

prof. GEORGE P. FLETCHER
Columbia University

LA GIUSTIZIA È IMPORTANTE PER IL DIRITTO DI GUERRA^{2(*)}

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Il problema del duplice effetto. – 2. Giustificare le Convenzioni di guerra. – 3. Il fondamento logico della guerra e il problema della giustizia.

Introduzione

L'elaborazione intellettuale sul diritto di guerra soffre di un cronico isolamento. I commentatori dello Statuto di Roma sono internazionalisti, che non prestano attenzione né all'opera degli studiosi della teoria del diritto penale né a quella dei filosofi¹. I filosofi – si consideri Jeff MacMahan quale rilevante esempio – ignorano i particolari giuridici che dominano i testi del diritto internazionale. I penalisti hanno potenzialmente un grande contributo da offrire alla discussione sul diritto internazionale ma non sembrano interessati a parteciparvi, e così via. Gli scrittori con platee limitate, vivendo in mondi chiusi, sono ignari di ciò che hanno da imparare da chi affronta il tema con un approccio differente.

Per una emblematica illustrazione delle differenze in parola, si consideri il modo in cui MacMahan colloca la sua nuova opera intitolata *The Morality and Law of War*² nella tradizione intellettuale: egli concepisce il suo lavoro come parte di una “teoria della guerra giusta” – un filone che risale presumibilmente ai Greci ma che ha trovato la sua massima espressione negli autori cristiani, da Agostino a Tommaso d'Aquino. Dopo che Michael Walzer ha rivitalizzato il dibattito in materia con il suo libro *Just and Unjust Wars* nel 1977³, una sorta di “piccola industria” è sorta intorno alla nozione di “teoria della

* Traduzione dall'inglese a cura del dott. Alessandro Corda, dottorando di ricerca in Giustizia penale, Giustizia internazionale e Diritti fondamentali nell'Università di Pavia.

¹ La prima opera giuridica a riguardo è stata quella di O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999).

² J. MACMAHAN, *The Morality and Law of War: The Hourani Lectures* (2007).

³ M. WALZER, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustration* (3rd ed., 2000).

guerra giusta”. Gli autori sono filosofi che sembrano non essere a conoscenza del fatto che i giudici del Tribunale internazionale per i crimini di guerra nella ex-Yugoslavia (ICTY) o coloro i quali si occupano della Corte penale internazionale sarebbero cauti nel riferirsi ad una “teoria della guerra giusta”. Anche se essi sapessero cosa fosse questa teoria storica, essa darebbe loro l’impressione di essere irrilevante per l’analisi giuridica dello *jus ad bellum* (il diritto di intraprendere le ostilità) e dello *jus in bello* (la disciplina giuridica concernente il modo di combattere le guerre) in base alle condizioni attuali.

La tesi di questo articolo è che la giustizia non sia un fattore che riguarda il diritto bellico. Altri principî morali vengono applicati – come la reciprocità e la responsabilità dei comandanti e dei soldati per condotte criminali. Ma la giustizia afferisce ad una sfera particolare, e quella sfera non si interseca con il diritto di guerra.

1. *Il problema del duplice effetto*

Talvolta i principî morali incidono sul diritto senza che gli addetti ai lavori siano consapevoli della loro fonte ed influenza. Un buon esempio di ciò è il principio del duplice effetto – teorizzato, per quanto ne so, da Tommaso d’Aquino per spiegare la struttura dell’omicidio per legittima difesa⁴. L’idea di fondo, che esaminerò in modo approfondito più avanti, è che colui che si difende non dovrebbe avere intenzione di uccidere l’aggressore ma soltanto l’intenzione di evitare l’imminente e illecita aggressione. Se l’aggressore viene ucciso come effetto collaterale della legittima difesa – e l’uccisione non è sproporzionata rispetto alla gravità dell’aggressione posta in essere dall’assalitore – l’uccisione allora è giustificata e priva di infamanti conseguenze giuridiche. La stessa idea è alla base del principio della *distinzione* nel diritto penale internazionale, vale a dire che è inammissibile bersagliare intenzionalmente i civili, ma i civili possono essere uccisi come “danno collaterale” di attacchi contro obiettivi militari. L’unica limitazione – raramente applicata nella pratica – è che la perdita di vite tra i civili non deve essere “eccessiva” o “sproporzionata” rispetto all’obiettivo militare⁵. In altre parole, i comandanti devono *distin-*

⁴ T. D’AQUINO, *Summa Theologica* (translated by Fathers of the English Dominican Province, revised by Daniel J. Sullivan, Encyclopedia Britannica, 1952); v. in part., Question 64, Article 7.

⁵ Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, entrato definitivamente in vigore il 1° luglio 2002, 2187 U.N.T.S. 3, Art. 8(2)(b)(iv).

guere tra i combattenti ed i civili, e rivolgere gli attacchi solo contro obiettivi militari e belligeranti. Il danno ai civili non deve essere intenzionale.

Senza il principio del duplice effetto, sarebbe difficile esprimere con chiarezza o comprendere veramente questo punto. Il sotteso principio morale è che si è corrotti, in primo luogo, dal diretto ed intenzionale contatto con il male. Se si ha intenzione di uccidere direttamente un essere umano, si è colpevoli di assassinio. Se la morte si verifica come effetto collaterale, l'evento non viene posto a carico dell'agente nello stesso modo. Soltanto se questi effetti collaterali sono sproporzionati rispetto alla buona intenzione (per esempio: evitare l'aggressione, attaccare obiettivi militari), si è colpevoli di un misfatto.

La tabella seguente mostra il raffronto strutturale tra la legittima difesa ed il principio della distinzione in guerra:

	Guerra	Legittima difesa
Intenzione buona	Attaccare obiettivi militari	Respingere l'aggressione
Intenzione cattiva	Uccidere civili	Uccidere un essere umano

Questa serie di distinzioni è fondamentale sia per il diritto penale che per il diritto bellico, eppure non tutti sono consapevoli della loro influenza. L'intera struttura delle Convenzioni di Ginevra è basata sulle idee gemelle (1) che esistono soggetti protetti (i prigionieri di guerra, gli ammalati, i civili e altri *hors de combat* – vale a dire persone che hanno diritto al rispetto della loro vita e della loro integrità fisica e morale) e (2) che è illegale prendere intenzionalmente come bersaglio soggetti protetti, ma essi possono essere uccisi come proporzionato effetto collaterale di attività militari legittime. L'importante previsione dello Statuto di Roma considera reato⁶:

lanciare intenzionalmente attacchi nella consapevolezza che gli stessi avranno come conseguenza la perdita di vite umane tra la popolazione civile, lesioni a civili...che siano manifestamente eccessive rispetto all'insieme dei concreti e diretti vantaggi militari previsti⁷;

Questa disposizione reca ovviamente l'impronta dalla dottrina tomista del

⁶ V. *Id.*

⁷ La parte omessa di questa disposizione prevede una forma di danno aggiuntiva, ossia "danni a proprietà civili ovvero danni diffusi, duraturi e gravi all'ambiente naturale che siano manifestamente eccessivi rispetto all'insieme dei concreti e diretti vantaggi militari previsti".

“duplice effetto”, ma non ho mai visto il principio generale essere menzionato o considerato in un’opera giuridica sul diritto bellico. Il principio della distinzione viene accolto come premessa fondamentale del sistema. La sua giustificazione morale non pare richiedere trattazione.

In modo interessante, i penalisti accettano generalmente il principio del duplice effetto in relazione alla disciplina della legittima difesa ma lo rifiutano in relazione alla disciplina dell’omicidio. Ad esempio, l’articolo 32(2) del Codice penale tedesco definisce la legittima difesa come una “difesa necessaria per respingere da sé o da altri un’aggressione attuale e anti-giuridica”. Colui che si difende deve avere una diretta intenzione di impedire l’aggressione; se così è, è ammissibile agire con la consapevolezza che l’azione, con alta probabilità, avrà come risultato la morte dell’aggressore. La morte dell’aggressore è, per così dire, un danno collaterale: non è l’obiettivo primario della condotta difensiva.

Al contrario, uccidere con la *oblique intention* – (ossia, quale conseguenza prevista al limite della certezza ma non direttamente perseguita in base alla propria reale intenzione) è grave quanto uccidere con un’attenzione specifica rivolta alla vittima.

Per esempio, se Oswald mira a Kennedy e spara e colpisce Connally, che è in piedi proprio accanto a Kennedy, Oswald è colpevole dell’omicidio intenzionale di Connally. Peraltro, ci sono alcune situazioni in cui è richiesto il c.d. *intent* specifico. Per commettere un furto, è necessario un *intent* specifico di privare il possessore della sua proprietà⁸. Il che significa che si deve concentrare l’attenzione sull’illecita sottrazione quale obiettivo primario dell’azione. L’approccio della *common law* al tentativo è simile. Si deve avere l’*intent* specifico di uccidere – ad esempio, se Oswald manca Connally, egli non sarebbe colpevole di tentato omicidio nei suoi confronti. Il diritto tedesco è un po’ più ampio nella sua analisi dell’elemento soggettivo richiesto per il tentativo. In base al principio del *dolus eventualis*⁹, i tribunali tedeschi condannerebbero probabilmente Oswald nell’ultimo scenario, se Oswald avesse “preso in considerazione” e “accettato l’eventualità” della morte di Connally prima di premere il grilletto.

L’unico gruppo di studiosi che dovremmo aspettarci essere esplicitamente e consapevolmente fedeli al principio del duplice effetto è quello dei filosofi, i

⁸ V. la mia opera sul tema, G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law* (2nd ed., 2000), pp. 36-37.

⁹ V. *id.*, pp. 445-449.

teorici della “guerra giusta”. Dopotutto, il principio origina dalla loro tradizione. Tommaso d’Aquino è la figura-chiave nella elaborazione sia della teoria della guerra giusta che della dottrina del duplice effetto. Rappresenta una grande sorpresa, quindi, che MacMahan respinga il principio in esame e ritenga che “la maggior parte degli eminenti filosofi” lo abbiano parimenti respinto¹⁰. Quello che è importante per lui – e presumibilmente per i suoi “eminenti colleghi” – è impedire “l’uccisione degli innocenti, che le loro morti siano volute oppure no”¹¹.

Formulare il problema in questo modo mette in luce il conflitto tra consequenzialisti e soggettivisti nell’approccio al diritto di guerra. Per i teorici della guerra giusta di ispirazione consequenzialista, tutto ciò che importa è quante “brave persone” muoiano come costo dell’aver ottenuto “il buono” dalla discesa in guerra.

Le brave persone sono quelle innocenti, normalmente quelle identificate come civili, prigionieri di guerra e *hors de combat*. Il “vantaggio” conseguito attraverso la guerra è presumibilmente la realizzazione di – o almeno – il perseguimento della causa che giustifica l’uso della violenza. Questa è semplicemente un’altra versione dell’analisi costi/benefici. Il costo è la morte di innocenti. I vantaggi derivano dalla possibilità di realizzare una causa giusta. Stabilire se l’azione militare sia giustificata o meno, dipende da questo calcolo costi/benefici.

I soggettivisti “inclinano la scala” verso l’uccisione di un maggior numero di civili tramite l’introduzione del fattore dell’intenzione dei comandanti. Se quella intenzione è buona, ovvero sia lo scopo primario è quello di uccidere i combattenti o perseguire un obiettivo militare, allora l’azione è giustificata – purché il costo per i civili non sia sproporzionato o eccessivo. Si prenda l’esempio del far esplodere un ponte situato vicino ad una scuola. Se l’obiettivo principale dell’azione è far esplodere il ponte per impedire alle truppe nemiche di avanzare, la morte degli alunni è accettabile, purché non ve ne siano “troppi”. Certamente, nessuno sa quale sia la misura del “troppo” ma il numero è chiaramente superiore rispetto all’ipotesi in cui dovessimo applicare una normale analisi costi/benefici. Nell’ultimo caso, la domanda sarebbe duplice: (1) qual è il valore militare del far esplodere il ponte, e (2) qual è il costo per i bambini innocenti? Se questa è la possibilità di scelta e valutiamo la vita

¹⁰ J. MCMAHAN, *The Morality and Law of War*, *supra* nota 2, p. 13.

¹¹ *Id.*

umana in tempo di guerra allo stesso modo in cui la valutiamo nelle ordinarie vertenze legali interne, è difficile immaginare come potremmo giustificare anche la morte di un singolo bambino.

Analizziamo ora più in profondità come si valutano i costi ed i benefici dell'esplosione del ponte. Senza ombra di dubbio, i fattori rilevanti sono quanto danno essa causerà all'esercito nemico e se il risultato al netto sarà quello di salvare vite di civili dalla "nostra" parte. Si noti che questa analisi non si riferisce alle vite dei combattenti su alcun lato del calcolo costi/benefici. Si tratta di una questione problematica. Si supponga che il comandante affermi: "guardate, mi dispiace che si debbano uccidere dei bambini ma ciò assicura l'incolumità di molte delle nostre truppe che altrimenti dovrebbero assaltare le linee nemiche ed esporre loro stesse a fuoco mortale". Questo suona come un fattore rilevante ma c'è qualcosa che non va qui.

Avrebbe senso considerare le "nostre" truppe da un lato dell'equazione e non i combattenti nemici sull'altro lato? Tuttavia l'obiettivo principale della guerra è quello di distruggere l'esercito nemico, perciò come può essere che un alto costo per le truppe nemiche deponga contro l'azione militare?

Ci sono dei passaggi nel ragionamento di MacMahan che lo condurrebbero – con mio grande sgomento – a sopravvalutare le truppe nemiche nella nostra analisi costi/benefici di un'azione militare. Dipenderebbe, in linea di principio – sosterebbe lui – dal fatto che essi rappresentino il lato giusto o ingiusto della guerra. Se il nostro comandante rappresenta il lato giusto, allora le nostre truppe contano maggiormente rispetto alle truppe avversarie. Se noi fossimo dalla parte ingiusta, allora le "giuste" truppe nemiche dovrebbero contare più delle nostre. Questo modo di guardare alla guerra – come se fosse una competizione sportiva e noi fossimo neutrali osservatori – rivela una cecità morale di fondo riguardo la natura dell'attività mortale chiamata guerra.

Per ragioni epistemiche più che di principio, MacMahan si allontana dal suo rigoroso impegno per la "teoria della guerra giusta" e si avvicina ai principî normalmente accolti nel diritto di guerra. Nell'impeto della battaglia, afferma, è troppo difficile sapere quale lato sia quello giusto. Perciò egli è favorevole, in situazione di conoscenza incompleta, a presumere l'equivalenza morale dei civili su entrambi i fronti. Ma queste considerazioni epistemiche difficilmente giustificano il trattamento dei combattenti di entrambi i fronti come moralmente equivalenti. Noi favoriamo i nostri uomini e le nostre donne in uniforme, non perché il loro fronte sia giusto o ingiusto, ma semplicemente perché essi sono i nostri soldati e stanno agendo in nome della nostra nazione. Questa non è una questione di giustizia. È una espressione di lealtà, la viola-

zione della quale può dar luogo ad una responsabilità sia morale che penale per tradimento contro la patria¹².

Le difficoltà insite nell'analisi costi/benefici nel campo del diritto bellico dovrebbero farci apprezzare la dottrina del duplice effetto che dispenserebbe, di primo acchito, dall'esigenza di valutare l'obiettivo militare. Fintanto che l'intenzione del comandante è quella di colpire truppe nemiche o un obiettivo militare, le sue azioni sarebbero presumibilmente legittime. Solo se il danno collaterale è eccessivo e il comandante lo sa, si potrebbe porre la questione di una sua personale responsabilità penale.

In base alla importante previsione dello Statuto di Roma¹³, la responsabilità penale presuppone la conoscenza della "perdita di vite umane tra la popolazione civile o lesioni a civili" e la conoscenza, in aggiunta, che il costo sia "eccessivo". In via mediata, l'importanza dell'obiettivo militare diviene rilevante perché la nozione di "danno eccessivo" dipende dal bilanciamento indiretto tra il valore dell'obiettivo e il danno in termini di vite umane tra i civili.

Penso sia corretto dire, ad ogni modo, che, in base a questo standard, se vi è un qualche plausibile vantaggio militare nel distruggere il ponte, la morte "incidentale" di almeno qualche bambino sarebbe accettabile. L'uccisione di bambini non sarebbe tuttavia accettabile in base ad un semplice schema di bilanciamento che non attribuisse alcun valore aggiunto alle vite delle nostre truppe.

In ultima analisi, senza la dottrina del duplice effetto, l'uso di forza letale nelle campagne militari dovrebbe essere escluso ogniqualvolta imponga un sostanziale pericolo per vite innocenti. Forse questo è il risultato corretto, ma non è un risultato che possiamo tollerare in un mondo in cui le guerre sono talvolta considerate legittime.

2. Giustificare le Convenzioni di guerra

Le Convenzioni di guerra consistono in un ampio numero di regole che acquistano significato soprattutto nell'ambito dei conflitti armati.

La distinzione "architetonica" è tra *jus ad bellum* e *jus in bello*. Il primo regola il diritto di scendere in guerra, mentre il secondo disciplina la condotta di guerra. Nessuno dei due ha influenza sull'altro. L'implicazione di questa rigida classificazione è che se lo Stato A attacca illegittimamente lo Stato B, i

¹² Sul tradimento contro la patria, v. il mio più recente articolo, G.P. FLETCHER, *Ambivalence About Treason*, in 82 N.C.L. REV. (2004), p. 1611.

¹³ Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, v. *supra* nota 4.

soldati dello Stato B debbono conformarsi allo *jus in bello* esattamente come fanno i soldati dello Stato A. Vale a dire che la condizione del difendersi contro un ingiusto aggressore non cambia le regole del gioco. Se l'uso di veleno è proibito in base allo *jus in bello*, esso resta proibito per entrambi i fronti, senza badare a chi abbia aperto le ostilità. Infatti non potrebbe esserci alcun altro modo. Anche se il fronte giusto potesse distaccarsi dalle regole dello *jus in bello*, avremmo un problema nel determinare di quanto si possa distaccare. Potrebbero usare molto veleno o solo un poco? Solo quando fossero situazioni gravissime? O in tutti i casi? Dovrebbe essere ovvio che nessun sostenibile diritto di guerra potrebbe operare questo tipo di distinzioni. Forse le ragioni sono in parte epistemologiche – ossia, è troppo difficile decidere con sicurezza di chi sia la giusta causa e, se tale, quanto grandi debbano essere le deviazioni da una speculare applicazione della legge.

L'indipendenza strutturale dello *jus in bello* dallo *jus ad bellum* somiglia al postulato in base al quale la giustizia distributiva non dovrebbe influenzare la giustizia correttiva. I ricchi hanno, in particolari casi, diritto allo stesso trattamento dei poveri. Il punto è che la storia precedente non governa l'analisi della transazione attuale – nella teoria della giustizia o nella teoria della guerra.

L'effetto delle Convenzioni belliche è che soldati combattono soldati, e che i civili restano nelle retrovie. Le due tipologie di partecipanti sono eguali, ma in modi differenti. Combattenti amici e nemici sono uguali nel senso che né le vite degli uni né quelle degli altri sono protette in base al diritto di guerra. I civili su entrambi i fronti sono uguali nel senso che essi sono presumibilmente protetti, ma ciò nonostante esposti ad un considerevole pregiudizio in base al principio del duplice effetto. Perciò il diritto bellico consta di un rigido sistema di classificazioni che sono destinate a mantenere la guerra tra eserciti professionali. Certamente, non funziona in questo modo nella pratica perché le moderne campagne militari inevitabilmente pongono in pericolo le vite di un largo numero di civili.

Filosofi come MacMahan hanno portato avanti la questione se ciascuna di queste uccisioni durante un conflitto sia moralmente giustificata o se possa essere definita un atto di giustizia. L'abituale metodo di argomentazione è quello di cominciare con le tecniche giustificative nel diritto interno e poi tentare di estrapolare i medesimi principî in relazione ad un conflitto di gruppo espresso nello scontro di eserciti che si contrappongono. Ci sono tre possibili itinerari argomentativi. Seguiamo ora sistematicamente queste linee di indagine, con riguardo alle possibili cause di giustificazione disponibili nel diritto penale interno.

A. Consenso

Ci sono alcune guerre che hanno luogo tra adulti consenzienti. Esse sono rare ma hanno presumibilmente avuto luogo talvolta nel corso della storia. In questo caso, si potrebbe osservare che la guerra è come un duello in forma allargata. Partecipanti volontari entrano sul campo di battaglia, alcuni si uccidono gli uni con gli altri e alcuni sopravvivono. Essi combattono secondo le regole del gioco.

La società ha fatto un lavoro migliore nel dichiarare fuorilegge i duelli rispetto a ciò che ha fatto nel controllare l'impulso a scendere in guerra. Non sono sicuro del perché. Forse la ragione è che i duelli sono combattuti tra cittadini della medesima comunità politica; il loro governo ha un interesse nell'evitare uccisioni non necessarie. Le guerre sono invece combattute contro stranieri le cui vite non sembrano mai essere equivalenti a quelle dell'altro lato. Non vi è alcuna autorità neutrale con il prestigio ed il potere necessario per favorire una pacifica composizione internazionale, in luogo del ricorso alle armi, al fine di risolvere le controversie.

B. Stato di necessità o *male minore*

I moderni ordinamenti giuridici accettano generalmente il principio in forza del quale al fine di prevenire un pericolo imminente di un danno, è ammissibile violare divieti penali. La condizione necessaria è che il beneficio atteso derivante dalla violazione superi i suoi costi attesi. Questa viene definita scriminante dello stato di necessità o *male minore*¹⁴. C'è grande riluttanza a riconoscere questo principio nei casi di omicidio, ma, assumendo che esso si applichi alla causazione della morte, sarebbe ammissibile uccidere una persona per salvarne due. Perciò potrebbe essere possibile che il combattere guerre in definitiva salvi delle vite. Questo è un poco difficile da credere perché così come le controversie legali hanno sostituito i duelli, gli arbitrati internazionali potrebbero risolvere i conflitti internazionali senza alcuna perdita di vite.

Ma l'argomento del salvataggio di vite potrebbe funzionare nel caso di specifici attacchi nel corso di una guerra. Per esempio, l'argomento portato a fondamento dell'utilizzo della bomba atomica di Hiroshima è che essa pose fine alla guerra senza una invasione della terraferma, una campagna che sarebbe costata molte più vite. Ancora, il problema in tempo di guerra è quello

¹⁴ Lo stato di necessità è anche una scusante, v. G.P. FLETCHER, *supra* nota 7, p. 818.

di decidere il peso appropriato che deve essere assegnato a diversi gruppi di persone. Nel caso di Hiroshima, vi sono quattro gruppi rilevanti: (1) i soldati americani, (2) i civili americani, (3) i soldati giapponesi, e (4) i civili giapponesi. La rozza contabilità del risparmio di vite dovrebbe prestare attenzione a quale di questi gruppi sarebbe toccato dallo sganciamento della bomba in luogo dell'invasione della terraferma.

Supponiamo che i numeri siano i seguenti:

1. Civili americani
 - uccisi dalla bomba: 0
 - uccisi dall'invasione: 0
2. Soldati americani:
 - uccisi dalla bomba: 0
 - uccisi dall'invasione: 40.000
3. Civili giapponesi
 - uccisi dalla bomba: 74.000
 - uccisi dall'invasione: 5.000
4. Soldati giapponesi
 - uccisi dalla bomba: 1.000
 - uccisi dall'invasione: 30.000

In base a queste cifre il costo totale dello sganciamento della bomba sarebbe di 75.000 vite, e il costo totale dell'invasione sarebbe parimenti di 75.000 vite. Ma questo non sarebbe il calcolo corretto in base al diritto di guerra. Il danno ai civili dovrebbe essere minimizzato come questione di principio, il che fa dell'invasione l'opzione corretta. Ma se il consigliere del Presidente Roosevelt riferisse queste cifre, il Presidente noterebbe che il costo della bomba per gli americani sarebbe pari a zero, mentre il costo dell'invasione sarebbe di 40.000 vite americane. Ci sono pochi dubbi sul fatto che il Presidente non terrebbe in conto le vite di stranieri, tanto civili che militari, e attribuirebbe un valore più alto alle vite degli americani. Non sono sicuro che questo sarebbe moralmente sbagliato. Dopotutto, egli avrebbe agito da comandante in capo delle forze militari degli Stati Uniti; il suo dovere primario è quello di proteggere le vite americane.

L'utilizzo del principio del male minore richiede un punto di vista neutrale sui contrapposti interessi in gioco. In caso di conflitto armato, nessuna parte è neutrale. Sarebbe assurdo aspettarsi altrimenti.

Tuttavia è difficile evitare l'applicazione del male minore nella diritto che disciplina l'uso della forza. La maggior parte dei commentatori accetta la

legittimità dell'intervento umanitario. Qual è la giustificazione per lo sbarco di truppe americane in Somalia o per i bombardamenti della NATO sulla Bosnia? L'argomento deve essere che il beneficio superi il costo. L'intervento salva delle vite, preserva la stabilità e contribuisce al benessere delle nazioni coinvolte. Ciò è un po' problematico in base all'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite, che riconosce la legittima difesa come l'unico motivo legittimo per l'utilizzo della forza militare¹⁵. Qualunque cosa possano dire i testi giuridici, gli internazionalisti istintivamente accettano il principio del male minore.

La questione rimane, ad ogni modo, se il principio del male minore possa giustificare l'uccisione in guerra. In conclusione, le seguenti considerazioni militano a sfavore di ciò:

1. Per una buona ragione, i sistemi giuridici interni esitano a giustificare l'omicidio appellandosi all'idea del male minore. Giustificare un'uccisione in questo modo corrisponde a utilizzare la vittima come un mezzo per raggiungere un fine, violando perciò il nostro dovere di rispettare tutte le persone come fini in se stessi.

2. Anche se l'omicidio fosse giustificabile, non ci sarebbe alcun modo neutrale nei casi di conflitti armati per decidere il relativo peso delle vite tra le nazioni in lotta.

3. Anche se vi fosse un punto di vista neutrale sulle nazioni in conflitto, interviene un basilare principio il quale impone che, in caso di conflitti armati, i soldati siano sacrificati prima dei civili. Come dimostra l'esempio del bombardamento di Hiroshima, non esiste alcun metodo agevole per combinare questi vari fattori in uno schema costi/benefici.

C. Legittima difesa

Alla luce delle difficoltà che sorgono nel far leva sul consenso e sul male minore, non sorprende che la legittima difesa sia il più comune principio di diritto interno ad essere invocato per giustificare conflitti armati internazionali. Come noto, la Carta delle Nazioni Unite ha riconosciuto il "*diritto naturale*" di tutti gli Stati membri all'"*autodifesa individuale o collettiva nel caso in cui abbia luogo un attacco armato*"¹⁶. MacMahan si appella altresì all'ana-

¹⁵ Jens Ohlin ed io offriamo quella che credo sia la prima seria argomentazione in merito alla compatibilità dell'intervento umanitario con la Carta delle Nazioni Unite. V. G.P. FLETCHER - J.D. OHLIN, *Defending Humanity: When Force is Just and Why* (2008).

¹⁶ Carta delle Nazioni Unite, art. 51.

logia tra casi di legittima difesa tra individui e legittima difesa quale fondamento per l'uccisione nei conflitti armati internazionali. Sebbene io abbia scritto a lungo di questa analogia¹⁷, desidero qui sostenere che l'analogia ha seri limiti e che, anche se essa tiene, le guerre di difesa non possono essere intese come esempi di giustizia o come casi di "guerra giusta".

Per essere chiari in merito all'analogia, dobbiamo riesaminare alcune basilari caratteristiche della legittima difesa, considerate alla luce sia della dottrina morale che di quella giuridica. Il primo punto è che noi consideriamo la legittima difesa come una causa di giustificazione e non come una scusante. Vi è una lunga storia su tale questione, che non vale la pena di ripetere qui¹⁸. L'effetto della causa di giustificazione è duplice. Per prima cosa, colui che si difende coperto dalla scriminante è totalmente assolto; non vi è alcun residuo di responsabilità civile, anche se la differenza nello standard probatorio potrebbe consentire la sussistenza di responsabilità civile dopo un proscioglimento in sede penale¹⁹. In secondo luogo, se chi si difende è coperto dalla scriminante, l'altra parte non può rispondere con il legittimo uso della forza.

Entrambi questi principî sono accettati nel diritto internazionale, sia quello che si applica agli Stati sia quello che si applica agli individui, ai sensi dello Statuto di Roma, dove l'articolo 31(1)(c) sembra riconoscere l'auto-difesa come causa di giustificazione per la commissione di crimini di guerra. Questo punto è soggetto ad alcuni dubbi, comunque, perché il linguaggio dello Statuto di Roma non riconosce la distinzione tra cause di giustificazione e scusanti, e l'articolo 31(1) stesso include una combinazione di ipotesi definite "*motivi di esclusione dalla responsabilità penale*". Tuttavia il linguaggio dell'articolo 31(1)(c) pone l'accento sugli elementi della condotta ragionevole piuttosto che sugli elementi di pressione o involontarietà, i quali suggerirebbero che la previsione integri almeno parzialmente una scusante²⁰.

Nell'analisi della causa di giustificazione della legittima difesa nello *jus ad bellum*, ci sono sempre due aspetti che devono essere considerati: i criteri che

¹⁷ V. G.P. FLETCHER - J.D. OHLIN, *supra* nota 15.

¹⁸ Per il mio primo e probabilmente più autorevole articolo su questo tema, v. G.P. FLETCHER, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory*, in 8 ISR. L. REV. (1973), p. 367.

¹⁹ Questo è ciò che è accaduto a Bernhard Goetz. v. G.P. FLETCHER, *Justice for All, Twice*, N.Y. TIMES, 24 aprile 1996, p. 21-A.

²⁰ Si metta a confronto con l'articolo 31(1)(d) dello Statuto di Roma, *supra* nota 4, che unisce elementi propri di una causa di giustificazione (analisi costi/benefici) con la pressione su colui che si difende per rispondere ad una "minaccia".

si riferiscono all'aggressione e i criteri che giustificano l'uso difensivo della forza. Consideriamo le questioni rilevanti, una per una:

1. *L'aggressione*

i. Deve essere palese. Come stabilisce la Carta delle Nazioni Unite, “nel caso in cui abbia luogo un attacco armato”, gli Stati membri possono esercitare il loro diritto naturale di auto-difesa. Non è sufficiente che chi si difende creda che sia in corso un attacco armato²¹; esso deve essere realmente in corso. Non è completamente chiaro perché sia così. Ritengo che la ragione che meglio spiega ciò sia che la giustificazione per l'uso della forza deve essere visibile all'intera comunità internazionale. Non è abbastanza per la nazione che si difende affermare, come gli Stati Uniti hanno fatto in Iraq, di “ritenere” che l'altra parte abbia armi di distruzione di massa e inoltre (cosa che gli Stati Uniti non hanno affermato) che fosse in procinto di utilizzarle.

L'asserzione di una convinzione è troppo facile da fabbricare. Ci deve essere una solida prova visibile a tutti.

ii. L'aggressione deve essere imminente: essa deve minacciare un danno immediato. La difesa deve seguire a brevissimo giro la minaccia. Un buon esempio è la risposta di Israele alla minaccia di invasione araba nel giugno del 1967. Al contrario, c'è qualcosa di strano riguardo al rapporto tra l'autorizzazione del Congresso ad usare la forza contro l'Iraq nel mese di ottobre del 2002 e l'agire del Presidente nel marzo del 2003. I motivi per autorizzare il Presidente all'uso delle armi erano in parte per “difendere gli interessi nazionali degli Stati Uniti contro la continua minaccia posta dell'Iraq”. La minaccia non poteva essere stata così seria se gli Stati Uniti hanno potuto attendere altri cinque mesi prima di agire.

iii. L'aggressione deve essere illegale: tutti gli ordinamenti giuridici nazionali ritengono che questo sia vero. Questo è il motivo per cui in ogni singolo conflitto interno solo una parte può essere giustificata. Casi simultanei di reciproca aggressione sono logicamente possibili, ma molto improbabili. Tipicamente, una parte pone in essere l'aggressione per prima. Il primo aggressore agisce illegalmente e colui che si difende contro il primo aggressore è giustificato.

Si ritiene che lo stesso sia vero riguardo ai conflitti internazionali, in cui an-

²¹ Se si legge il § 3.04 del Model Penal Code, si penserebbe che sia sufficiente che colui che si difende creda che l'attacco stia avvenendo.

cora si confrontano eserciti contrapposti l'uno contro l'altro su lunghi tratti di territorio. Anche se lasciamo da parte la questione della legittima difesa collettiva in base ai trattati di assistenza reciproca, un Paese potrebbe attaccare da sud e l'altro da nord. Essi sarebbero entrambi aggressori. In questo caso l'impiego del criterio dell'"aggressione illegale" sarebbe impossibile.

Nel bene o nel male, la Carta delle Nazioni Unite non menziona il requisito dell'attacco illegale. Qualsiasi attacco farà scattare il diritto naturale di auto-difesa dell'altro lato. Si tratta di un aspetto problematico della Carta delle Nazioni Unite ma forse si conforma correttamente al diritto di guerra. In base ai principî dello *jus ad bellum*, la questione circa chi abbia attaccato per primo ha una qualche rilevanza, ma una volta che la guerra ha avuto inizio ed entrano in gioco i principî dello *jus in bello*, non importa se l'attacco originario fosse legittimo o meno. L'analogia con la disciplina giuridica interna della legittima difesa si spezza a questo punto.

Quando si è in "stato di guerra", questo ostacola il tentativo di utilizzare il modello dell'auto-difesa quale guida per legittimare le azioni militari. Per esempio, gli Israeliani difendono il loro attacco contro il reattore iracheno di Osirak nel 1980 per il motivo che vi era uno stato di guerra in corso tra Israele e Iraq. Perciò, non vi fu provatamente alcuna aggressione israeliana contro l'Iraq, ma solo un'altra battaglia nella guerra in corso. Questo non mi sembra molto plausibile ma, all'altro estremo, si potrebbe argomentare che ogni battaglia dovrebbe essere valutata singolarmente. Nell'analizzare la battaglia di Gettysburg, per esempio, probabilmente non importa ciò che è accaduto nel porto di Charleston due anni prima. Questo non è neppure plausibile. Il punto è che le battaglie sono contenute nelle guerre e solo le guerre sollevano questioni di *jus ad bellum*.

2. La difesa

i. La difesa deve essere una risposta intenzionale o consapevole all'aggressione. Questo è controverso nella teoria del diritto penale. Paul Robinson ha costruito la sua carriera sostenendo la legittima difesa "oggettiva", fondata sulla tesi in base alla quale se a colui che si difende capita inavvertitamente di usare la forza contro un aggressore, non c'è alcun rilevante danno sociale²². In realtà, la maggior parte dei sistemi giuridici esige che la forza difensiva sia consapevolmente reattiva all'aggressione.

²² P.H. ROBINSON, *A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*, in 23 UCLA L. REV. (1975), p. 266.

Taluni aderiscono alla teoria di Robinson nei conflitti internazionali, come esemplificato dalla ricerca di armi di distruzione di massa dopo l'invasione dell'Iraq. Molte persone credevano che il trovare le armi, a prescindere dal fatto che si fosse a conoscenza di esse prima dell'attacco, potesse giustificare l'invasione a posteriori. Sarei propenso a ritenere che l'opinione preferibile, in linea con il requisito della pubblica prova dell'aggressione, sia quella per cui solo una reazione consapevole potrebbe considerarsi come guerra difensiva in base alla Carta delle Nazioni Unite.

ii. La difesa deve essere necessaria. Il paradigmatico caso della necessità è quello dell'utilizzo del *judo* per bloccare un calcio o un pugno. Per affermare che la mossa di judo è necessaria si debbono a dire il vero fare tre affermazioni correlate. Primo, intendiamo il mezzo di difesa come effettivamente in grado di impedire la realizzazione dell'aggressione. Secondo, sappiamo che sarà efficace. E terzo, appare essere il modo meno costoso o quanto meno uno dei modi meno costosi di prevenire l'attacco.

Tutti questi tre fattori diventano problematici nel diritto di guerra. Certamente, nei giorni in cui la fanteria inizia la guerra marciando attraverso il confine nemico, l'esercito straniero potrebbe fermarla con la forza fisica, che assomiglierebbe alla mossa di *judo*. Ma quel tipo di guerra non si è verificato per secoli. Oggi le guerre cominciano con il bombardamento di obiettivi nemici. Esse portano alla morte ancor prima che vi sia la possibilità di una risposta difensiva. In quale senso, allora, la risposta è necessaria?

La risposta non può prevenire il primo attacco. Il massimo che può fare è evitare un secondo attacco, ma il secondo attacco – si veda dopo Pearl Harbor – è molto lontano nel tempo. Difficilmente esso si qualifica come un attacco imminente come analizzato in precedenza. Anche se ciò non fosse un problema, la mentalità di guerra consente di attuare azioni che sono in realtà di rappresaglia, non necessariamente di natura difensiva. Il modo in cui si spiegherebbe ciò – credo – è che dopo il primo attacco si applica lo “stato di guerra” e i criteri della legittima difesa diventano irrilevanti.

Ma consentiteci di andare oltre la questione e considerare la seconda e la terza dimensione della necessità. La rilevanza del possibile successo è dibattuto in modo veemente nel diritto di guerra. La strategia di reciproca dissuasione nucleare non manterrebbe la pace a meno che entrambe le parti non abbiano, in effetti, la volontà di impegnarsi in inutili ritorsioni. Questo ha davvero poco senso come legittima difesa.

Infine, il requisito della necessità implica che i mezzi scelti siano l'alternati-

va meno costosa. Affinché questo elemento abbia un senso dopo che il primo attacco sia terminato, esso dovrebbe essere adattato agli scopi della guerra. Quando la guerra è dichiarata, lo scopo è quello di sconfiggere il nemico, e senza dubbio l'esercito vittorioso dovrebbe utilizzare il mezzo meno costoso per la realizzazione di tale obiettivo. Ma una volta che approfondiamo i dettagli delle alternative "meno costose", entriamo in collisione con tutti i problemi che abbiamo incontrato in precedenza nell'esaminare l'analisi costi/benefici del bombardamento di Hiroshima.

iii. La difesa deve essere proporzionata. Questo elemento viene facilmente frainteso sia nel diritto nazionale che nel diritto internazionale. Nel diritto interno, il requisito della proporzionalità implica che ci siano alcuni attacchi che si devono subire piuttosto che rispondere loro in un modo che sia troppo costoso per l'aggressore. Così, per esempio, se un ladro sta fuggendo con il mio computer portatile, contenente tutti i miei *files* (senza che io ne abbia una copia di *backup*), potrebbe essere necessario sparargli per tutelare i miei interessi. Ma sparare per uccidere sarebbe probabilmente sproporzionato rispetto all'aggressione. Se la proporzionalità debba essere sempre considerata come una limitazione della legittima difesa è assai controverso nel diritto interno, in particolare, nell'ordinamento giuridico tedesco²³.

Nel diritto internazionale, il problema si pone in vari modi. Se la questione è la sottomissione alla conquista straniera, non vi è senza dubbio alcun limite di proporzionalità. Questo è il problema che Walzer e altri chiamano "suprema emergenza". Ma questa è materia su cui ragionevoli persone dissentono. Che sia meglio "essere rossi o morti", la maggior parte degli Stati nell'ordine giuridico contemporaneo utilizzerebbe tutti i mezzi a propria disposizione per impedire la conquista e l'occupazione da parte di potenze straniere.

Ma supponiamo che non si stia parlando della vittoria o sconfitta definitiva. Il problema è piuttosto la risposta al primo attacco. Un buon esempio è la risposta di Israele al bombardamento da parte di Hezbollah nella seconda guerra libanese. Era comune durante l'estate del 2006 accusare Israele di essersi impegnato in una risposta sproporzionata attraverso il bombardamento di vari obiettivi militari nel nord del Libano. Il miglior interrogativo sarebbe stato se il bombardamento fosse necessario e, in caso affermativo, necessario per quale obiettivo militare.

²³ V. G.P. FLETCHER, *supra* nota 18.

Il fatto è che nel diritto internazionale i requisiti della necessità e della proporzionalità sono usati in modo intercambiabile. Questo è inevitabile perché il requisito della necessità, come è inteso nel diritto penale interno, non prende esattamente in considerazione i rischi e le pratiche della guerra moderna. La spiacevole conseguenza di questa confusione è che sembra esserci qualcosa di simile ad un requisito anti-escalation nelle guerre locali. Una certa quantità di spari ed uccisioni è ammissibile, ma solo nella misura in cui si conformi approssimativamente al livello fissato dall'altra parte. Questo concetto di proporzionalità ha la sua origine non nel modello della legittima difesa ma nella teoria della pena e nelle esigenze di retribuzione. Ai nemici non si dovrebbe rispondere con minacce sproporzionate rispetto a quanto essi "meritano" sulla base delle loro condotte di aggressione.

3. Il fondamento logico della guerra e il problema della giustizia

Il problema della retribuzione ci porta direttamente alla tesi del libro di MacMahan e al compito della "teoria della guerra giusta" in generale, ossia giustificare l'uccisione in guerra come una questione di giustizia. Ritengo che questo sia sbagliato, soprattutto perché l'argomento travisa la natura della legittima difesa quale causa di giustificazione per scendere in guerra.

La posizione classica nella "teoria della guerra giusta" è quella per cui le guerre possono essere combattute per riparare un torto. Riparare un torto è una ben nota forma di giustizia – la giustizia correttiva. Se lo scopo è quello di punire un trasgressore, allora si potrebbe dire che si tratta di un'applicazione della giustizia retributiva. Il desiderio di mettere la giustizia in collegamento con la guerra e il fare affidamento sul modello della legittima difesa, conduce alla seguente affermazione, tipica dei principî formulati nella "teoria della guerra giusta": una guerra giusta può essere combattuta solo per porre rimedio ad un male subito. Ad esempio, l'auto-difesa contro un attacco armato è sempre considerata essere una giusta causa.

Tuttavia, come ho già affermato nella precedente analisi dei sei elementi che si riferiscono alla legittima difesa, lo scopo della legittima difesa medesima nel diritto interno non è né quello di riparare ad un male, né quello di punire l'aggressore. Il suo scopo è esclusivamente quello di resistere all'aggressione. Questo è il motivo per cui il fattore tempo diventa così importante. Se la reazione difensiva è troppo precoce o troppo tardiva, essa non può soddisfare il requisito di una risposta necessaria ad un'aggressione imminente.

La prova che la legittima difesa non è una forma di giustizia retributiva è

costituita dal fatto che un riuscito atto di difesa non ha niente a che vedere con la meritata punizione dell'aggressore. Alcuni filosofi hanno sostenuto il contrario, soprattutto perché hanno insistito nella confusione tra legittima difesa e punizione. Robert Nozick una volta ha affermato, ad esempio, che se colui che si difende resiste con successo all'aggressore, l'atto di resistenza dovrebbe essere considerato alla stregua di un "acconto" sul meritato castigo²⁴. Ma questo rappresenta un profondo fraintendimento della legittima difesa. Colui che si difende non agisce in luogo di un tribunale che impone la pena. I criteri di proporzionalità sono differenti. Nella legittima difesa, la proporzionalità è un criterio limitativo per l'uso della forza necessaria. In caso di punizione, la sanzione dovrebbe corrispondere al reato ed in questo senso essere proporzionata. La retribuzione non si riferisce alla auto-difesa, come dimostrato dal generale riconoscimento della legittima difesa contro aggressori che agiscono in forza di una scusante, che non dovrebbero essere puniti affatto per i loro atti.

Il fondamentale e ricorrente errore della "teoria della guerra giusta" è quello di ritenere che le guerre possano correggere le ingiustizie o punire i malfattori. Questo è un assunto necessario per la struttura della teoria al fine di stabilire un collegamento tra i criteri della giustizia correttiva e di quella retributiva. A livello filosofico, il definitivo rifiuto di questa concezione della guerra è stato espresso nel 1797 da Immanuel Kant nella sua grande opera sulla teoria del diritto: "Nessuna guerra fra Stati indipendenti tra loro può essere una guerra punitiva (*bellum punitivum*). Infatti, la punizione è possibile soltanto nei rapporti di un superiore (*imperantis*) verso un inferiore (*subditum*), il quale rapporto non è quello degli Stati tra loro"²⁵.

Kant ha assolutamente ragione circa la natura della punizione, come i principali teorici della pena ora riconoscono²⁶. Il punto di partenza per riflettere sul diritto internazionale è l'uguaglianza di tutti gli Stati. Essi non sono creati uguali ma sono costituiti uguali dal sistema giuridico. Se questo è vero, allora nessuno Stato può imporre una sanzione o qualsiasi altro strumento di giustizia ad un altro Stato. La giustizia richiede un giudice neutrale, gerarchicamente sovraordinato alle parti che vengono giudicate.

²⁴ Ho risposto a questa affermazione in G.P. FLETCHER, *Self-Defense as a Justification for Punishment*, in 12 CARDOZO L. REV. (1991), p. 859.

²⁵ I. KANT, *The Metaphysics of Morals* [347] (trans. Mary Douglas, Cambridge, 1991), p. 153.

²⁶ V. ad es., H.L.A. HART, *Prolegomenon to the Principle of Punishment: Essays in the Philosophy of Law* (1968), pp. 4-5.

La “teoria della guerra giusta” deriva da un’epoca anteriore, ancora influenzata dall’idea che alcuni Stati sono dalla parte di Dio mentre altri non lo sono. Ci può essere giustizia nelle guerre combattute dagli ebrei nel Vecchio Testamento, e ci può essere giustizia nelle guerre combattute dalla Chiesa cattolica per diffondere la propria religione. Ma svelare il debito che la “teoria della guerra giusta” ha nei confronti di questa obsoleta visione dell’ordine internazionale è sufficiente per confutarla.

