

GUERRA E ATTUAZIONE DELLA COSTITUZIONE

Intervento al convegno

Guerra e Costituzione, Roma 12 aprile 2002

www.associazionedeicostituzionalisti.it

di Giuseppe De Vergottini

Sommario: 1-. Le interrelazioni tra diritto internazionale e diritto costituzionale. Pace e guerra; 2-. Il mutamento della prospettiva del costituente nella recente normativa subcostituzionale; 3-. Guerra umanitaria e guerra al terrorismo. Le nuove forme di conflitto e l'ordinamento costituzionale italiano; 4-. Le conseguenze sull'attività degli organi costituzionali (La relazione tra guerra e dichiarazione di guerra; possibile differente applicazione della legge militare, di guerra o di pace, ai militari italiani che partecipano a diverse missioni; il ruolo del Parlamento, del governo e del Presidente della Repubblica). Verifica delle figure di "guerra internazionale"; compatibilità con l'ordinamento italiano. Osservazioni conclusive. La limitabilità dei diritti.

1- Le interrelazioni tra diritto internazionale e diritto costituzionale. Pace e guerra.

E' veramente difficile tenere scissi i profili ricostruttivi del concetto di guerra nel diritto internazionale dalla riflessione sull'interpretazione del fenomeno guerra data dal testo della Costituzione italiana. Si può riscontrare una stretta interrelazione tra alcune categorie che sono sicuramente presenti sia nel settore disciplinare del diritto costituzionale che nello studio del diritto internazionale. Per rendere un po' complementari le osservazioni dei costituzionalisti e degli studiosi di diritto internazionale mi pare sia estremamente utile e opportuno che certi concetti siano letti e interpretati tenendo conto dei contributi di diverse discipline.

I concetti pace e guerra sono due concetti antitetici che sembrano negarsi reciprocamente. Sono un po' come due facce dello stesso problema, perciò è molto difficile parlare della pace senza parlare della guerra e viceversa. Però, nella prospettiva del diritto interno e in particolare nella prospettiva costituzionalistica si è per molti anni parlato prevalentemente o a volte esclusivamente della pace. Si può ricostruire negli studi giuridici una insistenza sistematica sulla pace mentre gli studi sulla guerra, al meno per un certo periodo di tempo, sono assolutamente marginali. Dal punto di vista degli studi di diritto costituzionale si può riscontrare una specie di esorcizzazione del concetto di guerra: la guerra è stata considerata un illecito internazionale e si è accantonato il problema guerra.

La costituzione italiana richiama sia la pace che la guerra. In primo luogo l'articolo 1 contiene un chiaro bando della guerra, pur se attenuato dalla autorizzazione di quella difensiva, ed ad un tempo impegna ad attuare un ordinamento che assicuri la pace, prevedendo le necessarie limitazioni di sovranità e le iniziative dirette a promuovere organizzazioni internazionali finalizzate alla pace. In secondo luogo gli articoli 78 e 87 della Costituzione prevedono le procedure costituzionali relative alla delibera e dichiarazione dello stato di guerra. Ovviamente la guerra di cui parla il testo costituzionale è quella legittimamente conducibile. E la legittimità della guerra va individuata sia ai sensi dell'articolo 11 e di altri principi inseriti nella costituzione sia ai sensi del diritto internazionale relativo alla guerra che viene recepito nel nostro ordinamento in virtù dell'articolo 10.

La pace è stata vista come *valore costituzionale* nettamente preminente e indiscutibile, elemento di riferimento per la politica nazionale. La considerazione della pace come valore e contemporaneamente un fenomeno di rimozione del termine e del concetto di guerra hanno portato, soprattutto nel diritto internazionale, ma anche con una ricaduta nel diritto interno, a usare nel lessico abituale e scientifico, altri concetti, come il concetto di conflitto armato e il concetto di crisi internazionale o grave crisi internazionale che sono stati usati soprattutto, nella letteratura internazionalistica e nella prassi, come sostituti o surrogati del termine guerra.

Quello che forse è meno noto è che anche *nel nostro ordinamento questi concetti, il concetto di conflitto armato, il concetto di grave crisi internazionale sono emersi a livello normativo* e non è un caso che sia avvenuto soprattutto in tempi recentissimi, cioè in un momento in cui, pur continuando con l'opera di rimozione quasi intellettuale del concetto di guerra, si verificavano a livello internazionale tutta una serie di fatti drammatici che non potevano certo ricondursi alla categoria di missione di pace. La netta prevalenza data al valore pace e la convinzione della irrealizzabilità di una oggettiva situazione di pericolo di guerra, in quanto esclusa dalla permanenza di un equilibrio bipolare basato sulla deterrenza nucleare che rendeva sconsigliabile per entrambe le superpotenze il ricorso allo strumento bellico, non solo ha reso del tutto teorico il ricorso alla clausola dell'articolo 78 relativa alla delibera dello stato di guerra e alla connessa dichiarazione dell'articolo 87 della costituzione, ma ha condotto a valutare in modo progressivamente riduttivo il dovere di difesa dell'articolo 52 ampliando progressivamente il numero dei soggetti esentabili dall'obbligo di eventuale uso delle armi in una ipotetica guerra difensiva. Tutto ciò che riguardava i profili costituzionali della difesa non era certo considerato come problema meritevole di particolare attenzione. Si pensi alla breve disputa sollevata dalla richiesta del presidente Cossiga di dare puntuale definizione ai poteri di comando delle forze armate, che pure produsse il documento della c.d. Commissione Paladin.

Quando la realtà dei rapporti internazionali hanno cominciato a coinvolgere l'Italia in episodi che comportavano l'impiego all'estero di corpi armati dello stato ci si è sempre preoccupati di esorcizzare la sola idea di un conflitto armato precisando che si trattava di missioni di pace, come se il fine del mantenimento della pace o della imposizione della pace non potesse implicare il ricorso a procedure comportanti l'uso di una forma di violenza che, senza dar luogo a una guerra, tale per il diritto internazionale, fosse quella tipica dei conflitti armati. Una svolta nella situazione accennata si ha nel momento in cui si rompe l'equilibrio bipolare fra coalizione occidentale e coalizione sottoposti alla *leadership* sovietica.

A partire dall'inizio degli anni novanta dello scorso secolo fra i numerosi conflitti localizzabili in aree regionali delimitate si inseriscono conflitti che assumono una dimensione sempre più ampia e che coinvolgono, tramite i meccanismi attivati dalle alleanze, l'Italia. Si tratta di conflitti armati, secondo una terminologia invalsa a livello internazionale, che in realtà coincidono sempre più con il modulo tradizionale della guerra internazionale. Con la guerra nel Golfo ma soprattutto con la crisi del Kosovo e poi, nella stretta attualità, con la catastrofe dell'Afghanistan - senza prendere in considerazione la Palestina che rappresenta chiaramente un aspetto diverso -- è maturata progressivamente la consapevolezza della presenza del fenomeno bellico e il tentativo di elaborare dei concetti sostitutivi. Si tratta di conflitti che hanno posto in evidenza come sia stato superato il regime della messa al bando della guerra, legittimando il ricorso dello *ius ad bellum* con evidente abbandono della convinzione della assolutezza di principi che sembravano consolidati nel diritto internazionale e di riflesso in quello costituzionale.

2-. Il mutamento della prospettiva del costituente nella recente normativa

subcostituzionale.

Il fenomeno di un grave conflitto con l'utilizzo delle armi e fondato anche sulla evidente volontà di sopraffazione pone il problema della differenza tra *debellatio* e imposizione dei canoni della pace futura di cui si occupano tradizionalmente gli studiosi di diritto internazionale. Il radicale mutamento della prospettiva in cui si era posto il costituente emerge a livello di normativa subcostituzionale che ha dovuto prendere atto della più recente realtà dei rapporti internazionali e dei conseguenti riflessi nell'ordinamento interno. Questa consapevolezza ha portato ad elaborare dei concetti sostitutivi che risultano ad esempio dalla conversione del decreto legge del 28 dicembre 2001 n. 451, ad opera della legge n. 15 del 27 febbraio 2002. L'articolo 1 di tale legge così sostituisce un comma dell'articolo 165 del Codice Penale Militare di guerra: "*ai fini della legge penale militare di guerra per conflitto armato - ecco che viene formalizzato a livello interno il conflitto armato - si intende il conflitto in cui almeno una delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi nei confronti di un'altra per lo svolgimento di operazioni belliche*"; Si può dire che tale definizione non corrisponde all'obiettivo della *debellatio*, però si può forse dubitare che l'introduzione di questa definizione in un testo di livello subcostituzionale non legittimi l'emersione di una categoria concettuale, anche a mero livello di legislazione nazionale, che ci avvicini al concetto di guerra internazionale.

L'altra clausola, che in realtà non ha che una funzione definitoria ma che fa emergere una consapevolezza del nostro legislatore, è contenuta nella legge 14 novembre 2000 n. 331 che è la legge che ha introdotto le norme sul servizio militare professionale. Mentre la nuova regola introdotta è il servizio militare volontario (anche se attuabile in un arco di tempo che prevede una dilazione) sono ammesse delle deroghe e si prevede la possibilità *pro tempore* di un servizio militare obbligatorio in presenza di particolari presupposti: "*qualora sia deliberato lo stato di guerra ai sensi dell'art. 78 della Costituzione*"; e "*qualora una grave crisi internazionale nella quale l'Italia sia coinvolta direttamente o in ragione della sua appartenenza ad un'organizzazione internazionale, giustifichi un aumento della consistenza numerica delle forze armate*";. L'articolo 2 della legge 331 del 2000 ha equiparato una "grave crisi internazionale nella quale l'Italia sia coinvolta direttamente o in ragione della sua appartenenza a una organizzazione internazionale"; implicante il ricorso all'impiego delle forze armate, allo stato di guerra deliberato ai sensi dell'articolo 78 della costituzione. Il legislatore ha preso atto di un concetto che gli internazionalisti e gli studiosi delle relazioni internazionali conoscono da molto tempo che è il concetto di crisi internazionale, grave crisi internazionale, in questo caso, grave, (cosa sia la grave crisi è lasciato ad un margine di discrezionalità immenso). Il concetto di grave crisi internazionale emerge a livello di legislazione italiana quindi non è più un concetto usato soltanto dagli esperti di politica internazionale o da internazionalisti. Ci sono due figure, quella di conflitto armato e quella di crisi, grave crisi internazionale che probabilmente, con certe cautele, possono essere considerate sostitutive o comunque avvicinabili al concetto di guerra internazionale. Il concetto di guerra viene sempre esorcizzato. Si può forse considerare però a seguito dell'introduzione normativa a livello di legge ordinaria di questi concetti che

L'ordinamento italiano prende atto in via sostitutiva di questi due concetti al fine di sostituire con dei succedanei il concetto di guerra. Queste disposizioni pongono in altri termini in evidenza che le ragioni di opportunità che sconsigliano di menzionare espressamente il termine "guerra"; non possono eliminare la eventualità o la realtà della guerra. I nuovi concetti di grave crisi internazionale e di conflitto armato sono limitrofi o coincidenti con quello di guerra. La mancata menzione costituzionale di questi concetti e la presenza della sola superata clausola dell'articolo 78 implicante delibera formale dello stato di guerra seguita dalla dichiarazione presidenziale di cui all'articolo 87, comma 9, non implicano la cancellazione del problema.

Occorre prendere atto del fatto che l'Italia non si limita a partecipare a missioni di pace ma si trova coinvolta in situazioni conflittuali che comportano il ricorso all'impiego della forza armata e partecipa a vere e proprie guerre. Si tratta di verificare se e in che senso in queste circostanze si possa parlare di semplice partecipazione a guerre difensive. Siamo di fronte ad una radicale riconsiderazione di un postulato dogmatico che si era affermato per quasi mezzo secolo: la assoluta prevalenza del valore della pace e la limitazione della partecipazione italiana a sole guerre difensive.

3-. Guerra umanitaria e guerra al terrorismo. Le nuove forme di conflitto e l'ordinamento costituzionale italiano.

Un'altra conseguenza deriva dal meccanismo previsto dall'adesione alle Nazioni Unite del nostro paese. Si pensava che permanendo la rimozione del concetto di guerra la stessa guerra difensiva, l'unica ammessa, sarebbe stata differita ad un organismo internazionale. La guerra, anche solo difensiva, non sarebbe stata in realtà una responsabilità diretta affidata a scelte del Parlamento e del Governo ma sarebbe stata inevitabilmente ed inesorabilmente gestita in sedi diverse. Una deresponsabilizzazione sostanziale del paese. Le condizioni storiche e il sistema delle alleanze hanno cancellato la guerra dal nostro ordinamento e spostato a livello sopranazionale la responsabilità della mera ipotesi di guerra difensiva. Questi due ordini di osservazioni forse spiegano il perché di questa disattenzione al fenomeno bellico, o mancata attenzione, che l'argomento avrebbe meritato. In questa situazione si inserisce il tema che i colleghi internazionalisti hanno ricordato, cioè la cosiddetta guerra umanitaria e il problema della guerra giusta. Il concetto di *guerra umanitaria* è stato utilizzato soprattutto con riferimento alla crisi del Kosovo ed è particolarmente interessante che tale tipo di guerra, pur giustificata dall'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo all'interno di un ordinamento di altro stato, quindi con un livello di ingerenza che altrimenti non sarebbe stata consentita dal diritto internazionale, comporti non soltanto un profilo difensivo ma un profilo aggressivo. E' questa una riflessione che va tenuta presente. Il richiamo alla esigenza di tutelare i diritti umani da gravi violazioni come giusta causa di guerra è agevolmente comprensibile dal punto di vista politico, in quanto costituisce una delle possibili motivazioni attraverso cui legittimare agli occhi della opinione pubblica il ricorso alla forza e addirittura alla guerra. *Dal punto di vista giuridico* è semplicemente il tentativo di offrire giustificazione per un comportamento che rivela la violazione del principio di non ingerenza nella sfera territoriale dello stato sovrano cui si addebita la

violazione. La guerra umanitaria è svolta soltanto da quella potenza che ha la capacità tecnologica e le risorse economiche e militari sufficienti all'impresa, sia singolarmente sia utilizzando organizzazioni regionali di sicurezza o coalizioni formate *ad hoc*. In questi casi non si può certo escludere in linea di principio che il ricorso alla tutela dei diritti come giusta causa sia fondato. Resta il fatto che la guerra appare conseguenza di una valutazione unilaterale che può non essere fondata da preventive determinazioni degli organi delle Nazioni Unite, come nel caso dell'attività bellica in Kosovo.

L'altro concetto di guerra, la cosiddetta *guerra al terrorismo*, si riferisce all'esempio dell'Afghanistan, è effettivamente una figura di grandissimo interesse dal punto di vista internazionalistico, ma di riflesso anche interno. È una ipotesi di guerra che comporta anche profili di *guerra preventiva*, perché almeno per come è stata teorizzata dal Presidente nord americano non bisogna prendere in considerazione solamente il problema o meno della contestualità della risposta all'ipotesi di aggressione e i rapporti tra i terroristi di Bin Laden e lo stato ospitante Afghanistan, ma anche il tema della programmazione di possibili guerre future nei confronti di un numero indeterminato di paesi. Si introduce in modo, molto chiaro, senza remore, l'idea della guerra preventiva, che per il modo tradizionale di interpretare giuridicamente questi eventi rappresenta dei profili estremamente problematici.

Un altro aspetto di interesse giuridico risulta dalle dichiarazioni della *joint resolution (Public Law 107-40* del 18 settembre) votata dal Congresso nell'immediato seguito dei fatti terroristici: la guerra al terrorismo che è stata dichiarata - almeno a livello internazionale il Presidente, gli organi costituzionali americani hanno dichiarato la guerra --è una guerra di difficile inquadramento rispetto a quella consolidata nel diritto internazionale. È un tipo di guerra contro un nemico non individuato, almeno all'inizio, o che verrà individuato in un successivo momento. Deve svolgersi in luogo non determinato, è quindi ubiquitaria. Deve svolgersi a tempo indeterminato è infinita. L'idea di una guerra con condizioni così vaghe, contro un nemico indeterminato, in un luogo indeterminato, per un tempo indeterminato, è una guerra a tutto tondo abbastanza nuova.

È una forma di guerra che manifesta una certa disponibilità ad un conflitto quasi perenne nei confronti di soggetti che si definiranno e in luoghi non individuati con precisione. Anche il concetto di guerra al terrorismo rifluisce nel concetto estremamente vago - ma su cui mi pare Dogliani è stato chiarissimo in questo convegno - della guerra giusta. La difficoltà interpretativa che emerge dalla unilateralità della definizione. In precedenza, a livello internazionalistico e di riflesso a livello interno, si interpretava la decisione di intervento in una crisi internazionale come affidata ad una struttura istituzionalizzata che era quella che avrebbe dovuto superare la vecchia disarticolazione tra più stati e quindi il predominio delle sovranità statali. Si riteneva esistesse un potere istituzionale centralizzato a livello globale - nonostante la globalizzazione dal punto di vista giuridico non sia un concetto attuale utile come a livello economico. Ora le soluzioni istituzionalizzate a livello appunto globale appaiono sfumate e si afferma dal punto di vista internazionale la possibilità

che un gruppo di stati o uno stato-superpotenza in via unilaterale assuma la decisione di intervenire per risolvere una crisi internazionale in concorrenza con il sistema delle Nazioni Unite e con il principio di sovranità nazionale, con una ricaduta anche dal punto di vista anche del diritto costituzionale. Se è così siamo costretti ad ammettere che qualcosa è cambiato nel panorama di possibili conflitti ai quali il nostro paese può partecipare anche secondo principi di diritto costituzionale. Nel momento in cui recepiamo nel nostro ordinamento, tramite la adesione espressa dal governo nell'ambito di organismi internazionali, decisioni che attivano una guerra umanitaria (nel senso detto, come nel caso della guerra del Kosovo, o della guerra al terrorismo, vera e propria guerra preventiva), nel momento in cui il nostro Governo in sede internazionale dà il suo assenso a questo tipo di guerra, ne consegue che in qualche modo gli organi costituzionali accettano che queste fattispecie di guerra entrino nel panorama delle possibili guerre alle quali è possibile partecipare e questo avviene al di là della guerra meramente difensiva dell'articolo 11. E' una novità veramente rivoluzionaria, dal punto di vista del diritto costituzionale. Dal punto di vista della qualificazione sostanziale questo tipo di conflitti sono guerre in senso proprio. Nel caso del Kosovo si è manifestato il proposito di annichilire (secondo quanto dichiarato da Clark) il potenziale bellico della Serbia e il regime di Milosevich. Si tratta proprio della finalità tipica delle vecchie guerre cioè la sconfitta definitiva del nemico. Per la guerra al terrorismo addirittura la qualificazione pone meno dubbi e le dichiarazioni degli Stati Uniti individuano in modo palese l'obiettivo della guerra nella distruzione del nemico terrorista.

Quindi queste due figure rientrerebbero nella categoria delle guerre internazionali. Forse non tutti gli interpreti possono essere d'accordo, tuttavia mi pare essere evidente una modificazione delle figure possibili di guerra.

4-. Le conseguenze sull'attività degli organi costituzionali (La relazione tra guerra e dichiarazione di guerra; possibile differente applicazione della legge militare, di guerra o di pace, ai militari italiani che partecipano a diverse missioni; il ruolo del Parlamento del governo e del Presidente della Repubblica).

Un primo aspetto dal punto di vista costituzionale conseguente alla nuova qualificazione dei conflitti bellici nel nostro ordinamento da prendere in considerazione riguarda il *rapporto fra guerra e dichiarazione di guerra*. Da un punto di vista fattuale credo che si possa individuare uno scollamento tra la guerra, l'effettività della guerra, l'esistenza della guerra e la dichiarazione formale della guerra. Ora a parte gli esempi storici che si possono richiamare, bisogna richiamare il caso della *adesione a guerra dichiarata da altri in via di fatto*. Si è verificato un *superamento della esigenza formale della dichiarazione e un superamento dell'articolo 87 collegato all'articolo 78 della costituzione*. Dal punto di vista formale si può individuare un riscontro nella recentissima normativa di conversione del decreto legge del 1 dicembre 2001 n. 421 convertito con la legge 31 gennaio 2002, n. 6. Si è già richiamata in precedenza la modifica dell'articolo 165 del Codice Penale Militare di guerra che riguarda l'applicazione della legge penale militare di guerra in relazione a conflitti armati. *Le disposizioni della legge penale militare si applicano in ogni caso di conflitto armato indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di*

guerra. E' una previsione normativa di grande rilevanza giuridica. Il nostro legislator ha preso atto che per l'applicazione di norme che sono tipiche del regime che tradizionalmente è quello legato allo stato di guerra non è indispensabile la dichiarazione formale dello stato di guerra. E' una fonte recentissima che provvede ad una formalizzazione di quanto emerso dal punto di vista del diritto e delle relazioni internazionali e che segue gli ultimissimi casi (in particolare la guerra del Kosovo e quella al terrorismo) nei quali si è manifestata e rafforzata l'evidenza del cambiamento nel modo di concepire i conflitti da parte del nostro ordinamento.

In seguito alla modifica normativa l'applicazione della disciplina prevista per i militari in guerra è indipendente dalla dichiarazione di guerra.

Un altro aspetto rilevante dal punto di vista del diritto costituzionale conseguente alla nuova qualificazione dei conflitti bellici nel nostro ordinamento da prendere in considerazione è il *differente regime tra i militari italiani che sono nei vari territori come ad esempio nell'ex Jugoslavia e quelli che sono in Afghanistan* (decreti legge n. 421 e n. 451 del 2001). Per i militari italiani che si recano in Afghanistan si applica l'articolo del codice penale militare di guerra precedentemente citato. Il decreto legge con il quale si disciplina, in una prassi ormai consolidata, gli aspetti pratici della missione in Afghanistan, provvede all'applicazione della legge penale di guerra a prescindere dalla dichiarazione di guerra. Il governo nella disciplina con decreto legge della missione militare può provvedere ad una diversa disciplina con una differente e significativa ricaduta.

A questo punto si deve constatare l'obsolescenza e quindi la non necessaria utilizzazione, della procedura prevista dall'articolo 78 della costituzione. Come è noto l'articolo 78 nel combinato disposto con l'articolo 87 della costituzione prevede una delibera formale del parlamento per la guerra e una dichiarazione formale del Presidente della Repubblica dello stato di guerra. Ecco queste norme nelle ipotesi che abbiamo richiamate, non sono state assolutamente applicate. Durante la guerra del Golfo persico alcuni costituzionalisti furono chiamati a pronunciarsi se la partecipazione italiana nella guerra del Golfo persico implicasse l'utilizzazione della procedura prevista dall'articolo 78 della costituzione. Prevalse l'opinione negativa. La decostituzionalizzazione (Motzo) dell'articolo 78 in realtà è stata compensata dall'utilizzo dell'articolo 11 della costituzione. In altre parole si è manifestato un ulteriore allargamento delle maglie dell'articolo 11 che è stato abbondantemente usato per l'Unione Europea e per la Comunità Europea. Anche in caso di trattati come questi si riferiscono in parte anche alla tutela della sicurezza a livello internazionale e si è pensato che l'articolo 11 con la sua motivazione di finalizzazione alla partecipazione ad organizzazioni che promuovono la pace la giustizia costituisca la clausola costituzionale che consente un ingresso di norme nel nostro ordinamento a prescindere dal rispetto di altre disposizioni. Una volta utilizzato l'articolo 11 come base di riferimento e l'articolo 80 della Costituzione che prevede l'intervento parlamentare in sede di autorizzazione a ratifica ed esecuzione di trattati di questo genere, in pratica, si realizza un ingresso nel nostro ordinamento delle procedure che sono previste nei trattati sulla sicurezza collettiva (in particolare nel caso

dell'ordinamento italiano l'articolo 5 del Trattato NATO) che comportano qualora maturi a livello internazionale una certa situazione emergenziale la delibera dell'organo direzione dell'Alleanza (al quale l'Italia partecipa tramite il suo Governo) e la conseguente entrata automatica del nostro ordinamento nella situazione di conflitto internazionale.

Le conseguenze nei confronti dei rapporti tra gli organi costituzionali sono notevoli e investono anche il ruolo e il rapporto tra il parlamento e il governo: il governo riesce ad avere un ruolo preferenziale nella decisione, collocata e concordata in ambito internazionale (pur avendo in genere il ruolo di mera adesione a scelte di una potenza leader oppure al consenso, all'opinione che si manifesta a livello internazionale); il parlamento vede ridotte in un certo senso le proprie prerogative, con una mancata applicazione alla missione militare o al conflitto bellico non solo della lettera dell'articolo 78 della costituzione ma neppure in modo puntuale del principio che sta alla base dell'articolo 78, che è un principio che comporta una forma di necessaria collaborazione o codecisione di parlamento e governo. Il parlamento una volta che ha dato il consenso iniziale al trattato ha aperto l'accesso all'immissione delle modalità di decisione previste nel trattato. Successivamente il ruolo del parlamento nella prassi dei più recenti casi diminuisce perché è il governo a prendere in concreto la decisione (partecipando agli organi decisionali dell'alleanza o manifestando il proprio orientamento in sede internazionale) dato che non viene rispettato in questa materia il principio della prevalenza del ruolo del parlamento (art. 78 della costituzione) pur essendo previste e anche realizzate delle forme di codecisione.

Questa potrebbe essere la scansione procedimentale conseguente alla nuova qualificazione dei conflitti bellici nel nostro ordinamento: copertura costituzionale da parte dell'articolo 11 e dell'articolo 80 della costituzione; recepimento del trattato nel nostro ordinamento con preventivo o successivo ruolo decisionale del parlamento; verificarsi della situazione di crisi internazionale e , attivazione degli organi previsti dal trattato per la decisione sulle misure da adottare; partecipazione del governo alla decisione nell'ambito degli organi previsti dal trattato; emarginazione del Parlamento mancata applicazione della procedura prevista o desumibile dall'articolo 78 e dall'articolo 87 della costituzione.

Per individuare in concreto le modalità di un intervento attivo mediante l'invio di uomini e mezzi fuori dei confini nazionali la prassi ha condotto alla alternativa fra iniziativa autonoma del Governo, con semplice *informativa* al Parlamento, e *voto* esplicito di quest'ultimo. La Commissione Difesa della Camera dei Deputati con la risoluzione n. 7-1007 del 16 gennaio 2001 ha razionalizzato la precedente prassi relativa al procedimento di decisione di invio di contingenti militari all'estero, prevedendo più fasi: deliberazione governativa e informazione alle camere; approvazione da parte delle due camere in aula o in commissione, sulla base della autonomia istituzionale degli organi, della determinazione governativa; seguito governativo alla delibera parlamentare tramite presentazione di un disegno di legge o emanazione di un decreto-legge contenente la copertura finanziaria della missione; disposizioni attuative da parte della amministrazione militare. Poiché le missioni possono essere varate nel quadro di impegni internazionali già assunti ma anche senz

copertura preventiva in sede internazionale, la risoluzione ricorda che in tale ultima ipotesi dovrà definirsi un accordo *ad hoc* che, qualora non fosse adottato in forma semplificata, richiede l'approvazione della necessaria legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione. E' appena il caso di osservare che nella realtà dei rapporti Governo-Parlamento degli anni passati le modalità di raccordo fra i due centri decisionali sono state piuttosto varie. Si va dalle semplici informative tramite comunicazioni del Governo e risposta a interrogazioni e interpellanze, a informative con deposito di iniziative legislative fra cui primeggiano quelle orientate alla conversione di decreti-legge, seguite da approvazione parlamentare, alla presentazione e voto di mozioni e risoluzioni.

Questa procedura non è riferibile espressamente a tutte le forme di intervento militare ma soprattutto alle missioni di pace; è interessante ricordare come nel gennaio del 2001 al momento della approvazione della IV Commissione della Camera dei Deputati di una risoluzione che fissa una scansione procedimentale diretta a disciplinare le modalità di determinazione dell'intervento all'estero siamo prima dell'11 settembre 2001 e la crisi appena conclusa è quella del Kosovo. La risoluzione della Commissione Difesa della Camera dei Deputati proprio nelle sue premesse ha il proposito di coinvolgere tutti gli organi costituzionali. quindi non solo Governo e Parlamento, ma anche il Presidente della Repubblica in un procedimento il più completo possibile di partecipazione a queste scelte. Prevede una iniziativa del governo in vista di missioni di pace all'estero comunicata al Presidente della Repubblica, una decisione del governo per la partecipazione a missioni di pace in sede di Consiglio dei Ministri con informazione alle Camere, una acquisizione della posizione parlamentare in merito, l'emanazione di decreti legge e poi la presentazione di disegni di legge di conversione del decreto. Questa procedura molto articolata in realtà sembra costruita per razionalizzare le scelte in materia di invio di missioni di pace. E' chiaro che in un caso così pesante come la partecipazione a un conflitto armato che si possa addirittura qualificare come guerra internazionale, questa procedura si presenta troppo leggera e lascia perplessi sotto altri profili. Comunque è interessante notare lo sforzo di formalizzazione che c'è stato in tempi non lontani. Dall'evoluzione delle crisi internazionali e dall'adattamento del nostro ordinamento a mutato scenario internazionale a livello dei rapporti tra gli organi costituzionali emerge debolezza del ruolo del Parlamento rispetto alla previsione dell'articolo 78 della costituzione.

Dalla ricostruzione degli eventi emerge una conferma del quadro sopra delineato.

Per esempio nel caso dell'Afghanistan è interessante notare che si sono verificati degli interventi parlamentari abilitanti il 9 ottobre 2001 (a livello di commissioni parlamentari) ed un intervento il 7 novembre 2001. In realtà il 12 settembre 2001 era stata adottata dalla NATO la decisione di intervenire per assistere gli Stati Uniti aggrediti. Questa decisione del 12 settembre era sottoposta ad una condizione nel senso che l'intervento effettivo della NATO sarebbe scattato solo quando sarebbe stata fornita la prova che l'aggressione proveniva da una certa parte. Questa prova è stata data il 2 ottobre. Il 2 ottobre è scattato il meccanismo automatico che giustifica

l'intervento. Dal punto di vista del nostro ordinamento l'intervento parlamentare è successivo all'avverarsi della condizione e in realtà il governo ha dato la sua adesione anche se condizionata in sede di Consiglio Atlantico, più di un mese prima della delibera autorizzatoria parlamentare all'invio del corpo all'estero. Quindi anche ragionando in termini di questa procedura semplificata parallela a quella che sarebbe desumibile dalla Costituzione italiana in realtà rimane sempre evidente la posizione preferenziale del Governo. Tale posizione di prevalenza del ruolo del governo, a dispetto dell'articolo 78 della costituzione ha una giustificazione pratica: essendo il governo l'organo di decisione immediata, l'organo a composizione ristretta, l'organo responsabile della politica internazionale, l'organo che ha una competenza giustificata dalla partecipazione ad un trattato che è stato recepito dall'ordinamento italiano, è inevitabile che da queste premesse consegua la prevalenza del ruolo del governo. Il principio della preferenza parlamentare è sicuramente recessivo - l'unica posizione di vantaggio per il parlamento è il momento dell'assunzione del vincolo internazionale.

5-. Verifica delle figure di "guerra internazionale"; compatibili con l'ordinamento italiano.

E' utile provvedere ad una ricostruzione di quelle che possono essere le figure di guerra internazionale che sono presenti -- almeno questa è l'impressione - nell'ordinamento italiano.

In primo luogo è opportuno ricostruire la figura, nettamente prevalente, di *guerra internazionale effettiva*, che si profila come motivata in risposta ad una aggressione (quindi di natura difensiva), nella versione di guerra umanitaria come nel caso del Kosovo, o di guerra al terrorismo come nel caso Afghanistan. Si tratta di ipotesi di guerra che possono verificarsi credibilmente soltanto in seno ai rapporti di alleanza o nel quadro delle Nazioni Unite. Quindi in questo caso non opera l'articolo 78, opera il meccanismo che ho ricordato dell'articolo 11 della costituzione. Questa è l'ipotesi prevalente nel periodo più recente.

Poi abbiamo un'ipotesi che oggi risulta meramente ipotetica che è quella scritta nell'articolo 78 quindi quella della *guerra esclusivamente difensiva* desumibile dall'articolo 11 della costituzione (primo periodo) e disciplinata nella procedura dell'articolo 78 che abbiamo in precedenza come obsoleta oppure desueta.

Poi c'è una specie di conflitti in senso più ampio e quindi più generico, qualificabili come *conflitto internazionale o grave crisi internazionale*, come previsto dalla legge che ho prima citato che in realtà finiscono per realizzarsi probabilmente proprio attraverso la guerra umanitaria o la guerra al terrorismo o la guerra giusta.

Quindi l'unico caso previsto espressamente dalla Costituzione italiana rimane sulla carta ma risulta come accantonato. L'ipotesi prevista che fa ricorso al meccanismo dell'articolo 11 è quella che effettivamente si realizza, o si è realizzata fino ad oggi; disciplinata a livello subcostituzionale, queste figure del conflitto armato e della grave crisi internazionale in concreto possono anche comportare forme di conflittualità che non sono guerra, un utilizzo dell'apparato militare che non è finalizzato agli scopi

tipici della guerra internazionale. Sono ipotesi che in concreto probabilmente sono riferibili all'ipotesi delineata per prima della guerra internazionale effettiva, storicamente della guerra cosiddetta giusta, umanitaria, contro il terrorismo. In tutti questi casi comunque si manifesta la prevalenza del ruolo governativo rispetto a quello parlamentare salvo il meccanismo che ho prima ricordato previsto dalla risoluzione della IV Commissione della Camera dei Deputati.

Per quanto concerne la risoluzione della IV Commissione della Camera dei Deputati oltre a cercare di consentire che non sia penalizzato il ruolo del Parlamento essa presenta una particolarità eccentrica: vuole coinvolgere in questa specie di codecisione anche il Presidente della Repubblica. Ho l'impressione che a volte di fronte alla gravità, allo spessore, alla drammaticità di certe scelte a livello istituzionale e anche a livello normativo formale si cerchino delle soluzioni ingegnose, ma suscettibili di confondere i ruoli istituzionali e di creare delle forme di mistificazione: in altre parole che cercano di coprire la verità che consiste nell'inserimento dell'ordinamento italiano in un sistema. Questo sistema internazionale può essere concentrico tra NATO e Nazioni Unite e comporta una devoluzione di attribuzioni ad un livello superiore rispetto all'ordinamento statale. Tuttavia non si esclude che il nostro ordinamento possa deliberare autonomamente una missione in Albania. La maggior parte degli interventi internazionali sono però inseriti in contesti più ampi. E' una conseguenza che deriva dalla nostra conformazione geografica e geopolitica e dal contesto storico in cui siamo inseriti dopo la fine della seconda guerra mondiale. In questo quadro, a livello appunto di documenti formali è interessante notare come il parere che rilasciò al Governo il servizio del Consiglio diplomatico il 12 maggio 1999 per la guerra in Kosovo dichiara che si tratta di una guerra però contemporaneamente in tale documento si nega che la crisi corrisponda ad una guerra perché non si è in grado di prevedere quale sia il quadro costituzionale a cui fare riferimento: si prende atto che c'è una forma di violenza tale che non può che essere guerra però si dice sia ben chiaro che l'Italia non partecipa alla guerra perché l'Italia adotta il principio pacifista del primo periodo dell'articolo 11. A volte gli strumenti formali non riescono ad aderire a quella che è la realtà effettuale di questo tipo di rapporti delicatissimi.

La Costituzione italiana della difesa è assolutamente inadeguata alla realtà ai tempi. Non lo era negli anni '40 non lo è oggi. Nella Costituzione spagnola e in quella portoghese, oltre nella più nota Costituzione tedesca è presente una gamma estremamente articolata di regimi emergenziali previsti in Costituzione. Noi non li abbiamo, quindi ci troviamo spesso in difficoltà. Manca per esempio una normativa precisa sui diritti limitabili; manca una normativa sulla organizzazione per le emergenze; quindi manca la previsione di un gabinetto di guerra che si riscontra in alcuni ordinamenti; manca una commissione parlamentare permanente, in questo caso bicamerale, che segua costantemente le politiche internazionali e le emergenze. E' una forma di debolezza che porta a forzare per esempio il ruolo del Consiglio Superiore di Difesa. In relazione alla decisione della missione in Libano dalla lettura dei comunicati del Consiglio Superiore di difesa sembra di capire che il Presidente della Repubblica sia stato coinvolto in scelte che forse non lo dovevano vedere come

compartecipe nel momento decisionale. Nella legge n. 25 del 1997 si prevede che il Ministro della difesa attui le deliberazioni in materia di difesa e sicurezza adottate da Governo sottoposte all'esame del Consiglio Superiore della Difesa approvate dal Parlamento. Non è chiaro il ruolo del Consiglio Superiore della Difesa. Tecnicamente l'assenza di un comitato ristretto di Ministri, cioè di un gabinetto di guerra, porta in certi casi a fare sponda sul Consiglio Superiore della Difesa che invece dovrebbe essere un organo essenzialmente di tipo ausiliario, anche se così non è qualificato in Costituzione, del Presidente della Repubblica con funzioni informative.

6-. Osservazioni conclusive. La limitabilità dei diritti.

Connesso a questi temi è il problema della *limitabilità dei diritti*. I due decreti legge n. 369 (convertito dalla legge 14 dicembre 2001, n. 431) e n. 374 (convertito dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438) che hanno previsto nuove fattispecie di reati per il terrorismo internazionale e hanno introdotto soprattutto un sistema di investigazioni ed intercettazioni, di attività di prevenzione in assenza di avvio del procedimento penale, di deroghe al segreto d'ufficio, in sostanza una serie di limitazioni al regime dei diritti. Non si tratta di una tendenza solo italiana ma generalizzata: il *Patriot act* americano ha introdotto tutta una serie di modifiche sensibili alla normativa ordinaria un anno prima c'era stata la legge antiterrorismo inglese basata espressamente su un articolo della Convenzione dei diritti dell'uomo; anche in Germania sono stati presentati dei progetti di legge in tal senso. Quando ci si riferisce alle situazioni di crisi e di necessità si richiama solitamente la vecchia lettura del ricorso al decreto legge, che si dice atipico (Costantino Mortati se ne è occupato e tanti altri). Sia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia il Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite contengono la prima l'articolo 10 e l'articolo 11, la seconda l'articolo 4 che prevedono la possibilità di limitazione dei diritti. Sono entrambi trattati ratificati resi esecutivi in Italia e quindi queste norme in Italia hanno come minimo l'equivalenza alla legge, con la specificità della resistenza a eventuali modifiche successive. Queste normative prevedono che gli stati che aderiscono a queste convenzioni internazionali possono in una vasta ed articolata gamma di ipotesi che fanno riferimento alla crisi interna e internazionale limitare i diritti fondamentali. Se si portassero alle estreme conseguenze queste clausole i diritti non limitabili sarebbero pochissimi, rimarrebbero il divieto di tortura, il divieto di attività degradanti, rimarrebbero pochissime situazioni intangibili. Non significa assolutamente che aver recepito queste norme significa che si devono limitare i diritti. Penso che in convegni come questo sia necessario affrontare anche questi temi. Ora il pericolo è che queste normative in realtà esistono, ancora non sono state specificamente abrogate. Questi problemi se sono affrontati in un situazione di tranquillità sono visti come meri esercizi retorici, curiosità di uno studioso. Se maturano momenti di crisi dell'ordinamento, addirittura di sopravvivenza, cioè se si crea a livello dell'opinione pubblica la paura di sopravvivere ad una serie di attentati terroristici di aggressioni tipo quello delle torri gemelle, se fatti di quel genere dovessero, speriamo di no, ripetersi e si creassero situazioni di psicosi, probabilmente a qualche giurista potrebbe essere chiesto di spiegare se questo tipo di clausole e a quali condizioni possono trovare attuazione.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE:

Baldassarre A., *La sovranità dal cielo alla terra*, in AA.VV., *Metamorfosi della sovranità. Fra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Pisa, 1999, p.77 ss.;

Barbera A., *Le vicende del trattato Nord Atlantico : revisione de facto o interpretazione evolutiva?*, in *Rassegna parlamentare*, 1999, pp. 836ss.;

Barthélémy J., *Démocratie et politique étrangère*, Paris, 1917;

Battaglini G., *Convenzione europea, misure di emergenza e controllo del giudice*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 1, p. 404 ss.;

Benazzo A., *Convenzione europea, misure di emergenza e garanzie giurisdizionali dei diritti dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, p. 1141 ss.;

Bryce J., *Modern Democracies*, II, New York, 1921, p. 562ss.;

Carlassare L., *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, in N. Ronzitti (a cura di), *Nato, conflitto in Kosovo e costituzione italiana*, Milano, 2000, pp. 158 ss.;

Cassese A., *Article 51*, in J.P. Cot e A. Pellet, *La Charte des Nations Unies*, 2 ed., Paris, 1991, p. 771 ss.;

Cassese A., *Commento all'articolo 11*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, articoli 1 - 12, Principi generali, Bologna-Roma, 1975, p. 569 ss.;

Cassese A., *Ex iniuria ius oritur: Are we moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in *European Journal of International Law*, 1999, pp. 23 ss.;

Cevolín G., *Costituzione europea? Considerazioni dopo l'11 settembre 2001*, in "Trasgressioni"; n. 35, luglio-dicembre 2002, pp. 120ss.;

Cevolín G., *L'impiego di forze armate all'estero: profili procedurali*, in Riondato S., *Diritto e Forze Armate. Nuovi Impegni. Atti del convegno di Padova, 30 novembre 2000*, CEDAM, Padova, 2001, pp. 61ss.;

Chieffi L., *Il valore costituzionale della pace*, Napoli, 1990;

Colombo A., *La lunga alleanza. La Nato fra consolidamento, supremazia e crisi*, Milano, 2001;

Curti Gialdino A, voce *Guerra* (dir. internaz.), in *Enciclopedia del diritto*, XIX,

Milano, 1970, p. 849 ss.;

de Vergottini G., *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza*, in *Diritto e società*, 2, 1994, pp. 245 ss. ;

de Vergottini G., *Profili costituzionali della gestione delle emergenze*, in *Rassegna parlamentare*, 2, 2001, pp. 282 ss.;

de Vergottini G., *Riflessioni sulle competenze costituzionali in tema di difesa*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di S. Cassarino*, I, Padova, 2001, pp. 561 ss.;

de Vergottini G., *Guerra e costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2002, pp. 19ss.

Detter I., *The Law of War*, 2 ed, Cambridge, 2000;

Forlati Picchio L., *Rapporti Nato - Nazioni Unite e costituzione italiana: profili giuridici*, in O. Barié (a cura di), *L'alleanza occidentale*, Bologna, 1988, parr 7 - 13;

Friedrich C.J., *Governo costituzionale e democrazia* (trad.it.), Vicenza, 1963, pp. 125ss.;

Fubini F., *Sopravviverà la Nato alla guerra del terrore?*, in *Quaderni speciali di Limes*, La guerra del terrore, supplemento al n. 4/2001, pp. 34 ss.;

Galli C., *Ripensare la guerra. Evoluzione dello stato e della strumentalità della forza militare*, in Jean C.(a cura di), *Morte e riscoperta dello stato-nazione*, Milano, 1991, pp. 111 ss.;

Giardina A., *Art. 78*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1979, pp. 103ss.;

Grasso P.G., voce *Guerra*, *II Disciplina costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Roma, 1989, pp. 3 ss.;

Gross Espiell H., *La prevenzione dei conflitti e le Nazioni Unite*, in *Affari esteri*, 132, ottobre 2001, pp. 808 ss.;

Huntington S., *The Lonely Superpower*, in *Foreign Affairs*, 78, 1999, pp. 2 ss.;

Lippolis V., *La crisi del Golfo Persico in parlamento: le problematiche della guerra e le missioni all'estero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, pp. 1736 ss.;

Malinverni G., *L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendent*, in *Revue de droit suisse*, 117, 1998, pp. 108 ss.;

Menotti R., *Gli Stati Uniti e la sicurezza perduta*, in *Quaderni speciali di Limes*, La

guerra del terrore, supplemento al n. 4/2001, pp. 61ss.;

Miglio G.F., *La "sovranità limitata"*; in C. Jean (a cura di), *Il pensiero strategico*, Milano, 1985, pp.381 ss.;

Motzo G., *Costituzione e guerra giusta alla periferia dell'impero*, in *Quaderni costituzionali*, 1996, pp. 376ss.;

Ronzitti N. (a cura di), *Nato, conflitto in Kosovo e costituzione italiana*, Milano, 2000;

Pasquino G.F., *Nuove sfide alla sovranità: chi s'è perso lo scettro?*, in *Democrazia e diritto*, 6, 1988, pp. 44 ss.;

Picone P., *La "guerra del Kosovo"; e il diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2, 2000, pp.330ss.;

Predieri A., *La guerra, il nemico, l'amico, il partigiano. Ernst Juenger e Carl Schmit*. Firenze, 1999;

Schmitt C., *Il nomos della terra*, tr. it., Milano, 1991;

Tarchi M., *Padroni del mondo e dittatori del pensiero*, in Cardini F., *La paura e l'arroganza*, Bari, 2002, pp.9ss.

Tilly Ch.(a cura di), *La formazione degli stati nazionali in Europa occidentale*, Bologna, 1984.

Vari G.F., *La "vecchia"; costituzione e la "nuova"; guerra: breve analisi della crisi del Kosovo*, in M. Dogliani e S. Sicardi, *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, Torino, 1999, pp. 132 ss.;

Yamauchi T., *Constitutional Pacifism: Principle, Reality, and Perspective*, in Y. Higuchi (a cura di), *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*, Univeristy of Tokio Press, 2001, pp. 27 ss.;

Zolo D., *Chi dice umanità. Guerra, diritto, ordine globale*, Torino, 2000;