez de Cuéllar, in un discorso tenuto all'Università di Bordeaux il 22 aprile 1991, stigmatizzava l'importanza dell'atteggiamento dell'opinione pubblica facendo riferimento, tra l'altro, ai dibattiti politici cui ha dato vita, tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, la dottrina del diritto, o dovere di ingerenza umanitaria, promossa dall'ex Presidente della ONG *Medecins sans frontières*, Bernard Kouchner, la cui carriera politica è stata largamente influenzata dalla promozione di queste dottrine. La dottrina ha avuto una notevole e repentina diffusione negli ambienti politico-diplomatici, grazie all'appoggio dell'allora Presidente della Repubblica francese François Mitterand, ed ha avuto importanti eco, in particolare modo in tema di assistenza umanitaria prestata dalle ONG. Si veda BETTATI/KOUCHNER, *Le devoir d'ingérence, peut-on les laisser mourir?*, Paris 1987. BETTATI, *Un droit d'ingérence?*, in *Revue générale dr. int. public*, 1991, p. 639 e ss. ID. *L'ingérence n'est pas une arme néo-colonialiste*, *Libération*, 3 janvier 1994, p. 15. ID., *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Paris 1996.

si propongono come definizioni "normative", nel senso che intendono fornire direttamente i criteri di legittimità con cui vagliare la conformità di un'azione all'istituto dell'intervento umanitario nel diritto internazionale⁶.

Ma la liceità dell'intervento non può essere costruita sulla base della nozione che si decide, aprioristicamente, di utilizzare per lo studio dell'istituto. La dialettica che si è sviluppata in dottrina su questo tema è apparsa inutile, poiché quando un intervento è stato realizzato non è mai stato difficile riconoscerlo, ed anche nociva, in quanto disturba lo studio scientifico del problema e si riduce ad un tentativo di dedurre dei principi fondamentali da distinzioni terminologiche⁷.

Appare preferibile, pertanto, limitarsi ad una descrizione dei vari aspetti e delle varie forme che l'intervento può assumere, anziché tentare di inquadrarlo entro una nozione onnicomprensiva. È quindi opportuno ricostruire la fattispecie dell'intervento umanitario alla luce delle norme che tradizionalmente l'hanno ad oggetto, prima di cristallizzare il fenomeno in una definizione giuridica.

Un'unica precisazione terminologica preliminare sembra necessaria. Il dibattito che si è svolto in tema di *droit d'ingérence*, ha fatto registrare, soprattutto nella dottrina francese, la tendenza all'impiego dei termini intervento e ingerenza, in maniera alternativa.

Si deve rilevare, tuttavia, che i due concetti presentano sfumature terminologiche distinte⁸. La nozione di intervento focalizza l'attenzione

⁶ Per una più ampia disamina del fenomeno cfr. MALANCZUK, *Humanitarian Intervention and the Legitimacy of the Use of Force*, Amsterdam 1993, p. 5.

⁷ FAWCETT, *Intervention in International Law*, cit., p. 347; BENNOUNA, *Le consentement à l'ingérence militaire dans les conflits internes*, Paris 1974, p. 12. VINCENT, *Non Intervention and International Order*, Princeton 1974, p. 11, ritiene che il pensiero della dottrina internazionalistica si sia lasciato confondere dalla riluttanza a chiamare un atto lecito "intervento".

⁸ Per un tentativo di distinguere in maniera netta le due nozioni si veda SPIRY, *Intervention humanitaires et interventions d'humanité: la pratique française face au droit international*, in *Revue général dr. int. public* 1998, p. 407-433, spec. p. 409 ove osserva: "Enfin, quelle différence faisons-nous entre 'ingérence' et 'intervention'? Le premier terme est le plus général [...] l'intervention sera toujours matérielle ou physique, contrairement à l'ingérence; par ailleurs on peut envisager une intervention (sur le terrain, donc) sans qu'il y ait nécessairement ingérence: en effet, il n'y a ingérence que s'il y a encore exercice de la souveraineté; de ce fait, une intervention étatique dans une situation où l'Etat est en déliquescence voire inexistant n'est pas une 'ingérence' au titre du droit international. Les deux concepts sont donc bien distincts, et ne se recoupent pas

dell'interprete su una condotta materiale, ossia sull'azione di uno Stato al di fuori del proprio territorio. Diversamente, la nozione di ingerenza evoca un risultato: l'interferenza negli affari interni od esteri di uno Stato, non rilevando le modalità con le quali si realizza, siano esse pressioni economiche⁹ o di carattere militare. Pertanto le due nozioni, che possono spesso concorrere nel designare un medesimo fatto storico, hanno *nuances* semantiche diverse.

2. *L'istituto giuridico dell'intervento nel diritto internazionale classico e dopo lo Statuto delle Nazioni Unite.*

La nozione di intervento si ritrova, già dalle origini delle relazioni internazionali, nel linguaggio delle cancellerie o negli scritti dei primi teorici del diritto internazionale. Si trattava, in base al diritto internazionale classico, di classificare tutti gli atti di coercizione nel quadro delle relazioni giuridiche in tempo di pace¹⁰. La storia ci fornisce numerosissimi esempi di ingerenza di tipo diplomatico, economico, politico ed anche bellico. Tra questi, le forme di intervento implicanti l'u-

forcément dans la mesure où toutes les 'interventions' ne seront pas forcément des 'ingérences' dans les affaires internes d'un Etat au titre de l'art. 2-7 de la Charte".

⁹ È vero che imposizioni di carattere economico che non possono essere qualificate *de jure* come interventi, hanno una "forza di persuasione" non inferiore a quella che avrebbe la minaccia o l'uso della forza armata e, pertanto comportano una sensibile diminuzione della indipendenza e libertà degli Stati. In questo senso e per un'analisi delle conseguenze del programma di riforme imposto allo Stato somalo dal Fondo Monetario Internazionale e dalla Banca Mondiale all'inizio degli anni '80 si veda CHOSSUDOVSKY, *Dépendance alimentaire, "ingérence humanitaire" en Somalie*, in *Le Monde diplomatique*, juillet 1993, p.16, e la bibliografia ivi citata. L'autore osserva che il principale obiettivo di tale piano di *austerità* era di ottenere lo stanziamento di fondi destinati al rimborso del debito contrattato da Mogadiscio (e dagli altri paesi dell'Africa subsahariana) presso i membri del *Club de Paris* e presso lo stesso FMI. Il piano si rivelò fatale per l'economia somala, ed è ritenuto all'origine, insieme ad altri importanti fattori, della guerra civile che sconvolse il paese negli anni successivi.

¹⁰ Oggetto dell'intervento possono essere sia gli affari interni che quelli esteri, purché si tratti di materie "rispetto alle quali lo Stato debba essere libero da obblighi", secondo la nota pronuncia della Corte internazionale di giustizia sul caso *Attività Militari e Paramilitari contro il Nicaragua*, 27 giugno 1986, *ICJ Reports*, 107-108. Una dottrina minoritaria limitava il concetto di non intervento alla sfera degli affari interni di uno Stato. Si veda ROUGIER, *Les guerres civiles et le droit des gens*, Paris 1902, p. 328. Per una critica, ed un approfondimento, si veda STOWELL, *Intervention*, cit., p. 319, nota 49.

so della forza rappresentano, evidentemente, l'esempio più macroscopico del fenomeno dell'*intervento* nel diritto internazionale.

Il dibattito scientifico sull'esistenza giuridica e sulla legittimità della categoria dell'*intervento* si concentra soprattutto sulla cospicua prassi che si è registrata nel XIX secolo.

Il sistema cui ha dato origine il Congresso di Vienna contemplava la possibilità di ricorrere all'*intervento* collettivo al fine di preservare l'Europa dagli "attentati alla pace"¹¹. Nel Protocollo di Troppau del 19 novembre 1820, il principio di *intervento* negli affari interni di uno Stato viene affermato in maniera esplicita dai membri della Santa Alleanza, e fa pensare ad un tentativo di "codificazione"¹². Su tale principio si fondano gli *interventi* degli eserciti della Santa Alleanza in Italia nel 1821 e in Spagna nel 1823, attuati al fine di restaurare l'ordine legittimo contro ogni movimento liberale nato dalla rivoluzione.

Gli Stati ottocenteschi erano ben consapevoli di violare, con il loro comportamento, un principio essenziale alla salvaguardia del sistema, e per questo allegavano le più varie cause di giustificazione per legittimare gli *interventi* attuati. L'*interferenza* negli affari interni degli Stati veniva fondata su uno o più titoli giuridici, conformemente al diritto internazionale allora vigente, che legittimava le misure di autotu-

¹¹ L'espressione compare nel Trattato di Alleanza tra Austria, Gran Bretagna, Prussia e Russia del 20 novembre 1815, con riferimento a Napoleone. Al Congresso di Vienna Talleyrand fu uno strenuo sostenitore dell'*intervento* collettivo fondato sul principio di legittimità dinastica. Colpisce l'analogia con le espressioni e la *ratio* dell'attuale sistema. Nel corso degli anni '90 il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha fondato le contestate autorizzazioni ad attuare *interventi* collettivi sul presupposto dell'esistenza di una "minaccia alla pace". Alla base compare sempre il principio di legittimità, nella sua nuova e più recente concezione, ossia, per usare il linguaggio di Carl Schmitt, quale "diritto all'autodeterminazione democratica dei popoli".

¹² Il Protocollo prevedeva l'instaurazione di un sistema basato sul principio di legittimità, secondo cui i governi europei che non possedessero la legittima continuità sarebbero stati esclusi dall'Alleanza e non sarebbero stati riconosciuti fino a quando lo *status quo ante* non fosse stato restaurato. Cfr. MOWAT, *The European State System*, London 1923. La *ratio* dell'*intervento* è esplicitamente individuata nella minaccia, rappresentata dalla rivoluzione, per la stabilità e la sicurezza degli stati limitrofi. È impressionante l'analogia con il testo di alcune risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che hanno "autorizzato" *interventi* nel corso degli anni '90. Cfr. MIELE, *La comunità internazionale*, Torino 1997, p. 31 e ss.. Per i documenti cfr. ANCHIERI, *La diplomazia contemporanea*, Padova 1956, p. 1 e ss.

tela diverse dalla guerra intraprese per attuare coercitivamente un proprio diritto¹³.

Nell'ambito dei titoli giuridici invocati dagli Stati europei ottocenteschi quali eccezioni alla regola generale del non intervento figurano, oltre il principio di legittimità¹⁴, il diritto di proteggere i propri connazionali all'estero ed il diritto di assistere uno Stato nel respingere un'aggressione. Molto frequente, inoltre, era il ricorso alla dottrina dell'intervento umanitario, di matrice giusnaturalista. Il concerto europeo ha spesso affermato di agire in difesa delle c.d. *lois d'humanité* per giustificare gli interventi attuati nel quadro della questione d'Oriente¹⁵. Il diritto di intervento negli affari interni dell'Impero ottomano è stato anche oggetto di espressa previsione pattizia all'art. 62 del Trattato di Berlino del 1878, stipulato quando la disgregazione dell'Impero ottomano era ormai inarrestabile. L'ingerenza negli affari interni ed esteri del "gigante malato" si è spinta fino a causare lo smembramento dell'Impero.

Non discordante è la prassi che si registra nel continente americano. La politica statunitense, fondata sulla dottrina enunciata dal Presidente Monroe con la celebre dichiarazione del 1823, ha dato vita ad un numero impressionante di interventi, anch'essi spesso fondati su clausole pattizie¹⁶. Com'è noto, la dottrina Monroe prometteva il "non intervento" negli affari europei in cambio del "non intervento" euro-

¹³ Cfr. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino 1998, p. 22 e ss. Si veda anche GRADO, *Guerre civili e terzi Stati*, Padova 1998, p. 3 e ss., spec. p. 7.

¹⁴ Il significato politico dell'intervento coincideva paradossalmente con quello del non intervento: entrambi erano strumenti di preservazione dello *status quo*. A questo proposito PAONE, *op. cit.*, p. 525, ricorda un'arguzia di Talleyrand: "*non-intervention est un mot diplomatique et énigmatique, qui signifie à peu près la même chose qu'intervention*".

¹⁵ Gli interventi delle potenze dell'europa in territorio ottomano sono numerosi e coprono tutto il secolo XIX, si ricordano l'intervento per l'indipendenza della Grecia del 1827, l'intervento di Inghilterra, Francia, Austria, Prussia e Russia in Siria nel 1860-61 conseguente all'eccidio dei Cristiani Maroniti da parte dei Drusi, gli interventi a Creta nel 1866 e nel 1894, in Bosnia nel 1875, in Bulgaria nel 1877, in Armenia nel 1896, in Macedonia nel 1887 e nel 1905 e in Cina nel 1900.

¹⁶ Si veda il Trattato del 1903 che gli Stati Uniti stipularono con Cuba. Il Trattato limita fortemente gli affari interni ed esteri dello Stato cubano: "*The Government of Cuba consents that the United States may exercise the right to intervene for the preservation of Cuban independence, the maintenance of a government adequate for the protection of life, property and individual liberty [...]*" etc. Cfr. per approfondimenti e riferimenti bibliografici MIELE, *La comunità cit.*, p. 33.

peo negli affari americani, preconizzando così il sistema dei blocchi che si affermerà nella seconda metà del XX secolo.

La maggior parte degli interventi che si sono avuti nel XX secolo deve essere inquadrata proprio nella logica dei blocchi e nella conseguente libertà di azione delle potenze egemoni all'interno della propria sfera di influenza. Così debbono leggersi gli interventi dell'U.R.S.S. a Berlino-Est nel 1953, a Budapest nel 1956, a Praga nel 1968, gli interventi degli Stati Uniti a Suez nel 1956, in Libano nel 1958, a Cuba nel 1961 ed a Santo Domingo nel 1965. Numerosi sono stati, inoltre, gli interventi armati condotti dalle ex-potenze coloniali nei territori delle ex-colonie. I ripetuti interventi in Africa attuati dal Belgio (l'intervento in Congo del 1960, la celebre *Stanleyville operation* del 1964, l'intervento in Zaire nel 1978), e dalla Francia (l'intervento in Gabon del 1964, in Ciad nel 1968 e nel 1978) rappresentano una valida illustrazione di quanto detto.

Nel corso del secolo, anche Stati non occidentali hanno attuato interventi nelle loro "zone di influenza", soprattutto nel sud est asiatico e in Africa. Celebri sono l'intervento indiano nel Pakistan orientale nel 1971, l'annessione indonesiana di Timor Est, alla vigilia dell'indipendenza dal Portogallo nel 1975 e l'azione bellica del Vietnam in Cambogia nello stesso 1979¹⁷. Nell'ambito del continente africano, teatro di violenti e complessi conflitti civili, devono ricordarsi l'intervento di Cuba e Sud Africa in Angola nel 1976 e l'intervento della Tanzania a vantaggio della resistenza ugandese contro l'esecrando regime di Idi Amin del 1979.

Le caratteristiche comuni agli interventi realizzati riguardano le modalità di attuazione, di carattere bellico, ed il risultato conseguito, che si risolve in una pesante ingerenza negli affari interni ed esteri degli Stati. La conduzione dell'intervento spazia dal coinvolgimento diretto, mediante invio di contingenti nazionali, all'assistenza armata indiretta, consistente nella fornitura di armi, munizioni e materiale logistico.

Gli obiettivi dichiarati di volta in volta dagli autori delle varie operazioni sembrano, *prima facie*, divergenti in quanto le motivazioni

¹⁷ Sull'intervento vietnamita e per un parallelismo con l'intervento in Uganda dello stesso anno cfr. G. VENTURINI, «L'intervento umanitario» secondo il diritto internazionale e il caso cambogiano, in *Cambogia: discutere il dramma cambogiano*. Atti del Convegno (a cura di E. COLLOTTI PISCHEL) Alessandria 1988, p. 177-186.

allegate dai soggetti autori dell'intervento si riferiscono, in alcuni casi, alla tutela dei diritti umani di una popolazione, in altri casi all'autodeterminazione dei popoli o al rovesciamento di un regime tirannico. Tuttavia, dietro a queste dichiarazioni di intenti vi sono interessi di tipo economico e politico che non collimano con le asserite motivazioni filantropiche. Infatti, tutti questi interventi realizzano pesanti ingerenze negli affari interni ed esteri degli Stati *target*¹⁸. Sinteticamente, si può affermare che lo scopo immediato, perseguito con lo strumento dell'intervento, consiste essenzialmente nel mantenimento dello *status quo*.

La *diuturnitas* in materia di interventi armati difficilmente può essere messa in discussione¹⁹. La *diuturnitas* è relativa ad una fattispecie caratterizzata da due elementi costitutivi: la modalità di attuazione che consiste nell'uso della forza, diretto o indiretto, come strumento di coercizione, e l'ingerenza, ossia il tentativo di influenzare uno Stato in alcune scelte politiche pertinenti alla c.d. *domestic jurisdiction*.

Un'indagine sulla *opinio iuris ac necessitatis* offre elementi non univoci in quanto, se da un lato l'intervento è presentato come una doverosa necessità in nome di interessi superiori, dall'altro l'allegazione di cause di giustificazione che si affiancano al motivo di umanità rivela quanto fosse sentito il principio di non intervento sia nel XIX, sia nel XX secolo.

Del resto, gli strumenti giuridici offerti dal sistema delle Nazioni Unite danno il più ampio risalto al principio, che si trova tipizzato all'art. 2(7) della Carta delle Nazioni Unite. Nella Dichiarazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sui Principi del Diritto Internazionale, del 1970, il "principio riguardante il dovere di non intervenire nelle materie di giurisdizione domestica, secondo lo Statuto delle Na-

¹⁸ Rileva VENTURINI, *op. cit.*, p. 178 che l'intervento a protezione dei diritti umani "per sua natura... tende a protarsi nel tempo e ad influire decisamente sulla situazione interna, interferendo in uno dei settori dei quali gli Stati sono i più gelosi custodi: i rapporti del governo con i propri cittadini".

¹⁹ Già si intravede l'antinomia cui dà luogo l'intervento umanitario. Gli elementi offerti dalla citata prassi appaiono discordanti rispetto al diritto pattizio, caratterizzato da una rapida evoluzione in materia di uso della forza che ha portato, in un primo tempo, alla limitazione progressiva dello *ius ad bellum* (dalla Convenzione dell'Aja del 1899, al patto Briand-Kellogg del 1928) e, successivamente, alla consacrazione del divieto dell'uso della forza all'art. 2(4) della Carta delle Nazioni Unite, norma quest'ultima che travolge definitivamente la disciplina classica in tema di interventi armati.

zioni Unite” è enunciato in una formula ampia, che sembra accogliere una nozione di “intervento” onnicomprensiva: *No State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any State. Consequently armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of a State or against its political, economic and cultural elements, are in violation of international law. No State may use or encourage the use of economic, political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind. Also, no State shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the régime of another State, or interfere in civil strife in another State. The use of force to deprive peoples of their national identity constitutes a violation of their inalienable rights and of the principle of non-intervention. Every State has an inalienable right to choose its political, economic, social and cultural systems, without interference in any form by another State*²⁰.

Il testo fornisce una definizione descrittiva e non chiarisce se l'interferenza che dà luogo all'intervento illegittimo debba o meno avere natura coercitiva. Sembra evidente, comunque, che l'*opinio iuris* emersa in seno all'Assemblea Generale sia nel senso di costruire l'intervento come (a) interferenza diretta o indiretta, (b) con mezzi idonei allo scopo (mezzi di coercizione, tra i quali spicca l'uso della forza), (c) negli affari interni o esteri di uno Stato (oggetto dell'intervento). Un altro dato ricavabile dalla Dichiarazione è quello della irrilevanza dei

²⁰ G.A. Res. 2625 (XXV). La Dichiarazione del 1970 ripete cinque degli otto paragrafi operativi della precedente Dichiarazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sull'Inammissibilità dell'Intervento adottata nel 1965 con 109 voti favorevoli e una astensione, quella della Gran Bretagna. L'ampio consenso non può, tuttavia, ritenersi indicativo di una *opinio iuris* diffusa, alla luce delle successive precisazioni degli Stati occidentali, i quali, in pareri interpretativi, hanno indicato che la natura della Dichiarazione è politica e non giuridica, suscitando così l'indignata protesta delle altre delegazioni. La Dichiarazione condanna l'intervento ritenendolo una manifesta violazione della Carta delle Nazioni Unite. Vedi UN Doc. G.A. Res. 2131 (XX). Cfr. HOUBEN, *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States*, in *American Journal of Int. Law*, 1967; VERWEY, *Humanitarian Intervention under International Law*, in *Netherlands Int. Law Review*, 1985, p. 357 e ss.; ID., *Humanitarian Intervention and the Prohibition of Force*, in CASSESE, *The International Regulation of Force: Current Developments*, Dordrecht 1986, p. 57 e ss.

motivi alla base dell'intervento, essendo la fattispecie assolutamente vietata al fine di proteggere un bene giuridico di importanza prominente: il diritto inalienabile spettante ad ogni Stato, di scegliere il proprio sistema politico, economico, sociale e culturale, senza interferenze di qualsiasi tipo.

Ad un'analisi più puntuale risulta che non tutte le attività vietate siano qualificabili come *intervento in senso tecnico-giuridico*. In particolare, sembra che la nozione, evocata dal titolo della Dichiarazione, faccia riferimento all'*intervento in senso materiale*, mentre nel testo è leggibile una distinzione tra "intervento armato", "ogni altra forma di ingerenza". Emerge, cioè, una nozione *tecnica* di intervento che può tenersi distinta dagli altri fenomeni di ingerenza menzionati nella Dichiarazione.

Nello stesso senso è l'art. 6 degli Accordi di Helsinki che così formula il principio di non intervento: *The participating States will refrain from any intervention, direct or indirect, individual or collective in the internal or external affairs falling within the domestic jurisdiction of another participating State, regardless of their mutual relations. They will accordingly refrain from any form of armed intervention or threat of such intervention against another participating State. They will likewise in all circumstances refrain from any other act of military, or of political, economic or other coercion designed to subordinate to their own interest the exercise by another participating State of the rights inherent in its sovereignty and thus to secure advantages of any kind. Accordingly, they will, inter alia, refrain from direct or indirect assistance to terrorist activities or to subversive or other activities directed to the violent overthrow of the régime of another participating State*²¹.

L'articolo descrive, in primo luogo, una nozione tecnica di intervento (*any form of armed intervention or threat of such intervention*), ritenendola assolutamente proibita, ed in secondo luogo altre forme di "ingerenza", anch'esse proibite (*any other act... of coercion*).

Volgendo lo sguardo ad altri Trattati internazionali in materia, non si rinvencono informazioni aggiuntive. Il Patto della Lega Araba, proi-

²¹ Atto Finale della Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa del 1° agosto 1975 (*Dichiarazione sui principi che regolano le relazioni tra gli Stati partecipanti: VI. Non-intervento negli affari interni*), paras 1, 3. Vedine il testo in *La comunità internazionale*, 1976, p. 593 e ss. Per un commento si veda l'ampia monografia di ARANGIO-RUIZ, *Human Rights and Non-Intervention in the Helsinki Final Act*, in *Recueil des cours*, 1977, IV, p. 199-319; SACERDOTI, *Diritto e istituzioni della nuova Europa: i testi normativi del nuovo assetto europeo con saggi e note*, Milano 1995.

bisce alcuni atti coercitivi, senza far riferimento all'intervento come tale. La Carta dell'Organizzazione per l'Unità Africana contiene l'enunciazione del principio del non intervento ed un'elencazione a titolo esemplificativo delle attività che tale principio proibisce. Nella Carta dell'Organizzazione degli Stati americani, vista la situazione particolare degli Stati latino-americani, il principio viene particolarmente enfatizzato e la Carta contiene regole divenute, tra l'altro, modello per le due Dichiarazioni delle Nazioni Unite sopra citate²².

L'esame delle norme pattizie induce a ritenere che gli elementi costitutivi della fattispecie dell'intervento siano l'ingerenza e la coercizione²³. Ciò non implica necessariamente l'uso della forza armata. Infatti, con il consolidamento della norma sul divieto della minaccia e uso della forza²⁴ la figura è stata dilatata fino a comprendere qualsiasi comportamento con cui uno Stato influenzi il comportamento di un altro²⁵.

²² Cfr. per una disamina sul principio del non intervento nel continente americano, THOMAS/THOMAS, *Non-intervention; the Law and its impact in the Americas*, Dallas, 1956; GROSSMAN, *Het beginsel van non-interventie in de Organisatie van Amerikaanse Staten vanuit een Latijns-Amerikaans gezichtspunt*, Amsterdam 1980; ARANGIO-RUIZ, *Human Rights*, cit., spec. p. 252-266.

²³ Contro questa impostazione si è sempre pronunciata, durante il bipolarismo, la dottrina sovietica che tradizionalmente costruisce la nozione mutuandola dall'art. 2§7 della Carta delle Nazioni Unite, che riguarda essenzialmente il principio di non intervento dell'Organizzazione negli affari interni degli Stati membri; con la conseguenza di considerare *interventi* azioni da cui è assente ogni idea di coercizione. Cfr. OUCHAKOV, *La compétence interne des Etats et la non-intervention dans le droit international contemporain*, in *Recueil des cours*, 1974, I, p. 5 e ss. Per il principio di non intervento delle Organizzazioni Internazionali negli affari interni degli Stati membri, cfr. CONFORTI, *Le principe de non-intervention*, in BEDJAOUL, *Droit International*, Paris 1988, p. 204 e ss.

²⁴ Il CONFORTI, *Diritto internazionale*, V ed., Milano 1997, p. 224, ritiene che il principio abbia ormai perduto la propria autonoma sfera di applicazione e che la sua fattispecie debba ritenersi assorbita da regole più "pregnanti", quali *il divieto della minaccia o dell'uso della forza e il principio di autodeterminazione dei popoli* inteso in senso negativo.

²⁵ La tendenza a dilatare la figura è dovuta soprattutto agli Stati latino-americani ed afroasiatici. Secondo RONZITTI, *Intervento*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Roma 1989, una manifestazione di tale tendenza si avrebbe nella Risoluzione 36/103 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, adottata il 9 dicembre 1981 e intitolata: *Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States*. La Risoluzione, proposta dagli Stati non allineati è stata adottata con il voto contrario o l'astensione degli Stati occidentali. Nell'ambito della dottrina nordamericana, TESÓN, *Collective Humanitarian Intervention*, in *Michigan Journal of Int. Law*,

Le discordanti conclusioni degli Stati e della dottrina nell'interpretazione degli strumenti giuridici che si occupano dell'intervento si riconducono alle difficoltà nel circoscrivere il fenomeno per le ragioni già illustrate. Nella formulazione pattizia del principio hanno inciso, a livello testuale, due tendenze antagoniste, la cui difficile conciliazione ha generato ambiguità e l'uso di espressioni estremamente generiche ed astratte che hanno poi offerto, ad ogni parte, appigli per interpretazioni "unilateralistiche". Gli Stati occidentali, suscitando l'indignazione degli altri paesi, hanno optato per una interpretazione "politica" dei Trattati, negando giuridicità al principio di non intervento inteso in senso ampio.

D'altra parte, i paesi in via di sviluppo o sorti dalla decolonizzazione tendono ad includere nel divieto di intervenire qualsiasi attività di ingerenza. È palese l'influenza della memoria storica degli Stati del Terzo mondo, in cui è ancora attuale il timore di vedere diminuita la propria sovranità, a causa di abusi spesso dovuti, tra l'altro, ad una certa interpretazione della c.d. dottrina dell'intervento umanitario.

Un esempio emblematico è dato dall'intervento statunitense nella *guerrilla* del Nicaragua, sul quale ha espresso la propria posizione la Corte internazionale di giustizia²⁶. La Corte si era già occupata dell'istituto dell'intervento nel caso dello "Stretto di Corfù", accogliendo la tesi della illegittimità. In particolare, la Corte aveva sottolineato che il *preteso* diritto di intervento non potesse essere concepito che come la manifestazione di una politica di forza, politica che, nel passato aveva dato luogo ai più gravi abusi. Pertanto, la Corte esprimeva una chiara condanna dell'istituto, sancendo che non potesse trovare alcuno spazio nel diritto internazionale²⁷.

Nel 1986 la Corte ribadisce il proprio precedente orientamento, definendo l'assistenza prestata dagli Stati Uniti ai *contras* nicaraguesi

1996, p. 323, ha di recente proposto una classificazione dell'istituto, basata proprio sulla gravità dei mezzi di coazione usati, distinguendo tra "*soft, hard and forcible intervention*", e ritenendo sussistente l'intervento, di tipo *soft*, in presenza del semplice esame della situazione di uno Stato da parte di un altro Stato o di un'Organizzazione Internazionale.

²⁶ Corte internazionale di giustizia, *Attività Militari e Paramilitari contro il Nicaragua*, 27 giugno 1986, ICJ Reports, 14, 107-108.

²⁷ Corte internazionale di giustizia, *Stretto di Corfù*, 9 aprile 1949, ICJ Reports 1949, 35.

illecita secondo il diritto internazionale perché contraria al principio di non intervento ed al divieto dell'uso della forza.

La Corte ha condannato tutte le modalità di attuazione dell'intervento, che spaziano dal coinvolgimento diretto all'assistenza indiretta. L'invio di fondi ai ribelli è ritenuto una violazione del principio di non ingerenza, sebbene non sia sufficiente a concretare un'ipotesi di intervento illecito l'interruzione di un programma di aiuto allo sviluppo o la riduzione o il divieto delle importazioni dal paese che si vuol colpire.

La Corte ha così stigmatizzato l'istituto dell'intervento umanitario: *"In any event, while the United States might form its own appraisal of the situation as to respect for human rights in Nicaragua, the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure such respect. With respect to the steps actually taken, the protection of human rights, a strictly humanitarian objective, cannot be compatible with the mining of ports, the destruction of oil installations, or again with the training, arming and equipping of the contras. The Court concludes that the argument derived from the preservation of human rights in Nicaragua cannot afford a legal justification for the conduct of the United States, and cannot in any event be reconciled with the legal strategy of the respondent State, which is based on the right of collective self-defence"*²⁸.

Gli elementi della fattispecie di intervento *vietato* dal diritto internazionale sono individuati, dalla Corte, in azioni coercitive finalizzate a condizionare scelte dello Stato (nei confronti del quale l'intervento è diretto) che deve rimanere libero secondo il diritto internazionale²⁹.

Questa definizione si riallaccia agli insegnamenti dei pubblicisti più qualificati, di cui all'articolo 38 lett. d dello Statuto della Corte. Infatti, la concezione che la dottrina maggioritaria ritiene corrispondente all'istituto dell'*intervento* conosciuto dal diritto internazionale classico³⁰

²⁸ Corte internazionale di giustizia, *Attività Militari*, cit., 268.

²⁹ *Ibidem*, 107-108.

³⁰ BENNOUNA, *Le consentement*, cit., p. 11; BRIERLY, *The Law of Nations*, VI ed., Oxford 1963, p. 402; MALANCZUK, *Humanitarian Intervention*, cit., p. 5; VINCENT, *Non Intervention*, cit.; p. 10 ss. VERWEY, op. cit., p. 364; THOMAS, *New States, Sovereignty and the New World Order*, Adershot 1985; contra CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, VI ed., Padova 2000; DAMROSCH, *Enforcing Restraint: Collective Intervention in Internal Conflicts*, New York 1993, p. 323.

è quella che si ricava dalla celebre definizione di Oppenheim, secondo cui "*intervention is dictatorial interference by a State in the affairs of another State for the purpose of maintaining or altering the actual conditions of things*"³¹.

Gli elementi qualificanti la definizione di Oppenheim, riguardano l'oggetto dell'intervento individuato nella "indipendenza esterna" in primo luogo, e nella "supremazia territoriale o personale" dello Stato, in secondo luogo. Nell'ambito della concezione contrattualistica del diritto internazionale, l'intervento si concretizza in un atto di ingerenza o interferenza che abbia carattere autoritativo, ed è proprio l'autoritatività che lo caratterizza rispetto ad altre fattispecie di ingerenza non sempre illecite³².

La costruzione dogmatica dell'istituto appartenente alla scuola realistica del diritto internazionale, supera questa concezione, e differenzia l'intervento degli Stati *uti singuli* dall'intervento degli Stati *uti universi*³³. In questa concezione, l'intervento collettivo può assumere la funzione di attuare il diritto, e, in altre parole, diventare lo strumento mediante il quale gli Stati, in veste di gestori della comunità internazionale, garantiscono l'effettività del diritto internazionale e lo mutano in caso di sua sopravvenuta inidoneità.

L'intervento collettivo, lungi dall'essere illecito, diventerebbe la "principale garanzia" del diritto internazionale.

³¹ OPPENHEIM, *International Law, a Treatise*, VIII ed. (a cura di H. Lauterpacht) London 1955, p. 305.

³² Come evidenziato da PAONE, *Intervento*, *cit.*, p. 524, la teoria contrattualistica non si presta a leggere adeguatamente il fenomeno sul piano giuridico allorquando concepisce l'ambito dei rapporti giuridici internazionali come dominio esclusivo di soggetti in posizione reciproca rigidamente paritaria. Questo schema non tiene conto della possibilità effettiva, per una ristretta cerchia di Stati, di influire in maniera determinante sulla vita di relazione internazionale e sul suo andamento complessivo.

³³ Cfr. QUADRI, *Diritto Internazionale pubblico*, Napoli 1968, p. 276 e ss. e, recentemente, PICONE *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes*, in PICONE, *Interventi*, *cit.*, p. 517-578.

3. La fattispecie di intervento umanitario: suoi elementi costitutivi. I soggetti. Il bene giuridico protetto. Incertezze della dottrina sull'esistenza di altri elementi.

L'intervento, come si è sottolineato, è un fenomeno complesso e variegato ed i molteplici aspetti che può presentare ostano ad una ricostruzione unitaria soddisfacente della disciplina applicabile.

Un metodo d'indagine più agevole consiste nello studio analitico delle diverse forme con cui gli interventi unilaterali e multilaterali sono storicamente venuti in essere. In quest'ottica, si è attribuito valore discriminante alle intenzioni ed alle finalità perseguite con l'intervento. Questa dottrina, decisamente condannata dall'Assemblea Generale, concepisce l'intervento come strumento "neutro", ossia né vietato né legittimo in linea di principio, ed individua alcuni criteri di legittimità con cui valutare gli interventi posti in essere, di volta in volta, dagli Stati.

Talvolta, tali criteri di legittimità sono più propriamente qualificati come cause di giustificazione dell'illecito.

Si tratta, in ogni caso, di elementi che attribuiscono valore giuridico allo scopo dell'intervento. Quindi, la legittimità dell'intervento discenderebbe dalla meritevolezza di tutela di alcuni beni giuridici, in linea con la disciplina classica in tema di uso della forza, che subordinava la legittimità dell'intervento armato all'esistenza di un titolo giuridico valido.

Va da sé che nella valutazione dello scopo perseguito assumono importanza non tanto le allegazioni dei soggetti autori dell'intervento quanto le modalità con cui questo è stato concretamente condotto, e, in misura minore, il suo esito finale.

La dottrina, seguendo questa impostazione, ha tradizionalmente costruito diverse fattispecie di intervento: *i)* l'intervento alla richiesta o con il consenso del governo legittimo; *ii)* l'intervento finalizzato alla protezione dei propri connazionali; *iii)* l'intervento per respingere un aggressione, supportare una parte in una guerra civile o incoraggiare l'autodeterminazione dei popoli; *iv)* gli interventi delle Superpotenze nelle rispettive sfere di influenza. A queste figure si affianca e, più spesso, si sovrappone quella dell'intervento umanitario, in quanto il motivo di umanità si atteggia spesso ad argomentazione portata *ad abundantiam* nel tentativo di fornire giustificazioni ulteriori ad un intervento realizzato principalmente per altri fini.

Riteniamo invero imprescindibile tenere distinte tutte queste fattispecie il cui studio coinvolge norme diverse rispetto a quelle che interessano il nostro istituto.

L'intervento su richiesta o con il consenso dello Stato che lo subisce trae legittimazione dal riconoscimento del diritto di ottenere aiuto esterno per combattere un fenomeno insurrezionale che si verifichi all'interno del proprio Stato, diritto che trova riscontro nella prassi internazionale³⁴. In questi casi assume rilievo il principio *volenti non fit iniuria*, di conseguenza la legittimità del c.d. *intervention by invitation* deve essere vagliata sulla base di una verifica della libertà di manifestazione del consenso e solleva l'annosa *quaestio iuris* relativa alla determinazione dei criteri per stabilirne la validità.

Si deve inoltre osservare, come riconosciuto espressamente dall'art. 20 del *Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti internazionalmente illeciti*, dell'*International Law Commission*, che l'intervento su richiesta non sempre entra in conflitto con il principio di sovranità territoriale³⁵.

³⁴ Questa fattispecie comprende due tipologie di intervento che si differenziano a seconda del momento in cui avviene la manifestazione del consenso. Il consenso può essere preventivo ed esplicitamente previsto da una clausola pattizia o formulato *ad hoc*, con una richiesta specifica. Un esempio di manifestazione anticipata del consenso era dato dall'articolo 6 del Trattato del 26 febbraio 1921, dichiarato decaduto dall'Iran nel maggio del 1979, che riconosceva all'URSS la facoltà di intervenire in Iran. Tradizionalmente si citano quali esempi di interventi attuati dietro richieste estemporanee del governo l'intervento attuato in Ungheria nel 1956 dall'Unione Sovietica, l'intervento dei *marines* statunitensi nella Repubblica Dominicana del 1965, l'intervento del Belgio in Zaire del 1978 e l'intervento del Vietnam in Cambogia del 1979. Anche in relazione a questo tipo di interventi, che in linea di principio non collidono con il principio di sovranità, la dottrina maggioritaria si mostra scettica per gli abusi che si sono verificati, manifestandosi in consensi fittizi o coatti. La dottrina in materia è assai vasta: cfr. BENNOUNA, *Le consentement*, cit.; BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford 1963, p. 317 ss.; CHARPENTIER, *Les effets du consentement sur l'intervention*, in *Mélanges Séfériadès*, Atene 1961, vol. II, p. 489 ss.; GRADO, *Guerre civile*, cit., p. 62 ss.; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA/TANZI, *La responsabilité internationale des États*, in BEDJAOU, op. cit., pp. 367-403, p. 375. LAUTERPACHT, *Intervention by Invitation*, in *Int. Comp. Law Quarterly* 1958, p. 102 e ss.; MARCUS-HELMONS, *Le droit d'intervention, un corollaire des droits de l'homme?*, in *Revue trimestrielle dr. homme*, n° 12, 1992, p. 471-481; MULLERSON, *Intervention by Invitation*, in DAMROSCH/SCHOFFER (a cura di), *Law and Force in the New International Order*, San Francisco, Oxford 1991, p. 127 ss.

³⁵ L'articolo 20 del *Progetto*, adattato in seconda lettura il 3 agosto 2001, sancisce che il consenso validamente prestato da uno Stato alla commissione, da parte di un altro Stato, di un fatto non conforme ad un obbligo esistente nei suoi confronti, esclude l'illiceità di tale fatto nei rapporti tra i due Stati sempre che il fatto medesimo resti nei limiti del consenso. Il successivo art. 26 sottrae all'operatività della norma le violazioni delle norme cogenti. Il testo del progetto è pubblicato in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 878-890. Per

Anche le operazioni finalizzate alla protezione dei propri connazionali all'estero³⁶ sono talora ricondotte nell'alveo degli interventi di umanità, soprattutto dalla dottrina meno recente, in quanto la prassi registra numerosi casi in cui il principio di umanità è stato invocato a giustificazione di tali operazioni³⁷.

In molti casi gli Stati hanno sostenuto di aver agito a tutela di qualsiasi persona presente nello Stato ove hanno realizzato l'intervento: connazionali, stranieri che risiedono sul territorio e cittadini; correlativamente, alcuni autori ritenevano che l'istituto dell'intervento umanitario servisse a proteggere i diritti umani di qualunque individuo, senza distinzione³⁸. È stato giustamente osservato, tuttavia, che nel giustificare la

un commento alla analoga soluzione accolta nella precedente versione del Progetto, si veda il rapporto della Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken e della Adviescommissie Mensenrechten del 18 giugno 1992 intitolato "Het gebruik van geweld voor humanitaire doeleinden-Dwaangmaatregelen voor humanitaire doeleinden en humanitaire interventie". Il rapporto, eseguito su richiesta del Ministero degli Affari Esteri e della Difesa olandese, esclude che l'intervento su richiesta del governo legittimo sia una fattispecie dell'*intervento umanitario* e suggerisce piuttosto di considerarlo una *prestazione di assistenza*.

³⁶ Una illustrazione tipica di questo tipo di intervento è data dall'operazione militare intrapresa dal Belgio in Congo il 10 luglio 1960, pochi giorni dopo la proclamazione dell'indipendenza congolese. In tale occasione il rappresentante del Belgio al Consiglio di sicurezza, Mr. Loridan, dichiarò che l'intervento era stato attuato "al solo scopo di assicurare la salvezza degli europei e di altri membri della popolazione e di proteggere le vite umane in generale". Cfr. UN SCOR, 15th Yr 873rd mtg: 34. Alcuni Stati, ossia Argentina, Francia, Italia e Stati Uniti, considerarono l'azione belga lecita secondo il diritto internazionale, poiché il fine dell'intervento era quello di salvare migliaia di vite umane, minacciate da un'ondata incontrollata di xenofobia. La Tunisia, l'Ecuador, la Polonia e l'Unione Sovietica condannarono l'intervento qualificandolo aggressione, proprio per la mancanza del consenso congolese all'operazione militare. Cfr. RONZITTI, *Rescuing Nationals*, cit., p. 31-2; CLARK/AREND/BECK, *International Law & the Use of Force*, London, New York 1993, p. 97.

³⁷ Cfr. AKEHURST, *The Use of Force to Protect Nationals Abroad*, in *International Relations*, 1977, n. 5, p. 9; LILICH, *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, 1973, p. XI.

³⁸ Così è stato giustificato l'intervento statunitense a Grenada del 1983, dove un colpo di Stato aveva rovesciato il governo "legittimo" (ritenuto tale perché "democratico") ed instaurato un governo rivoluzionario. Si veda SKUBISZEWSKI, *Use of Force by States, Collective Security, Law of War and Neutrality*, in SORENSEN, *Manual of Public International Law*, London 1968, p. 758-9. In questo senso anche SEIDL-HOENVELDERN, *Völkerrecht*, Köln 1980, che afferma che l'intervento umanitario serve "*zum Schutz des Lebens eigener Staatsbürger oder aus humanitären Gründen zum Schutz anderer am Leben bedrohter Personengruppen*".

protezione dell'una o dell'altra categoria dei beneficiari il giurista deve far riferimento a norme giuridiche alquanto diverse. Infatti, per legittimare l'intervento a favore dei connazionali, la dottrina e gli Stati fanno riferimento al *nationality link*, al "dovere di protezione nei confronti dei propri connazionali" e ad una certa interpretazione della legittima difesa, circostanze che non interessano gli interventi umanitari³⁹.

Altro problema riguarda le azioni finalizzate a respingere un'aggressione, supportare una parte in una guerra civile⁴⁰ o incoraggiare l'autodeterminazione dei popoli⁴¹.

È necessario tenere distinte queste fattispecie in quanto tali interventi sono dettati da motivazioni che, pur potendo essere complementari a quelle umanitarie, determinano una qualificazione diversa dell'azione ed investono diverse norme e principi. Inoltre, questo tipo di interventi non presenta quel carattere di *imparzialità* che sembra, come vedremo, necessariamente afferente agli interventi umanitari.

Sicuramente illegittimi sono gli interventi delle Superpotenze nelle rispettive sfere di influenza, basati sulla dottrina *Breznev* e sulla dottri-

³⁹ Così anche il rapporto della Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken e della Adviescommissie Mensenrechten, *cit.* In questo senso anche BOWETT, *The Use of Force in the Protection of Nationals Abroad*, in CASSESE, *The International*, *op. cit.*; ID., *Self-Defense in International Law*, New York 1958, p. 89. Si veda anche la tesi di RONZITTI, *Rescuing Nationals*, *cit.* p. 92 ss.

⁴⁰ Il Sudafrica ha tentato di giustificare il proprio intervento nella guerra civile in Angola del 1975 adducendo il motivo di umanità. In particolare questo Stato accusava una dei tre movimenti di liberazione in lotta ed i soldati cubani arrivati in suo aiuto, di aver commesso crimini contro l'umanità. Lo Stato sudafricano ha anche sostenuto di essere preoccupato per la sorte dei neri dell'Angola – il che era assai poco credibile per un governo basato sull'*apartheid*. Il Consiglio di sicurezza, con risoluzione 387 (1975), ha condannato l'intervento qualificandolo aggressione. Cfr. BOTHE, *The Legitimacy of the Use of Force to Protect the Rights of Peoples and Minorities*, *Amsterdam Conference on Peoples and Minorities in International Law*, 1992. Anche l'Indonesia in occasione dell'intervento a Timor Est ha tentato di qualificare la propria azione come intervento di umanità, sostenendo di aver agito per far cessare il conflitto civile che vedeva diverse fazioni contrapposte nella lotta per il potere in vista dell'indipendenza dal Portogallo, prevista per l'anno 1978. L'intervento, condotto a favore della fazione "pro-indonesiana", mirava a prevenire ingerenze da parte di altri Stati si è prolungato fino al luglio 1976, data in cui l'Indonesia si è annessa l'isola. L'operazione è stata condannata da parte del Consiglio di sicurezza e dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

⁴¹ Cfr. FRANCK/RODLEY, *After Bangladesh*, *cit.*, p. 277. Si veda, per un recente approfondimento sulla tematica degli interventi esterni per favorire il legittimo esito dell'autodeterminazione interna, GRADO, *Guerre civili*, *cit.*, p. 193-287.

na *Truman* (e, successivamente sulla dottrina *Eisenhower*)⁴². Tali dottrine non fondano alcun diritto di intervento e sono semmai rivelatrici della natura essenzialmente politica dell'intervento, e precisamente di una politica di potere basata su istanze egemoniche. Una chiara condanna degli interventi fondati sulla dottrina Monroe è stata, del resto, formulata dall'Assemblea Generale dell'ONU, con la risoluzione 34/103 del 14 dicembre 1979 intitolata "*Inadmissibility of the policy of hegemonism in international relations*".

In realtà, l'intervento umanitario si caratterizza rispetto all'intervento in generale, ed alle tipologie di intervento ora descritte, in quanto è teleologicamente orientato alla protezione dei diritti umani. Il *Dictionnaire de terminologie de droit International* definisce l'istituto con una formula semplice e chiara: "*l'action exercée par un État contre un gouvernement étranger dans le but de faire cesser les traitements contraires aux "lois de l'humanité" qu'il applique à ses propres ressortissants*"⁴³.

Questa definizione è pregevole anche perché ha il merito di escludere dalla nozione non soltanto le figure giuridiche tradizionalmente assimilate all'intervento umanitario, ma anche le operazioni condotte da soggetti diversi dagli Stati.

A questo proposito si segnala che il dibattito recente in tema di interventi umanitari registra una fuorviante assimilazione tra operazioni svolte da soggetti eterogenei (Stati, Organizzazioni internazionali, ONG), con finalità e modalità di diverso tipo, operazioni tutte indicate come "interventi umanitari".

La dottrina degli anni '90 ha spesso parlato di interventi di umanità anche in relazione ad operazioni condotte da organizzazioni non governative, quali la Croce Rossa Internazionale e le c.d. ONG di seconda generazione⁴⁴. Ciò testimonia quanto la nozione di intervento di

⁴² L'Unione sovietica giustificò i vari interventi dell'Armata rossa e degli eserciti del Patto di Varsavia sostenendo, di volta in volta, di voler restaurare il governo legittimo nei paesi che gravitavano attorno alla sua orbita ed impedirne un'evoluzione in senso contrario alla legalità socialista. Di segno diametralmente opposto le politiche d'ingerenza statunitensi finalizzate alla difesa contro l'azione sovvertitrice del comunismo internazionale.

⁴³ *Dictionnaire de terminologie de droit International*, Paris 1960, p. 349.

⁴⁴ Nell'ambito delle azioni umanitarie promosse dalle ONG, l'evoluzione dell'ultimo decennio del secolo è stata sorprendente, soprattutto per le c.d. ONG di seconda generazione. L'azione del CICR (Comitato Internazionale della Croce Rossa) continua ad occupare una posizione particolare in ragione della sua indipendenza rispetto agli Stati, della specificità del suo mandato – la protezione delle vittime dei conflitti – e

umanità sia diventata di uso comune e di attualità, e venga spesso usata impropriamente. È chiaro infatti che si tratta di azioni che mirano a proteggere diversi beni giuridici: da una parte l'azione degli Stati, fondata su un'esigenza di giustizia e finalizzata a garantire il rispetto del diritto internazionale in materia di diritti umani, dall'altra l'azione delle ONG, la cui missione si esaurisce nel soccorso delle vittime ed è disciplinata, dal 1949, dalle convenzioni di Ginevra.

È, quindi, indispensabile tenere distinte le operazioni di organizzazioni non governative rispetto a quelle di istituzioni governative ed intergovernative. La fine della guerra fredda ha creato le condizioni per un ruolo più attivo di tutti questi soggetti nel campo umanitario e le grandi crisi dell'inizio degli anni '90 hanno dato loro l'occasione di manifestarsi concretamente.

Così, l'azione umanitaria degli Stati è venuta ad aggiungersi ai vari strumenti di politica estera di cui questi dispongono⁴⁵. Oggi sono soprattutto i paesi industrializzati membri dell'OCSE ad esercitare una forte influenza sulla scena umanitaria internazionale per la loro capacità di finanziare le azioni di soccorso e, in alcuni casi, per la loro qualità di membri permanenti del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Anche l'Organizzazione delle Nazioni Unite sembrava aver assunto un ruolo più attivo sulla scena internazionale, almeno fino alla crisi del Kosovo e della Cecenia. L'uso dei poteri conferiti dal capitolo VII dello Statuto al Consiglio di sicurezza è divenuto più agevole per quest'organo, vista la diminuzione dell'uso del potere di veto da

del ruolo assegnatogli dal diritto internazionale umanitario, soprattutto in riferimento alle quattro Convenzioni di Ginevra e Protocolli addizionali. Gli altri organismi non governativi hanno assunto nell'ultimo ventennio un ruolo ed un potere notevoli. Si tratta di quelle organizzazioni la cui apparizione è stata favorita dalle agenzie ufficiali d'aiuto allo sviluppo, che avvertivano l'esigenza di diversificare i canali di distribuzione dei propri aiuti a fronte delle difficoltà opposte dalle amministrazioni pubbliche in numerosi paesi in via di sviluppo. Queste ONG, tra le quali *Médecins sans frontières*, si distinguono per la loro professionalità e per la loro politica molto attiva nelle comunicazioni di massa. Si veda PICTET, *Une institution unique en son genre: le Comité international de la Croix-Rouge*, Paris 1985; FORSTER, *Raisons d'Etat et raison humanitaire*, in PERROT, *Dérives humanitaires: états d'urgence et droit d'ingérence*, Paris 1994, p. 63-75, p. 65.

⁴⁵ La Francia ha istituito nel 1986 un Segretariato di Stato per i diritti dell'uomo; in Gran Bretagna, dopo la Guerra del Golfo l'*Overseas Development Administration* (ODA) è diventato operativo nella fornitura dei soccorsi e nell'agosto 1991 un "Emergency Aid Department" è stato creato in seno all'ODA.

parte dei Membri permanenti. Uno degli inquadramenti proposti dalla dottrina per i recenti interventi gestiti dal Consiglio di sicurezza fa riferimento alla fattispecie dell'intervento di umanità.

Lo Statuto delle Nazioni Unite affida alle organizzazioni regionali un ruolo complementare a quello del Consiglio di sicurezza nella soluzione delle crisi. L'importanza di questa categoria di soggetti negli interventi umanitari e nelle operazioni di assistenza umanitaria è emersa progressivamente, nell'ultimo decennio.

In questo contesto, l'azione della NATO in Kosovo rappresenta un elemento significativo a conferma delle aspirazioni delle organizzazioni regionali nel campo della soluzione delle crisi⁴⁶.

All'inizio degli anni '90, in occasione della crisi liberiana, l'ECOWAS ha autorizzato la propria Forza di pace (ECOMOG) a condurre un'azione di *peace-enforcement*⁴⁷, che è stata fondata anche sulla dottrina dell'intervento umanitario⁴⁸.

Si ricordano inoltre gli impegni assunti dagli Stati membri dell'OAS, ai fini della repressione dei regimi antidemocratici, prima con

⁴⁶ Sul ruolo potenziale ed effettivo delle organizzazioni regionali e delle organizzazioni di difesa si veda CANNIZZARO, *Sull'attuazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza da parte di organizzazioni regionali*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 409 e ss.; IOVANE, *La NATO, le Organizzazioni regionali e le competenze del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in tema di mantenimento della pace*, in *La comunità internazionale*, 1998, p. 43-71; VILLANI, *Il ruolo delle Organizzazioni regionali per il mantenimento della pace nel sistema dell'ONU*, in *La comunità internazionale*, 1998, p. 428-459.

⁴⁷ In Liberia l'ECOWAS ha presentato un piano di pace nel giugno 1990, realizzando una operazione per la soluzione della crisi che può inquadrarsi tra le misure di *preventive diplomacy* nel linguaggio dell'Agenda per la pace di B. B. Ghali. Successivamente è stata istituita una Forza di *peace-keeping*, l'ECOMOG (ECOWAS Cease-fire Monitoring Group), che ha finito per assumere, stante il mancato rispetto del cessate-il-fuoco, compiti di *peace-enforcement* implicanti la possibilità di usare la forza.

⁴⁸ Un'ulteriore giustificazione addotta per l'operazione implicante l'uso della forza fa riferimento alla *collective self-defense*, in linea con quanto stabilito dal *Protocol on Mutual Assistance in Defense* (PMAD), un Trattato per la sicurezza collettiva negoziato dall'ECOWAS nel 1981. Il Trattato prevede la mutua assistenza tra le parti, a condizione che lo Stato membro, soggetto ad un attacco armato, lo richieda. Il Presidente liberiano Doe ha manifestato il proprio consenso all'operazione di *peace-keeping* dell'ECOMOG in una lettera indirizzata al Comitato dell'ECOWAS per la Liberia il 14 luglio 1990. Cfr. SAROOSHI, *Humanitarian Intervention and International Humanitarian Assistance: Law and Practice*, Atti della Wilton Park Special Conference del 2-4 luglio 1993 in associazione con la Development Studies Association intitolata *Legal Aspects of Humanitarian Assistance and Intervention, Transnational Associations*, 2/1996, p. 90.

la Dichiarazione di Santiago del giugno 1991 (*Santiago Commitment to Democracy and the Renewal of the Inter-American System*), e quindi con la risoluzione n.1080 sulla *Representative Democracy*, che crea un meccanismo di risposta automatica a qualsiasi interruzione del processo democratico all'interno di uno Stato membro.

Un efficace esempio è dato dall'azione dell'OAS dopo il *coup d'Etat* ad Haiti. L'OAS ha isolato economicamente e diplomaticamente il governo golpista, utilizzando uno strumento politico, il non-riconoscimento, nuovo per un'organizzazione a carattere regionale. Anche durante la crisi guatemalteca, scatenata dalla sospensione delle garanzie democratiche ad opera del Presidente Serrano il 25 maggio 1993, l'OAS ha intrapreso misure che sembravano più consone ad un'organizzazione internazionale globale piuttosto che ad un'organizzazione a carattere regionale (missione di *fact finding* del Segretario generale dell'OAS, misure di *preventive diplomacy*). Al fine di inquadrare queste azioni nell'alveo degli interventi umanitari si è prospettata l'esistenza di un *emerging right to democracy* nell'ambito dei diritti umani⁴⁹.

Nella dottrina e giurisprudenza contemporanee sembra esservi un generale accordo sul fatto che intervento umanitario significhi intervento per la protezione dei diritti umani, tuttavia l'espressione, per la sua astrattezza, non ha unanimità di interpretazione⁵⁰.

È infatti arduo ancorare ad un dato positivo certo il significato di rispetto o abuso di diritti umani⁵¹.

La dottrina maggioritaria fa riferimento a una violazione seria di diritti umani *fondamentali*⁵². Altre espressioni frequentemente usate

⁴⁹ FRANCK, *The Emerging Right to Democratic Governance*, in *American Journal of Int. Law*, 1992, spec. p. 46, afferma l'esistenza di un diritto alla democrazia riconducendolo all'art. 21 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ed all'art. 25 del Patto sui diritti civili e politici. Si veda anche ZICCARDI CAPALDO, *Legittimità democratica, tutela dei diritti umani e produzione giuridica primaria nell'ordinamento internazionale*, in *Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*, Jus 1999, p. 639-660.

⁵⁰ BROWNLIE, *Humanitarian Intervention*, in MOORE, *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimora 1974, p. 217; ID. *Thoughts on Kind-hearted Gunmen*, in LILICH, *Humanitarian Intervention*, cit., p. 140; STOWELL, *Intervention in International Law*, cit., p. 53.

⁵¹ Il BROWNLIE, *op. ult. cit.*, p. 140, ad esempio, osserva che un'espressione quale *deprivation of human rights values* è talmente generica che potrebbe virtualmente comprendere le situazioni più disparate.

⁵² OPPENHEIM, *International Law*, 1905, p. 347, sosteneva che qualora uno Stato usasse nei confronti dei propri cittadini o di una parte di essi *such cruelty as would stagger humanity*, l'opinione pubblica mondiale avrebbe dovuto esercitare pressioni

sono: violazioni "massicce", "su larga scala" o "persistenti"⁵³ di diritti umani "elementari" o "fondamentali"⁵⁴ in modo che le "atrocità" e gli "atti barbarici"⁵⁵ che vengono commessi sono tali da costituire "crimini contro (le leggi di) umanità" o "genocidio"⁵⁶, e "violano in maniera flagrante gli *standard* di moralità e civiltà"⁵⁷, *et similia*.

Alcuni autori si spingono a sostenere che debba esservi minaccia per un numero consistente di vite umane. Effettivamente, nonostante vi sia disaccordo su quali diritti umani debbano considerarsi fondamentali, il diritto alla vita risulta essere il più ricorrente quale diritto "tutelabile" con l'istituto in esame⁵⁸. Negli elenchi stilati da alcuni studiosi compaiono comunque anche il diritto alla libertà, sia fisica che mentale, i diritti riguardanti la legalità, come il diritto alla non applicazione retroattiva o arbitraria della legge, oppure il diritto all'integrità fisica, che implica, tra gli altri, il divieto della tortura, ed anche il diritto alla non discriminazione. Come già segnalato, alcuni autori hanno suggerito la possibilità di giustificare un intervento anche nel caso di frustrazione del diritto dei popoli ad autodeterminarsi.

È inoltre discusso se la protezione dei diritti umani implichi una antecedente violazione o possa effettuarsi anche a titolo preventivo. La dottrina maggioritaria fa riferimento a situazioni "*where human rights*

sulle Potenze affinché queste intervenissero e costringessero lo Stato a stabilire all'interno dei propri confini un ordine giuridico sufficiente a garantire ai propri cittadini un'esistenza più adeguata alle idee moderne di civiltà. Nella più recente edizione curata dal giudice Hersch Lauterpacht, OPPENHEIM/LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 312, l'intervento umanitario è esplicitamente ammesso nei casi in cui gli Stati si rendano colpevoli *of such cruelties against and persecution of its nationals in such a way as to deny their fundamental human rights and to shock the conscience of mankind*.

⁵³ FONTEYNE, *The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: its Current Validity under the UN Charter*, in *California Western Int. Law Journal*, 1974, p. 204. STOWELL, *op. cit.*, p. 53; VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, Berlino 1976, p. 548.

⁵⁴ FONTEYNE, *op. ult. cit.*, p. 205; GANJI, *International Protection of Human Rights*, Paris 1962, p. 9; VERDROSS/SIMMA, *op. cit.*, p. 548.

⁵⁵ BRIERLY, *op. cit.*, p. 403; SKUBISZEWSKI, *op. cit.*, p. 758.

⁵⁶ STONE, *Of Law and Nations*, Buffalo 1974, p. 14.

⁵⁷ ROUGIER, *La théorie de l'intervention d'humanité*, in *Revue générale dr. int. public*, 1910, p. 504; STOWELL, *op. cit.*, p. 53.

⁵⁸ Cfr. le teorie di ROUGIER, *ibidem*. Vedi anche le elencazioni di diritti umani da ritenersi fondamentali presentate, tra gli altri, da Moore, Stowell e Ganji. Cfr. MOORE, *Towards an Applied Theory for the Regulation of Intervention*, in MOORE, *op. cit.*, p. 3; STOWELL, *Intervention, cit.*, p. 53; GANJI, *International Protection, cit.*, p. 9 e ss.

have been grossly violated" ovvero "to prevent the continuation of genocidal activities"⁵⁹ ma è stato opportunamente osservato che, anche alla luce della tecnologia militare esistente, è difficile immaginare la *ratio* di una norma che obblighi ad attendere la perpetrazione di gravi violazioni di diritti umani prima di poterne assicurare la tutela⁶⁰. Infatti, questo tipo di intervento non mira tanto a punire, quanto a prevenire la violazione di diritti umani, pertanto, il pericolo imminente sarebbe sufficiente a dar causa ad un intervento umanitario⁶¹.

La dottrina, fin dagli scritti del Rougier, ritiene essenziale, ai fini della qualificazione di un'azione sotto la fattispecie dell'intervento umanitario, il fine *esclusivamente* umanitario dell'intervento⁶². Uno dei criteri per stabilire la genuinità del motivo di umanità è dato dalla verifica dell'imparzialità con la quale l'intervento è condotto.

Nel tentativo di ricostruire la fattispecie dell'intervento umanitario, parte della dottrina propone di stilare un elenco di criteri utilizzabili per accertare il carattere *genuinamente* umanitario dell'azione⁶³. Questo metodo è stato adottato anche dall'I.L.A., il cui terzo *Interim Report* offre ben dodici criteri per vagliare la genuinità del carattere umanitario dell'intervento. Tali condizioni, cui viene subordinata la legittimità degli interventi umanitari, richiamano principi già noti: l'urgenza, il previo esaurimento dei rimedi che non implicino ingerenza, il previo ricorso al Consiglio di sicurezza, la finalità essenzialmente umanitaria, l'imparzialità nella conduzione dell'operazione, la durata limitata, *et cetera*⁶⁴.

⁵⁹ AMERASINGHE, *Studies in International Law*, Ceylon 1969, p. 127.

⁶⁰ Cfr. FONTEYNE, *The customary*, cit., p. 260.

⁶¹ VERWEY, *op. cit.*, p. 370, suggerisce, a questo proposito, la possibilità di ricorrere alla formulazione usata dal Segretario di Stato americano Webster per il diritto alla legittima difesa anticipata, per cui dovrebbe esserci una minaccia di serie violazioni di diritti umani che sia "*instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation*".

⁶² ROUGIER, *La théorie*, cit., p. 504.

⁶³ Si veda, in particolare, LILICH, *Humanitarian Intervention through the United Nations: Towards the Development of Criteria*, in *Zeitschrift für ausl. öff. Recht und Völkerrecht*, 1993, II, pp. 557-575.

⁶⁴ International Law Association, Third Interim Report of the Sub-Committee on the International Protection of Human Rights by General International Law: "1. There must be an imminent or ongoing gross human rights violation 2. All non-intervention remedies available must be exhausted before a humanitarian intervention can be commenced 3. A potential intervenor, before the commencement of any such intervention must submit the Security Council, if time permits, its view as to the specific limited purpose the proposed intervention would achieve. 4. The intervenor primary goal must

Anche in relazione all'intervento della NATO in Kosovo sono state individuate condizioni di legittimità simili a quelle ora descritte, a testimonianza di quanto sia sentita dalla dottrina l'esigenza di contemperare l'attuazione collettiva del rispetto dei diritti umani della popolazione kosovara con la minor ingerenza possibile in un sistema che si assume egualitario.

In particolare, alcuni criteri di valutazione dell'intervento della NATO sono stati proposti, dopo sole due settimane dall'inizio dei bombardamenti sulla RFI, in occasione di un dibattito, ospitato da un noto quotidiano italiano e ripreso anche dalla stampa estera, sulla legittimità degli interventi umanitari secondo il diritto internazionale. La dottrina *de qua* sottolineava: "questa vicenda dimostra che si sta creando una nuova legittimazione nel diritto internazionale dell'uso della forza. Ma questo solo se sussistono cinque condizioni ben precise: 1) lo Stato contro cui si usa la forza ha violato in modo gravissimo, massiccio e ripetuto i diritti umani fondamentali; 2) il Consiglio di sicurezza ha ripetutamente invitato quello Stato a porre termine ai massacri; 3) è stata tentata ogni possibile soluzione diplomatica e pacifica; 4) l'uso della forza è sostenuto da un gruppo di Stati e non da una singola potenza e la maggioranza degli Stati dell'ONU non è contraria a tale uso; 5) il ricorso alla guerra non ha alternative rispetto alla prosecuzione dei massa-

be to remedy a gross human rights violation and not to achieve some other goal pertaining to the intervenor's own self-interest 5. *The intent of the intervenor must be to have as limited an effect of the authority structure of the concerned State as possible, while at the same time achieving its specific limited purpose* 6. *The intent of the intervenor must be to intervene for as short a time as possible, with the intervenor disengaging as soon as the specific limited purpose is accomplished* 7. *The intent of the intervenor must be to use the least amount of coercive measures necessary to achieve its specific limited purpose* 8. *Where at all possible the intervenor must try to obtain an invitation to intervene from the recognized government and thereafter co-operate with the recognized government* 9. *The intervenor, before its intended intervention, must request a meeting of the Security Council in order to inform it that the humanitarian intervention will take place only if the Security Council does not act first* 10. *An intervention by the United Nations is preferred to one by a regional organization that is preferred to one by a group of States or an individual State* 11. *Before intervening, the intervenor must deliver a clear ultimatum or "peremptory demand" to the concerned State insisting that positive actions be taken to terminate or ameliorate the gross human rights violations* 12. *Any intervenor who does not follow the above criteria shall be deemed to have breached the peace, thus invoking Chapter VII of the Charter of the United Nations".* cfr. I.L.A. Report of the Fifty-Sixth Conference 217 (New Delhi 1974), p. 219-220.

cri da parte dello Stato responsabile"⁶⁵. Tali criteri rispondono ad un'esigenza avvertita dalla comunità internazionale e, per ciò stesso, possono avere rilevanza in un'ottica *de lege ferenda*⁶⁶. Allo stato attuale, tuttavia, non è agevole ipotizzare la formazione di una norma consuetudinaria avente ad oggetto l'intervento umanitario informato ai principi d'imparzialità, di sussidiarietà e di urgenza. La tesi incontra l'obiezione che Alberico Gentili aveva formulato alla dottrina della guerra giusta: a chi spetterebbe accertare l'esistenza di queste circostanze eccezionali e di questi principi che legittimano l'intervento?

4. La dottrina dell'intervento umanitario

Nella teorizzazione dell'intervento umanitario la dottrina tende a riportare l'origine dell'istituto molto indietro nel tempo, arrivando addirittura all'epoca in cui il diritto internazionale cominciava a prendere forma.

Secondo un orientamento l'intervento umanitario rappresenterebbe l'evoluzione moderna della dottrina del *bellum iustum*⁶⁷. Il filosofo

⁶⁵ DE GIOVANNANGELI, *Le cinque regole per una guerra giusta*, Intervista a Antonio Cassese, *L'Unità*, 9 aprile 1999, p. 4. Per l'esposizione scientifica della tesi dell'autore si veda CASSESE, *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in *European Journal of Int. Law* 1999, p. 23-30. V. anche *infra*.

⁶⁶ Nello stesso senso PICONE, *La guerra del Kosovo e il diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 309-360, spec. p. 344 ss., che denuncia l'arbitrarietà insita nello stilare criteri di liceità *ad hoc* per l'intervento umanitario ed evidenzia la necessità che l'intervento rispetti "parametri o principi di carattere più generale", quali la buona fede, la necessità, la proporzionalità e l'effetto utile.

⁶⁷ MERON, *Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez*, in *American Journal of Int. Law*, 1991, p. 112, afferma che "alcuni degli studi di diritto internazionale precedenti alla pace di Westfalia, rivelano che il concetto di interessi della comunità e il moderno diritto di intervento umanitario che ne deriva, è pre-groziano". Questa tesi prende le mosse dall'accertamento di un parallelismo tra il ragionamento della Corte internazionale di giustizia, nell'*erga omnes dictum* del caso *Barcelona Traction*, e il ragionamento di autori come Francisco Suarez e Alberico Gentili, nonostante la differenza dei rispettivi contesti. Egli sostiene che: "While the Court implied the right of third states either to make representation, or to make claims against, a state breaching obligations to the international community as a whole, primarily regarding human rights, the classical writers treated gross abuses of human rights as legitimate grounds for resorting to war – a component of the iust war (*bellum iustum*) doctrine – or, as modern international lawyers would put it, as a justification for humanitarian intervention".

Carl Schmitt individua una formulazione delle attuali giustificazioni per l'intervento umanitario nelle riflessioni di Francisco de Vitoria sulla conquista spagnola del continente americano⁶⁸. Il riferimento è ad una delle argomentazioni ipotetiche utilizzate dal teologo dominicano nel tentativo di costruire una teoria della *iusta causa belli*. Sarebbero eventualmente giustificati, secondo Vitoria, gli interventi condotti dagli Spagnoli nel nuovo mondo per la protezione degli indiani convertiti al cristianesimo che si trovino ingiustamente oppressi dai barbari nella loro terra. Annota Schmitt che alcuni dei motivi citati dal teologo spagnolo quali titoli giuridici per la guerra giusta "nell'uso linguistico moderno verrebbero fatti valere quali tipici 'interventi umanitari'"⁶⁹. Nonostante i punti di contatto, è più prudente tenere distinta la dottrina medievale della guerra giusta dalla dottrina moderna dell'intervento umanitario⁷⁰. Del resto, i tentativi fatti per incorporare la dottrina del *bellum iustum* nel diritto positivo sono stati vani, almeno fino ad oggi⁷¹. Recentemente, il Presidente degli Stati Uniti Bill Clinton si è riferito al *bellum iustum* proprio per qualificare l'intervento armato oggetto del presente studio, ma, dato il contesto, è plausibile che intendesse ottenere un effetto mediatico piuttosto che invocare un determinato istituto giuridico⁷².

La dottrina classica dell'intervento umanitario si collega diretta-

⁶⁸ SCHMITT, *Der Nomos der Erde, im Völkerrecht des Jus publicum Europaeum*, Berlin 1974, oggi in trad. it. di E. Castrucci, *Il Nomos della terra*, Milano 1991, (da cui citiamo) p. 116 ss.

⁶⁹ *Ibidem*. La dottrina nordamericana è particolarmente attenta agli studi dei primi giusnaturalisti cui attribuisce le prime formulazioni della dottrina dell'intervento umanitario. Si veda VINCENT, *Non Intervention*, cit., p. 10 e ss. e, da ultimo, KOFI ABIEW, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, The Hague 1999.

⁷⁰ La dottrina classica della "guerra giusta" riconosce nella guerra uno strumento di garanzia dell'ordine giuridico. La guerra è *executio iuris*, sanzione dell'illecito. È nota la formula del Grozio nel *De iure belli ac pacis*, II, 1, 4: "*Causa justa belli suscipiendi nulla esse alia potest nisi iniuria. Iniquitas partis adversae justa bella ingerit, inquit idem Augustinus, ubi iniquitatem dixit pro iniuria*". Si veda BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, p. 5 e ss. Alla guerra è stata assegnata anche la funzione di ricambio violento delle norme giuridiche (*ex iniuria ius oritur*). Si veda MIELE, *La comunità*, cit., Appendice "La dottrina della guerra giusta" p. 139 e ss. Il tema del *bellum iustum* è antico ma ancora vivo nel dibattito filosofico. Da Sant'Agostino e Tommaso d'Aquino a Kant, fino ai giorni nostri con le teorie leniniste e quella di Schmitt, pochi hanno resistito alla tentazione di costruire una dogmatica della guerra giusta.

⁷¹ Cfr. GORI, *Guerra*, in *Dizionario di politica*, Torino 1990, p. 476-481.

⁷² CLINTON, *My Just War*, *The New York Times*, 24 maggio 1999.

mente alle origini della politica di intervento ed ai principi illuministici della fine del XVIII secolo che sviluppano il diritto di resistenza medioevale in una teoria della rivoluzione⁷³. Così concepito, l'intervento umanitario è destinato a portare aiuto agli insorti contro un governo che comprime diritti individuali universalmente riconosciuti.

Serve da paradigma l'azione condotta dalla Francia in Siria nel 1860, qualificata anche dagli autori più ostili alla nozione di intervento umanitario l'unico "*possibly genuine example of altruistic action*"⁷⁴. In tale occasione la Francia intervenne, con l'aiuto dell'Inghilterra, dell'Austria, della Prussia e della Russia per proteggere la minoranza dei cristiani maroniti in Siria, minacciata di genocidio per motivi religiosi. La Francia esaltando l'ideale rivoluzionario della *fraternité*, affermò la liceità dell'intervento perché dettato da motivi di umanità. In linea con le istanze politico-filosofiche dell'epoca, l'Europa celebrava i diritti dell'Uomo come una sorta di *Gemeingut* di cui la comunità internazionale doveva ritenersi portatrice e gestore. Questo è il terreno su cui si costruirà il rispetto dei diritti dell'uomo come obbligazione *erga omnes*.

La dottrina contemporanea è quasi unanime nel riconoscere che l'intervento in Siria rappresenta un esempio positivo di intervento umanitario, solo poche voci dissidenti si alzano dal coro⁷⁵.

In realtà, l'allegazione di motivi umanitari da parte della coalizione di Stati intervenuti in Siria nel 1860 si aggiunge ad altre più tradizionali "cause di giustificazione", di primaria importanza, come il consenso del Sultano turco all'intervento⁷⁶. È stato inoltre osservato che i tumulti in Siria si erano sopiti già prima dell'intervento europeo.

⁷³ MIELE, *La comunità*, p. 36 ss. MANCINI, *L'ethos dell'Occidente*, Genova 1990, p. 48 ss.

⁷⁴ BROWNLIE, *International Law and the Use of Force*, cit., p. 338-340; ID., *Humanitarian*, cit., p. 220 e ss.; LILICH, *Humanitarian Intervention: A Reply to Dr. Brownlie and a Plea for Constructive Alternatives*, in MOORE, *Law and Civil*, cit., p. 231 e ss., MIELE, *La comunità*, cit., p. 36 ss.; POGANY, *Humanitarian Intervention in International Law: The French Intervention in Syria Re-Examined*, in *Int. Comp. Law Quarterly* 1986, p. 182. Si veda anche la dottrina dell'epoca MARTENS, *Traité de Droit International*, 1883, p. 398; ROUGIER, *La théorie*, cit., p. 504 ss.

⁷⁵ Tra gli autori che riconoscono che solo pochissimi casi, ad un esame attento, debbono qualificarsi come esempi genuini di intervento umanitario, e che l'intervento in Siria è tra questi si veda BEYERLIN, *Humanitarian Intervention*, in *Encyclopaedia of Public Int. Law* vol. III, p. 212; BROWNLIE, *op. ult. cit.*, p. 338-340; FRANCK/RODLEY, *After Bangladesh*, cit., p. 279-285; RONZITTI, *Rescuing*, cit., p. 89-93 con riferimenti bibliografici.

⁷⁶ GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 1984, p. 578, sottolinea che l'azio-

L'intervento in Siria rappresenta, assieme all'intervento per l'indipendenza greca⁷⁷, il preludio alle ripetute azioni delle potenze Europee nell'Impero Ottomano: a Creta nel 1866 e nel 1894, in Bosnia nel 1875, in Bulgaria nel 1877, in Armenia nel 1896, in Macedonia nel 1887 e nel 1905 e in Cina nel 1900. Tutti questi interventi sono motivati, nel linguaggio diplomatico dell'epoca, "*no less by sentiments of humanity, than by interest for the tranquillity of Europe*"⁷⁸. Si noti l'analogia di questo *statement* con il coevo messaggio indirizzato alla nazione americana dal Presidente Mc Kinley, il quale, in occasione dell'intervento nella rivoluzione cubana contro la Spagna affermava: "*in the name of humanity, in the name of civilization, in behalf of endangered American interest which gives us the right to speak or to act, the war in Cuba must stop*"⁷⁹. In sostanza, anche se dall'esame della prassi si evince che la ragione di umanità era diventata il *leitmotiv* delle dichiarazioni degli Stati autori di interventi armati, non devono essere sottovalutate le considerazioni di ordine strategico e politico che pure emergono⁸⁰.

Nella interpretazione della prassi ottocentesca, la dottrina contemporanea è divisa in due grandi correnti che portano avanti una *querelle* non priva di accenti polemici che giungono persino ad esprimere

ne era finalizzata alla riforma dell'amministrazione turca, ed era basata su un invito, fittizio, del Sultano. Poiché il consenso fu dato dal Sultano "*under pressure*" e dunque era di dubbia validità, si era reso necessario allegare altri titoli giuridici a fondamento dell'intervento. In questo senso MALANCZUK *Humanitarian, cit.*, nota 127. Cfr. anche FONTEYNE, *The customary, cit.*, p. 208 e ss.

⁷⁷ L'intervento condotto a favore dell'indipendenza greca segue al Trattato di Londra del 6 luglio 1827 in cui Francia, Gran Bretagna e Russia si accordano per un intervento collettivo per porre fine allo "spargimento di sangue" e alla "lotta sanguinaria" che dal 1821 sconvolgeva la Grecia. In esito all'intervento la Grecia acquista l'indipendenza con il Trattato di Adrianopoli del 1829, che conferma anche il protettorato russo sui principati rumeni e sulla Serbia. Successivamente, nel febbraio del 1832, le grandi potenze fanno incoronare re di Grecia Ottone di Baviera ponendo la regione sotto diretta tutela europea. DRAGO, *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Paris 1996, p. 20, assimila questo intervento a quello di Gerardo in Anversa del 1833, che mirava ad assicurare l'indipendenza del Belgio dall'Olanda, per meglio imporgli una neutralità su garanzia delle grandi potenze.

⁷⁸ Si veda il Trattato stipulato da Gran Bretagna, Francia e Russia per la pacificazione della Grecia, 6 luglio 1827.

⁷⁹ Cit. in MOORE, *Digest of International Law*, Washington 1906, VI, p. 211 ss.

⁸⁰ Come rileva GREWE, *Epochen, cit.*, p. 580, la ragione di umanità aveva all'epoca assorbito ogni altro motivo di intervento eccetto l'intervento basato sui Trattati e a titolo di *self-help*.

condanne morali⁸¹. Così, se una corrente sostiene che nel XIX secolo l'allegazione di motivi umanitari avesse come unico scopo quello di "mascherare" interventi a carattere spiccatamente politico, altra dottrina, ritiene che i motivi politici debbano considerarsi non antagonisti ma piuttosto complementari agli obiettivi umanitari.

In quest'ottica, la *quaestio* sulla liceità degli interventi umanitari si risolve nella problematica relativa alla possibilità, in concreto, che gli Stati agiscano per motivi eminentemente umanitari. Si sostiene, in altre parole, che l'imparzialità del soggetto autore dell'intervento sia una *condicio sine qua non* dell'intervento di umanità.

Nel sistema eurocentrico del XIX secolo, l'attuazione collettiva dell'intervento umanitario veniva percepita come garanzia di imparzialità. L'intervento collettivo lasciava presumere il c.d. *relative disinterest* degli Stati partecipanti all'operazione.

Una dottrina minoritaria ritiene che la dottrina ottocentesca dell'intervento umanitario, così concepita, sia sopravvissuta alla Carta delle Nazioni Unite. In questo senso è un rapporto del 1970 della Commissione sui diritti umani dell'International Law Association, che riconosce perentoriamente: "*the doctrine of humanitarian intervention appears to have been so clearly established under customary international law that only its limits and not its existence is subject to debate*"⁸².

⁸¹ Si veda ad esempio la disputa tra Richard Baxter Lillich e Ian Brownlie in MOORE, *Law and Civil*, cit., p. 217 ss. La *querelle* riprende le antitetiche correnti di pensiero sulla validità della dottrina dell'intervento umanitario nel diritto internazionale classico. È possibile registrare una certa riluttanza dei pubblicisti europei più altamente qualificati, quali Kelsen, Brierly, Skubiszewski e Friedmann, a fronte di un maggiore permissivismo della dottrina angloamericana maggioritaria, che si rifà soprattutto ad Oppenheim, Stowell e Moore. Cfr. KELSEN, *Principles of International Law*, edizione curata da Tucker 1967, p. 58-87; BRIERLY, *op. cit.*, p. 402; FRIEDMANN, *The changing*, cit.; SKUBISZEWSKI, *op. cit.*, p. 739-81; OPPENHEIM, *International Law*, 1905, MOORE, *Digest*, cit.; SCUPIN, *History of the Law of Nations, 1815 to World War I* in BERNHARDT, *Encyclopaedia of Public Int. Law*, vol. VII, p. 179, p. 182; STOWELL, *Intervention*, cit. Per una rassegna delle dottrine dell'epoca, che sostanzialmente anticipano le soluzioni attuali, si veda anche, ROUGIER, *La théorie*, cit., p. 504 ss.

⁸² The International Law Association, *Report of the Fifty-Fourth Conference London* (1972), p. 633. L'affermazione è spesso citata dalla dottrina. Cfr. KOFI ABIEW, *The Evolution*, p. 59; LILlich, *Intervention to Protect Human Rights*, in LILlich (a cura di) *Humanitarian Intervention*, cit., p. 210; MALANCZUK, *Humanitarian*, cit., p. 10; VERWEY, *Humanitarian Intervention*, cit., p. 376. Per la dottrina che riconosce l'intervento umanitario come diritto positivo cfr. LILlich, *Humanitarian Intervention: A Reply*, cit., p. 233; NANDA, *Tragedies in Northern Iraq, Liberia, Yugoslavia and Haiti - Revisiting the Validity of Huma-*

Tuttavia, i casi frequentemente citati come "interventi umanitari" per documentare la sopravvivenza dell'istituto danno adito a seri dubbi. Ancora una volta si deve sottolineare la prudenza degli Stati nell'allegazione di motivi umanitari ed il ricorso a cause di giustificazione ulteriori.

Tra i casi citati figurano, ad esempio, l'intervento nello Shaba zairese del 1978 e l'intervento statunitense a Grenada del 1983, interventi che si fondano *in primis* sul consenso dello Stato. Sebbene, in molti casi, la validità del consenso prestato possa essere messa in dubbio, il fatto che gli autori dell'intervento sentano il bisogno di allegare una causa di giustificazione ulteriore rispetto a quella umanitaria è indicativo. Molte azioni armate inoltre, sono finalizzate alla salvaguardia dei propri connazionali: è il caso dell'operazione belga in Congo del 1960 e dell'intervento americano nella Repubblica Dominicana del 1965.

Inoltre, nella maggior parte dei casi la durata e l'entità delle operazioni è stata notevolmente sproporzionata rispetto agli obiettivi umanitari da perseguire. L'intervento del Belgio in Congo (1960), degli Stati Uniti nella Repubblica Dominicana (1965) e a Grenada (1983), dell'India nel Pakistan orientale (1971), dell'Indonesia a Timor Est (1975), del Sudafrica in Angola (1975) e della Tanzania in Uganda (1979) rivelano scopi difficilmente compatibili con l'esigenza di protezione dei diritti umani. Del resto, anche gli interventi sicuramente motivati da considerazioni umanitarie (gli interventi in Uganda, in Pakistan orientale e nello Zaire ora citati) sono stati esaminati dalla dottrina maggioritaria con un certo scetticismo. Lo scetticismo di questa corrente della dottrina è alimentato, *in primis*, dalla storia della dottrina dell'intervento umanitario, che si è sviluppata durante un'epoca di egemonia occidentale su Stati infedeli o non civilizzati, come anche dagli abusi che frequentemente si sono verificati, dalla circostanza che l'intervento umanitario, se fosse legittimo, sarebbe uno strumento "*reserved for the most powerful States, and [that it] might easily lead to perverting the administration of international justice itself*"⁸³ e, soprat-

nitarian Intervention – Part I, *Denver Journal of Int. Law and Policy* 1992, p. 309-310; TESÓN, *Humanitarian Intervention: an Inquiry into Law and Morality*, 1988, p. 157. FONTEYNE, *The customary*, cit., p. 233, che ha influenzato notevolmente la dottrina nordamericana, sostiene: "While divergences certainly existed as to the circumstances in which resort could be had to the institution of humanitarian intervention, as well as to the manner in which such operations were to be conducted the principle itself was widely, if not unanimously accepted as an integral part of customary international law."

⁸³ Corte internazionale di giustizia, *Stretto di Corfù*, 9 aprile 1949, *ICJ Reports* 1949, 35.

tutto, dalla considerazione che il fattore umanitario da solo non ha mai spinto gli Stati ad intervenire⁸⁴.

5. La dottrina del diritto (o dovere) di ingerenza umanitaria

Il dibattito sugli interventi umanitari ha ripreso vigore alla fine degli anni '80 ed in particolare all'inizio della "nuova era delle Nazioni Unite", con la proclamazione della "nuova" teoria del *diritto o dovere d'ingerenza umanitaria*⁸⁵. La nozione di ingerenza umanitaria, nella formulazione elaborata negli anni '80, è nata dall'indignazione delle organizzazioni non governative che, proprio nei casi più drammatici⁸⁶, era-

⁸⁴ L'*opinio iuris* di alcuni Stati sembrava, fino ad oggi, in linea con questa interpretazione. Si vedano i seguenti documenti dei Ministeri degli affari esteri inglese e olandese. Cfr. UK Foreign Office Policy Document n. 148, *British Yearbook of Int. Law*, 1986, p. 614: "The overwhelming majority of contemporary legal opinion comes down against the existence of a right of humanitarian intervention, for three main reasons: first, the UN Charter and the corpus of modern international law do not seem to specifically incorporate such a right; secondly, State practice in the past two centuries, and especially since 1945, at best provides a handful of genuine cases of humanitarian intervention, and, on most assessments, none at all; and finally, on prudential grounds, that the scope for abusing such a right argues strongly against its creation... In essence, therefore, the case against making humanitarian intervention an exception to the principle of non-intervention is that its doubtful benefits would be heavily outweighed by its costs in terms of respect for international law." In questo senso è anche il già citato rapporto della Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken e della Adviescommissie Mensenrechten del 18 giugno 1992.

⁸⁵ Si attribuisce, a volte la paternità della formula a Eugène Ionesco: cfr. DAVID, *Droit ou devoir d'ingérence humanitaire?*, in *Journal des juristes démocrates*, n° 80, 1991, p. 1. Per il dibattito sul diritto di ingerenza si veda BETTATI/KOUCHNER, *Le devoir d'ingérence, peut-on les laisser mourir?*, cit., p. 1 ss. CORTEN/KLEIN, *Droit unilatéral d'ingérence ou obligation collective de réaction?*, Bruxelles 1992; ZORGBIBE, *Le droit d'ingérence*, Paris 1994; PERROT, *Dérives*, cit.; CASAVOLA, *È ormai superato il principio di non ingerenza negli stati sovrani*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, tomo III, 1992, p. 35; TRABOUCSI, *Ingérence humanitaire ou logique de demembrement: alerte en Iraq*, in *Le Monde Diplomatique*, n° 9, 1993, p. 22; CHEMILLER-GENDREAU, *Ingérence, charité et droit international*, cit., p. 4; LEYMARIE, *Du pacte colonial au choc des ingérences*, in *Le Monde Diplomatique*, n° 5, 1993, p. 14; SCHIAVONE, *Nazioni Unite e principio di ingerenza umanitaria*, in *Iustitia*, 1994, p. 46; WEYL/WEYL, *Sur le prétendu devoir d'ingérence*, in *Cahiers du communisme*, n° 2, 1992, p. 73.

⁸⁶ Si ricorda, ad esempio, l'espulsione dall'Etiopia dell'agenzia umanitaria francese *Médecins sans frontières*, (presieduta da B. Kouchner) nel 1985.

no costrette a sospendere le proprie missioni a causa del boicottaggio attuato sistematicamente dai governi territoriali con la chiusura delle frontiere. Questo stato di cose spinse alcuni rappresentanti di queste organizzazioni, *in primis*, Bernard Kouchner, a suggerire la possibilità di creare una nuova norma giuridica che consentisse di intervenire in uno Stato, senza il suo consenso, al solo fine di distribuire aiuti umanitari.

Il diritto di ingerenza umanitaria, così concepito, è fondato sul principio di sussidiarietà, altrimenti definito principio di c.d. competenza suppletiva⁸⁷. Si sosteneva infatti che qualora uno Stato non fosse in grado di organizzare aiuti umanitari sufficienti a garantire i diritti fondamentali della popolazione residente sul proprio territorio, le organizzazioni intergovernative e non governative avrebbero avuto il diritto/dovere di apprestare autonomamente i soccorsi. Questa nozione è stata successivamente ampliata, al fine di ricomprendere le c.d. "azioni umanitarie transfrontaliere", cioè la distribuzione di aiuti umanitari in determinate zone di uno Stato, contro la volontà di questo e con l'appoggio di contingenti militari stranieri⁸⁸.

Un esempio tipico sarebbe rappresentato, secondo questa dottrina, dalla creazione di corridoi umanitari nel Kurdistan nordiracheno, immediatamente dopo la Guerra del Golfo.

La dottrina del dovere di ingerenza, ha trovato, numerosi aderenti, soprattutto in ambiente politico-diplomatico. Su proposta dell'allora Segretario di Stato per l'azione umanitaria francese, Bernard Kouchner, il Presidente Mitterand ha promosso l'adozione di una risoluzione sulla materia in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Così, l'8 dicembre 1988 è stata adottata la risoluzione 43/131, intitolata: "*Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre*"⁸⁹.

Il titolo rivela già un compromesso, nato dalla impossibilità di trovare un accordo in seno alla terza commissione dell'Assemblea generale, incaricata di preparare il testo della risoluzione. La Francia, al contrario degli altri Stati partecipanti, desiderava includere, nell'ambito di

⁸⁷ WECKEL, *Le Chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de sécurité*, in *Annuaire français dr. int.*, 1991, p. 193.

⁸⁸ BETTATI/KOUCHNER, *op. cit.*, vedi anche BETTATI, *Un droit, cit.*, p. 639 e ss.

⁸⁹ UN Doc. A/RES/43/131 adottata per *consensus* l'8 dicembre 1988 durante la 75° seduta plenaria.

applicazione della convenzione le “catastrofi politiche”⁹⁰, ovvero le esigenze umanitarie originate da crisi politiche. La Francia perseguiva un duplice obiettivo: includere l’assistenza umanitaria nel campo d’azione dell’ONU, e dare, attraverso le Nazioni Unite, un crisma di legittimità all’azione delle c.d. ONG di seconda generazione, riconoscendo loro i medesimi diritti di accesso alle vittime e d’intervento che le Convenzioni di Ginevra del 1949 ed i Protocolli addizionali del 1977 attribuiscono al Comitato Internazionale della Croce Rossa.

Il testo della risoluzione 43/131 è stato definito “rivoluzionario” in quanto consacrerebbe il c.d. *principio di libero accesso alle vittime*. Secondo questa dottrina, tale principio sancisce il diritto, spettante alle organizzazioni intergovernative e non governative di distribuire aiuti umanitari all’interno di uno Stato, a prescindere dal suo consenso. L’obbligo di consentire l’accesso alle vittime peserebbe, *in primis*, sullo Stato nel cui territorio si è verificata la crisi umanitaria, e quindi, in via sussidiaria, sugli altri Stati della comunità internazionale⁹¹.

In realtà, il linguaggio utilizzato dalla risoluzione non lascia pensare al riconoscimento di un nuovo diritto o dovere, trattandosi, per lo più, di “inviti” e “preghiere” rivolti dall’Assemblea generale allo Stato sul cui territorio si è verificata una crisi umanitaria ed agli Stati limitrofi⁹².

⁹⁰ L’espressione è di Mario Bettati. Cfr. BETTATI, *Un droit*, cit. p. 654.

⁹¹ *Ibidem*. Il Bettati cita, a sostegno della sua tesi, il nono e decimo paragrafo del preambolo ed il quarto e sesto paragrafo del dispositivo della risoluzione 43/131: (L’Assemblée générale,) *Préoccupée par les difficultés que peuvent rencontrer les victimes de catastrophes naturelles et situations d’urgence du même ordre pour recevoir une assistance humanitaire, Convaincue que, dans la mise en oeuvre de l’assistance humanitaire, en particulier dans l’apport de nourriture, de médicaments ou de soins médicaux, pour lesquels l’accès aux victimes est indispensable, la rapidité permet d’éviter que le nombre de ces victimes ne s’accroisse tragiquement, [...] 4. Invite tous les Etats qui ont besoin d’une telle assistance à faciliter la mise en oeuvre par ces organisations de l’assistance humanitaire, notamment l’apport de nourriture, de médicaments et de soins médicaux, pour lesquels un accès aux victimes est indispensable; [...] 6. Prie instamment les Etats situés à proximité de zones victimes de catastrophes naturelles et situations d’urgence du même ordre, particulièrement dans le cas de régions difficiles d’accès, de participer étroitement aux efforts internationaux de coopération avec les pays touchés, en vue de faciliter, dans la mesure du possible, le transit de l’assistance humanitaire.*

⁹² In occasione del terremoto in Armenia del dicembre 1988, l’ingresso delle ONG nel territorio dell’Unione sovietica per distribuire aiuti umanitari è stato salutato come prima applicazione della risoluzione. L’importanza del “libero accesso alle zone sinistrate” è stata sottolineata da diversi organi delle Nazioni Unite, dalla stessa Unione Sovietica e dal Consiglio Mondiale dell’Alimentazione.

Il dibattito su questa nuova teoria francese è diventato subito acceso, arricchendosi di dichiarazioni ufficiali e di una seconda risoluzione dell'Assemblea Generale, la risoluzione 45/100 del 14 dicembre 1990, relativa ai c.d. "*couloirs d'urgence*"⁹³.

La risoluzione individua una metodologia di intervento, i "corridoi di emergenza", finalizzata a garantire il "diritto di accesso alle vittime" senza violare il principio di sovranità. Si promuove il riconoscimento di un "diritto di semplice transito" limitato, nel tempo, alla durata necessaria per i soccorsi, limitato anche nello spazio, al solo tragitto d'accesso alla zona colpita, e limitato anche nell'oggetto in quanto la sola funzione dei corridoi di emergenza è quella di incanalare cure, medicinali, materiale medico-chirurgico e cibo. A tal fine si prevedono alcune regole che dovrebbero presiedere all'apporto dell'assistenza umanitaria così concepita anche per garantire che venga distribuita con la necessaria deontologia.

L'Assemblea Generale adotta successivamente la risoluzione 46/182 del 19 dicembre 1991 che ha l'ambizioso obiettivo di rafforzare "il coordinamento dell'assistenza umanitaria d'urgenza dell'ONU" mediante la ricerca e la consacrazione di un nuovo "equilibrio, sapientemente negoziato, tra la sovranità nazionale e le attività di soccorso"⁹⁴. I principi direttivi della risoluzione sono richiamati al paragrafo 30 dell'Agenda per la pace: *ces principes soulignent notamment que l'aide humanitaire doit être fournie conformément aux principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité, que la souveraineté, l'intégrité territoriale et l'unité nationale des Etats doivent être pleinement respectées en conformité avec la Charte des Nations Unies et que, dans ce contexte, l'ai-*

⁹³ Cfr. UN Doc. A/RES/45/100. Numerose istituzioni presero posizione sulla dottrina del dovere di ingerenza. A tal proposito si ricorda la dichiarazione di apertura della sessione di Parigi della Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa del 30 maggio 1989; la risoluzione adottata dall'Istituto di Diritto Internazionale il 14 dicembre 1989 a San Giacomo di Compostela, su rapporto di Sperduti [si legga il testo in *Annuaire Institut dr. int.*, 1990, p. 344]; la dichiarazione di Lisbona dell'11 marzo 1990 dell'Interaction Council.

⁹⁴ Si veda BOUTROS-GHALI, *Agenda pour la paix, Diplomatie préventive, rétablissement de la paix et maintien de la paix*, Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la déclaration adoptée par la Réunion au sommet du Conseil de sécurité le 31 janvier 1992, UN Doc. S/24111 e A/47/277 del 17 giugno 1992, paragrafo 30. Vedine il testo in *ILM*, 1992, p. 956 e ss. La risoluzione 46/182, UN Doc. A/RES/46/182, istituisce il DAH (Dipartimento degli Affari umanitari dell'ONU) e prevede meccanismi di coordinamento tra le diverse agenzie del sistema delle Nazioni Unite.

*de humanitaire devrait être fournie avec le consentement du pays touché et, en principe, sur la base d'un appel de ce pays*⁹⁵.

L'Assemblea generale si è pronunciata sul dovere d'ingerenza non soltanto *in abstracto*, ma anche in relazione a specifici conflitti interni⁹⁶. In tali risoluzioni è stata sottolineata l'esistenza di un obbligo di assistenza gravante sullo Stato la cui popolazione si trova in stato di bisogno. Parimenti, l'Istituto di diritto internazionale, riconosce: *les Etats sur le territoire desquels de telles situations de détresse existent ne refuseront pas arbitrairement de pareilles offres de secours humanitaires*⁹⁷.

Purtroppo la comunità internazionale non dispone ancora di soluzioni efficaci per reagire alla violazione di tale obbligo di assistenza. I sostenitori della dottrina in esame, hanno ritenuto di poter ovviare all'assenza di strumenti giuridici per garantire efficacemente il rispetto dei diritti umani riconoscendo agli Stati un diritto di ingerenza. L'interpretazione di questa dottrina è nel senso di riconoscere un diritto di intervento, se pure in via sussidiaria, agli Stati appartenenti alla comunità internazionale che "non possono chiudere gli occhi" di fronte alle tragedie umanitarie"⁹⁸.

L'impatto politico (e mediatico) di questa dottrina è stato eclatante, ed è probabilmente vero che l'interventismo degli anni '90 è stato "preparato" dall'affermarsi di questa nuova ideologia. Tuttavia, sebbe-

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ L'Assemblea generale ha spesso caldeggiato interventi della comunità internazionale diretti a garantire la distribuzione di soccorsi umanitari. In relazione alla crisi somala, con risoluzione 43/206 del 20 dicembre 1988, UN Doc. A/RES/43/206, l'Assemblea sosteneva: "*en raison des destructions massives dans les provinces septentrionales de la Somalie, la communauté internationale se doit de réagir immédiatement par un programme de secours d'urgence assurant vivres, eau et logement*" e, successivamente, con la risoluzione 45/229 del 21 dicembre 1990, UN Doc. A/RES/45/229, riaffermava: "*la communauté internationale se doit de répondre pleinement aux demandes d'aide humanitaire d'urgence et d'assistance au relèvement de la Somalie*". Quando si è occupata della crisi liberiana, l'Assemblea con la risoluzione 45/232 del 21 dicembre 1990, UN Doc. A/RES/45/232, ha affermato che "*la communauté internationale se doit d'apporter d'urgence une aide au redressement économique et social du Libéria*". L'Assemblea ha anche condannato la violazione dell'obbligo di assistenza da parte dell'Iraq durante l'occupazione del Kuwait, con la risoluzione 45/170 del 18 dicembre 1990, UN Doc. A/RES/45/170: (L'Assemblée générale...) *condamne le refus par l'Iraq d'accepter l'offre du gouvernement koweïtien d'envoyer une aide humanitaire, en particulier des médicaments, au peuple koweïtien assujetti à l'occupant*.

⁹⁷ Risoluzione dell'Istituto di Diritto Internazionale del 14 dicembre 1989, art. 5, *Annuaire Institut dr. int.*, 1990, p. 344.

⁹⁸ KOUCHNER, *Le malheur des autres*, Paris, 1991, p. 12.

ne il concetto di “dovere di ingerenza” abbia conosciuto tanta popolarità non sembra che abbia contribuito a chiarire il dibattito giuridico sugli interventi umanitari⁹⁹: “*assistance, ingérence, intervention, la confusion est à son comble car l’ingérence, même à titre humanitaire, reste en principe condamnée par le droit international. La nouveauté est en grand partie le fait d’une ignorance surprenante des réalités juridiques. Le débat est devenu politique alors que le droit à l’assistance humanitaire en période de conflits armés est reconnu depuis 1949 par les 168 Etats parties aux Conventions de Genève*”¹⁰⁰.

6. Disciplina applicabile all'intervento. Cenni.

L'uso della forza armata, quand'anche per motivi squisitamente umanitari e pure se limitato nel tempo, rappresenta, in linea di principio, un uso della forza ai sensi dell'art. 2(4) della Carta ed è pertanto vietato, a meno che non si trovi una norma specifica che lo giustifichi. La norma contenuta all'articolo 2(4) è ritenuta una norma di *ius cogens*, che trascende la Carta legando tutti gli Stati della comunità internazionale¹⁰¹. Il divieto è assoluto ed è stato recentemente ribadito

⁹⁹ Lo stesso Bettati ha, più tardi, riconosciuto il “fallimento” della propria dottrina: “*Cet échec, je le condamne, et je reconnais que l’action humanitaire est devenue un substitut de la diplomatie qui donne bonne conscience aux responsables politiques*”. Intervista del quotidiano francese *Libération*: *L’ingérence n’est pas une arme néo-coloniale*, *Libération*, 3 janvier 1994, p. 15.

¹⁰⁰ TORRELLI, *De l’assistance à l’ingérence humanitaire*, in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 795, 1992, p. 239-240.

¹⁰¹ Sul concetto di *ius cogens* vedi oltre Kelsen, *Principles*, cit., p. 58-87; Frowein, *Jus Cogens* in Bernhardt, *Encyclopaedia of Public Int. Law* vol. VII, 1984, p. 328-9; cfr. anche Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, III ed., 1984, p. 328 e ss.; Hannikainen, *Peremptory Norms (ius cogens) in International Law*, Helsinki 1988; Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991 p. 342-345. Cfr. anche Simma/Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles*, in *Australian Yearbook of Int. Law*, 1992, p. 103 e ss. che dà conto della discussione sviluppatasi a seguito del Rapporto del Comitato sulla Formazione del Diritto Internazionale Consuetudinario, branca americana dell’International Law Association intitolato *The role of State Practice in the Formation of Customary and Jus Cogens of International Law*, del 19 gennaio 1989. Per una critica al concetto vedi Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, in *American Journal of Int. Law* 1983, p. 413.

dalla Corte Internazionale di giustizia¹⁰². Già nel 1976, l'opinione degli Stati Uniti era nel senso di considerare la norma *imperativa*: "*Today that clear and direct rule [prohibition of the threat or use of force] is universally recognized as a peremptory norm of international law binding on all and not subject to derogation by unilateral declaration or bilateral agreements*"¹⁰³.

Nel linguaggio della Convenzione di Vienna le c.d. *norme imperative del diritto internazionale generale* sono "*peremptory norms of general international law ... accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character*"¹⁰⁴. In giurisprudenza, il concetto di *ius cogens* non è stato espressamente riconosciuto anche se, secondo una dot-

¹⁰² Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*, ICJ Reports 1996, 34, 37-50.

¹⁰³ Affermazione del delegato statunitense al VI Comitato della A.G. del 22 novembre 1976. Cfr. McDOWELL, *Digest of the United States Practice in International Law*, 1976, 1977, p. 685; RONZITTI, *Use of Force, Jus Cogens and State Consent*, in CASSESE, (a cura di), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986, p. 147-166, p. 150. L'affermazione è coerente con quanto affermato dalla delegazione statunitense in sede di *travaux préparatoires* dell'art. 2(4) della Carta ONU, *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, op. cit., p. 655: "*Les intentions des auteurs du texte original étaient de déclarer dans les termes les plus généraux, une interdiction absolue et sans restrictions*". In seno alla Conferenza di Vienna sul diritto dei trattati, numerose furono le delegazioni che citarono come esempio di norma imperativa la norma che vieta la minaccia e l'uso della forza. Si veda RONZITTI, op. ult. cit. p. 149. Considerazioni simili sono state portate dai rappresentanti degli Stati al VI Comitato della A.G. al momento della discussione dell'art. 29 del Progetto sulla responsabilità degli Stati. Si vedano le dichiarazioni ufficiali del delegato cipriota all'Assemblea Generale, U.N. Doc. A/C6/34 SR 44, p. 14, e del delegato egiziano, U.N. Doc. A/C6/34 SR 51, p. 6. Si veda anche la dichiarazione del Giappone in seno al Consiglio di sicurezza in occasione dell'atto di forza dell'Argentina per la questione delle isole Falkland/Malvinas U.N. Doc. S/PV 2350 3 aprile 1982, p. 27.

¹⁰⁴ Art. 53 Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei Trattati, in vigore dal 27 gennaio 1980, ratificata dall'Italia con L. 12.2.1974 n. 112. CONFORTI, *Diritto op. cit.* p. 181 e ss., osserva che l'articolo non è un esempio di *clare loqui* dal momento che non fa che ripetere il medesimo concetto e, soprattutto, poiché non contiene alcuna indicazione, neppure esemplificativa, sui contenuti delle norme di diritto cogente. *Contra* RONZITTI, *La disciplina dello jus cogens nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, in *Comunicazioni e Studi*, 1978, p. 251, secondo cui la definizione non è affatto tautologica. Si veda anche AGO, *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne. Introduction*, in *Recueil des cours*, 1971, III, p. 323.

trina, la Corte internazionale di giustizia potrebbe aver implicitamente ammesso la sua esistenza nel caso della *Barcelona Traction*.

Com'è noto, non c'è unanimità in dottrina riguardo al criterio di identificazione delle norme imperative¹⁰⁵. Ciononostante, nelle ricorrenti esemplificazioni portate dalla dottrina riguardo alle norme consuetudinarie che hanno assunto carattere cogente, spicca il principio che impone agli Stati di astenersi dalla minaccia o dall'uso della forza salva l'autotutela individuale o collettiva nei limiti della "risposta ad un attacco armato" *ex art. 51*.

Il punto di vista prevalente ritiene tuttora che la Carta abbia sancito all'articolo 2(4) una regola onnicomprensiva sulla proibizione dell'uso della forza, riconosciuta poi, dalla comunità internazionale nel suo insieme, come regola di *ius cogens*¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Si ricorda, a questo proposito, la tesi di CONFORTI, *Diritto*, cit. p. 181 e ss., secondo cui "il criterio di riferimento che possa dare carattere di omogeneità al gruppo di norme appartenenti allo *jus cogens* [...] va individuato facendosi leva sull'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite [...] Orbene, a proposito dell'art. 103 occorre tener conto di un dato incontrovertibile della prassi internazionale, un dato che si è andato sviluppando dal secondo dopoguerra ad oggi e che precisamente consiste nel fatto che gli Stati, [...] mai hanno posto in dubbio l'intangibilità e la superiorità dei principi contenuti nella Carta medesima. Il rispetto dei principi della Carta è considerato ormai come una delle regole fondamentali della vita di relazione internazionale ed in tal senso forma oggetto di solenni dichiarazioni statali. Non vi è poi trattato istitutivo di ente internazionale che non ne faccia menzione [...] La riprova dell'esistenza di siffatta consuetudine, che attribuisce quindi carattere cogente ai principi della Carta, è del resto fornita dall'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati che, nel codificare la regola per cui le norme successive abrogano le anteriori, fa espressa riserva dell'art. 103". Nell'individuare *in concreto* le norme della Carta dalle quali discendono veri e propri obblighi di diritto cogente per gli Stati, l'autore cita gli articoli 2(4); 56; 1(3) e 55; 1(2) che sanciscono, rispettivamente il principio che impone agli Stati di astenersi dalla minaccia o uso della forza nei rapporti internazionali salva l'autotutela individuale e collettiva limitata al caso di risposta ad un attacco armato *ex art. 51*; il principio che impegna gli Stati a collaborare in campo economico e sociale e, più specificamente, vieta quei comportamenti che possono compromettere irrimediabilmente l'economia di altri paesi; il principio del rispetto della dignità umana; ed infine il principio di autodeterminazione dei popoli.

¹⁰⁶ Vedi SEIDL-HOENVELDERN, *Völkerrecht*, cit., p. 79, VERDROSS, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, in *American Journal of Int. Law*, 1966, p. 5 ss.; BROWNIE, *Principles of Public International Law*, 1979, p. 513; BENNOUNA, *Le consentement*, cit., p. 77 ss.; CONFORTI, *Diritto*, cit., p. 182-184 ed i riferimenti bibliografici ivi citati. *Contra* PICONE, *La «guerra del Kosovo»*, cit., 324 ss., che indica che l'interpretazione secondo la quale la norma dell'art. 2 § 4 avrebbe carattere cogente "non

Paradossalmente, neppure gli Stati partecipanti all'operazione *Determined Force* della NATO hanno messo in dubbio, almeno verbalmente, la solidità della norma sul divieto dell'uso della forza, cercando piuttosto di allegare cause di giustificazione di rilevanza giuridica o anche solo di natura politica e morale. Si deve quindi registrare l'esistenza di una discrasia tra la *communis opinio* appena illustrata, che si atteggia ad *opinio iuris* consolidata anche alla luce della riluttanza dei governi ad ammettere una violazione ingiustificata della norma, ed il comportamento "bellicoso" di molti Stati.

Questo contrasto assume particolare rilievo nel sistema del nuovo mondo "monopolare" che deve ancora trovare un assetto equilibrato. Da tempo sono emerse "tendenze riaggregatrici" nella comunità internazionale, che spingono gli Stati a considerare alcuni principi patrimonio comune, *Gemeingut*, della comunità internazionale. La tutela di tali valori si pone spesso in antinomia con le regole di Westfalia e, in particolare, con la pietra angolare di quel sistema: il principio di non intervento.

7. La dottrina del non intervento e l'intervento umanitario: eccezione che conferma la regola?

La regola del non intervento nasce come naturale corollario del principio di Sovranità dello Stato, come teorizzato da Machiavelli e Bodin, che hanno saputo cogliere per primi il tratto caratteristico del concetto di Sovranità: la sua totale autonomia¹⁰⁷.

Il principio del non intervento è centrale nel sistema di diritto internazionale che sorge dalle ceneri della *respublica christiana* e si cri-

ha mai trovato il consenso dell'intera dottrina, e, soprattutto, è stata frequentemente disattesa dagli Stati in vari e noti episodi di ricorso «autonomo» alla forza".

¹⁰⁷ Nei *Six livres de la République*, apparsi a Parigi nel 1576, Bodin scrive: "*La République est un droit gouvernement de plusieurs mesnages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine*" e, successivamente, nel *De la République* (Paris 1583), definisce la Sovranità come "*la puissance absolue et perpétuelle d'une République*". Perpetua nel senso che dura "*pour la vie de celui qui a la puissance*"; assoluta, perché sciolta da ogni vincolo che la condizioni. Un concetto di Sovranità che Maritain ha giudicato teologico, ed arrogante nell'applicazione politica. Sostiene SCHMITT, *Ex captivitate salus*, Milano 1987, p. 68, che "il concetto decisivo dello *ius publicum Europaeum*, lo Stato sovrano in politica interna e in politica estera, viene da Bodin enucleato con sicurezza e avrà dopo di lui incomparabile fortuna. Egli è uno dei maieuti dello Stato moderno". Si veda MANCINI, *op. cit.*, p. 430 ss.

stallizza nei trattati di Münster e Osnabrück del 1648. Le origini del principio, la cui nozione si è delineata nel periodo compreso tra il XVI e il XIX secolo, si trovano nelle elaborazioni del giusnaturalismo europeo. Nei testi classici si ritrova, *in nuce*, quella antinomia del sistema che ancora oggi impone una difficile scelta tra la solidarietà umana e la sovranità degli Stati.

Accanto al divieto generalizzato di intervenire negli affari interni degli Stati sovrani, si ammetteva un diritto di intervento "religioso" per proteggere la cristianità, basato sul diritto naturale, preconizzando così i temi del dibattito attuale¹⁰⁸. Ancora nel 1883 Martens riteneva legittimo l'intervento da parte di Stati "civilizzati", ma solo nei confronti di Stati "non civilizzati", e, in particolare, qualora la popolazione cristiana si trovasse esposta a persecuzioni o massacri. Il diritto di intervento veniva fondato su considerazioni umanitarie ed interessi religiosi comuni¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Il principio del non intervento, corollario dei principi di Sovranità e Uguaglianza, trova la prima esplicita enunciazione nelle opere di Christian Wolff, fedele continuatore ed interprete della dottrina di Grozio, e di Emmerich de Vattel, anche se nessuno dei due autori utilizza il termine nel senso tecnico in cui sarà utilizzato nei lavori dei pubblicisti del XIX secolo. Il Wolff concepisce la comunità degli Stati come una *civitas gentium maxima*, una società nata dal consenso tra tutti i popoli che impone loro di osservare certe regole di condotta che risultano da una legge di natura e da un diritto volontario. Nonostante l'affermazione del principio del non intervento, il Wolff lascia intendere che nella *civitas maxima*, la comunità degli Stati nel suo insieme ha il diritto di esercitare una pressione coercitiva sulle nazioni *uti singulae* qualora queste non intendano rispettare le proprie obbligazioni. Questa tesi è interpretata come una prima formulazione della dottrina dell'intervento umanitario perché teorizza la possibilità di sacrificare la libertà degli Stati per l'attuazione del diritto. Il Vattel, formula compiutamente il principio del non intervento, argomentando che discende dalla libertà e indipendenza delle Nazioni il diritto di queste a governarsi come ciascuna ritiene opportuno e, parallelamente, l'assoluto dovere di non interferire negli affari altrui. Anche il Vattel ammette un'importante eccezione alla regola: l'intervento a favore della giusta parte in una guerra civile. La dottrina cita spesso anche il *De Iure Belli ac Pacis* di Grozio (1624), come "*first authoritative statement of the principle of humanitarian intervention – the principle that the exclusiveness of domestic jurisdiction stops when outrage upon humanity begins*". Cfr. MALANCZUK, *Humanitarian*, cit., p. 7, Il passo più citato a sostegno di questa tesi è quello dei Prolegomena, ove Grozio afferma che nel caso in cui i governanti praticino atrocità tali da non poter essere approvate da nessun uomo sorge il diritto di connessione sociale umana, inteso come diritto di intervento a difesa della religione cristiana.

¹⁰⁹ DE MARTENS, *Traité de droit international*, 1883, p. 398. Vedi anche FONTEYNE, *Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights: Recent Views from the United Nations* in LILICH, *Humanitarian Intervention*, cit., p. 219. Sul principio di Sovranità in re-

La figura dell'intervento inizia a delinearsi con tratti autonomi alla fine del XVIII secolo, quando si distingue da altri fenomeni ai quali sembrava, fino ad allora, associata: il fenomeno bellico e quello coloniale¹¹⁰. In seguito alla rivoluzione francese l'intervento acquisisce una funzione propria: ingerenza degli Stati europei nei confronti della Francia rivoluzionaria e delle altre rivoluzioni nazionali e, di converso, interferenze della borghesia per la sua affermazione in Europa¹¹¹.

A partire dal 1815 le monarchie austriaca, russa e prussiana cercano di stabilire un principio di intervento militare sulla base della Santa Alleanza per la conservazione del potere monarchico. A questa dottrina si è però opposta la ferma reazione della Gran Bretagna, contro la codificazione del principio di intervento nel diritto internazionale¹¹².

L'atteggiamento del Ministro degli esteri britannico Lord Castlereagh è eloquente in proposito. Il Ministro espresse aspre critiche alla nuova teoria, riaffermando il principio di non ingerenza e il c.d. diritto alla libera gestione, diritto prodromico all'odierno principio di autodeterminazione. Contemporaneamente ammetteva il diritto di uno o più Stati ad intervenire quando la loro immediata sicurezza o i loro interessi essenziali fossero seriamente messi in pericolo. In tale ottica, l'intervento veniva costruito come "un'eccezione che può giustificarsi solo con le circostanze dei casi particolari" e che non può assurgere a regola ed essere incorporata "nella ordinaria diplomazia degli stati o nei principi di diritto internazionale"¹¹³.

La protesta inglese, assieme al messaggio del Presidente Monroe, di poco successivo (2 dicembre 1823), portano a ritenere che, nell'ordine giuridico internazionale del XIX secolo le sole eccezioni alla regola del

lazione all'intervento vedi DRAGO, *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Paris 1996; RUYSSSEN, *Les sources doctrinales de l'internationalisme*, Paris 1961.

¹¹⁰ Si parla di "duty to interfere" da parte degli Stati Europei occupati ad organizzare missioni per convertire e civilizzare i territori del nuovo mondo. Il ricorso alla forza è considerato appannaggio degli "Stati civilizzati", titolari, *ipso facto*, di un diritto di polizia e di controllo sui metodi di governo degli Stati "barbari" o "semi-civilizzati". Cfr. ROUGIER, *La théorie*, cit., p. 469-470.

¹¹¹ Si veda PAONE, *op. cit.*, p. 521.

¹¹² In questo senso ROUGIER, *Les guerres*, cit., p. 358 ss.; MIELE, *La comunità*, cit., p. 32 ss. MOWATT, cit., p. 58. Anche la Francia espresse numerose riserve alla codificazione del principio di intervento.

¹¹³ Dispaccio inviato dal Ministro degli esteri inglese alle Potenze alleate nel 1820 in occasione della crisi spagnola. Si veda il testo in ANCHIERI, *La diplomazia*, cit., p. 28 ss. Per un commento MIELE, *op. ult. cit.*, p. 32.

non intervento universalmente riconosciute fossero rappresentate dal diritto di intervento basato sui Trattati e sui principi di *self-help* e *self-preservation*¹¹⁴. Si sosteneva infatti, che il principio di non intervento non potesse essere inteso in senso assoluto argomentando che non era concepibile privare un alleato del diritto di chiedere ed ottenere un aiuto esterno nella difesa del proprio potere di governo da aggressioni¹¹⁵.

8. Il principio di non intervento nel diritto delle Nazioni Unite

La Carta delle Nazioni Unite riconosce il principio del non intervento all'art. 2(7): "Nessuna disposizione del presente Statuto autorizza le Nazioni Unite a intervenire in questioni che appartengono essenzialmente alla competenza interna di uno Stato, né obbliga i Membri a sottoporre tali questioni ad una procedura di regolamento in applicazione del presente Statuto; questo principio non pregiudica però l'applicazione delle misure di coercizione previste al Capitolo VII"¹¹⁶. Così enunciato il principio non costituisce un ostacolo alla liceità dell'intervento umanitario per due ordini di ragioni.

Il divieto di intervenire, contenuto nella norma si riferisce alla sola Organizzazione internazionale, e non agli Stati membri. In secondo luogo

¹¹⁴ Sul significato del concetto di *self-help* vedi BRYDE, *Self-Help*, in BERNHARDT, in *Encyclopaedia of Public Int. Law*, vol. IV, 1982, p. 215. Sul significato di *self-preservation* vedi PARTSCH, *Self-Preservation*, *ibidem*, p. 217. Sulla disputa concernente la distinzione tra *self-defense* e altre forme di *self-help* nel diritto internazionale moderno vedi MALANCZUK, *Countermeasures and Self-Defense as Circumstances Precluding Wrongfulness in the International Law Commission's Drafts Articles on State Responsibility*, in SIMMA/SPINEDI, *United Nations Codification of State Responsibility*, 1987, p. 257-259 e 272-273.

¹¹⁵ Si segnala la tesi di GRADO, *Guerre civili*, *cit.*, p. 10 ss., che ritiene che: "il principio di non intervento [vada] interpretato unicamente come divieto di prestare assistenza al movimento ribelle". La prassi citata a conferma di tale tesi riguarda gli interventi austriaci in aiuto al Regno delle Due Sicilie, nel 1820, ed al Re di Sardegna nel 1821, l'assistenza francese al Re di Spagna nel 1823, l'aiuto inglese al Portogallo nel 1826, il sostegno della Francia in occasione della guerra di indipendenza americana e l'intervento russo in Ungheria del 1848-49.

¹¹⁶ La formulazione dell'art. 2(7) è stata oggetto, nell'ambito dei lavori della Conferenza di San Francisco di un difficile negoziato. Cfr. GARGIULO, *Nazioni Unite e diritti umani: il ruolo del Consiglio di sicurezza*, relazione per il Convegno "Nazioni Unite e diritti dell'uomo a trent'anni dall'adozione dei Patti", Università degli Studi di Teramo, 22 marzo 1996, pubblicato in *La comunità internazionale*, vol. II, 1996, p. 220.

la norma, facendo comunque salva l'applicazione del capitolo VII della Carta, rende possibile un intervento negli affari interni di uno Stato membro qualora il Consiglio di sicurezza agisca *ex art.* 39 e seguenti.

Altro aspetto, che la dottrina più favorevole al superamento della norma non manca di mettere in luce, riguarda la relazione esistente tra diritti umani e dominio riservato. Gli Stati sono ormai vincolati al riconoscimento ed alla promozione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come diritti universali, vista la consacrazione che hanno ricevuto nella Carta delle Nazioni Unite¹¹⁷, nella Dichiarazione del 1948 e nei numerosi Trattati internazionali e regionali che li hanno ad oggetto¹¹⁸. Se una materia cessa di essere di giurisdizione domestica quando è regolata da un Trattato, i diritti umani fondamentali non possono essere più considerati, oggi, come materia appartenente al dominio esclusivo di uno Stato.

Esistono, tuttavia, numerose dichiarazioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che ribadiscono il principio del non intervento inteso in senso generale e assoluto. Ognuno dei diversi interventi effettuati dagli Stati dal secondo dopoguerra ad oggi ha provocato, in seno alle Nazioni Unite, accese discussioni e l'Assemblea Generale ha costantemente ribadito il suo attaccamento all'obbligo di non intervenire. Di particolare importanza è la risoluzione adottata il 24 ottobre 1970, in occasione del venticinquesimo anniversario delle Nazioni Unite, intitolata "Dichiarazione relativa ai principi di diritto internazionale riguardanti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra Stati conformemente alla Carta"¹¹⁹. Questa risoluzione collega l'importanza del principio di non ingerenza alla fine del colonialismo, alla necessità di salvaguardare l'uguaglianza tra tutti gli Stati del mondo e di favorire l'autodeterminazione dei popoli.

Su questo tema molte sono state le risoluzioni adottate dall'Assemblea Generale, tra le quali si ricordano la risoluzione 2131(XX) del 21 dicembre 1965, intitolata "Dichiarazione sulla inammissibilità dell'intervento negli affari interni degli Stati e la protezione della loro indipendenza e della loro sovranità", la risoluzione 3191 del 14 dicembre 1976 denunciante l'intervento indiretto e la risoluzione 36/103 del

¹¹⁷ Si veda il preambolo e gli artt. 1, 3, 55 e 56.

¹¹⁸ Si vedano, ad esempio, le disposizioni contenute nell'Atto Finale di Helsinki e nella IV Convenzione di Lomè stipulata dalla Unione Europea ed i paesi ACP.

¹¹⁹ Risoluzione 2625 (XXV) del 24 ottobre 1970.

1981 che ha incontrato l'ostilità della maggior parte degli Stati occidentali perché condanna le alleanze militari e rigetta qualsiasi possibilità di protesta contro gli attentati ai diritti dell'uomo e alla libertà di informazione.

C'è dunque un *gap* molto ampio, se non una radicale incompatibilità tra l'interpretazione del principio del non intervento data ufficialmente dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, interpretazione che privilegia l'assolutezza della Sovranità degli Stati, e la valenza che la maggior parte degli Stati occidentali attribuisce al principio, nel desiderio di imporre dei limiti alla Sovranità e far ammettere l'esistenza di qualche eccezione al *divieto dell'uso della forza*, eccezioni classiche interpretate in maniera nuova, come l'intervento umanitario, ribattezzato in vario modo: diritto d'ingerenza, diritto di assistenza umanitaria, azione di polizia per ragioni umanitarie *et cetera*.

9. Sfera di applicazione del principio di non intervento, sua evoluzione in rapporto allo sviluppo dei diritti umani

La sfera di applicazione del principio di non ingerenza nel diritto internazionale del secondo dopoguerra è di difficile determinazione. Riprendendo quanto si è accennato all'inizio della nostra analisi, si segnala che una corrente della dottrina ritiene che l'affermarsi di altre norme giuridiche abbia notevolmente ridotto, se non esaurito *in toto*, le possibili applicazioni del principio¹²⁰. Sembra che il principio, che è ancora utilizzato dalla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia¹²¹ ed è spesso ribadito dagli Stati, non costituisca più il principale ostacolo alla legittimità degli *interventi umanitari*, per due ordini di ragioni: l'evoluzione, in senso restrittivo, subita dal contenuto del dominio riservato nell'ultimo quarto di secolo ha avuto come effetto la diminuzione delle fattispecie di *ingerenza* così come il riconoscimento del *divieto della minaccia o uso della forza* come norma consuetudinaria a carattere cogente ha assorbito le fattispecie vietate dal principio di non intervento¹²².

È evidente che il sensibile aumento del *corpus* di norme di *hard* e

¹²⁰ CONFORTI, *Diritto*, cit., p. 218.

¹²¹ Corte internazionale di giustizia, *Attività Militari e Paramilitari contro il Nicaragua*, 27 giugno 1986, ICJ Reports 14, 205.

¹²² Contra PICONE, «La guerra del Kosovo», cit., p. 324 ss. cfr. *supra* nota 106.

di *soft law* relative ai diritti umani verificatosi nell'ultimo secolo abbia provocato una progressiva erosione delle fattispecie vietate dal principio di non intervento.

Tra i documenti fondamentali si ricordano, oltre la stessa Carta, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 4 novembre 1950 e relativi Protocolli, i due Patti delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali e sui diritti civili e politici del 1966, e l'Atto Finale di Helsinki del 1975. Esistono tuttavia altri strumenti giuridici rilevanti in materia. Una lista dovrebbe esordire con l'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945 sulla punizione dei crimini contro l'umanità, crimini contro la pace e crimini di guerra in senso stretto, e dovrebbe includere la Convenzione sul genocidio, le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, lo Statuto sociale europeo del 18 ottobre 1961, la Convenzione sullo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951 con il Protocollo Addizionale del 31 gennaio 1967, la Convenzione sullo *status* degli apolidi del 30 agosto 1961, la Convenzione sull'abolizione della schiavitù del 25 settembre 1952 (emendata dal Protocollo del 7 dicembre 1953), la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio degli schiavi e delle istituzioni e pratiche simili alla schiavitù del 7 settembre 1956 e tra le Dichiarazioni dell'Assemblea generale vanno annoverate la Dichiarazione sui diritti del bambino¹²³ e la Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1963 *etc.*¹²⁴.

Numerose sono le iniziative di organizzazioni regionali (OAS, OAU, Lega Araba) tra le quali spicca la Dichiarazione universale di Algeri sui diritti dei popoli, del 4 luglio 1976. Nel corso degli anni '90, fondamentale è stato l'impulso dell'OSCE, soprattutto per l'esito delle tre riunioni della Conferenza sulla dimensione umana che si sono svolte, rispettivamente, a Parigi nel giugno 1989, a Copenhagen nel giugno 1990 ed a Mosca nel 1991. Il rispetto dei diritti umani, definito uno dei fondamenti dell'ordine internazionale, rappresenta il primo obiettivo per l'organizzazione, in vista dell'instaurazione di un "ordine pubblico europeo"¹²⁵.

¹²³ Risoluzione 1386 (XIV) del 1959.

¹²⁴ Risoluzione 1904 (XVIII) precedente la Convenzione del 21 dicembre 1965.

¹²⁵ CSCE, Documento conclusivo della riunione di Mosca, in *ILM*, 1990, 1305

Questo *corpus* di regole di diritto umanitario lega la quasi totalità degli Stati, ed è, *ipso facto*, indice di una *opinio iuris* che considera intollerabile la violazione dei diritti dell'uomo e, di conseguenza, invoca una reazione della comunità internazionale per garantirne l'attuazione¹²⁶.

Di diverso avviso sono un certo numero di commentatori secondo i quali le norme contenute allo Statuto delle Nazioni Unite, essenzialmente gli articoli 1.3; 13.1(b); 55-56; 62.2; 68 e 76 ed il secondo sottoparagrafo del preambolo, sono soltanto affermazioni *de lege ferenda*, che non creano alcun tipo di obbligo internazionale¹²⁷.

Il contrasto tra le due tesi riproduce l'opposizione esistente alla Conferenza di San Francisco, tra le quattro potenze, che propendevano per l'assegnazione di un ruolo di garanzia all'Organizzazione, e i piccoli Stati che, temendo ingerenze, vollero escludere tale ruolo. Le dichiarazioni del Sottocomitato 1/1A, relative alla definizione degli scopi dell'Organizzazione e largamente ispirati dall'opinione delle Po-

¹²⁶ Secondo un orientamento minoritario i Trattati che disciplinano i diritti dell'uomo hanno istituito *self-contained regimes*, che escludono il diritto di ricorrere ai rimedi di diritto internazionale generale, (come l'adozione di contromisure) ed impongono di reagire agli illeciti mediante il ricorso alle specifiche procedure previste dai Trattati. È agevole constatare, infatti, che la maggior parte dei Trattati internazionali sui diritti umani contiene norme che prevedono meccanismi specifici di attuazione, disciplinando organi e procedure *ad hoc* per la protezione dei diritti dell'uomo. Così l'articolo 19 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo prevede l'istituzione di una Commissione europea dei Diritti dell'Uomo ed una Corte europea dei Diritti dell'Uomo, e gli articoli seguenti ne regolano il funzionamento. Altre *implementation measures* sono contenute allo Statuto sociale europeo (artt. 21-29), alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (artt. 8-16), e ai Patti sui diritti dell'uomo del 1966 (artt. 16-23 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali e artt. 28-45 del Patto sui diritti civili e politici). Si possono inoltre ricordare le procedure previste agli articoli 22-34 dello Statuto dell'ILO ed all'articolo VIII dello Statuto dell'UNESCO. Per una rassegna ed un'analisi di questa dottrina cfr. SIMMA, *Self-contained Regimes*, in *Netherlands Yearbook of Int. Law*, 1985, p. 12; MALANCZUK, *Humanitarian*, cit., p. 13. Dubbi relativamente alla nozione di *self-contained regimes* sono stati avanzati da ARANGIO-RUIZ, *Fourth Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/444/Add.2, 1 giugno 1992, secondo cui: "*in conclusion, none of the hypotheses of a self-contained regime seems to materialize in concreto. Furthermore, the analysis of those hypotheses leads us to formulate the most serious doubts with regard to the very admissibility in abstracto of the concept of self-contained regimes as 'subsystem' of the law of State responsibility such as those created by the law of human rights, the law of diplomatic relations, the law of tariffs and trade or the law of the EEC*".

¹²⁷ Si veda DROST, *Human Rights as Legal Rights*, Leiden, 1951, p. 28-31. Per la dottrina più recente cfr. FRANCK/RODLEY, *After Bangladesh*, cit., p. 300.

tenze, confermano la tesi secondo la quale il rispetto dei diritti umani vincola ogni Stato¹²⁸.

La tesi contraria argomenta che l'inciso mirante ad obbligare gli Stati alla "protezione dei dritti dell'uomo" non è stato adottato, essendo prevalso l'emendamento che usa l'espressione più astratta ed indeterminata di "promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo"¹²⁹. Tale dottrina, oltre il riferimento alle citate argomentazioni testuali, si fonda sulla constatazione della "parzialità" e dell'assenza di continuità nelle reazioni dell'ONU alle violazioni di diritti umani. Si afferma che le iniziative intraprese dall'ONU in Namibia, Sudafrica e Rhodesia, essendo casi isolati, non siano costitutive di prassi.

Le operazioni che hanno avuto luogo negli anni '90 in tutto il mondo, Medio Oriente, Africa subsahariana, America latina, Europa, sono anch'esse ritenute casi eccezionali. Nell'ultimo anno, poi, si è puntato il dito da più parti contro il doppio *standard* di valutazione delle crisi interne da parte dell'Organizzazione, o meglio, del Consiglio di sicurezza, che dopo una sostanziale "ratifica" dell'intervento in Kosovo e dopo le iniziative intraprese a Timor Est è rimasta inerte di fronte alla gravissima crisi umanitaria che ha mortificato la popolazione della Cecenia¹³⁰.

Nonostante queste osservazioni e nonostante l'assenza di una *direct executive authority* tra gli organi delle Nazioni Unite nel campo dei diritti umani, si deve evidenziare che la prassi delle Nazioni Unite è nel senso di ritenere la trasgressione della norma sul rispetto dei diritti umani come una violazione dello Statuto, e dello stesso diritto internazionale. La mancata reazione dell'ONU in alcuni casi di violazione dei diritti umani non mette in discussione la validità delle norme statutarie, si tratta semplicemente di una parziale *applicazione* delle norme statutarie a cui non corrisponde una parziale *validità* delle norme stesse¹³¹.

¹²⁸ *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, London/New York 1945, vol. VI, p. 339; UN Doc. 1/1/A/15, pp. 706-16: "The Sub-Committee held that assuring or protecting such fundamental rights is primarily the concern of each State. If however, such rights and freedoms were grievously outraged so as to create conditions which threaten peace or obstruct the application of provision of the Charter then they cease to be the sole concern of each State".

¹²⁹ GARGIULO, *op. cit.*, p. 217-228.

¹³⁰ Cfr. LE BOUCHER, *Le droit d'ingérence s'arrête aux frontières des puissants*, *Le Monde*, 1 gennaio 2000, p. 2, che riporta anche la domanda retorica posta dal Presidente algerino, Abdelaziz Bouteflika, all'Assemblea Generale dell'ONU nella seduta del 20 settembre 1999: "L'ingérence est-elle légitime pour les seuls Etats faibles?".

¹³¹ ARANGIO-RUIZ, *Human rights*, *cit.*, p. 237, sostiene che: "whether explicitly or by

La Corte ha accolto questo orientamento in due celebri pronunce. Già nel 1970, nel contesto della sentenza *Barcelona Traction*, la Corte aveva evidenziato la natura *erga omnes* dell'obbligo del rispetto delle norme che proteggono alcuni *basic rights of human person*, come la protezione dalla schiavitù e dalla discriminazione razziale: *All States can be held to have a legal interest in the protection of these norms*¹³².

In modo più incisivo la Corte si è espressa nella sentenza resa nell'affare dell'applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, sostenendo che i diritti e le obbligazioni consacrate dalla Convenzione sono diritti e obblighi *erga omnes*¹³³.

10. Segue: l'erosione del dominio riservato

Se dubbi sono stati posti riguardo alla natura giuridica degli obblighi di rispettare i diritti umani, è invece pacifico che le *gross violations* dei diritti fondamentali sono proibite dal diritto internazionale. Se ne desume che le politiche che violano in maniera flagrante i diritti

implication the Charter provisions do bind the member States to respect human rights and freedoms notwithstanding the absence of a "machinery of compulsion" aimed at the protection of human rights". Si veda anche LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London 1950, p. 145 e ss. L'opinione espressa dal giudice Tanaka, in occasione dell'*Advisory Opinion on Namibia* della Corte Internazionale di giustizia nel 1966, ICJ Reports, 291 e ss., segue l'orientamento citato: "[T]o establish instead, and to enforce, distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights is a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter".

¹³² Corte internazionale di giustizia, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Second Phase, Judgment*, in ICJ Reports 1970, 32, 33. ARANGIO-RUIZ, *Human Rights*, cit., p. 241, sostiene che l'importanza di questo *dictum* della Corte vada ridimensionata in quanto la Corte esclude qualsiasi tipo di reazione della comunità internazionale alle violazioni dei diritti umani. Si veda il paragrafo 90 della decisione: "However, on the universal level, the instruments which embody human rights do not confer on States the capacity to protect the victims of infringements of such rights irrespective of their nationality. It is therefore still on the regional level that the problem has to be sought".

¹³³ Corte internazionale di giustizia, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)*, in ICJ Reports 1996, 31. La Corte, richiamando il proprio parere del 28 maggio 1951 sulle riserve alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, constata che l'obbligo che grava su ciascuno Stato di prevenire e reprimere il crimine di genocidio non può essere territorialmente circoscritto.

umani di una popolazione civile non rientrano più nella sfera del dominio riservato degli Stati, nonostante l'art. 2(7) dello Statuto e le numerose dichiarazioni di principi che l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato in questa materia.

Le *gross violations* erano ritenute un crimine internazionale nel significato descritto dalla Commissione di diritto internazionale nella Prima Parte del Progetto di articoli sulla Responsabilità degli Stati¹³⁴. In particolare, l'articolo 19 del progetto qualificava *international crime: a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid*¹³⁵. La fattispecie è ora descritta dall'art. 40 del Progetto in termini che non si discostano, da un punto di vista semantico, dalla norma appena citata.

I diritti umani fondamentali sono considerati protetti da norme di *ius cogens*, o, nel linguaggio della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, ora accolto anche dalla ILC, da norme imperative di diritto internazionale generale. Questo esclude drasticamente la possibilità di ritenerli ancora appartenenti al *domain réservé* degli Stati. Ciò comporta, anzitutto, che il c.d. *droit de regard* delle organizzazioni internazionali sulle violazioni dei diritti umani all'interno di uno Stato è compatibile con il principio di sovranità di tale Stato¹³⁶.

Altro logico corollario di questa tesi è che un'azione diretta a costringere un altro Stato a far cessare *gross violations* dei diritti umani non può essere qualificata ingerenza *illicita* nel *dominio riservato* dello

¹³⁴ Com'è noto la Commissione non ha specificato le conseguenze giuridiche della distinzione tra crimini e delitti ed ha abbandonato tale terminologia nel *Progetto* adottato in seconda lettura il 3 agosto 2001. Cfr. MOHR, *The ILC's Distinction between 'International Crimes' and 'International Delicts' and its Implications* in SIMMA/SPINEDI, *op. cit.*, p. 115. Cfr. anche ARANGIO-RUIZ, *Third Report on State Responsibility*, ILC, 19 luglio 1991, UN Doc. a/cn. 4/440/Add. 1, e soprattutto le sue conclusioni contenute nel Rapporto sui lavori della ILC durante la quarantaquattresima sessione, del 4 maggio-24 luglio 1992, GAOR, Supp. n° 10, p. 93 e ss. UN Doc. A/47/10.

¹³⁵ *Yearbook of the Int. Law Commission* 1980, II (Part 2) p. 30.

¹³⁶ La tesi cui si fa riferimento nel testo fu sempre tenacemente rifiutata dagli Stati socialisti. Per una analisi delle fattispecie del principio di non-intervento riferito alle Organizzazioni internazionali cfr. CONFORTI, *Le principe*, *cit.*, p. 204 ss. Si vedano anche le opinioni di SIMMA/ALSTON, *The sources*, *cit.*, p. 98-99, secondo cui "*the issue of severe human rights violations may also be taken up [in addition to the United Nations] in various other multilateral contexts as well as in bilateral inter-State relations [without interfering into the domestic jurisdiction of the states concerned]*".

Stato “vittima” dell’intervento. La stessa Corte internazionale di giustizia sembra ammettere che, di fronte a un genocidio, il diritto di uno o più Stati di adottare misure per impedire la violazione di dei diritti umani, diventa quasi un obbligo¹³⁷. Tecnicamente, non si è, qui, in presenza di un intervento umanitario nel senso classico *id est* nelle materie di giurisdizione domestica.

La legittimità di tali azioni non va dunque apprezzata richiamando alla memoria la “dottrina dell’intervento umanitario” o verificando l’esistenza di un “diritto” o “dovere di ingerenza umanitaria”, ma verificando la legittimità dell’azione, così come si è concretamente svolta, ovvero se questa sia compatibile con il diritto internazionale vigente in tema di misure di *enforcement* e contromisure legittime per reagire ad un illecito internazionale, derivante dalla violazione di una norma di *ius cogens*¹³⁸.

11. I tentativi tradizionalmente esperiti in dottrina per superare l’antinomia tra principio di non intervento e tutela dei diritti umani

La figura dell’intervento umanitario, nella sua concezione scientifica, è stata ricostruita come fattispecie che consente l’ingerenza negli affari interni ed esteri di uno Stato mediante la coercizione, implicante l’uso della forza, a fini di salvaguardia dei diritti umani. Da un punto di vista positivo, la dottrina dell’intervento umanitario, di matrice ottocentesca, non è supportata da una sicura prassi che attesti la formazione di una consuetudine internazionale in materia. Neppure in quel nucleo ristretto di Stati che ha dato vita al sistema di diritto internazionale eurocentrico del XIX secolo sembrava essersi consolidata una *opinio iuris ac necessitatis* favorevole, univocamente e senza contestazioni, alla liceità di tale tipo di intervento.

Com’è noto, i parametri normativi con cui valutare la liceità dell’intervento umanitario nell’epoca attuale, sono mutati alla luce di due norme fondamentali: il divieto della minaccia e uso della forza, univer-

¹³⁷ Corte internazionale di giustizia, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., 31. Si veda, in questo senso, SIMMA, NATO, *the UN and the Use of Force: Legal Aspects*, in *European Journal of Int. Law*, 1999, p. 22.

¹³⁸ Nello stesso senso PICONE, *La «guerra del Kosovo»*, cit., spec. p. 325, che però muove da premesse differenti, in quanto nella *weltanschauung* dell’autore il divieto dell’uso della forza non va inteso in senso assoluto.

salmente riconosciuto come norma di *ius cogens*¹³⁹, e l'obbligo di rispettare i diritti umani fondamentali, affermatosi come obbligo *erga omnes*, ossia come obbligo verso la comunità internazionale nel suo insieme. Vengono in rilievo, rispetto al diritto internazionale classico, due beni giuridici ritenuti fondamentali, che si affiancano alla Sovranità, con i suoi corollari della eguaglianza giuridica e indipendenza degli Stati: la pace e la giustizia, nel suo aspetto di solidarietà umana¹⁴⁰.

La tutela congiunta di questi beni giuridici non sempre è possibile ed è proprio quando la popolazione di uno Stato viene sottoposta a gravissimi abusi dal governo al potere che il contrasto tra le norme di diritto internazionale è più lacerante per il giurista, che rischia di apparire un "*monstre froid qui refuse de sauver ses semblables*"¹⁴¹. Qui emerge con forza l'antinomia nel sistema attuale: l'incompatibilità tra diverse posizioni giuridiche, ognuna delle quali è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico internazionale.

Una delle prime vie battute per uscire da questa impasse è stata quella di verificare l'ampiezza del divieto della minaccia o uso della forza. L'interpretazione data da una dottrina di origine americana è nel senso di non ritenere esaustive le eccezioni al divieto dell'uso della forza contemplate dalla Carta delle Nazioni Unite, quali la legittima

¹³⁹ Per l'opinione contraria v. PICONE, *ibidem*, e bibliografia ivi citata.

¹⁴⁰ Il riferimento alla giustizia è ricorrente sia in dottrina che nella diplomazia ufficiale. Si veda il discorso di Tony Blair del 26 aprile 1999 a Londra "Statement by the British Prime Minister, Tony Blair, House of Commons, London, 26th April 1999", che definisce l'intervento in Kosovo "*a victory of justice over evil*". In dottrina, si veda l'esordio del fondamentale saggio sull'intervento umanitario di Thomas M. Franck e Nigel S. Rodley: "*In the Bangladesh crisis, two important objectives of international law appeared to be in conflict: that of peace and that of justice. The former objective is set out in the rules of the U.N. Charter against the use of force by states except in self-defense against an armed attack. The second is found in the provisions of the Charter and in various resolutions, declarations and covenants pertaining to fundamental human rights and self-determination.*" Cfr. FRANCK/RODLEY, *After Bangladesh*, cit. p. 275. Per una disamina più ampia sul concetto di giustizia e sul rapporto della giustizia con la legge nel diritto internazionale cfr. ALLOTT, *The concept of international law*, in *European Journal of Int. Law*, 1999, p. 34-35.

¹⁴¹ Così CHEMILLIER-GENDRAU, *Ingérence, charité et droit international*, cit., p. 4, "*Le terrain [i.e. l'opinione pubblica, il c.d. monstre chaud] ayant été préparé, le juriste ne peut plus exprimer ses réticences sans apparaître comme un monstre froid qui refuse de sauver ses semblables. Et pourtant, ne faut-il pas réfléchir à l'usage des fictions juridiques et à la force des réalités internationales, et nous placer à la fois sur le court terme, là où se jouent les transformations sociales essentielles?*".

difesa individuale o collettiva, di cui all'art. 51, e il sistema di sicurezza collettivo che fa perno sull'art. 42 (a tacere delle misure contro stati ex nemici previste dalla clausola dell'art. 53 che deve ritenersi desueta)¹⁴². L'inefficienza del sistema di sicurezza collettiva accentrato nelle Nazioni Unite, il clima instauratosi al tempo della guerra fredda, i numerosi conflitti regionali o sorti dalla decolonizzazione¹⁴³ hanno dato vita ad un dibattito giuridico molto ricco sui limiti della proibizione dell'uso della forza¹⁴⁴, portando anche alcuni giuristi a chiedersi se tale norma dovesse ancora ritenersi valida¹⁴⁵.

L'imbarazzo della dottrina deriva dalla percezione della precarietà dell'attuale sistema, che risulta sprovvisto di un meccanismo di attuazione collettiva¹⁴⁶. Di fatto sono molti gli studiosi, nonché gli Stati, che nel tentativo di eludere il divieto dell'art. 2(4) hanno cercato spazi per legittimare interventi unilaterali.

Si è così ipotizzato che si dovesse intendere per "uso della forza" soltanto un impiego massiccio e su larga scala e non una *minor force* non abbastanza seria da poter attentare alla integrità territoriale-

¹⁴² I fautori di una lettura restrittiva dell'art. 2(4), evidenziando alcune pretese ambiguità testuali, sostenevano che l'uso della forza fosse vietato solo nel caso in cui questo risultasse diretto contro l'integrità territoriale, l'indipendenza politica ovvero si rivelasse incompatibile con gli scopi delle Nazioni Unite. cfr. STONE, *Agression and World Order*, London 1958, p. 42 e ss.; BOWETT, *The Use of Force*, cit.; THOMAS/THOMAS, *op. cit.*; REISMAN/McDOUGAL, *A Humanitarian Intervention to Protect the Ibos*, in LILICH, *Humanitarian*, cit., p. 167. In realtà il testo dell'articolo 2(4) non autorizza ad attribuire valore discriminante alle intenzioni dell'autore di un intervento armato. Ciò trova conferma nei *travaux préparatoires*, in cui sono espresse le intenzioni degli autori del testo. Cfr. *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, *op. cit.*, p. 655. Vedi anche BEYERLIN, *Humanitarian*, cit., p. 212.

¹⁴³ Per una disamina di 160 conflitti interni ed internazionali combattuti dall'adozione della Carta alla fine del bipolarismo si veda BORCHARDT/KAOURAS/MALANOWSKI/NIEBLING, *Die Kriege der Nachkriegszeit*, in *Vereinte Nationen*, 1986, p. 68.

¹⁴⁴ Sulla disputa vedi, tra gli altri, CASSESE, *The International*, cit.; ARANGIO-RUIZ, *Third Report*, cit., p. 8 e ss. contenente anche una discussione su una dottrina, minoritaria, che ritiene legittime forme di ricorso individuale o collettivo alla forza da parte degli Stati, non autorizzate dall'ONU, che possano essere invocate come rappresaglie o legittima difesa; vedi anche SCHACHTER, *The Right of States to Use Armed Force*, in *Michigan Law Review*, 82, 1984.

¹⁴⁵ SCHACHTER, *International*, cit., p. 129 e ss.; vedi anche MALANCZUK, *Counter-measures*, cit., p. 217 e ss.

¹⁴⁶ STEIN, *The United Nations and the Enforcement of Peace*, in *Michigan Journal of Int. Law*, n. 10, 1989, p. 314.

le¹⁴⁷. L'*Interim Report* del 1970, della Commissione dell'ILA, sembrava ammettere la sopravvivenza della dottrina dell'intervento umanitario alla Carta, ma in seguito a vive opposizioni il rapporto è stato successivamente modificato¹⁴⁸. Queste tesi, che traggono origine dalle ambiguità del periodo della guerra fredda, sembravano superate¹⁴⁹.

Anche con riferimento alla crisi del Kosovo l'uso della forza da parte della NATO è stato ipoteticamente ricondotto ad una delle eccezioni, di elaborazione dottrinarica, all'art. 2(4)¹⁵⁰. In via alternativa, l'intervento potrebbe essere inquadrato in una delle cause di giustificazione per l'uso della forza che sono venute in rilievo negli anni,

¹⁴⁷ Cfr. RÖLING, *On the Prohibition of the Use of Force*, in BLACKSHIELD, *Legal change. Essays in Honour of Julius Stone*, Sydney 1983, p. 276; R. Higgins precisa che l'impiego della forza è proibito solo quando costituisce una "minaccia alla pace". Cfr. HIGGINS *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, London 1963, p. 220. Si è anche affermato che un intervento che non attenti alla "integrità territoriale e all'indipendenza politica" non possa considerarsi contrario all'art. 2(4): cfr. BETTATI, *Un droit*, cit., p. 649; LILICH, *Humanitarian Intervention*, cit., p. 164; THOMAS/THOMAS, *op. cit.*, p. 15. Similmente altri autori sostengono che l'integrità territoriale non comprenda la "mera inviolabilità": cfr. BEYERLIN, *Die Israelische Befreiungsaktion von Entebbe in Völkerrechtlicher Sicht*, in *Zeitschrift für ausl. öff. Recht und Völkerrecht*, 1977, p. 217; BOWETT, *The Use of Force*, cit., p. 170. Un argomento di questo tipo è stato utilizzato – senza successo – dal Regno Unito per giustificare l'*Operation Retail* che ha dato luogo al caso giurisprudenziale dello Stretto di Corfù: cfr. *Affare dello Stretto di Corfù*, in *ICJ Reports* 1949, p. 35. Analogamente è stato giustificato l'intervento israeliano nella penisola egiziana del Sinai, nel 1956, argomentando che un'incursione temporanea diretta a proteggere diritti legalmente riconosciuti non può essere ritenuta incompatibile con gli scopi delle Nazioni Unite: cfr. STONE, *Agression*, cit., p. 43-44; BROWNLIE, *Humanitarian*, cit., p. 364.

¹⁴⁸ International Law Association, *Report of the Committee on Human Rights*, Conferenza dell'Aia, 1970, p. 11-13. È opportuno notare, tuttavia, che il Rapporto dell'ILA forniva un'ulteriore argomentazione giuridica sul punto, asserendo che le Nazioni Unite potessero intervenire, qualora uno Stato, violando i diritti umani, causasse una minaccia attuale alla pace. Si veda KARTASCHKIN, *Human Rights and Humanitarian Intervention*, in DAMROSCH/SCHAEFFER, *Law and Force in the New International Order*, 1992, p. 205.

¹⁴⁹ FARER, *op. cit.*, p. 320; RÖLING, *op. cit.*, p. 276. VILLANI, *Lezioni su l'ONU e la crisi del Golfo*, Bari 1995, p. 15 e ss. Cfr. anche CONFORTI, *Diritto*, cit. e la bibliografia ivi citata. Si vedano anche le opinioni di RONZITTI, *Rescuing*, cit., p. 92, VERDROSS/SIMMA, *op. cit.*, p. 291, che riconoscono l'esistenza di un diritto di "*intervention d'humanité*" collettivo, nella prassi del XIX secolo, ma lo considerano illegittimo in base alla Carta delle Nazioni Unite.

¹⁵⁰ Si veda ZAPPALÀ, *Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo*, in *Riv. dir. int.*, 1999, p. 991-2.

quali la legittima difesa preventiva¹⁵¹, la difesa dei propri connazionali¹⁵², il principio di autodeterminazione dei popoli¹⁵³. I rilievi critici cui si prestano queste tesi derivano soprattutto dalla difficoltà di ancorare al dato positivo le presunte eccezioni al divieto dell'uso della forza e, conseguentemente, di determinare con precisione il campo di applicazione delle stesse.

Inoltre, ad un esame della prassi, sembra che gli Stati non abbiano mai addotto, a giustificazione dell'uso della forza, l'esistenza di una categoria di eccezioni fruibili a prescindere dal caso di specie, così rafforzando l'impressione che il divieto dell'uso della forza sia ancora oggi percepito come imperativo. Anche la Corte Internazionale di giustizia, nel parere sulla liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari, riconosce che il diritto relativo all'uso della forza è quello consacrato dalla Carta delle Nazioni Unite¹⁵⁴.

In un'ottica diversa si pone una recente dottrina, che pur negando l'esistenza *ab origine* di eccezioni all'uso della forza, ritiene che queste siano oggi in via di formazione. Questa interpretazione, sviluppata proprio in relazione alla crisi del Kosovo, vede nella violazione della norma sull'uso della forza l'origine di una "nuova" eccezione, secondo il brocardo *ex iniuria ius oritur*¹⁵⁵.

L'esigenza di assicurare il rispetto dei diritti umani anche mediante l'uso della forza, sia pure come *extrema ratio*, si starebbe traducendo in una *opinio necessitatis* e potrebbe portare alla formazione di una nuova norma consuetudinaria. In quest'ottica, l'intervento in Kosovo rappresenterebbe un elemento del processo di formazione di tale norma ancora *in fieri*. L'azione della NATO, sebbene debba ritenersi illecita *de iure condito*, rappresenterebbe un precedente importante su cui costruire un nuovo sistema di tutela dei diritti umani. Il sistema delineato da questa dottrina sottopone la liceità dell'intervento ad alcune condizioni quali l'ur-

¹⁵¹ BOWETT, *Self Defense*, cit. p. 187 ss.; SCHWEBEL, *Agression*, cit., p. 463 ss..

¹⁵² Su questo tema si veda RONZITTI, *Rescuing*, op. cit.; CASSESE, *Article 51*, in COT/PELLET, ONU, *La Charte*, Paris 1991, p. 771 ss.

¹⁵³ Cfr. GRADO, *Guerre civili*, cit., p. 105 ss. spec. p. 137 ss. ove dà conto anche degli orientamenti che tentano di fondare la legittimità del sostegno armato fornito ai popoli privati dell'autodeterminazione sull'art. 51 della Carta.

¹⁵⁴ Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*, in ICJ Reports 1996, 34. Si vedano anche i paragrafi 37-50.

¹⁵⁵ CASSESE, *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in *European Journal of Int. Law*, 1999, p. 23-30.

genza, la sussidiarietà, la proporzionalità e l'attuazione collettiva come garanzia di imparzialità. Si tratta di elementi già noti alla dogmatica dell'intervento umanitario che vengono proposti *de lege ferenda*, in un momento di transizione della comunità internazionale, ossia in un momento in cui il *monopolarismo*, sembra offrire una possibilità di attuazione del diritto (*law enforcement*) alle forze prevalenti del sistema.

Un secondo approccio, per sciogliere il contrasto tra tutela dei diritti umani e tutela della pace internazionale, si fonda sul riconoscimento dell'esistenza di una gerarchia normativa che assume che le norme che tutelano i diritti umani prevalgano sulle norme che tutelano la sovranità dello Stato e su quelle che vietano l'uso della forza nelle relazioni internazionali¹⁵⁶. Questa impostazione è criticata da chi, considerando il diritto internazionale come sistema di norme spontanee e primarie, ritiene che non esistano regole secondarie di riconoscimento, capaci di assegnare un diverso grado di rigidità alle norme¹⁵⁷.

L'antinomia cui dà luogo l'intervento umanitario e i contrastanti risultati dottrinari sulla liceità o illiceità dell'istituto si riconducono a concezioni diverse, entrambe veridiche, della comunità internazionale: la concezione westfaliana degli Stati *superiorem non recognoscentes*, e la concezione del mondo come *civitas gentium maxima*. È difficile scegliere aprioristicamente una delle due concezioni, sostenendo che è

¹⁵⁶ Si veda la dichiarazione del delegato olandese al Consiglio di sicurezza nella seduta del 10 giugno 1999 per l'adozione della risoluzione 1244(1999): "*The Charter is not the only source of international law. The Charter [...] is much more specific on respect for sovereignty than on respect for human rights, but since the day it was drafted the world has witnessed a gradual shift in the balance, making respect for human rights more mandatory and respect for sovereignty less absolute. Today, we regard it as a generally accepted rule of international law that no sovereign State has the right to terrorize its own citizens*". cfr. UN Doc. S/PV.4011, p. 9. Nello stesso senso è la dichiarazione dello stato belga che, in quanto membro della NATO e partecipe alla coalizione *ad hoc* per i raid in Serbia, è stato convenuto in giudizio dalla RFI di fronte alla Corte internazionale di giustizia, adita per ottenere una decisione (e dei provvedimenti cautelari) sulla liceità dell'uso della forza da parte dei membri della NATO. La difesa del Belgio ha sottolineato che l'intervento è stato attuato "*pour sauvegarder des valeurs fondamentales érigées en jus cogens, une catastrophe en cours constatée par le Conseil de sécurité*". Questo Stato ha fatto anche riferimento al c.d. Stato di necessità: cfr. il verbale dell'udienza pomeridiana del 10 maggio 1999 sul sito Internet della Corte: <http://www.icj-cij.org>. Nello stesso senso è KIRGIS, *The Kosovo Situation and NATO Military Action*, in *ASIL Insight*, sul sito internet dell'*American Society of International Law*: <http://www.asil.org>. Si veda anche ZAPPALÀ, *Nuovi sviluppi*, cit., p. 989.

¹⁵⁷ Cfr. HART, *The Concept of Law*, Oxford 1961, X, 5; MIELE, *La comunità*, cit., p. 5 ss.

quella che coglie meglio la realtà o il dover essere delle relazioni internazionali. Si deve piuttosto concordare con chi osserva che l'equilibrio tra le forze centrifughe e quelle centripete del sistema, le prime tendenti alla disaggregazione ed alla indipendenza degli Stati e le seconde all'unità dei popoli, si assesti secondo modalità diverse nelle varie epoche storiche: "in questo quadro, il principio di ingerenza e quello del non intervento si affrontano, senza mai vincere definitivamente la loro battaglia"¹⁵⁸.

La difficoltà di sciogliere l'antinomia sul piano del diritto spinge a risolvere il conflitto tra intervento e non intervento su un piano extra-giuridico, ossia in una prospettiva morale, secondo i valori sociali dominanti in ogni epoca. In questa prospettiva si evidenzia che, nella sensibilità del nostro tempo, la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo non è ritenuta materia di giurisdizione domestica, ma, al contrario, interesse della comunità internazionale nel suo insieme. Ciò determina, come si è visto, un mutamento sostanziale nell'applicazione del principio di non intervento. L'ingerenza finalizzata alla esclusiva protezione dei diritti umani non è percepita come illecita dalla comunità internazionale, anzi, si deve rilevare come un nutrito gruppo di Stati, per lo più occidentali, esprima con forza una *opinio necessitatis* che chiede reazioni efficaci alle *gross violations* dei diritti dell'uomo¹⁵⁹.

È stato così affermato, in relazione all'azione NATO in Kosovo, che "*the lesson which can be drawn from this is that unfortunately there do occur 'hard cases' in which terrible dilemmas must be faced and imperative political and moral considerations may appear to leave no choice but to act outside the law*"¹⁶⁰.

¹⁵⁸ MIELE, *La comunità*, cit., p. 41. Si veda anche ARANGIO-RUIZ, *Le domain réservé et le rapport entre droit international et droit interne*, in *Recueil des cours* 1990, IV, che esprime il contrasto tra le due concezioni di diritto internazionale sintetizzandole in due dottrine, l'una, c.d. federalista o istituzionale che vuole che il diritto internazionale arrivi fino alla tutela dell'uomo, ingenerando i diritti internazionali dell'individuo; l'altra, c.d. relazionale o dualista, secondo cui il diritto internazionale organizza solo i rapporti tra Stati. Per un'analisi storica dello sviluppo delle due dottrine si veda SIMMA, *From Bilateralism to Community Interest in International Law* in *Recueil des Cours*, 1994, VI, p. 217-384. Vedi anche *infra* p. 131 ss.

¹⁵⁹ In questo senso si vedano le conclusioni, ancora attuali, di FRANCK/RODLEY, *After Bangladesh*, cit. p. 305, secondo cui: "*there are virtually no penalties presently inflicted, or likely to be inflicted, by the international system on states which engage, or might engage, in disinterested, neutral and effective interventions that achieve limited objectives generally perceived as desirable in specific adequately proven circumstances.*".

¹⁶⁰ Cfr. SIMMA, *NATO, the UN and the Use of Force*, cit., p. 22.

Tralasciando le questioni di ordine morale o politico, è importante segnalare che, questo orientamento, non può che denunciare la palese, macroscopica ed evidente violazione del diritto internazionale da parte dei membri della NATO¹⁶¹. La RFI non ha bisogno di ricorrere ad elaborate ed artificiose argomentazioni di diritto internazionale per sostenere che i *raid* NATO si risolvono in una tipica forma di aggressione¹⁶².

12. Segue: nuovi sviluppi. L'accentramento dello human rights enforcement nelle istituzioni delle Nazioni Unite o negli Stati agenti uti universi

Una diversa soluzione, che sembrava agevole sulla scia dell'entusiasmo legato alla "rivitalizzazione" del Consiglio di sicurezza è quella che riconosce a quest'organo il potere di gestire le c.d. *human rights enforcement actions*¹⁶³.

La fine della guerra fredda è stata inaugurata, all'inizio degli anni '90, dalla guerra del Golfo, fondata sulla celebre risoluzione 678(1990)¹⁶⁴. L'intervento alleato è stato salutato come l'inizio di un *New World Order*, nelle parole dell'allora Presidente statunitense George Bush, o anche come l'avvento del "regno della legge" secondo

¹⁶¹ In questo senso è la prevalente dottrina italiana: CONFORTI, *Nazioni Unite, NATO e crisi del Kosovo*, in Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 14 maggio 1999; SPINEDI, *Uso della forza da parte della NATO in Jugoslavia e diritto internazionale* (conferenza del Forum per i problemi della guerra e della pace, Firenze, 25 maggio 1999) in *Guerra e pace in Kosovo. Questioni etiche e giuridiche*, Quaderni Forum, vol. XII, 1998, pp. 3, 23 ss.; STARACE, *L'azione militare della NATO contro la Jugoslavia secondo il diritto internazionale*, in *Filosofia dei diritti umani*, vol. 1, 1999, p. 36 ss.; ID., *L'intervento della NATO in Jugoslavia*, in *Sud in Europa*, aprile 1999, p. 15; VILLANI, *La guerra del Kosovo: una guerra umanitaria o un crimine internazionale?*, in *Volontari e Terzo mondo*, 1999, p. 26 ss. PICONE, *La «guerra del Kosovo»*; cit., p. 355 ss.

¹⁶² Contra RONZITTI, *Uso della forza*, cit., p. 25-26. Sul giudizio instaurato dalla RFI contro i Paesi NATO vedi ampiamente SACCUCCI, *NATO'S bombings in Yugoslavia under International Scrutiny: Issues of Jurisdiction and Procedure before the International court of Justice*, in CONFORTI (a cura di), *The Italian yearbook of Int. Law*, vol. X, 2000, p. 181-204.

¹⁶³ Per l'ammissibilità dell'intervento umanitario "autorizzato" dal Consiglio di sicurezza cfr. MURPHY, *Humanitarian Intervention*, Philadelphia 1996. Per un panorama degli interventi condotti negli anni '90 si veda LATTANZI, *Assistenza umanitaria e intervento di umanità*, Torino 1997. Già nel 1987, VENTURINI, *op. cit.*, p. 184, auspicava che sulle Nazioni Unite "dovrebbe far leva ogni eventuale sviluppo dell'intervento umanitario".

¹⁶⁴ Si veda MIELE, *La Guerra Irakena secondo il Diritto Internazionale*, Padova 1991; VILLANI, *Lezioni su l'ONU*, cit., p. 15 ss.

il Presidente Mitterand¹⁶⁵. Di poco successiva è l'operazione *Provide Comfort*, finalizzata a proteggere la popolazione curda nord irakena minacciata di genocidio dal regime di Saddam Hussein¹⁶⁶. L'azione condotta da Francia, Stati Uniti e Gran Bretagna in territorio irakeno, è stata interpretata come riconoscimento del diritto di intervento umanitario sotto gli auspici delle Nazioni Unite, in quanto si indicava come suo fondamento giuridico la risoluzione 688(1991) del 5 aprile 1991¹⁶⁷. L'operazione è stata acclamata da una parte della dottrina come un prezioso precedente e molta enfasi è stata posta sulle nuove possibilità d'azione del Consiglio, finalmente in grado di operare regolarmente e in modo non selettivo. Si è creduto che l'organo potesse finalmente rivestire quella funzione di garanzia istituzionale dei principi costitutivi delle Nazioni Unite che la Carta gli assegna¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Ci si riferisce al celebre discorso al Congresso degli Stati Uniti del Presidente Bush, l'11 settembre 1990 ed al discorso del Presidente francese alle Nazioni Unite del 24 settembre 1990. La dottrina sulla guerra del Golfo è copiosa, per riferimenti si vedano VILLANI, *La nuova crisi del Golfo e l'uso della forza contro l'Iraq*, in *Riv. dir. int.* 1999, p. 451-462; PALCHETTI, *L'uso della forza contro l'Iraq: la ris. 678(1990) legittima ancora l'azione militare degli Stati?*, in *Riv. dir. int.* 1998, p. 472 ss.; REISMAN, *The Raid on Baghdad: Some Reflections on its Lawfulness and Implications* in *European Journal of Int. Law*, 1994, p. 120-133.

¹⁶⁶ L'azione congiunta di Stati Uniti, Francia e Gran Bretagna, era diretta a creare "safe havens" in Iraq, e faceva seguito ad una richiesta formulata al Consiglio di sicurezza l'8 aprile 1991, alcuni giorni dopo l'adozione della risoluzione 688(1991) sulla situazione delle popolazioni civili nordirakeni. Sull'operazione si veda MALANCZUK *The Kurdish Crisis and Allied Intervention in the Aftermath of the Second Gulf War* in *European Journal of Int. Law*, 1991, p. 117; STROMSETH *Iraq's Repression of Its Civilian Population: Collective Responses and Continuing Challenges*, in DAMROSCH, *Enforcing, cit.*, p. 81. La risoluzione del Consiglio di sicurezza 688(1991) del 5 aprile 1991, è stata invocata, sia per giustificare la creazione di enclaves per i rifugiati curdi in territorio irakeno, sia come base giuridica per le zone di interdizione aerea dirette a proteggere la popolazione curda al nord del 36° parallelo e la popolazione sciita a sud del 32° (ora 33°), ancora in vigore. Sorprendentemente, nessuno, tranne l'Iraq, sembra oggi contestare la validità di tali zone di interdizione la cui violazione è sanzionata dall'uso della forza. Si veda TORRELLI, *La guerre pour faire respecter le droit international*, in *Revue générale dr. int. public*, 1996, p. 1046-1054.

¹⁶⁷ Si noti che la risoluzione non fa alcun cenno al capitolo VII della Carta e le sole misure di esecuzione che vi sono contemplate sono lasciate alla responsabilità del Segretario generale, il quale, oltre tutto, si è sempre energicamente opposto all'interpretazione data alla risoluzione dagli autori dell'intervento. cfr. ZACKLIN, *Le droit applicable aux forces d'intervention sous les auspices de l'ONU*, in *Le chapitre VII de la charte des Nations Unies*, Colloques de Rennes, Paris 1995.

¹⁶⁸ Contro questa interpretazione, si è da più parti sottolineato come la prassi degli

Il dibattito giuridico è stato particolarmente vivace anche per i rapidi sviluppi successivi che hanno visto il Consiglio, durante tutti gli anni '90, dare il suo *placet* ad una serie di operazioni implicanti l'uso della forza per risolvere gravi crisi umanitarie originate da conflitti civili¹⁶⁹: in Jugoslavia¹⁷⁰, in Somalia¹⁷¹, in Ruanda¹⁷², Haiti¹⁷³, Bosnia Er-

anni '90 possa portare ad una pericolosa delegittimazione del sistema, proprio per il carattere spiccatamente politico degli interventi attuati. Si veda CARPENTIER, *La résolution 688(1991) du Conseil de Sécurité: quel devoir d'ingérence?*, in *Etudes Int.*, XXIII, 1992, 306 ss.; MALANCZUK, *Humanitarian*, cit., p. 11, con ampi riferimenti bibliografici. Questo orientamento sottolinea come l'interpretazione estensiva della fattispecie della "minaccia alla pace", che ha dato luogo alle note "autorizzazioni" all'uso della forza, non miri ad inquadrare, *in primis*, le crisi umanitarie e che il Consiglio intervenga secondo i fattori di ordine geopolitico che vengono, di volta in volta, in rilievo. Del resto, in alcune risoluzioni, la minaccia alla pace è rappresentata da elementi diversi dalla "human tragedy": si vedano le risoluzioni 940 (1994) adottata in relazione alla crisi politica haitiana; 1031 (1995) che autorizza l'uso della forza in Bosnia; 1101 (1997) e 1114 (1997) per la crisi albanese. Esistono, poi, altre risoluzioni in cui il Consiglio accerta l'esistenza di una minaccia alla pace, slegate dalle necessità di tutela dei diritti umani, si pensi alle risoluzioni relative al caso *Lockerbie* [cfr. UN Doc. S/RES/731 (1992) e UN Doc. S/RES/748 (1992); per un commento ARCARI, *Le risoluzioni 731 e 748 del Consiglio di sicurezza in materia di mantenimento della pace*, in *Riv. Dir. Int.*, 1992, p. 932 e ss.; VILLANI, *Sul ruolo quasi giudiziario del Consiglio di sicurezza*, in *La comunità internazionale*, 1996, 25 ss.] ed al Sudan [UN Doc. S/RES/1044 (1996) e UN Doc. S/RES/1054 (1996). Su cui vedi ARCARI, *Le risoluzioni 1044 e 1054 del Consiglio di sicurezza relative al Sudan: un nuovo caso Lockerbie?*, in *Riv. Dir. Int.*, 1996, p. 725 e ss.].

¹⁶⁹ Il riferimento è alle celebri risoluzioni con le quali il Consiglio, "preoccupato" per una determinata situazione che minaccia la pace, autorizza o esorta uno o più Stati a "prendere tutte le misure necessarie". Sul tema della portata di tali autorizzazioni si veda CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, cit., p. 201 ss.; GAJA, *The Use of Force Made or Authorized by the Security Council*, in TOMUSCHAT, *The United Nations at Age Fifty*, The Hague, London, Boston 1995, p. 39 ss.

¹⁷⁰ Cfr. la risoluzione 770(1992) adottata in relazione al conflitto jugoslavo [cfr. UN Doc. S/RES/770 (1992), 13 agosto 1992, adottata con 12 voti a favore, con l'astensione di Cina, India e Zimbabwe] con la quale il Consiglio: "Riaffermando la necessità di rispettare la sovranità, l'integrità territoriale e l'indipendenza politica della Repubblica di Bosnia-Erzegovina, Considerando che la situazione in Bosnia-Erzegovina costituisce una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali e che l'aiuto umanitario alla Bosnia-Erzegovina rappresenta un elemento importante dell'impegno che persegue in vista di ristabilire la pace e la sicurezza internazionali nella regione [...] Agendo in virtù del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, [...] Esorta gli Stati a prendere, a titolo nazionale o nel quadro di organizzazioni o di accordi regionali, tutte le misure necessarie per facilitare, in coordinamento con l'Organizzazione delle Nazioni Unite, l'incanalamento, attraverso gli organismi a vocazione umanitaria competenti delle Nazioni Unite e altri, dell'aiuto umanitario a Sarajevo e ovunque sia necessario in altre parti della Bosnia-Erzegovina".

¹⁷¹ Cfr. UN Doc. S/RES/794 (1992), ove: "The Security Council, [...] Determining

that the magnitude of the human tragedy caused by the conflict in Somalia, further exacerbated by the obstacles being created to the distribution of humanitarian assistance, constitutes a threat to international peace and security,[...] Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, authorizes the Secretary General and Member States cooperating to implement the offer referred to in paragraph 8 above to use all necessary means to establish as soon as possible a secure environment for humanitarian operations in Somalia" [il riferimento al paragrafo 8 è all'offerta da parte degli Stati Uniti di condurre un'operazione al fine di stabilire a *secure environment* ritenuto necessario per le operazioni di assistenza umanitaria in Somalia]. Sulla crisi somala e il diritto internazionale vedi PRUNIER, *La dimension historique de la crise somalienne*, in *Relations Int. e Stratégiques*, 1993, p. 88 ss.; MARCHAL, *La militarisation de l'humanitaire: l'exemple somalien*, *Cultures et conflicts, Interventions armées et causes humanitaires*, L'Harmattan n° 11, Paris automne 1993; CLARKE, *Debate in Somalia: Failure of the Collective Response*, in DAMROSCH, *Enforcing*, cit., p. 205 ss.; SOREL, *La Somalie et les Nations Unies*, *Annuaire français dr. int.*, 1992, p. 61-88; PONTECORVO, *Somalia e Nazioni Unite*, in PICONE, *Interventi*, cit., p. 201-259; ARLAN, *Welzijnimperialisme: er zit een luchtje aan operatie-Restore Hope*, in *De Groene Amsterdammer*, 27 gennaio 1993, p. 4; MALANCZUK, *Humanitarian*, cit., p. 24 e ss.; GREENWOOD, *Is there a Right of humanitarian Intervention*, in *The World Today*, February 1993, p. 37 e ss.; TESÓN, *Collective*, cit., p. 348; United Nations Department of Public Information, *The United Nations and the situation in Somalia*, *Reference Paper*, april 1995.

¹⁷² Cfr. UN Doc. S/RES/929 (1994) adottata dal Consiglio di sicurezza il 22 giugno 1994 con il voto favorevole di 10 Stati e con cinque astensioni (Brasile, Cina, Nigeria, Nuova Zelanda e Pakistan). La risoluzione sembra ricalcata sulla ris. 794(1992) in quanto ne ripete pedissequamente il linguaggio. Per la storia della crisi ruandese cfr. MAKINDA, *Die Tragödie in Rwanda. Ursachen und Lehren für die Zukunft*, in *EA*, 1994, p. 579; Per un'analisi dell'operazione *Turquoise* che la Francia ha attuato sulla base della ris. 929(1994) cfr. LEYMARIE, *Litigieuse intervention française au Rwanda*, in *Le Monde diplomatique*, luglio 1994; CERNE, *Rwanda: campanelli d'allarme inascoltati*, in *Dir. uomo* n° 2, maggio-agosto 1994, p. 40; BOTHE/JURY, *Rwanda: "A Creeping Sense of Security"*, in *International Peacekeeping*, 1994, p. 100 ss.; CATALDI, *Il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e la questione del Ruanda*, in PICONE, *Interventi*, cit., p. 445-461; TESÓN, *Collective*, cit., p. 362 ss.; Département de l'information des Nations Unies, Section de la paix et de la sécurité, *Le personnel de maintien de la paix face à un pays dévasté: Rwanda*, in *En Rétrospective*, 1996.

¹⁷³ Cfr. UN Doc. S/RES/940 (1994): "The Security Council,[...] Recognizes the unique character of the present situation in Haiti and its deteriorating, complex and extraordinary nature, requiring an exceptional response,[...] Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, authorizes Member States to form a multinational force under unified command and control and, in this framework, to use all necessary means to facilitate the departure from Haiti of the military leadership, [...] and the restauration of the legitimate authorities of the Government of Haiti, and to establish and maintain a secure and stable environment". Per un'ampia disamina della storia di Haiti, delle ingerenze internazionali subite negli ultimi due secoli e del regime dittatoriale instaurato da Duvalier e successivamente dal figlio, Bébé Doc, cfr. MOUTARDE/WARGNY, *Après bal, tanbou lou, cinq ans de duplicité américaine en Haiti 1991-1996*, Paris 1996; Per un esame storico-giuridico cfr. DAUDET, *L'ONU et l'OEA en Haïti et le droit international*, in *An-*

zegovina¹⁷⁴, nella Regione dei Grandi Laghi¹⁷⁵, in Albania¹⁷⁶ e da ultimo, a Timor Est¹⁷⁷. Sembrava che l'espressione "*calls upon States to take all measures necessary*" fosse diventata un eufemismo accettato dalla comunità internazionale quale autorizzazione all'uso della forza.

La legittimità di questo tipo di "interventi umanitari" andrebbe soppesata, *in primis*, facendo riferimento alle specifiche norme statutarie dell'ONU¹⁷⁸. Si sottolinea, comunque, che a meno di dieci anni dall'inizio della (iper)attività del Consiglio fondata sul capitolo VII¹⁷⁹, sembra che l'esistenza o meno di un'autorizzazione del Consiglio ad

nuaire français dr. int., 1992, p. 89 ss.; Sull'intervento del 1994 cfr. il punto di vista delle Nazioni Unite in *United Nations Department of Public Information, The United Nations and the Situation in Haiti, Reference Paper*, New York 1995; e, nella dottrina: NEGRI, *L'intervento delle Nazioni Unite nella crisi haitiana e il principio di legittimità democratica nell'ordinamento internazionale*, in PICONE, *Interventi*, cit., p. 337-405; RAMONET, *Ouragan sur Haïti, Le Monde diplomatique*, agosto 1994; TESÓN, *Collective*, cit., p. 355-362; CORTEN, *La résolution 940 du Conseil de sécurité autorisant une intervention militaire en Haïti: l'émergence d'un principe de légitimité démocratique en droit international?*, in *European Journal of Int. Law*, p. 1995, 116 ss.

¹⁷⁴ Si veda la ris. 1031(1995): cfr. UN Doc. S/RES/1031 del 15 dicembre 1995. Per un commento "a caldo" cfr. DEKKER/MYJER, *Air Strikes on Bosnian Positions: Is NATO Also Legally the Proper Instrument of the UN?*, in *Leiden Journal of Int. Law* 1996, p. 411 ss. e BLOKKER/MULLER, *NATO as the UN Security Council's Instrument: Question Marks From the Perspective of International Law*, *ibidem*, 417 ss.

¹⁷⁵ Cfr. UN Doc. S/RES/1078 del 9 novembre 1996 e UN Doc. S/RES/1080 del 15 novembre 1996.

¹⁷⁶ Cfr. UN Doc. S/RES/1101 del 28 marzo 1997 e UN Doc. S/RES/1114 del 19 giugno 1997.

¹⁷⁷ Cfr. UN Doc. S/RES/1264 del 28 marzo 1999.

¹⁷⁸ Per un'analisi della rispondenza degli interventi degli anni '90, citati nel testo, al diritto delle Nazioni Unite, mi permetto di rinviare alle conclusioni della mia tesi di laurea ora sinteticamente in PRETELLI, *L'azione dell'Italia e delle Organizzazioni internazionali nella crisi albanese del 1997*, in *Storie Locali*, 2001-2002 (in corso di pubblicazione). La ricerca svolta focalizza l'attenzione sul contenuto delle allegazioni di quella parte della Comunità internazionale che si è fermamente opposta agli interventi collettivi attuati "sotto l'ombrello" di risoluzioni del Consiglio di sicurezza, denunciandone l'illegittimità. L'oggetto delle proteste riguardava, sostanzialmente, l'assenza di un diretto controllo dell'ONU sulle azioni, dunque sulla imparzialità, proporzionalità e buona fede nella loro conduzione. Ciò spinge a ritenere che una più puntuale definizione, in seno alle risoluzioni del Consiglio, delle modalità dell'intervento; e la conduzione di questo nel rispetto di tali modalità prefissate risponderebbe ad una *opinio iuris* universalmente accettata. In argomento vedi RONTITI, *Uso della forza*, cit., p. 26 e ss.

¹⁷⁹ Dalla fine della guerra fredda il Consiglio di sicurezza ha fatto riferimento al capitolo VII ben 112 volte.

un'azione armata venga percepita dai Governi come il discrimine tra uso legittimo o illegittimo della forza¹⁸⁰.

Secondo una dottrina, una conferma della tesi secondo cui il Consiglio di sicurezza ha il potere di autorizzare coalizioni *ad hoc* ad impiegare la forza si sarebbe avuta, paradossalmente, con l'azione della NATO in Kosovo. A sostegno di questa tesi, si è evidenziato come la principale obiezione mossa agli autori dell'intervento riguardasse l'assenza di un'autorizzazione del Consiglio all'impiego della forza¹⁸¹. La tesi potrebbe trovare conferma se fossero accolte le soluzioni proposte dal c.d. Rapporto Carrington sull'attuazione delle decisioni del Consiglio di sicurezza¹⁸². Tale rapporto propone infatti, in un'ottica *de lege ferenda*, che l'attuazione delle risoluzioni del Consiglio sia demandata all'azione multilaterale degli Stati sotto la direzione del Consiglio e sotto la sua diretta responsabilità¹⁸³.

Una diversa interpretazione dei dati emersi dalla prassi degli anni '90 ritiene che la comunità internazionale abbia ormai dato al Consiglio di sicurezza il potere di "porre in essere delle forme di controllo

¹⁸⁰ Invero, molte delle contestazioni mosse all'azione bellica in Kosovo si fondano proprio sull'assenza di un coordinamento ONU dell'intervento. Si vedano ad esempio le dichiarazioni del delegato cinese, UN Doc. S/PV.3988. La posizione della Cina in merito alle azioni "autorizzate" durante gli anni '90 è mutata nel tempo: in occasione dei primi interventi (Iugoslavia, Somalia) lo Stato aveva manifestato la propria opposizione alle c.d. delibere autorizzative del Consiglio, senza peraltro corroborarla con il ricorso al veto, sostenendo che la questione dei diritti umani atteneva alla *domestic jurisdiction*. Successivamente, nell'astenersi dal votare le delibere del Consiglio ha invece preferito far riferimento a questioni di opportunità. Il contenuto dell'opposizione riguardava, non solo e non tanto l'illegittimità della delega, quanto il *modus agendi* del Consiglio, ed in particolare la mancanza di un effettivo controllo sulle operazioni autorizzate, in quei casi in cui l'autorizzazione si è risolta in una delega in bianco. Nel caso albanese, il delegato cinese ha invece dichiarato di essere contrario all'utilizzo del Capitolo VII dello Statuto per affrontare situazioni relative agli affari interni di un paese, ma di non voler ostacolare la delibera dal momento che essa era stata richiesta espressamente dall'Albania: UN Doc. SC/6347 del 28 marzo 1997. Stesso argomento è stato utilizzato nell'argomentare la propria astensione all'adozione della risoluzione 1244 (1999): UN doc. S/PV.4011, 9.

¹⁸¹ ZAPPALÀ, *Nuovi sviluppi*, cit., p. 995 ss.

¹⁸² Il rapporto nasce da un'iniziativa della *United Nations Association of the USA* ed è stato elaborato da una commissione presieduta da Lord Carrington, ex segretario generale della NATO, che ha avuto un ruolo significativo nella mediazione del conflitto iugoslavo. Cfr. International Task Force on the Enforcement of UN Security Council Resolutions, *Words to Deeds: Strengthening the UN's Enforcement Capabilities*, New York 1997.

¹⁸³ Cfr. COT, *Le rapport Carrington sur la mise en oeuvre des décisions du Conseil de sécurité*, in *Politique Étrangère*, 1/99, 107 ss.

e di legittimazione degli interventi che gli stessi Stati hanno deciso di effettuare o pongono in essere *unilateralmente* per la tutela degli obblighi *erga omnes*"¹⁸⁴. Si tratta di una teoria abbastanza radicale, che si propone di fornire una coerente ricostruzione sistematica della più recente prassi e dello stato attuale dei rapporti tra diritto delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale¹⁸⁵. Noteremo che questo orientamento, muovendo dalle premesse della scuola "realistica" del

¹⁸⁴ Secondo PICONE, *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes*, in *Interventi*, op. cit., p. 517 e ss., deve ormai individuarsi una nuova *species* nel *genus* "minaccia alla pace", in quanto il Consiglio considera la violazione di obblighi *erga omnes* come fattispecie inquadrabili *sub art. 39*.

¹⁸⁵ A conclusioni simili perviene una corrente della dottrina americana, nata negli anni '70 ed ispirata da casi come l'intervento in Congo del 1964, l'intervento indiano nel Pakistan orientale del 1971, l'intervento indonesiano a Timor Est del 1975, e l'intervento Belga in Zaire del 1978. Tale dottrina interpretando la Carta con il canone teleologico e riflettendo sull'effettività del sistema delle Nazioni Unite, sostiene che la paralisi del Consiglio di sicurezza dopo il collasso della coalizione russo-americana autorizzi a ritenere esistente *the inherent right of States to resort to armed force*. In quest'ottica il fallimento del sistema di *collective enforcement* rende necessario, secondo FALK, *The Beirut Raid and the International Law of Retaliation*, in *American Journal of Int. Law*, 1969, p. 430, reinterpretare la Carta *in more permissive attitudes*. In altre parole, si sostiene che l'efficacia del divieto dell'uso della forza è subordinata all'effettività del sistema di sicurezza collettiva accentrato. Il diritto "naturale" degli Stati a ricorrere alla forza appare comunque subordinato, al rispetto dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà, è cioè possibile usare la forza come *extrema ratio*, per difendere diritti fondamentali. Cfr. REISMAN, *Coercion and Self-Determination: Construing Charter Article 2(4)*, in *American Journal of Int. Law*, 1984, p. 642. Si è osservato che la mancanza di attuazione delle garanzie previste nello Statuto delle Nazioni Unite comporta un reviviscenza dei tradizionali diritti di auto-protezione preesistenti: "[it] is really a kind of subsequent interpretation approach, a reinterpretation of the Charter necessitated by subsequent events. There obviously has been a breakdown in this area; machinery envisaged by the Charter was never established, the machinery that would, in effect, warrant a State's relinquishment of its traditional rights." LILICH, *Humanitarian Intervention*, cit., p. 61; e, da ultimo, REISMAN, *Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: the Special Problem of Humanitarian Intervention*, in *European Journal of Int. Law*, p. 3-18, secondo cui l'illegittimità formale, i.e. ai sensi della Carta, delle azioni unilaterali per motivi umanitari sono da ritenersi lecite nella sostanza, anche alla luce del processo costitutivo del sistema giuridico che stiamo attraversando. Un approccio di questo tipo sembra basarsi sull'applicazione della *clausola rebus sic stantibus* alla Carta, e ricorda anche la dottrina di Stone. Queste tesi si pongono in contrasto con quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia in occasione del caso dello Stretto di Corfù, in *ICJ Reports* 1949, 35: "The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to the most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law".

diritto internazionale¹⁸⁶, vede nell'ONU uno strumento a disposizione degli Stati della comunità internazionale che, agendo *uti universi* per la tutela di valori o interessi ritenuti prevalenti, possono o meno decidere di servirsene¹⁸⁷. Questa interpretazione, che si avvicina molto alla realtà delle relazioni internazionali, spingerebbe a ritenere legittimo l'intervento in Kosovo in quanto posto in essere da un gruppo di Stati, agenti *uti universi*, a tutela di interessi appartenenti alla comunità internazionale nel suo insieme¹⁸⁸.

13. Il concetto di interessi della comunità internazionale

Durante il conflitto in Kosovo, particolare enfasi è stata data alla c.d. dottrina Blair, che inquadra l'uso della forza da parte della NATO tra gli strumenti coercitivi a disposizione della *comunità internazionale* per l'attuazione del diritto.

La dottrina e le istituzioni del diritto internazionale contemporanee utilizzano frequentemente la nozione di "comunità internazionale"¹⁸⁹. Nel diritto delle Nazioni Unite, il riferimento alla "comunità in-

¹⁸⁶ Si veda QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, I edizione, Napoli 1968, p. 277, di cui il Picone condivide le premesse circa il carattere anarchico della comunità internazionale ed il valore, ai fini della produzione giuridica, delle forze prevalenti nei vari momenti storici.

¹⁸⁷ In merito si è espresso l'attuale Segretario generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan che sostiene: "la mia preoccupazione principale [dopo il conflitto in Kosovo] era che le Nazioni Unite potessero venire usate per intervenire in alcuni casi ma non in altri. La questione adesso è capire se in futuro la comunità internazionale percorrerà la strada dell'intervento selettivo o quella della coerenza [...] dobbiamo insistere affinché la NATO e altre organizzazioni regionali agiscano in osservanza della Carta dell'ONU: che assegna la responsabilità primaria per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali al Consiglio di sicurezza". Cfr. FARKAS, *Dopo il Kosovo, coerenti sulla Cecenia*, Intervista, *Corriere della Sera*, domenica 12 dicembre 1999, p. 6.

¹⁸⁸ PICONE, *La «guerra del Kosovo»*, cit., p. 343 ss., p. 346 ss., evidenzia come, pur essendo lecito, *in abstracto*, l'intervento di umanità unilaterale, nel caso di specie, la macroscopica violazione di alcuni *standard* [per cui vedi *supra* alla nota 66] nella conduzione dell'azione da parte della NATO, ne abbia determinato l'illiceità.

¹⁸⁹ Secondo Virally, l'espressione è utilizzata più per la sua forza evocativa che per ragioni scientifiche. Cfr. VIRALLY, *Panorama du droit international contemporain*, in *Recueil des cours*, 1983, V, p. 9 ss. Si veda ABI-SAAB, *Whither the International Community?*, in *European Journal of Int. Law*, 1998, p. 248-265; ID., *Humanité et Communauté internationale dans la dialectique du droit international*, in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, 1991, p. 3 ss.; DUPUY, P., *International Law:*

ternazionale" ricorre così spesso che è difficile pensare a risoluzioni del Consiglio di sicurezza o dell'Assemblea Generale che non lo contengano. Anche la Corte internazionale di giustizia ha utilizzato la nozione di comunità internazionale in diverse decisioni e pareri, tra i quali è il famoso *obiter dictum* sul concetto di obblighi *erga omnes*¹⁹⁰. Similmente, l'articolo 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati definisce le norme imperative quali norme accettate dalla "international community of States as a whole"¹⁹¹.

In questa nozione, l'insieme degli Stati dà vita ad un'entità superiore i cui interessi trascendono quelli dei singoli. La dottrina tedesca distingue agevolmente la società degli Stati come *Gesellschaft* dalla comunità internazionale che è una *Gemeinschaft*, portatrice di valori e interessi che trascendono quelli dei singoli Stati che la compongono¹⁹². Da una parte c'è una *societas*, un patto di convivenza; dall'altra una comunione di valori, un patrimonio comune, una *civitas maxima*¹⁹³. Per una

Torn between Coexistence, Cooperation and Globalization. General Conclusions, in *European Journal of Int. Law*, 1998, p. 278-286, DUPUY, R., *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris 1986, ID., *Communauté internationale et disparités de développement*, in *Recueil des cours* 1979, IV, p. 21 ss.; HIGGINS, *International Law in a Changing International System*, in *Cambridge Law Journal*, 1999, p. 78-95; PAULUS/SIMMA, *The "International Community" Facing the Challenge of Globalization*, in *European Journal of Int. Law*, 1998, p. 266-277; SIMMA, *From Bilateralism*, *cit.*, p. 230 ss.

¹⁹⁰ Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Second Phase, Judgment*, in *ICJ Reports* 1970, p. 32; ID. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970)*, *Advisory Opinion*, in *ICJ Reports* 1971, p. 56; ID. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment*, in *ICJ Reports* 1980, p. 43. Da ultimo nella *Advisory Opinion* in materia di *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *cit.*, la Corte utilizza la nozione sette volte, ma (secondo quanto indicato in PAULUS/SIMMA *The "International Community" Facing*, *cit.*, 267) nel senso di "tutti gli Stati" e non secondo la nozione spiegata qui di seguito. Più in linea con l'interpretazione comune è la dichiarazione del Presidente della Corte, il giudice Mohammed Bedjaoui, *ibidem*.

¹⁹¹ Art. 53 Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei Trattati, in vigore dal 27 gennaio 1980, ratificata dall'Italia con L. 12.2.1974 n. 112.

¹⁹² La distinzione è coniata da TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887.

¹⁹³ In dottrina, sulla scia degli studi di Wolfgang Friedmann, si è parlato di una *summa divisio* del diritto internazionale, tra "diritto della coesistenza" e "diritto della cooperazione". Si veda FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, New York 1964; e, recentemente, gli Atti del simposio sull'eredità di Wolfgang Friedmann in *European Journal of Int. Law*, 1998, spec. i contributi di ABI-SAAB, *Whither the In-*

societas sono necessarie e sufficienti le regole minime di sopravvivenza del sistema¹⁹⁴. Tali sono le norme di Westfalia, la soluzione del *cuius regio eius religio* e del *par in parem non habet jurisdictionem*, da cui ha preso corpo il diritto internazionale tradizionale¹⁹⁵. La *civitas gentium maxima*, al contrario, abbisogna di un diritto internazionale teleologicamente orientato alla protezione dell'*ethos* di cui è portatrice: il rispetto dei diritti dell'uomo, la protezione dell'ambiente, la solidarietà con i paesi in via di sviluppo¹⁹⁶. Nascono così gli obblighi *erga omnes* e gli strumenti giuridici diretti a tutelare questi valori¹⁹⁷.

ternational Community, cit., p. 248 ss.; SIMMA/PAULUS, *The International Community Facing*, cit., p. 266 ss.; DUPUY, *International Law*, cit., p. 278 ss.

¹⁹⁴ In questa concezione, per così dire "hobbesiana" del mondo, lo Stato è "ermetico", impermeabile. Si è parlato, in modo colorito, di *biliard ball State*, per significare che gli Stati, come le palle del biliardo, danno vita a un gioco a somma zero: il guadagno di uno Stato equivale alla perdita di un altro Stato ed il diritto internazionale è essenzialmente bilaterale, o, nel linguaggio di Verdross, ha carattere "relativo". Non c'è comunità, l'unico interesse comune agli Stati è il rispetto delle regole del gioco. Si veda ABI-SAAB, *Whither cit.*, 251; SIMMA, *From Bilateralism*, 230 ss.; ma v. già VERDROSS, *Völkerrecht*, Vienna 1964, p. 126 ss.

¹⁹⁵ Philip Allott descrive il diritto internazionale tradizionale come "*the minimal law necessary to enable state-societies to act as closed systems internally and to act as territory-owners in relations to each other*" Cfr. ALLOTT, *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford, New York 1990, p. 324. Si veda SIMMA, *From Bilateralism*, cit., p. 229.

¹⁹⁶ Contrapponendola alla concezione hobbesiana o realistica della Comunità internazionale la concezione espressa nel testo viene ricondotta ad una matrice kantiana o universalista. Si veda in particolare PAULUS/SIMMA *The "International Community" Facing*, cit., p. 269 ss. che individuano diverse concezioni filosofiche intermedie tra i due idealtipi, rifacendosi alle lezioni di Grozio, Vattel e Friedmann. Cfr. H. BULL, *The Anarchical Society*, 1977. Come ha stigmatizzato René-Jean Dupuy "*La communauté internationale ne rassemble pas que des gouvernements, mais avant tout des hommes groupés dans des systèmes socio-culturels*". DUPUY, *La communauté internationale*, cit., p. 180.

¹⁹⁷ Si vedano, ad esempio, i numerosi Trattati multilaterali negoziati nel corso di conferenze internazionali, spesso promosse dalle Nazioni Unite, dalla fine degli anni '60 alla fine degli anni '80 sulle Relazioni diplomatiche, i diritti umani e il diritto umanitario, il diritto del mare. Cfr. Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961; International Covenant on Civil and Political Rights, 1966; International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, 1966; Geneva Protocol I Additional to Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1977; Geneva Protocol II Additional to Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 1977; United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982.

Questa interpretazione riconosce l'esistenza di una *Völkerrechts-gemeinschaft*, una comunità fondata sul diritto internazionale¹⁹⁸. Secondo questa tesi, il principio della celebre sentenza Lotus della Corte internazionale di giustizia, che sancisce che gli Stati sono vincolati soltanto a quanto abbiano consentito manifestando esplicitamente la propria volontà, sta cedendo il passo un diritto internazionale più comunitario, più altamente istituzionalizzato, dove gli Stati perseguono i propri interessi individuali attraverso le istituzioni multilaterali¹⁹⁹.

Come abbiamo visto²⁰⁰, la dottrina Blair riprende questa nozione di comunità internazionale per giustificare l'intervento in Kosovo a tutela dei valori ed interessi britannici e mondiali. Il riferimento alle istituzioni del diritto internazionale, nella dottrina Blair, deve intendersi come riferimento ad organizzazioni come la NATO, più libere di funzionare efficacemente e rappresentative degli interessi e valori euroatlantici: la pace, che deve intendersi come mantenimento dello *status quo* più che in senso letterale, la giustizia, la tutela dei diritti umani e delle minoranze, etc.

Le argomentazioni della dottrina Blair sono particolarmente interessanti perché rievocano le dottrine dell'intervento umanitario in voga nella seconda metà dell'ottocento. Le forze prevalenti della comunità internazionale tornerebbero a perseguire i propri interessi particolari, senza ricorrere alla struttura istituzionale pazientemente costruita nel corso di tutto il ventesimo secolo.

¹⁹⁸ La definizione si assume circolare: "not only *ubi societas, ibi ius*, but above all *ubi ius, ibi societas*. From this perspective, the community of States is viewed exclusively as a community under international law, and this legal community is made up exclusively of States". VIRALLY, *Panorama*, cit., p. 28. Cfr. VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926; MOSLER, *The International Society as a legal Community* *Recueil des cours* 1974, IV, p. 17 ss.

¹⁹⁹ PAULUS/SIMMA, *The "International Community" Facing*, cit., p. 277. Cfr. anche la dichiarazione dell'allora Presidente della Corte internazionale di giustizia, M. Bedjaoui, nell'*Advisory Opinion on Nuclear Weapons* del 1996, che segna il superamento del famoso principio evocato dalla Corte nel caso *Lotus* del 1927: "*En dépit de la percée encore limitée du 'supra-nationalisme' on ne saurait nier les progrès enregistrés au niveau de l'institutionnalisation, voire de l'intégration et de la 'mondialisation', de la société internationale [...] A l'approche résolument positiviste, volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle [...] s'est substituée une conception objective du droit international, ce dernier se voulant plus volontiers le reflet d'un état de conscience collective et une réponse aux nécessités sociales des États organisés en Communauté*".

²⁰⁰ Si veda la prima parte di questo lavoro in Studi Urbinati, A 51,3, p. 293-338.

14. Considerazioni conclusive

La guerra del Kosovo rappresenta il culmine della tendenza evolutiva che, dalla fine degli anni '80, ha riscoperto la dottrina ottocentesca degli interventi di umanità.

È difficile stabilire quale sia l'impatto sul diritto internazionale di tale dottrina, che le forze prevalenti della comunità internazionale a volte affermano e a volte, di fatto, negano. Infatti, parallelamente all'affermazione del dovere di assicurare il rispetto dei diritti umani ad ogni costo, e quindi anche mediante l'uso della forza, si deve registrare, senza retorica, l'ampia discrezionalità con cui lo strumento dell'intervento umanitario è utilizzato. Allo stato attuale, l'assenza di un consenso generalizzato in tema di diritti dell'uomo è testimoniato dalle manifeste e flagranti violazioni di tali diritti che vengono perpetrate in varie parti del pianeta e che sono, di fatto, tollerate dalla comunità internazionale. Inoltre, nei casi di ricorso all'intervento per motivi di umanità, i soggetti che ne sono autori dimostrano una certa prudenza allorché descrivono la situazione che ha dato luogo all'intervento come "eccezionale", né appaiono propensi ad affermare la liceità di tale istituto a prescindere dalle circostanze del caso.

La situazione internazionale che si è creata con la fine della contrapposizione politica tra est e ovest è, per alcuni aspetti vicina alla realtà ottocentesca, caratterizzata da una certa coesione degli Stati europei ed emblematicamente descritta dallo *ius publicum europaeum* schmittiano. Durante gli anni '90 si sono create condizioni favorevoli per una convergenza della comunità internazionale verso valori sociali e politici comuni, quali la democrazia, il rispetto dei diritti umani *etc.*²⁰¹.

In questo contesto è ipotizzabile che questo "patrimonio comune", proprio per la diffusione di certi valori o per loro aspirazione all'universalità, possa formare il contenuto di norme consuetudinarie nuove (o reviviscenti) o anche di principi generali di diritto²⁰². L'intervento

²⁰¹ In questo senso FERRARI BRAVO, *Prospettive del diritto internazionale alla fine del secolo XX*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 525-533. Emblematica, a questo proposito, appare l'esperienza del Sud Africa così come di altri paesi africani, latinoamericani ed asiatici.

²⁰² Come già evidenziato, la crescente attività pubblicistica svolta dalle organizzazioni internazionali ed *in primis* dall'ONU, sembrava far convergere la comunità anarchica degli Stati verso un sistema accentrato, quanto meno relativamente alle funzioni

umanitario, sicuramente illegittimo secondo il diritto internazionale delle Nazioni Unite, potrebbe acquisire, progressivamente, generale riconoscimento e divenire oggetto di una norma consuetudinaria²⁰³.

A tutt'oggi questa non è che una ipotesi astratta, che non trova riscontro nella prassi, ossia in una *diuturnitas* coerente ed in una *opinio iuris sive necessitatis* sicura e univoca.

Certo è che se l'intervento unilaterale o multilaterale per motivi umanitari dovesse trovare riconoscimento giuridico anche solo come un male necessario, ossia come *extrema ratio*, il principio di sovranità e uguaglianza tra Stati sovrani subirebbe un colpo decisivo²⁰⁴. È lecito chiedersi, in tal caso, che cosa resterebbe del diritto internazionale classico una volta rimossa la pietra miliare su cui si regge: il principio di non intervento²⁰⁵.

L'erosione progressiva della giurisdizione domestica segna, secondo una dottrina, il definitivo tramonto della struttura orizzontale della comunità internazionale. Il peso assunto dall'ONU e dalle altre organizzazioni internazionali nella gestione delle funzioni generali dell'ordinamento internazionale (di produzione, accertamento e garanzia del diritto), ha fatto pensare ad un nuovo assetto internazionale organizzato in senso gerarchico. Le azioni collettive, di tipo "pubblicistico" gestite dal Consiglio di sicurezza oltre i limiti statutari, potevano ritenersi uno degli elementi di tale processo di "verticalizzazione" del potere

sociali di produzione, accertamento, e garanzia del diritto, attraverso la progressiva limitazione della sovranità degli Stati. ZICCARDI CAPALDO, *Legittimità democratica*, cit., p. 639-660, evidenzia come in questa congiuntura storica assumano rilevanza i principi generali, mettendo in luce le potenzialità rappresentate da questa fonte di diritto per l'evoluzione e l'aggiornamento del diritto internazionale generale.

²⁰³ FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 525 ss., sottolinea come il nuovo assetto internazionale presenti caratteristiche favorevoli ad un rilancio del diritto consuetudinario, che potrebbe portare anche al recupero del carattere generale di norme consuetudinarie che, nel periodo della contrapposizione ideologica, potevano essere regredite a consuetudini particolari.

²⁰⁴ MILLS, *Human Rights in the emerging global Order: a new Sovereignty?*, 1998, p. 53, afferma perentoriamente: "the days of sovereignty as an absolute ordering principle are over". Secondo l'Autore americano la sovranità sarebbe ormai soggetta ad un sindacato di legittimità, operato dalla comunità internazionale, fondato sul rispetto dei diritti dell'uomo.

²⁰⁵ FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 528, evidenzia come proprio sulla sovranità e sul non intervento si fondi l'autonomia del diritto internazionale e osserva: "Quanto, in verità, potrà resistere il diritto internazionale classico ad una possibile distruzione del principio di non ingerenza negli affari interni degli altri Stati?".

nel sistema di diritto internazionale. Altri elementi, che vanno in questa direzione, sono offerti dal panorama internazionale. Si pensi all'incipiente coesione di ordinamenti politico-giuridici come la Unione Europea o l'OSCE ed alla crescente autonomia di queste strutture rispetto alle componenti governative che le formano.

Non è facile leggere i dati che emergono dalla guerra del Kosovo nel contesto di questa evoluzione. Il processo di *decision-making* che ha portato all'attuazione dei *raid* NATO evidenzia il ruolo primario della concertazione tra i Ministri del Gruppo di contatto, espressione dei governi nazionali, le cui decisioni hanno anticipato e condizionato le iniziative degli organi istituzionali internazionali quali l'ONU, l'Unione europea, l'OSCE ed evidentemente la NATO. In tale ottica, gli elementi offerti dagli eventi in Kosovo appaiono contraddittori: accanto al superamento della sovranità territoriale in nome di valori superiori, appartenenti agli Stati *uti universi*, si è esaltata l'importanza della difesa degli interessi nazionali ed il rifiuto dei meccanismi delle istituzioni internazionali, più garantisti ma sostanzialmente inefficaci²⁰⁶.

Lo sviluppo del diritto internazionale nel nuovo millennio sembra giorcarsi in questa lotta tra l'organizzazione della comunità internazionale in senso istituzionale ed il regresso alla "anarchia" del diciannovesimo secolo²⁰⁷.

Già la gestione della crisi bosniaca, che si è conclusa con la stipula degli accordi di Dayton negoziati da Richard Holbrooke al di fuori degli schemi delle Nazioni Unite, offriva elementi di riflessione sulla

²⁰⁶ L'interrelazione, *rectius*, l'interdipendenza tra interessi nazionali e valori della comunità internazionale è stata affermata, a più riprese, dai soggetti autori dell'azione armata in Kosovo ed in particolare dai suoi protagonisti: il Primo Ministro inglese Tony Blair ed il Presidente americano Bill Clinton. Così, si tenta di affermare, addirittura su un piano generale e astratto, la convergenza tra *ethos* e *realpolitik*, una convergenza impossibile e, in sé, paradossale. Per una denuncia dell'assenza di diplomazia e di politiche lungimiranti nella guerra della NATO, cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *Kosovo, la guerra in Europa*, Milano 1999.

²⁰⁷ Osserva O. CORTEN, *Un renouveau du «droit d'intervention humanitaires»? Vrai problèmes, fausse solution*, in *Revue Trimestrielle de droits de l'homme*, 2000, p. 695-708, "L'arrière plan éthique du discours sur l'ingérence humanitaire s'apparente en définitive à une forme de messianisme assez proche de celle qui prévalait au XIX siècle, au cours duquel les États dits «civilisés» – on dira aujourd'hui les «Etats de droit» – imposaient leur critères de légitimité sans aucune forme d'objectivation de type universel... Avec les résultats que l'on sait, y compris – et surtout – sur le plan de la protection des droits de l'homme..."

propensione di alcuni Stati per azioni unilaterali²⁰⁸. L'azione della NATO, superando la necessità delle celebri decisioni del Consiglio di sicurezza ai sensi dell'ipotetico articolo 41*bis* della Carta delle Nazioni Unite, fa pensare che le forze dominanti della comunità internazionale, intendano "riesumere" una norma consuetudinaria generale avente ad oggetto l'intervento umanitario.

L'esperienza ottocentesca insegna, tuttavia, che è non è agevole trovare i consensi necessari a sussumere interventi *ad hoc* entro la fattispecie di una norma giuridica, per definizione dotata dei caratteri di generalità e astrattezza. È assai più probabile, ed è il pericolo che si sta correndo, veder riaffiorare il sistema delle "sfere d'influenza" in cui il principio di umanità trova spazio solo a beneficio di alcuni e solo a danno di altri.

²⁰⁸ Nello stesso senso DUPUY, P. M., *The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law*, in *European Journal of Int. Law*, 2000, p. 19-29.

