



OSSERVATORIO SUL CONSIGLIO DI SICUREZZA E I DIRITTI UMANI N. 2/2016

1. IMPERTURBABILITÀ E TURBAMENTO NELL'ART. 51 DELLA CARTA DELLE NAZIONI UNITE

1. *Sulle virtù giuridiche della teoria sistematica: la falsificazione delle letture ortodosse e financo revisioniste della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale*

La prassi del Consiglio di sicurezza è stata da sempre oggetto di diverse interpretazioni da parte della dottrina. Estremizzando i concetti, al fine di far emergere con maggiore nitidezza le differenti posizioni, possiamo, in primo luogo, individuare una corrente dottrinarica che considera la Carta delle Nazioni Unite (d'ora in avanti "ONU") alla stregua di un feticcio giuridico sacro e inviolabile (nella dottrina italiana il più radicale rappresentante di questa posizione è sicuramente A. BERNARDINI, *ONU non deviata o Nato (e oltre): diritto o forza*, Teramo, 2002). La conseguenza è che la prassi consigliata sarà considerata ultronea non soltanto quando chiaramente *ultra o contra vires*, ma anche quando basata su una interpretazione dinamica e funzionalmente orientata del diritto onusiano. Dall'altra parte, ai feticisti della Carta delle Nazioni Unite, che interpretano in maniera letterale e restrittiva le sue disposizioni, si contrappongono quelli che possono essere definiti "revisionisti", ovvero coloro che più o meno strumentalmente sono sempre alla ricerca di argomentazioni giuridiche idonee ad avallare le prassi consigliate più controverse.

In realtà, sia gli uni che gli altri trovano un terreno giuridico comune nell'affermazione quasi apodittica dell'immodificabilità della Carta dell'ONU sia per via interpretativa che attraverso la prassi consolidata dei principali organi. L'elemento giuridico che consente di discriminare i "resistenti" dai "revisionisti" è che mentre i primi dall'alto del diritto onusiano nullificano qualsiasi dinamica divergente dall'ortodossia (... una volta) dominante, i secondi guardano verso l'alto per giustificare la prassi ultra-innovativa (o *ultra vires*?) sulla base del diritto internazionale generale, arrivando a qualificare il Consiglio di sicurezza quale organo materiale della comunità internazionale (nel senso indicato, il punto di riferimento obbligato è rappresentato da P. PICONE, del quale cfr. l'importante raccolta di contributi, *Comunità internazionale e obblighi "erga omnes"*, Napoli, 2007).

Chi scrive è stato, al contrario, da sempre fautore di una interpretazione sistematica ed evolutiva della Carta dell'ONU che va letta alla stregua di uno strumento giuridico vivente che trova applicazione continua attraverso, nel caso che qui maggiormente interessa, le risoluzioni del Consiglio di sicurezza (cfr. R. CADIN, *I presupposti dell'azione del Consiglio di sicurezza nell'articolo 39*

della *Carta delle Nazioni Unite*, Milano, 2008, passim). È chiaro che questo dinamismo normativo deve essere ancorato giuridicamente ai principi fondamentali della Carta dell'ONU e che tale evoluzione del diritto onusiano condiziona lo sviluppo del diritto internazionale generale, rimanendone nel contempo influenzato. Anziché negare la cittadinanza a gran parte della prassi consigliare che inevitabilmente non corrisponde più al dato letterale, interpretato restrittivamente, di uno strumento giuridico elaborato più di 70 anni fa (come fanno gli ortodossi) o consentire continue deviazioni dal diritto onusiano e internazionale per assecondare le ordalie realiste delle grandi potenze (come, in maniera più o meno esplicita e intenzionale, rischiano di fare i revisionisti), l'approccio metodologico proposto si basa su una valutazione caso per caso delle dinamiche evolutive al fine di accertarne la compatibilità con una interpretazione sistematicamente e funzionalmente orientata della Carta dell'ONU. Non si tratta di attribuire all'interprete i poteri taumaturgici dello "stregone" giuridico, ma di riconoscere al giurista il ruolo di discernere fino a che punto ed entro quali limiti giuridici l'imperturbabilità del diritto onusiano possa essere attraversata da qualche turbamento giuridico che, beninteso, non sia il frutto di un fenomeno meramente passeggero.

Qualche esempio illuminante tratto dalla prassi consigliare renderà più chiaro il discorso teorico. Le autorizzazioni all'uso della forza concesse dal Consiglio di sicurezza agli Stati (le cosiddette "coalizioni di volenterosi"), ai sensi del cap. VII della Carta (dunque non rientranti nel cap. VIII sulle organizzazioni e accordi regionali), sono state da sempre oggetto di un appassionato dibattito dottrinario destinato a riaccendersi ogni qual volta l'organo consigliare ha seguito questa prassi non ortodossa. Se questo è vero, è anche del tutto evidente che oggi nessuno metterebbe in discussione per sé l'istituto giuridico dell'autorizzazione all'uso della forza, ormai consolidatosi in una prassi decennale (a dispetto della posizione originaria dei "resistenti" la cui rilevanza è ormai soltanto simbolica), né ammetterebbe senza alcun limite il modello in "franchising" sulla base della necessità "normativa" sussistente nel diritto internazionale di rispondere, attraverso l'azione del Consiglio di sicurezza, alla perpetrazione di crimini internazionali che generano la responsabilità aggravata *erga omnes* degli Stati offensori (posizione che, pur avendo una propria dignità teorica, è minata da numerosi aspetti critici che la rendono inaccettabile). Si è invece ormai affermata la tesi, più volte sostenuta da chi scrive, della possibilità di inquadrare tale istituto nel diritto onusiano attraverso una lettura evolutiva in combinato disposto degli artt. 42 e 48 della Carta dell'ONU, sempre che siano rispettate alcune condizioni che riflettono l'essenza stessa del concetto di sicurezza collettiva: il Consiglio deve indicare le finalità e le modalità dell'uso autorizzato della forza e deve mantenere il controllo politico della situazione (sotto quest'ultimo profilo, l'elemento giuridico decisivo è la previsione esplicita di un termine, soggetto ad eventuale rinnovo, dell'autorizzazione). Ecco dunque all'opera il metodo sistematico che non segue una logica estremista per forza di cosa apodittica, ma discrimina tra situazione e situazione sulla base di criteri giuridici che, pur andando oltre un approccio puramente formalistico, trovano il loro fondamento nell'essenza normativa della Carta dell'ONU.

Un caso in cui l'utilizzo del metodo sistematico non porta, sia pure entro stretti limiti giuridici, ad avallare una prassi innovativa del Consiglio di sicurezza è invece quello dell'istituzione dei tribunali penali internazionali *ad hoc* per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia e in Ruanda attraverso risoluzioni adottate dal Consiglio *ex cap.* VII della Carta dell'ONU. In una situazione del genere, la questione non è quella di incanalare l'evoluzione dei poteri del Consiglio nei limiti statutari e nell'ambito del concetto di sicurezza collettiva, ma quella ben differente di desumere nuovi poteri (impliciti) dalle finalità che l'organo consigliare deve perseguire. Poteri che semplicemente il Consiglio di sicurezza non ha e, di conseguenza, non può esercitare (la funzione normativa idonea a creare un tribunale penale internazionale) e tantomeno delegare (la funzione

giurisdizionale quale presupposto dell'accertamento giudiziale del diritto). Tuttavia, anche nell'ipotesi di una prassi chiaramente *ultra vires*, il giurista che segue un approccio sistematico può trovare soluzioni intelligenti che hanno il pregio di spiegare perché le risoluzioni incriminate, pur essendo ultronee nel momento in cui sono state adottate e non avendo creato un precedente invocabile nel futuro, hanno trovato effettiva applicazione nella decennale prassi che ha caratterizzato l'esistenza e il funzionamento dei due tribunali penali internazionali *ad hoc*. Nel senso indicato, soccorre l'autorevole tesi sostenuta da Arangio-Ruiz secondo cui, con riferimento alla situazione giuridica in esame, si sarebbe verificato il fenomeno dell'acquiescenza che, in assenza di obiezioni esplicite da parte dei soggetti interessati, sana un comportamento antigiusdizionale senza peraltro dare vita ad un precedente invocabile per giustificare la reiterazione della prassi ultronea (G. ARANGIO-RUIZ, *The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of the Implied Powers of the United Nations*, in F. LATTANZI, E. SCISO (a cura di), *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc ad una Corte Permanente*, Napoli, 1995, p. 31 ss.). Tale lettura è confermata dal fatto che gli stessi Stati che hanno cooperato con le attività dei suddetti tribunali nonostante la loro origine pretoriana, abbiano poi deciso di istituire la Corte penale internazionale tramite un canonico accordo internazionale.

Un altro esempio, ma ancora se ne potrebbero fare, della capacità della teoria sistematica di andare oltre una visione manichea che contrappone in rigidi dualismi gli ortodossi ai revisionisti, i realisti agli idealisti, gli amanti dei diritti umani ai sostenitori della ragion di stato, è rappresentato dalla prassi del Consiglio di sicurezza nella lotta al terrorismo internazionale, con particolare riferimento all'adozione *ex cap. VII* della Carta di misure sanzionatorie individuali nei confronti di presunti terroristi inseriti nelle cosiddette "black lists". Dinanzi al palesarsi di un possibile contrasto tra le norme internazionali sui diritti umani e il regime sanzionatorio in parola, nell'attuazione datane dagli zelanti Stati membri, l'unico approccio teorico convincente è stato ancora una volta quello sistematico che rifugge, salvo casi eccezionali, da argomentazioni "pesanti" fondate sulla gerarchia delle e nelle fonti (*jus cogens* e art. 103 della Carta dell'ONU) per evidenziare la sussistenza di un obbligo "interno" al diritto onusiano al rispetto dei diritti umani che anche il Consiglio deve osservare (salvo esplicita volontà contraria manifestata dall'organo, peraltro soggetta al contro-limite dello *jus cogens*). A tale obbligo si collega il criterio esegetico, ormai accolto nella giurisprudenza internazionale, che impone, nei limiti del possibile, l'interpretazione conforme delle risoluzioni consigliari agli standard internazionali sui diritti fondamentali dell'uomo. È inutile osservare come questa presunzione, sia pure relativa, abbia ridotto considerevolmente il potenziale conflitto tra azione del Consiglio di sicurezza e diritto internazionale dei diritti umani grazie all'utilizzo di meri strumenti interpretativi (cfr. R. CADIN, *La saga Kadi e la ricerca della quadratura del cerchio nell'ambito dei sistemi multilivello: l'approccio sistematico nella recente giurisprudenza delle corti europee*, in L. PANELLA (a cura di), *I diritti umani nella giurisprudenza e nella prassi del diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2013, p. 211 ss.).

2. L'applicazione della teoria sistematica alla vexata quaestio della possibilità di applicare l'art. 51 della Carta agli attori non statali: la legittima difesa "coordinata"

Alla luce dei risultati esemplari che il ricorso alla teoria sistematica ha consentito di raggiungere nella soluzione di complesse questioni giuridiche relative ai poteri del Consiglio di sicurezza e ai limiti giuridici che questi incontrano nel diritto onusiano e internazionale, pare naturale chiedersi se l'approccio in esame possa contribuire a fare chiarezza sulla possibilità di invocare la legittima difesa per giustificare l'uso della forza nei confronti di attori non statali. In particolare, è lecito domandarsi se le disposizioni contenute nell'art. 51 della Carta dell'ONU

possano assumere un significato idoneo a contenere e depotenziare il rischio di abusi derivante dalle contraddizioni normative presenti nel diritto internazionale in tale delicata materia.

Infatti, anche ammettendo che l'istituto della legittima difesa (... e l'art. 51 della Carta) possa essere invocato dagli Stati per rispondere militarmente ad attacchi terroristici realizzati da attori non statali, che per intensità e gravità dei danni arrecati possano essere equiparati ad un attacco armato, rimane il problema fondamentale di coordinare tale pretesa con la posizione dello Stato sul cui territorio si realizza l'autotutela armata altrui. Nell'ipotesi in cui lo Stato territoriale non dia il proprio consenso all'azione armata dello Stato sotto attacco terroristico e, nel contempo, non abbia la possibilità materiale di eliminare in tempi rapidi la minaccia terroristica che opera sul proprio territorio, senza che questa incapacità possa in alcun modo far ipotizzare una sorta di complicità o di collusione con l'entità terroristica, si crea nel diritto internazionale una contraddizione normativa tra le situazioni giuridiche riconosciute ai due o più Stati interessati. In particolare, lo Stato territoriale non potrà che denunciare la violazione della propria sovranità, oltre che naturalmente del divieto di interferenza negli affari interni, e nei casi più gravi l'aggressione militare subita, mentre lo Stato interveniente si giustificherà invocando per l'appunto la legittima difesa contro attori non statali.

In una situazione del genere, per nulla ipotetica come dimostra ampiamente il caso siriano, il Consiglio di sicurezza non può certo limitarsi a chiedere alle parti di rispettare il diritto internazionale dato che, come abbiamo appena osservato, è proprio l'evoluzione incerta dell'istituto della legittima difesa nei confronti di attori non statali a rappresentare una parte non secondaria del problema (cfr. R. CADIN, *Considerazioni generali: nella risoluzione 2249 (2015) contro l'ISIL il Consiglio di sicurezza descrive ma non spiega!*, in questa rivista, 5/2015, 1241 ss.). Cerchiamo invece di discernere, sia pure nella massima sintesi, quale potrebbe essere, se non la soluzione, almeno il posizionamento del problema sulla base di un approccio sistematico.

Iniziamo a chiederci quali aspetti essenziali dell'istituto della legittima difesa siano da considerarsi strutturalmente immodificabili *rebus sic stantibus*, ovvero nell'attuale comunità internazionale e nel suo diritto. Senza dubbio la legittima difesa è "imperturbabile" nel suo essere una eccezione al divieto dell'uso della forza, per di più una eccezione confermativa che anziché insidiare fortifica il divieto perché può essere invocata solo ed esclusivamente nel caso di una sua violazione e per porre termine ad essa. Da ciò deriva non soltanto la necessità imperativa di una interpretazione restrittiva dell'istituto (che condanna senza appello qualsiasi deviazione verso la *preventive self-defence*), ma più in generale che la legittima difesa non possa essere strumentalizzata per avallare la nascita di regimi giuridici paralleli in cui, ad esempio, l'uso della forza sia consentito senza limiti spazio-temporali per depotenziare la minaccia rappresentata da entità terroristiche.

Inoltre, la legittima difesa si configura come eccezione anche in un secondo senso, non più normativo, ma istituzional/procedurale: il Consiglio di sicurezza ha infatti il monopolio (*rectius* ... il quasi monopolio) dell'uso della violenza militare nelle relazioni internazionali, salvo il caso del ricorso all'uso della forza per difendersi da un attacco armato già sferrato. Anche nell'atteggiarsi come eccezione "unilaterale" al sistema di sicurezza collettiva dell'ONU la legittima difesa è sicuramente "imperturbabile", nel senso che non possono avere cittadinanza nel diritto onusiano interpretazioni idonee a marginalizzare il ruolo del Consiglio di sicurezza o a determinare l'insorgenza di situazioni che possono pregiudicare la pace e la sicurezza internazionale.

Premesso tutto ciò, sarebbe peraltro ingeneroso non riconoscere che la narrativa ortodossa che limita la possibilità di invocare la legittima difesa ai soli rapporti interstatali non corrisponde più alla realtà delle relazioni e delle patologie internazionali e che, in ogni caso, non ci sono ragioni giuridiche insuperabili idonee ad escludere gli attori non statali dalla sfera soggettiva di applicazione del regime giuridico in esame. Del resto, nessun elemento testuale presente nell'art.

51 della Carta dell'ONU può essere richiamato per sostenere una lettura esclusivamente stato-centrica della legittima difesa e lo stesso *dictum* contenuto nel parere reso dalla Corte internazionale di giustizia sulle conseguenze giuridiche della costruzione del muro israeliano in territorio palestinese, che esclude la possibilità di adottare misure in autotutela contro entità non statali, è stato oggetto di forti critiche che ne hanno evidenziato l'assenza di motivazioni (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004*, p. 136 ss., p. 194, par. 139).

Un argomento a carattere fortemente sistematico che può essere invocato per sostenere la natura non necessariamente interstatale della legittima difesa è il fatto che ormai non ci sono più dubbi sulla possibilità di applicare il regime giuridico previsto dal Cap. VII della Carta dell'ONU agli attori non statali: le entità non statali possono determinare tramite il loro comportamento una situazione di minaccia della pace ai sensi dell'art. 39 della Carta, possono essere destinatarie di sanzioni *ex art.* 41 della Carta ed anche diventare l'obiettivo dell'uso autorizzato della forza da parte del Consiglio di sicurezza. Sarebbe dunque assai curioso che solo ed esclusivamente con riferimento all'art. 51 della Carta il sistema di sicurezza collettiva conserverebbe un'antistorica natura stato-centrica.

All'imperturbabilità dell'istituto della legittima difesa quale doppia eccezione (normativa e istituzional/procedurale) al divieto dell'uso della forza nel diritto internazionale ed onusiano, corrisponde dunque un turbamento significativo relativo alla sfera di applicazione soggettiva che include gli attori non statali e coinvolge anche gli Stati territoriali nei quali essi operano. La questione essenziale diventa, di conseguenza, quella di evitare che il superamento della natura stato-centrica della legittima difesa concretizzi quella contraddizione normativa alla quale si faceva prima riferimento. Sotto il profilo logico/sistematico tale risultato sarebbe conseguibile soltanto configurando come "concordato" il ricorso alla legittima difesa nei confronti di entità non statali. In prima battuta, "concordato" tra lo Stato oggetto dell'attacco armato e Stato incapace di evitare che il proprio territorio sia utilizzato da attori non statali per realizzare detti comportamenti aggressivi. Solo nel caso di mancato consenso dello Stato territoriale, la legittima difesa contro attori non statali dovrebbe essere "concordata" nell'ambito del Consiglio di sicurezza sulla base di una interpretazione evolutiva della spesso dimenticata seconda frase dell'art. 51 della Carta che dispone: «*Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security*». Si presuppone, infatti, che il ricorso alla legittima difesa contro entità non statali in assenza del consenso dello Stato territoriale sia per definizione idoneo a mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionale e debba quindi essere oggetto di una previa determinazione da parte del Consiglio ai sensi della disposizione citata. Sussiste certamente il rischio che il Consiglio non riesca ad assumere una qualsiasi posizione a causa del veto apposto o minacciato dai membri permanenti, ma questo è nulla rispetto al pericolo insito nel consolidamento di un regime parallelo in cui l'uso della forza è sempre consentito, senza limiti di spazio e tempo, per rispondere alla minaccia terroristica in modo non coordinato tra gli Stati interessati.

Ca va sans dire che, in assenza di una prassi consolidata a sostegno, la legittima difesa "concordata" nei confronti di attori non statali viene qui proposta in una prospettiva meramente *de lege ferenda*, quale contributo della teoria sistematica allo sviluppo progressivo del diritto internazionale ed onusiano in quello stretto crinale che separa l'imperturbabilità dal turbamento giuridico.

RAFFAELE CADIN